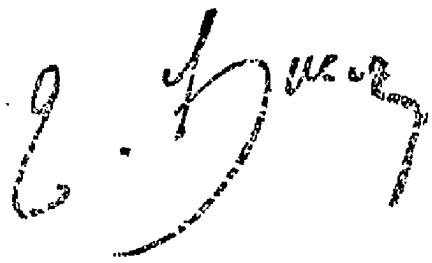
COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

IV

Chaque exemplaire doit être revêtu de la signature de l'auteur et de celle de l'éditeur.





COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

4702
4

PAR

THÉOPHILE HUC

Conseiller à la Cour d'appel de Paris,
Professeur honoraire des Facultés de droit.

TOME QUATRIÈME

De la distinction des biens ; — De la propriété ;
De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation ; — Des servitudes
dérivant de la situation des lieux, établies par la loi,
ou par le fait de l'homme ;

Art. 516 à 710.

BU de Grenoble D-L
D 034 259933 5

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1893

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

LIVRE DEUXIÈME.

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.

Généralités.

1. — Objet du deuxième livre du Code civil.
2. — Nature des rapports divers entre la *personne* et la *chose*.
3. — Comparaison entre les *droits réels* et les *droits de créance*.

1. Le législateur après avoir, dans le premier livre du Code, posé les règles concernant la personne ou *sujet* du droit, va s'occuper, dans le second livre, de la chose, ou *objet* du droit.

On va donc étudier les *choses* en les considérant comme *biens*, c'est-à-dire comme éléments du bien-être (1), et pouvant, à ce titre, faire partie du patrimoine.

Les biens ne peuvent constituer des éléments de bien-être

(1) L. 49, D. 50, 16, *De verb. signif.*

au profit de la personne qu'à cause des *droits* dont la personne, considérée comme sujet, peut se trouver investie sur ces biens.

La personne n'a donc en réalité que des droits; mais le langage ordinaire, parlé quelquefois par le législateur lui-même, identifie le droit avec la *chose* ou *bien* qui en est l'objet.

2. La personne va donc se trouver à chaque instant en relation avec la chose, c'est-à-dire que le sujet du droit va être en relation avec son objet.

Ces relations juridiques prennent le nom de *rapports de droits.*

Ces rapports entre la personne et la chose peuvent être immédiats ou médiats.

Le rapport est immédiat, lorsque le sujet affirme directement son droit sur la chose, sans qu'il existe un intermédiaire entre lui et cette chose : ce champ est à moi. Les rapports de cette nature constituent ce qu'on appelle : un droit *réel;* le type du droit réel, *jus in re*, c'est la propriété.

Le rapport est médiat, lorsque le sujet investi qu'on appelle *créancier* ne peut affirmer directement son droit sur la chose parce qu'il existe un intermédiaire entre lui et cette chose, intermédiaire qui est toujours une autre personne qu'on appelle *débiteur;* ex. : un cheval m'est dû par Paul. Le rapport n'est pas immédiat; l'affirmation du droit prétendu sur le cheval ne peut se produire qu'en traversant, en quelque sorte, la personne d'un tiers désigné. Ces rapports médiats engendrent les *droits de créance, jura ad rem*, dénommés quelquefois *droits personnels*, appellation équivoque devant être bannie de toute bonne terminologie (1).

(1) Ainsi l'usufruit qui est un droit *réel*, peut, dans un certain sens, être appelé *personnel*, puisqu'il est inhérent à la personne du sujet (art. 617), sans être cependant *attaché à la personne* dans le sens de l'art. 1166!

3. Tous les droits réels sont absolus, c'est-à-dire qu'ils existent à l'égard de tous, *erga omnes*. Par conséquent ils engendrent à l'égard de tous le devoir d'en respecter les divers éléments. La violation de ce devoir impersonnel est réprimée principalement par la loi pénale.

Le droit de créance est au contraire purement relatif; il a pour terme correspondant une *obligation* dont l'accomplissement peut être assuré par des moyens civils d'exécution, sur les biens et quelquefois sur la personne.

Tout droit réel est exclusif d'un droit de même nature sur la même chose. Ainsi, la même chose ne peut pas appartenir en même temps et d'une manière exclusive à deux personnes différentes. On trouve une importante application de cet aperçu dans les art. 2092 et 2093. C'est pour cela que le créancier hypothécaire, qui a un droit réel, exclut les créanciers simplement chirographaires.

Au contraire les droits de créance ne sont pas exclusifs les uns des autres; la même chose peut être due par le même débiteur à plusieurs créanciers. Les créanciers ordinaires doivent donc concourir ensemble.

En outre, lorsque le sujet investi d'un droit quelconque vient à mourir, ce droit passe à ses héritiers; mais la transmission ne s'opère pas de la même manière pour les droits réels et pour les droits de créance.

Les droits réels passent aux héritiers d'une manière *indivise*, il s'établit entre eux une copropriété; pour sortir d'indivision un partage sera nécessaire. Au contraire, les droits de créance ne passent aux héritiers que *pro parte divisa*. La mort du créancier originaire opère un partage de plein droit sur la tête de chacun des cohéritiers, il n'est pas besoin de partage (art. 1220); cela remonte au droit des XII Tables.

Les diverses choses susceptibles de constituer un bien, peuvent donc être l'objet soit d'un droit réel, soit d'un droit de créance.

Dans notre livre III, la loi les considère principalement en tant que pouvant être l'objet d'un droit réel; voilà pourquoi la rubrique générale du livre parle *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, c'est-à-dire des différents droits réels, y compris le droit de propriété lui-même.

TITRE PREMIER.

DE LA DISTINCTION DES BIENS.

4. — Division des biens en meubles et immeubles, art. 516.
5. — Intérêt de la distinction.
6. — Autres divisions des biens.
7. — Les questions relatives à la nature d'un bien relèvent de la loi locale.

4. Le *titre premier* a pour objet l'indication des *distinctions* qu'il convient d'établir *entre les biens*.

En droit romain on avait admis diverses divisions des choses correspondant aux points de vue différents qui pouvaient être adoptés. Mais la *summa rerum divisio*, c'est-à-dire la plus compréhensive, celle qui contenait toutes les autres, était la division en choses corporelles et choses incorporelles.

Théoriquement, cette division consistait à mettre d'un côté les choses qui peuvent être l'objet de droits, et de l'autre les droits que l'homme peut avoir sur les choses. Dans l'application cette division était faussée par cette circonstance que le droit de propriété était confondu avec son objet. — Dans une telle classification, les meubles et les immeubles ne formaient qu'une subdivision des choses corporelles.

Par conséquent, le citoyen qui, après avoir institué un héritier, léguait à un ami tous ses meubles, et à un autre tous ses immeubles, n'épuisait pas son patrimoine ; il n'avait pas disposé des choses incorporelles, des créances ou actions, qui demeuraient à l'héritier institué.

Au contraire, en droit français, la *summa rerum divisio* est tout autre :

ART. 516. Tous les biens sont meubles ou immeubles.

Les choses incorporelles se trouvent donc distribuées soit dans la classe des meubles, soit dans celle des immeubles; d'après les précisions qui vont être faites.

Par conséquent si, une personne ayant, dans son testament, institué un légataire universel, lègue ensuite tous ses meubles à un ami, et tous ses immeubles à un autre, elle aura épuisé son patrimoine et il ne restera rien pour le légataire universel.

Il convient de remarquer que l'art. 516 ne parle que des biens ou avantages constituant le patrimoine proprement dit, et ne vise pas les droits de famille ni les droits politiques, etc., ni les choses qui, dans leur ensemble, n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous (art. 714).

5. L'intérêt qui s'attache à la distinction des biens en meubles et immeubles apparaît à certains points de vue particuliers dont voici les principaux :

1° Les immeubles peuvent être grevés d'hypothèque, les meubles ne le peuvent pas ;

2° Le tuteur, comme nous l'avons déjà vu, n'a point, sur les immeubles, les mêmes droits que sur les meubles ;

3° Les immeubles ne tombent pas de plein droit dans la communauté conjugale ;

4° Les meubles et les immeubles ne se prescrivent pas d'après les mêmes règles ;

5° Les immeubles ne peuvent pas être saisis à la requête d'un créancier dans les mêmes formes que les meubles ;

6° Celui dont les meubles ont été saisis encourt une responsabilité pénale, s'il les détruit ou détourne; celui dont les immeubles ont été saisis n'est punissable, s'il les détruit, que s'il a employé l'incendie ;

7° Les meubles seuls peuvent être l'objet d'un vol ;

8° Enfin dans les conventions relatives aux biens, les droits fiscaux sont perçus d'après un tarif différent pour les meubles et pour les immeubles.

6. L'ancienne distinction établie entre les choses corporelles et les choses incorporelles n'a disparu qu'en tant qu'elle constituait une division générale des biens. Mais dans le droit pratique la loi moderne en a conservé plusieurs applications. Ainsi nous avons vu que l'aliénation des meubles incorporels appartenant à des mineurs est soumise par la loi du 27 février 1880 à des règles particulières ; de même le Code civil consacre, dans le titre *de la Vente*, un chapitre spécial au *transport des créances et autres droits incorporels*. La doctrine fait pareillement remarquer que la maxime : en fait de meubles possession vaut titre (art. 2279) ne concerne pas les meubles incorporels, etc.

On peut encore, en se plaçant à certains points de vue spéciaux qui seront examinés quand ils se présenteront, distinguer entre :

Les biens fongibles et ceux qui ne le sont pas ;

Les biens qui se consomment et les biens qui ne se consomment pas par l'usage ;

Ces divisions présentent surtout de l'intérêt en matière d'usufruit et dans le droit des obligations.

La division la plus importante, celle qui donne lieu aux applications les plus générales est donc celle qui sépare les biens en meubles et immeubles.

7. La question de savoir si certains biens sont meubles ou immeubles ne peut être tranchée que par application de la loi du pays où ils se trouvent (Voy. t. Ier, nº 117). Cette solution est vraie en matière fiscale comme en matière civile. Par conséquent, lorsque la loi fiscale assujettit à un droit la transmission de biens meubles ou immeubles situés à l'étranger, et compris dans une succession ouverte en France, il faut consulter la loi étrangère quand il s'agit de déterminer le caractère mobilier ou immobilier des biens dont la transmission est sujette à l'impôt (1). Il suffira, par exemple, que

(1) Cass. 6 avril 1887, S. 89, 1, 387.

les fonds publics étrangers, aient, d'après la loi qui les régit, le caractère mobilier pour être soumis au droit de mutation par décès, et ils demeureront soumis à ce droit quoi qu'ils aient été immobilisés dans l'intérêt spécial de celui à qui ils appartiennent (1). Cette circonstance ne saurait leur enlever le caractère qui les assujettit à l'impôt ; d'ailleurs la loi du 18 mai 1850, art. 7, qui établit cet impôt, ne distingue pas entre les fonds publics restés meubles et les fonds publics immobilisés dans un intérêt spécial.

(1) Cass. 28 juillet 1862, S. 62, 1, 988.

CHAPITRE PREMIER.

DES IMMEUBLES.

§ 1er. — Immeubles par nature.

8. — Diverses espèces d'immeubles, art. 517.
9 — Immeubles par nature, art. 518 ; constructions adhérentes au sol.
10. — Constructions faites par le preneur ; controverse.
11. — Solution.
12. — Les mines sont immeubles par nature.
13. — Des moulins, art. 519.
14. — Des récoltes, art. 520.
15. — Des bois, art. 521; — à l'égard des tiers acheteurs les récoltes et coupes de bois sont traitées comme meubles.
16. — Cessation de l'incorporation au sol des arbres et récoltes provenant d'un fait naturel ou de celui du propriétaire, art. 388, C. P.
17. — Cessation provenant du fait d'un tiers, art. 475, § 15, C. P.; art. 144, C. forest.
18. — Pour les immeubles par nature, l'incorporation au sol peut émaner indifféremment du propriétaire ou d'un tiers; application aux tuyaux de conduite, art. 523.

8. Les immeubles sont les biens qui ne peuvent pas être transportés d'un lieu dans un autre, sans altération de leur substance.

C'est ce qui se vérifie dans les trois cas suivants :

ART. 517. Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.

Mais il existe une quatrième classe purement artificielle, composée de meubles incorporels, à laquelle ne saurait s'appliquer l'idée de non déplacement ; ce sont les immeubles par *la détermination de la loi*. Il s'agit, comme nous le verrons, de certains meubles juridiquement traités comme s'ils étaient immeubles.

9. Parlons d'abord des immeubles par nature :

ART. 518. Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature.

C'est par leur incorporation au sol que les agrégats de matériaux constituant des bâtiments deviennent immeubles comme le sol dont ils sont l'accessoire. Il importe peu que les constructions ainsi incorporées au sol aient été élevées par le propriétaire lui-même ou par un tiers, par exemple par le preneur (1). Les questions d'indemnité qui pourront être débattues entre le propriétaire du sol et le constructeur n'enlèvent pas son caractère immobilier à la construction.

Mais les constructions qui ne sont pas définitivement incorporées au sol, qui ne reposent pas sur des fondements, telles que les édicules et estrades établis sur champ de foire, les chalets rustiques dont l'emplacement toujours provisoire peut être changé à chaque saison, etc., conservent leur caractère mobilier.

Ce caractère mobilier peut même être uniquement envisagé dans les constructions ayant d'ailleurs la qualité actuelle d'immeubles, mais qu'il s'agit de détruire. Ainsi, lorsqu'un bâtiment encore debout est vendu pour être démoli, à un entrepreneur chargé de nettoyer le sol, la vente est mobilière, et la demande tendant à l'exécution de ce contrat a un caractère purement mobilier (2).

10. Faudrait-il admettre la même solution quand il s'agit de constructions faites par un locataire ou par un fermier, en vertu d'une clause formelle du bail qui l'autorise à construire et à demeurer propriétaire des constructions pendant la durée du bail, sauf, à l'expiration du bail, à rendre le fonds dans son état primitif?

Il s'agit de savoir quelle est, pendant la durée du bail, la nature des droits du preneur sur les constructions élevées par lui, et quelle est, par suite, la nature du droit conféré à

(1) Paris, 4 nov. 1886, S, 88, 2, 126.
(2) Cass. 25 janv. 1886, D. 86, 5, 39.

un acheteur, si les constructions sont vendues pendant la durée du bail.

Il n'y a, ce semble, qu'une seule solution acceptable :

D'abord, il est certain que la construction élevée par le premier est un immeuble ;

En second lieu, il est certain que le preneur est, d'après la teneur de l'acte de bail, reconnu propriétaire de la construction, pour toute la durée du bail ; il est donc propriétaire d'un immeuble.

Par conséquent, si, pendant la durée du bail, il vend cette construction à un tiers, il vend bien réellement un immeuble.

Donc, pendant la durée du bail, le droit du preneur sur la construction dont il s'agit est un droit immobilier, et la vente qu'il peut en consentir à un tiers est une vente immobilière.

Cette solution est consacrée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation, et elle nous paraît être une application aussi simple qu'exacte des principes les plus certains (1).

Elle est cependant combattue par tous les auteurs qui soutiennent que, dans la situation envisagée, le droit du preneur est purement mobilier, et que par suite la vente par lui consentie à un tiers est purement mobilière.

M. Laurent, qui défend énergiquement cette solution, reconnaît cependant que, dans le cas examiné, *le droit paraît être en opposition complète avec la réalité* (2) : « Voilà, dit-il, une de ces subtilités juridiques qui sont en opposition avec la réalité matérielle des choses. Il y a un bâtiment qui est attaché au sol, donc immeuble ; néanmoins, le droit du propriétaire de cet immeuble est mobilier ; la subtilité juridique domine le fait (3). » L'aveu, on en conviendra, n'est pas de nature à recommander la solution préconisée.

(1) Cass. 19 avr. 1869, D. 69, 1, 427 ; comp. Lyon, 18 fév. 1871, S. 71, 2, 81.

(2) T. V, n° 416, p. 519.

(3) *Ibid.*, p. 518.

Quoi qu'il en soit, il n'y a en réalité qu'une seule raison produite en faveur de cette solution, et voici comment elle est formulée par Demolombe :

« Que le droit du tiers constructeur soit mobilier, cela nous paraît certain. Ces bâtiments, en effet, ne lui appartiennent pas, dans leur nature même de bâtiments et considérés comme tels; il n'est propriétaire ni du sol, ni de la superficie; il est vrai qu'il exploite les bâtiments dans leur état d'immeubles et d'après la destination qui en résulte. Mais c'est là ce que fait tout preneur, fermier ou locataire; et pourtant le preneur n'a qu'un droit mobilier. Or, telle est précisément la position du tiers constructeur; il jouit des bâtiments qu'il a construits, *au même titre qu'il jouit du sol*, en vertu de son contrat de bail, qui comprend désormais en effet les bâtiments aussi bien que le sol (1). »

M. Laurent revêt la même raison d'une formule un peu plus nerveuse : « Quelle sera la nature du droit que le preneur a sur ces constructions pendant la durée du bail? Le droit du superficiaire est immobilier parce qu'il est réel; par contre le droit du preneur est mobilier parce que c'est un droit d'obligation. Cela est admis par tout le monde, pour ce qui concerne le droit du preneur sur les biens qui font l'objet du bail. Or le droit du preneur sur les constructions qu'il fait *est identiquement le même*, ce n'est pas un droit réel, donc ce n'est pas un droit immobilier; c'est un droit d'obligation, donc un droit mobilier (2). » Si le preneur vend la construction : « Ce n'est pas au moment de la vente que le droit sur la construction devient mobilier; il l'était, d'après la rigueur du droit, au moment même où le locataire a construit (3). »

11. L'équivoque paraît manifeste; de ce que le droit résul-

(1) T. IX, n° 167.
(2) T. V, n° 415.
(3) *Ibid.*, n° 416, p. 518.

tant du bail au profit du preneur est un droit de créance, par conséquent un droit mobilier, on en conclut, en dehors de toute logique, que son droit sur la construction est également mobilier.

Il est vrai que le bail ne donne au preneur qu'une action personnelle pour en poursuivre, le cas échéant, l'exécution. S'il cède son bail, il est certain qu'il cède un élément mobilier de son patrimoine. Mais lorsque, en exécution de son bail, il a édifié une construction qui doit lui appartenir pendant toute la durée du bail, il est certain qu'il est propriétaire de cette construction, investi d'un droit réel sur cette construction. Si donc, d'après la définition de la loi, cette construction est un immeuble, il est investi d'un droit immobilier.

Il n'est pas vrai de dire que le preneur jouit des constructions *au même titre qu'il jouit du sol*. S'il est troublé dans la jouissance du sol par un tiers qui prétend avoir quelque droit sur ce sol, il peut recourir contre le bailleur (art. 1725, 1726) ; mais s'il est troublé seulement dans la possession de la construction par un tiers qui se prétend propriétaire de cette construction seule, sans élever aucune prétention sur le sol lui-même, il aura de son chef, contre l'auteur du trouble, l'action réelle, qui pourra être l'action en revendication s'il a perdu la possession. Cette remarque suffit pour trancher la difficulté.

La vente que fera le preneur de la construction qui lui appartient est donc une vente immobilière.

On objecte que l'hypothèse doit être traitée comme celle de la vente d'une maison pour être démolie ; puisque la construction vendue est destinée à disparaître à la fin du bail, la vente n'a réellement pour objet que des matériaux (1). Cela est vraiment inadmissible : quand les parties ont inséré dans le

(1) LAURENT, n° 416, p. 518.

bail la clause autorisant le preneur à bâtir et à rester propriétaire du bâtiment jusqu'à la fin du bail, elles ont en vue, non une maison à démolir, mais au contraire une maison à construire, considérée comme immeuble, et c'est comme immeuble qu'elle est ensuite vendue à un tiers.

Nous croyons donc que la Cour de cassation a eu raison de persister dans sa jurisprudence, et qu'il faut admettre au point de vue civil, comme au point de vue fiscal, toutes les conséquences dérivant du caractère immobilier de l'opération envisagée.

La construction pourra donc être hypothéquée du chef du preneur pour toute la durée du bail (1), c'est sur son propriétaire spécial et non sur celui du sol qu'elle devra être saisie (2), la vente qui en sera faite par le locataire ne sera pas opposable aux tiers si elle n'a pas été transcrite (3), etc.

12. Les mines sont immeubles, ainsi que les bâtiments, puits, galeries, etc. Les minerais, la tourbe, la pierre qui font partie intégrante du sol sont pareillement immeubles ; les matières extraites sont au contraire meubles (L. 21 avril 1810, art. 8 et 9).

13. L'incorporation au sol nécessaire pour qu'une construction soit immeuble par nature, peut quelquefois résulter d'ouvrages extérieurs ; ainsi,

ART. 519. Les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature.

Une seule des deux conditions indiquées au texte suffit pour qu'un moulin soit considéré comme immeuble. La conjonctive *et* doit être remplacée par la disjonctive *ou;* c'est ce qui résulte de la comparaison de notre article avec l'art. 531 qui en forme le complément. Les objets mobiliers formant

(1) Paris, 9 août 1889, *Gaz. Palais*, 89, 495, etc.
(2) Cass. 10 avril 1867, S. 67, 1, 277 ; Lyon, 18 fév. 1871, S. 71, 2. 81.
(3) Paris, 1er mars 1889, D. 91, 2, 38.

partie intégrante du moulin, tels que moulants, tournants, virants, etc., sont également immeubles.

14. Les produits de nature diverse que donne la culture du sol, doivent aussi, par application de la règle générale, demeurer immeubles par nature, tant que leur union avec le sol est maintenue.

ART. 520. Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles. — Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles. — Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble (*).

Le Code devait s'expliquer sur ce point parce que, autrefois, dans quelques coutumes, certaines récoltes étaient considérées comme meubles, dès avant leur séparation d'avec le sol, à une époque voisine de leur maturité. Aujourd'hui la séparation est nécessaire en principe. Cependant les fruits pendants par branches et par racines, quoique déclarés immeubles tant qu'ils ne sont pas séparés du sol, peuvent être frappés de saisie-brandon dans les six semaines qui précèdent l'époque ordinaire de leur maturité (art. 626, C. pr. c.).

15. Les bois sont soumis au même principe que les récoltes :

ART. 521. Les coupes ordinaires des bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus.

Il faut cependant remarquer que la règle d'après laquelle les récoltes pendantes et les bois non coupés sont immeubles, ne présente qu'une vérité relative.

Ils sont immeubles par rapport au propriétaire du fonds ; mais ils sont traités comme meubles relativement à celui qui les achète séparément du sol.

Il suit de là, que la vente de récoltes sur pied, coupes de bois taillis et de haute futaie, est réputée mobilière pour la perception du droit d'enregistrement (2 0/0). L. 22 frim.

(*) Art. 520.— L. 44, D. 6, 1, *De rei vind.*; L. 24, § 6, D. 42, 8, *Quæ in fraudem;* L. 17, § 1, D. 19, 1, *De act. empti et vend.*

an VII, art. 69, § 5, n° 1; Loi 22 pluv. an VII, art. 1. — De plus, une telle vente, comme celle d'un bâtiment pour être démoli (1), ne confère à l'acheteur qu'une action purement personnelle contre le vendeur (2). En effet, la propriété de l'acquéreur d'arbres destinés à être abattus ne naîtra qu'au moment où ils seront séparés du sol par l'abatage. Dans l'intervalle de la vente à l'exploitation l'acquéreur ne peut donc être investi que d'un droit de créance en vertu duquel il pourra contraindre le vendeur à lui laisser exploiter la coupe vendue. Ce droit ne serait donc pas opposable à celui qui aurait postérieurement acquis du même vendeur la forêt elle-même, sol et superficie (3).

Si l'acheteur de la coupe devenait postérieurement acquéreur de la forêt elle-même, il ne devrait le droit de mutation afférent aux ventes immobilières que pour le terrain et non pour la coupe antérieurement vendue, sauf dans le cas où il serait établi qu'il n'y a en réalité qu'une vente unique, scindée en deux opérations pour frauder le fisc (4).

Les ventes publiques volontaires, soit à terme, soit au comptant, de fruits et de récoltes pendants par racines et des coupes de bois taillis, sont faites en concurrence et au choix des parties par les notaires, commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de la justice de paix, même dans le lieu de la résidence des commissaires-priseurs (L. 5 juin 1851, art. 1). Les ventes de coupes de haute futaie, aménagées ou non, sont de la compétence exclusive des notaires, sans qu'il y ait de raison décisive pour expliquer cette particularité.

16. Quand l'incorporation au sol des fruits, arbres et récoltes vient à cesser, le caractère immobilier de ces produits disparaît, et ils deviennent meubles.

(1) *Supra*, Cass. 25 janv. 1886.
(2) Dijon, 28 mars 1876, D. 78, 2, 261.
(3) Arrêt précité, et la note; LAURENT, t. V, n° 432.
(4) BAUDRY-LACANTINERIE, t. 1, n° 1217.

La cessation de cette incorporation peut avoir lieu :

Soit naturellement,

Soit par le fait du propriétaire,

Soit par le fait d'un tiers.

L'incorporation au sol cesse naturellement par l'extinction de la vie végétale. Un arbre mort n'est plus en réalité incorporé au sol, c'est un meuble dont l'enlèvement frauduleux pourra, suivant les circonstances, constituer un des vols prévus par l'art. 388, C. P. (1).

L'incorporation peut cesser encore par le fait du propriétaire.

Les récoltes, détachées du sol par la volonté du propriétaire, sont forcément laissées durant un certain temps, sous la sauvegarde de la foi publique. L'art. 388, § 2, C. P., prévoit le cas de vol de bois, *dans les ventes*, c'est-à-dire de bois coupés et laissés sur place. Le § 3 du même article ajoute :

« Quiconque aura volé ou tenté de voler dans les champs des récoltes ou autres productions utiles de la terre déjà détachées du sol, ou des meules de grains faisant partie des récoltes, sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans, et d'une amende de seize francs à deux cents francs. »

La médiocre valeur du produit dérobé importe peu, et la disposition ci-dessus a été appliquée avec raison au fait d'avoir dérobé sur un pâtis appartenant à autrui, des ajoncs détachés du sol et disposés en gerbe. Ce n'est pas là un simple maraudage (2).

La circonstance nécessaire pour que l'art. 388, § 2 et § 3, soit applicable, c'est que les bois ou récoltes aient été *coupés*. C'est donc à tort que la Cour de Dijon a déclaré coupable de tentative de vol de bois dans une vente, un affouagiste qui, après le tirage au sort des lots d'une coupe, avait reculé par

(1) Toulouse, 9 avr. 1881, D. 82, 2, 150.

(2) Cass. 4 nov. 1880, D. 81, 1, 44.

des moyens frauduleux les limites des lots voisins pour agrandir le sien (1).

17. La cessation de l'incorporation peut aussi, nous l'avons fait remarquer, résulter du fait d'un tiers.

Ce fait peut constituer, soit la contravention prévue par l'art. 475, § 15, du Code pénal, punissant d'une amende de six à dix francs ceux qui déroberont, sans aucune des circonstances prévues en l'art. 388, des récoltes ou autres productions utiles à la terre qui, avant d'être soustraites, n'étaient pas encore détachées du sol, par exemple des sarments (2), soit le délit de maraudage réprimé par l'art. 36 de la loi du 28 septembre 1891 sur la police rurale.

Le même fait peut encore constituer la contravention réprimée par l'art. 144, Cod. forest., qui s'applique à :

« Toute extraction ou enlèvement non autorisé de pierre, sable, minerai, terre ou gazon, tourbe, bruyères, genêts, herbages, feuilles vertes ou mortes, engrais existant sur le sol des forêts, glands, faines et autres fruits ou semence des bois et forêts. »

Sont considérés à ce point de vue, comme produits du sol forestier : les mousses (3), les champignons (4), les œufs de fourmis (5), les truffes (6) ; cependant l'enlèvement frauduleux des truffes, quand leur production est le résultat d'une véritable culture, constitue le délit de vol de récoltes dans les champs, et non la contravention consistant à enlever *les fruits ou semences des bois et forêts* (7). Les fraises des bois

(1) 7 mars 1881, *Observ.* de M. DESJARDINS, *Revue critique*, 1882, p. 69.

(2) Montpellier, 10 mai 1881, D. 82, 2, 149.

(3) Cass. 24 nov. 1848, D. 48, 5, 206.

(4) Amiens, 25 janv. 1861, D. 61, 5, 245.

(5) Paris, 3 janv. 1866, D. 66, 2, 193.

(6) Cass. 27 nov. 1869, D. 70, 1, 159.

(7) Cass. 3 août 1878, D. 79, 1, 389.

pourraient aussi être considérées comme produits du sol forestier, mais leur peu de valeur a fait reconnaître comme indifférent le fait de les recueillir (1).

18. Les divers cas d'incorporation au sol que nous venons d'examiner, ont pour résultat d'attribuer à la chose incorporée la qualité d'immeuble par nature. Il n'en est pas de même des objets placés sur un fonds pour le service et l'exploitation de ce fonds. Ces objets ne deviennent immeubles que lorsqu'ils ont été placés sur le fonds par le propriétaire lui-même, et alors ils sont immeubles par destination. Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'immeubles par nature, il n'y a pas à rechercher s'ils ont été incorporés au sol par le propriétaire ou par un tiers non propriétaire du sol. Cette recherche est au contraire nécessaire quand il s'agit d'immeubles par destination.

Or, les tuyaux de canalisation pourraient aussi bien être considérés comme immeubles par destination que comme immeubles par nature. Théoriquement de bonnes raisons pourraient être alléguées à l'appui de l'une et de l'autre solution. La loi devait donc s'expliquer pour prévenir toute difficulté sur ce point:

ART. 523. Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage, sont immeubles et font partie du fonds auquel ils sont attachés (*).

Puisque ces tuyaux *font partie du fonds*, ils sont donc immeubles par nature. Il n'y a pas lieu de distinguer, en ce qui concerne les maisons, entre les tuyaux intérieurs et les tuyaux extérieurs ni entre ceux qui amènent l'eau dans la maison et ceux qui servent à l'écoulement des eaux pluviales ou des eaux ménagères (2). La Cour de cassation a même jugé que les conduites d'eau placées dans le sol des rues d'une

(*) Art. 523. — L. 15, D. 19, 1, *De act. empti et vend.*
(1) Besançon, 26 déc. 1843, 10 juin 1845, D. 46, 2, 162.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1218.

commune, par une société concessionnaire, pour la distribution de l'eau aux habitants, deviennent, par leur incorporation dans le sol, des immeubles par nature, comme tous les objets mobiliers incorporés au sol, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'incorporation a été faite par le propriétaire ou par un simple détenteur à titre précaire (1). C'est une application du principe qui a prévalu pour les constructions.

Si l'art. 523 parle uniquement des tuyaux servant à la conduite des eaux, ce n'est pas pour dénier la qualité d'immeubles aux tuyaux ayant une autre destination et qui seraient cependant incorporés au sol. Ainsi les tuyaux servant à la conduite du gaz font véritablement partie du fonds auquel ils sont attachés, mais non le compteur ni les appareils simplement adaptés aux conduites, lesquels pouvant s'enlever sans détérioration, n'ont pas même le caractère d'immeubles par destination (2).

§ 2. — Immeubles par destination.

19. — Pour avoir ce caractère les objets doivent avoir été placés par le propriétaire, art. 524.
20. — Cas où le propriétaire du fonds est simplement locataire des objets par lui placés sur le fonds.
21. — Les objets doivent avoir été placés dans l'intérêt du fonds; — distinction entre les objets placés pour le service du fonds, et ceux qui ont été placés à perpétuelle demeure.
22. — Objets placés pour le service du fonds : animaux et ustensiles attachés à la culture par le propriétaire exploitant lui-même,
23. — Ou livrés par le propriétaire à un métayer ou fermier, art. 522.
24. — Des semences : caractères particuliers de leur immobilisation.
25. — Oignons des fleurs.
26. — Des pépinières : controverse à cet égard.

(1) Cass. 18 juin 1894, S. 94, 1, 488; Cass. Belg. 8 mai 1886, D. 78, 2, 221; *Pas.*, 86, 1, 183.
(2) Limoges, 29 juin 1888, S. 88, 2, 205.

27. — Pailles et engrais; échalas des vignes, etc.
28. — Pigeons des colombiers, L. du 4 avril 1889.
29. — Lapins des garennes.
30. — Ruches à miel, L. du 4 avril 1889.
31. — *Quid* des vers à soie? L. 4 avril 1889.
32. — Poissons des étangs.
33. — Pressoirs, chaudières, etc.; ustensiles agricoles.
34. — Ustensiles pour forges et usines; manufactures; force motrice.
35. — Conséquences de l'immobilisation.
36. — Objets placés à perpétuelle demeure, art. 525.

19. Quand il s'agit d'immeubles par destination, il faut, nous l'avons déjà fait remarquer, vérifier tout d'abord si les objets mobiliers qu'on prétend, à raison de leur destination, devoir être soumis au régime des immeubles, ont été placés sur le fonds par le propriétaire lui-même.

C'est en effet la règle formulée dans l'article suivant lequel donne une nomenclature des principaux immeubles par destination.

ART. 524. Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination. — Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds : — Les animaux attachés à la culture; — Les ustensiles aratoires; — Les semences données aux fermiers ou colons partiaires; — Les pigeons des colombiers; — Les lapins des garennes; — Les ruches à miel; — Les poissons des étangs; — Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes; — Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines; — Les pailles et engrais. — Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure (*).

De cette nomenclature, et des textes qui la complètent (art. 522, 525), il est permis de tirer la définition suivante :

Les immeubles par destination sont des objets mobiliers qui ont été attachés à un fonds, par le propriétaire lui-même ou l'un des copropriétaires par indivis (1), pour le service,

(*) Art. 524. — L. 17, 18, D. 19, 1, *De act. empti.*; L. 2, § 1, L. 12, § 23, L. 26, D. 33, 7, *De instruc.*

(1) Cass. 15 juill. 1867, D. 68, 1, 26; LAURENT, t. V, n° 435.

l'utilité ou l'agrément de ce fonds, mais qui néanmoins conservent, dans une certaine mesure, leur individualité originaire.

Il faut d'abord supposer l'existence d'un fonds. Ce fonds pourra être un domaine agricole, ou bien constituer soit une exploitation industrielle, soit une exploitation commerciale, par exemple une hôtellerie, s'il s'agit d'un immeuble spécialement aménagé dans ce but exclusif, et impropre à tout autre (1), un établissement thermal (2), ou de bains (3), un théâtre (4), etc.

Il faut que les objets dont il s'agit aient été placés sur le fonds par le propriétaire lui-même, parce que, étant le seul représentant de l'intérêt du fonds, il a seul qualité pour créer des immeubles par destination.

Il convient d'ailleurs d'assimiler au propriétaire celui qui a la possession du fonds, *cum animo domini*, sans qu'il y ait à distinguer entre le cas où il serait de bonne foi, et celui où il serait de mauvaise foi.

Mais le fermier, le locataire, ni même l'usufruitier n'ayant pas qualité pour représenter l'intérêt du fonds, ne peuvent créer des immeubles par destination. Ils peuvent seulement, au moyen d'une incorporation détruisant l'individualité de l'objet mobilier incorporé au fonds, créer des immeubles par nature.

20. Il arrivera quelquefois que le propriétaire du fonds sera lui-même simplement locataire des objets qu'il aura placés sur le fonds en cette qualité, et auxquels, par suite, il n'aura pu conférer le caractère d'immeubles par destination.

Ainsi, par exemple, intervient une convention aux termes

(1) Cass. 2 août 1886, D. 87, 1, 293.
(2) Cass. 9 déc. 1885, S. 86, 1, 201.
(3) Caen, 26 mai 1886, D. 87, 2, 81.
(4) LAURENT, t. V, n° 467; DEMOLOMBE, t. IX, n° 266.

de laquelle un constructeur livre un moteur à gaz à un industriel, ou un ascenseur à un propriétaire à titre de location, moyennant le paiement de certaines redevances durant une période déterminée, la propriété de la machine devant demeurer au constructeur jusqu'au paiement intégral du dernier terme, pour passer alors aux mains du propriétaire du fonds; il a été jugé qu'une telle convention présentait les caractères, non d'une vente sous condition résolutoire, mais d'une location accompagnée d'une promesse de vente à réaliser après paiement intégral des redevances stipulées. Par conséquent, tant qu'un tel paiement n'a pas été effectué, le locataire de la machine n'en étant pas encore devenu propriétaire, ne peut lui conférer le caractère d'un immeuble par destination (1). On peut donc formuler la règle suivante :

Pour pouvoir donner à un objet mobilier le caractère d'immeuble par destination, il faut être à la fois propriétaire du fonds, et propriétaire du meuble à immobiliser.

21. Il faut encore que les objets aient été placés sur un fonds dans l'intérêt de ce fonds, c'est-à-dire pour son service, son exploitation, son utilité ou son ornement. La seule intention du propriétaire de l'immeuble ne suffit donc pas pour attribuer aux meubles qui le garnissent un caractère immobilier, il faut qu'à cette intention se joigne le fait matériel d'une adhérence durable (2). La destination ne peut donc résulter que des circonstances déterminées par la loi, et ne saurait dès lors dépendre de conventions intervenues entre le propriétaire et ses créanciers (3).

De même les circonstances appréciées par les juges du fait, peuvent démontrer, chez le propriétaire, l'intention de ne point immobiliser les objets placés sur le fonds (4).

(1) Lyon, 10 août 1888, S. 88, 2, 113.
(2) Cass. 5 fév. 1878, D. 78, 1, 156.
(3) Cass. 31 juill. 1879, D. 80, 1, 473.
(4) Cass. 21 avr. 1885, D. 85, 1, 292.

Enfin il résulte de l'art. 524 qu'il y a deux classes d'immeubles par destination : La première comprend les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés *pour le service et l'exploitation de ce fonds*. Ces objets sont, à raison de cette seule circonstance, immeubles par destination, qu'ils aient été ou non placés à perpétuelle demeure ; ils sont énumérés dans les art. 522 et 524, al. 1 à 12.

La seconde classe comprend les objets que, dans un tout autre intérêt, par exemple, pour l'utilité ou l'ornement, le propriétaire a attachés au fonds *à perpétuelle demeure* (art. 524, al. final).

La perpétuelle demeure n'est donc nécessaire que lorsque l'immobilisation a lieu dans un intérêt autre que l'intérêt agricole ou industriel du fonds (1).

22. Nous allons d'abord nous occuper des objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds.

Il s'agit de reprendre la nomenclature donnée par l'art. 524.

La loi parle d'abord des *animaux attachés à la culture*.

On peut à cet égard envisager deux situations différentes : d'abord celle d'un propriétaire exploitant son fonds lui-même, ensuite celle d'un propriétaire qui a confié l'exploitation à un fermier.

Dans la première hypothèse, qui paraît être celle qui a été envisagée par l'art. 524, il faut considérer comme *attachés à la culture*, ou comme *placés pour le service et l'exploitation du fonds*, non seulement les animaux qui tirent la charrue, comme les chevaux et les bœufs, mais encore les vaches, moutons, etc., qui sont nécessaires à une exploitation rurale à raison de l'engrais qu'ils procurent.

(1) LAURENT, t. V, n° 441 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1221 ; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. IX, n°s 254-256 ; Orléans, 28 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 89, 99.

Il faut en dire autant des animaux placés sur un domaine pour y être engraissés et ensuite vendus, à la condition que ces animaux soient destinés à consommer sur place la récolte du domaine, et ne soient pas engraissés à l'aide d'une nourriture provenant du dehors. Par conséquent s'il se trouve sur un domaine un nombre d'animaux plus considérable que celui dont la récolte pourrait permettre l'engraissement, tout l'excédent serait meuble, et pourrait être saisi mobilièrement. Si le propriétaire soutenait que les animaux saisis sont immeubles, c'est à lui de fournir la preuve qu'ils étaient nécessaires à la consommation sur place des produits du fonds, c'est-à-dire nécessaires au mode d'exploitation adopté pour ce fonds. La circonstance que les animaux dont il s'agit n'ont pas été mis sur le fonds à perpétuelle demeure est indifférente d'après la remarque faite ci-dessus.

Ce que nous venons de dire des animaux s'applique également, d'après les termes de l'art. 524, aux ustensiles aratoires placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds.

L'hypothèque acquise sur le fonds s'étendra donc sur les animaux et ustensiles immobilisés. Mais ces objets reprendront leur nature mobilière s'ils sont définitivement séparés du fonds par le propriétaire ; ils cesseront alors de garantir exclusivement les droits des créanciers hypothécaires, et rentreront dans le gage commun de tous les créanciers (1).

23. Dans la seconde hypothèse, celle où l'exploitation a été confiée à un tiers,

ART. 522. Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention. — Ceux qu'il donne à cheptel, à d'autres qu'au fermier ou au métayer, sont meubles (*).

(*) Art. 522. — *Contr.* L. 14, D. 33, 10, *De supellectile;* L. 2, § 1, D. 33, 7, *De instruc.*

(1) Douai, 16 déc. 1886, S. 88, 2, 115.

La solution donnée par le texte doit également s'appliquer aux ustensiles aratoires livrés par le propriétaire au fermier ou métayer pour la culture du fonds; elle doit également être étendue au croît du cheptel. Mais elle ne concerne pas les animaux et ustensiles placés sur le fonds par le fermier lui-même, et qui demeurent toujours meubles.

L'immobilisation dont nous parlons, a lieu, soit que les animaux livrés aient été *estimés*, dit le texte, soit qu'ils ne l'aient pas été. Cela signifie que la règle d'après laquelle l'estimation des meubles vaut quelquefois vente, ne trouve pas ici son application.

L'estimation des animaux, quand elle a été faite, a donc simplement pour but de fixer la valeur que le fermier ou le métayer devra restituer au propriétaire à la fin du bail, conformément aux art. 1821 et 1822.

L'immobilisation des animaux ne se produit que tout autant qu'ils *demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention*, c'est-à-dire du contrat de bail. Par conséquent si, pendant la durée du bail, le propriétaire les vend au fermier, l'immobilisation cesse, quoique le fermier continuant de s'en servir pour l'exploitation du fonds, il n'apparaisse dans le mode d'exploitation aucun changement extérieur.

24. Pour les semences, la solution qui les déclare, dans tous les cas, immeubles par destination dérive de cette règle d'économie rurale que, sur chaque récolte annuelle, le propriétaire qui exploite lui-même le fonds, doit mettre en réserve la quantité de grains nécessaire pour ensemencer les terres qui pourront ainsi être toujours cultivées. Les semences qui se trouvent sur un domaine exploité par le propriétaire sont donc immeubles par leur destination, et seront, à ce titre, virtuellement comprises dans le don ou le legs de ce domaine.

Il suit de là, et c'est l'hypothèse prévue par le Code, que lorsque le propriétaire, cessant d'exploiter lui-même, livre le

domaine à un fermier ou à un colon partiaire, et lui avance les semences nécessaires, ces semences passent entre les mains du fermier avec le même caractère d'immeubles par destination, et conservent ce caractère même avant qu'elles aient été jetées en terre. On aurait peut-être pu en douter parce que les semences livrées en tant que choses fongibles deviennent immédiatement la propriété de celui qui les reçoit. On aurait pu croire qu'elles sont meubles tant qu'elles n'ont pas été jetées en terre ; c'est pour écarter cette solution que le texte déclare ces semences immobilisées. Mais il faut bien comprendre quelle est l'étendue et la portée de cette immobilisation.

D'abord le propriétaire n'a fait qu'une avance dont il doit être remboursé. Il a donc contre le fermier une action en restitution ou reddition de compte ; c'est en réalité cette action qui est déclarée immeuble par la loi.

Cette action doit donc produire son effet *erga omnes ;* il suit de là que si un tiers, autre que le propriétaire, fait pratiquer, en qualité de créancier, une saisie mobilière sur la récolte, il sera obligé, dans l'intérêt de l'exploitation, de laisser en dehors de la saisie mobilière, une quantité de grains équivalente à la semence qui a été avancée, semence qui, étant immeuble, ne peut être saisie mobilièrement.

Mais, d'un autre côté, les grains livrés comme semence étant devenus, vu leur caractère fongible, la propriété du fermier ou colon partiaire, ce dernier, en les détournant de leur destination pour les consommer dans son intérêt personnel, viole sans doute la loi du contrat, mais ne commet pas un vol ou autre délit punissable (1).

25. Les oignons des fleurs sont immeubles par nature quand ils ont été plantés. Avant d'être plantés ou après qu'ils sont ôtés pour être replantés, ils sont immeubles par desti-

(1) Arg. Rouen, 1er mai 1878, D. 79, 5, 450.

nation. Quant aux arbustes placés dans des caisses mobiles, il paraît impossible de les considérer comme destinés au service d'un fonds agricole. Tout au plus pourrait-on l'admettre quand il s'agit d'un fonds commercial, tel qu'un hôtel de premier ordre dont l'exploitation exige des dépenses voluptuaires (1).

26. Nous placerons encore parmi les immeubles par destination, les arbustes et arbres plantés en pépinière. Cependant cela n'est pas généralement admis. La plupart des auteurs déclarent en effet que les pépinières doivent être considérées comme immeubles par nature. La conséquence nécessaire d'une telle opinion serait de faire reconnaître aux pépinières la qualité d'immeubles aussi bien dans le cas où elles ont été plantées par le preneur que dans le cas où elles ont été plantées par le propriétaire. Cependant tous les auteurs soutiennent que les arbustes plantés en pépinière sont meubles quand ils ont été plantés par le preneur. Pourquoi? Parce que, d'après les uns, l'adhérence qui les unit au sol n'est pas assez puissante, ni assez énergique pour prévaloir contre la volonté du fermier pépiniériste (2); parce que, d'après les autres, il faudrait appliquer la doctrine ci-dessus réfutée qui, du caractère mobilier du droit du preneur, fait résulter le caractère mobilier de tout ce que le preneur place sur le fonds (3) (nos 10 et 11). Il était bien plus simple de ne voir dans les pépinières que des immeubles par destination. Cette solution déjà indiquée par Marcadé (4), semble consacrée par la Cour de cassation qui emploie la formule même de l'art. 524, § 2, en déclarant : « Que les arbres composant une pépinière, lors même qu'ils ne sont pas adhérents au sol, peuvent être considérés comme immeubles tant qu'ils

(1) Voy. LAURENT, t. V, nos 456 et 457.
(2) DEMOLOMBE, t. IX, n° 146.
(3) LAURENT, t. V, n° 420.
(4) Sur l'art. 524, § 2.

font partie de l'établissement auquel ils ont été incorporés, *pour son service et son exploitation* (1). » Donc, ils sont immeubles quand ils ont été plantés par le propriétaire, et meubles quand ils ont été plantés par le preneur. Dans le premier cas ils deviendront meubles s'ils ont été transportés sur un terrain nouveau pour attendre le moment de la vente, ou lorsque, par la volonté du propriétaire, le sol sur lequel ils sont placés forme une propriété distincte de celle de la pépinière à laquelle ils avaient été rattachés (2).

27. Les *pailles* et *engrais* sont encore immeubles par destination. Du rapprochement de ces deux termes, on induit généralement que la loi entend parler seulement des pailles destinées à la litière des animaux. Quant à celles qui sont destinées à la nourriture des bestiaux, elles ne seraient pas immeubles par destination. Il faudrait encore admettre la même solution pour les foins et avoines dont la loi ne parle pas, et qui sont uniquement destinés à la nourriture des bestiaux (3). Cette interprétation paraît trop étroite; c'est comme provision faite pour l'année, que les pailles et fourrages, dans la mesure des besoins d'une exploitation rurale seulement, sont immeubles par destination (4).

Il faut, avant tout, que le fonds se suffise à lui-même. Il suit de là que le fermier n'est pas à la rigueur considéré comme propriétaire de ses pailles; il a seulement le droit d'en user selon leur destination, et cela est vrai même pour les pailles qu'il doit laisser en sortant en vertu de l'article 1778 (5). Par conséquent, le propriétaire peut s'opposer à la vente des récoltes dont la paille est affectée à l'exploi-

(1) Cass. 5 juill. 1880, D. 80, 1, 322.

(2) Cass. 3 juill. 1880, D. 80, 1, 321, et sur renvoi, Chambéry, 17 août 1881, D. 82, 2, 148.

(3) LAURENT, t. V, n° 458; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1224.

(4) DEMOLOMBE, t. IX, n°s 249, 250.

(5) Cass. 30 août 1882, D. 83, 1, 213.

tation de son domaine, et les créanciers du fermier n'auraient pas le droit de faire saisir ces pailles (1). Donc le créancier qui aurait fait pratiquer une saisie sur une récolte en blé n'aurait pas le droit de faire transporter les gerbes dans leur état actuel; il devrait dépicquer sur place, laisser libre la paille et la balle, et faire emporter seulement le grain.

Il faut appliquer les mêmes règles aux échalas des vignes, palissades, haies sèches, etc. Ces objets deviennent immeubles par destination aussitôt qu'ils ont été placés en terre, même par un fermier ou un usufruitier qui, en agissant ainsi, doivent être considérés comme ayant agi pour le compte et comme mandataires du propriétaire, excepté quand il a été stipulé que le fermier pourrait enlever les échalas, etc., à la fin du bail.

28. Les *pigeons des colombiers* sont encore immeubles par destination, C'est, dit-on, parce que ces animaux ayant conservé leur liberté naturelle ne sont pas véritablement possédés par l'homme, mais plutôt par l'immeuble lui-même où ils ont l'habitude de revenir, et dont ils sont comme un accessoire. — Mais en réalité les pigeons sont établis dans les colombiers pour le service et l'exploitation du fonds; il faut remarquer en effet que les pigeons de colombier se nourrissent d'eux-mêmes, comme ils peuvent, durant la plus grande partie de l'année, et que leurs produits annuels constituent un bénéfice assimilable aux fruits. Il en est autrement des pigeons de volière ou domestiques dont les produits sont, avant tout, destinés à payer les frais d'entretien.

Il suit de là que, dans le cas de bail d'une maison des champs, ferme ou exploitation dans laquelle se trouve un colombier, ce colombier, à moins de réserves formelles de la part du propriétaire sera compris dans le bail, et le fermier

(1) Douai, 12 avr. 1848, *Rec. de Douai*, t. VI, p. 259.

ou locataire aura le droit de jouir de ses produits comme des autres fruits.

La loi du 4 août 1789 autorisait les municipalités à faire des règlements pour déterminer les époques de fermeture et d'ouverture des pigeonniers. Mais comme les municipalités ne pouvaient s'entendre pour adopter la même mesure dans l'étendue d'une certaine contrée; que dans certaines communes il existait des arrêtés, alors qu'il n'y en avait pas dans les communes voisines, les mesures locales demeuraient toujours inefficaces. Pour remédier à cet inconvénient, la loi du 4 avril 1889, sur le *Code rural* (titre VI), donne aux préfets la mission de déterminer chaque année, après avis des conseils généraux, pour tout le département, ou séparément pour chaque commune, s'il y a lieu, l'époque de l'ouverture et de la fermeture des colombiers (art. 6).

L'art. 7 de la même loi est ainsi conçu :

« Pendant le temps de la clôture des colombiers, les propriétaires et les fermiers peuvent tuer et s'approprier les pigeons qui seraient trouvés sur leurs fonds, indépendamment des dommages-intérêts et des peines de police encourues par les propriétaires des pigeons.'—En tout autre temps, les propriétaires et fermiers peuvent exercer à l'occasion des pigeons trouvés sur leurs fonds, les droits déterminés par l'art. 4 ci-dessus. »

Aux termes de cet art. 4 : « Celui dont les volailles passent sur la propriété voisine et y causent des dommages est tenu de réparer ces dommages. Celui qui les a soufferts peut même tuer les volailles, mais seulement sur le lieu, au moment du dégât, et sans pouvoir se les approprier. » — C'est la reproduction de l'art. 12, § 3, du titre II de la loi des 28 sept.-6 oct. 1791.

La jurisprudence admettait déjà que les pigeons devaient être assimilés aux volailles quant au droit pour le propriétaire lésé de les tuer sur son terrain, même en l'absence d'ar-

rêtés prescrivant la fermeture des colombiers (1); l'art. 7 de la nouvelle loi fait disparaître désormais toute difficulté à cet égard.

Il convient cependant de distinguer si la clôture des colombiers a été ou non prescrite par le préfet. Dans le premier cas, les pigeons peuvent être tués par le propriétaire ou fermier, même en l'absence de tout dommage immédiat causé par eux, et les oiseaux abattus, considérés comme gibier, deviennent la propriété du destructeur. Dans le second cas, les pigeons ne peuvent être tués qu'autant qu'ils causent des dégâts, et le destructeur n'est pas autorisé à se les approprier (2).

Les dispositions qui précèdent s'appliquent aussi bien aux pigeons dits de volière ou de pied qu'aux pigeons dits fuyards ou bisets (3), et même aux pigeons voyageurs, malgré l'encouragement que mérite leur éducation (4).

29. Les *lapins des garennes* comme les pigeons de colombier, et pour les mêmes raisons, sont considérés comme attachés au fonds, et par conséquent traités comme immeubles par destination.

Il en est autrement des lapins de clapier qui sont en quelque sorte sous la main de l'homme et gardés pour ses besoins plutôt que pour l'exploitation du fonds.

Les garennes sont des abris spéciaux en bois, bruyères, etc., quelquefois entourés de murs, établis pour y fixer les lapins qu'on se propose de multiplier.

Les lapins de garenne étant la propriété du maître du fonds, celui-ci est responsable du dommage causé par ces animaux aux récoltes des propriétés voisines, sans qu'il soit

(1) Limoges, 18 sept. 1884, S. 85, 2, 40.
(2) Voy. *Annuaire de législ. franç.*, 1890, p. 205.
(3) V. Exposé des motifs; Sénat, session 1876, annexe n° 106, p. 986.
(4) Trib. civ. Troyes, 3 juill. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 234.

besoin d'articuler contre lui aucune faute, imprudence ou négligence (1).

Au contraire, quand il s'agit de lapins séjournant simplement dans un bois ou dans un terrain qui leur convient, comme les landes et les dunes, le propriétaire ne peut encourir aucune responsabilité à propos du dommage causé par ces animaux, lorsqu'il n'a commis aucune négligence, et a fait tout ce qui dépendait de lui pour les détruire (2). Dans ces conditions, les inconvénients résultant de la proximité d'un bois doivent être supportés comme étant la conséquence prévue d'une sorte de servitude de voisinage (3).

Les propriétaires des bois ou leurs représentants doivent donc détruire les lapins (et autres animaux nuisibles), par tous les moyens, sous peine d'encourir les suites de leur faute ou négligence. Ils obtiennent dans ce but, le droit de détruire en tout temps les lapins qui sont dans leurs bois, à la condition d'être porteurs d'un permis de chasse.

Le projet de Code rural déposé au Sénat le 13 juillet 1876, contient sur la matière qui nous occupe, les dispositions suivantes :

« Art. 95. — Tout propriétaire d'un terrain, même clos, qui y possède une garenne ou un clapier, ou qui a négligé d'y détruire des terriers, est responsable du dommage causé par les lapins qui y sont établis. Il encourt la même responsabilité si, n'ayant ni garenne, ni clapier, il néglige de détruire les lapins établis dans sa propriété sans son fait et s'oppose à ce que le propriétaire qui en souffre s'y introduise pour les détruire lui-même. »

« Art. 96. — Les préfets peuvent, dans les limites de leur département, permettre par leurs arrêtés, la vente et le col-

(1) Cass. 29 oct. 1889, S. 90, 1, 53.
(2) Cass. 16 janv. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 263.
(3) Trib. paix, Dunkerque, 11 nov. 1885, *Gaz. Pal.*, 86, 78.

portage des animaux malfaisants ou nuisibles à l'agriculture, dont la destruction a été régulièrement autorisée. »

30. Les *ruches à miel* deviennent immeubles comme faisant partie de l'exploitation agricole. Cependant, il sera souvent difficile de les considérer comme rattachées à un domaine envisagé dans son ensemble, et il vaudra mieux les traiter comme affectées au fonds particulier ou à la pièce de terre où elles ont été établies.

Avant la loi du 4 avril 1889 on décidait que le maire seul avait le droit de prendre des mesures préventives à l'effet de garantir les personnes et les propriétés contre les accidents ou les dommages pouvant être causés par les abeilles (1). Aujourd'hui, d'après l'art. 8 de la loi précitée :

« Les préfets détermineront, après avis des conseils généraux, la distance à observer entre les ruches d'abeilles et les propriétés voisines ou la voie publique, sauf, en tout cas, l'action en dommage s'il y a lieu. »

Il ne peut donc plus y avoir désormais controverse sur le point de savoir si le propriétaire d'une ruche doit être tenu pour responsable des accidents occasionnés par ses abeilles. La jurisprudence, d'ailleurs, avait déjà plus d'une fois admis le principe de cette responsabilité (2).

Les ruches à miel placées par le propriétaire sont donc immeubles par destination, et à ce titre ne peuvent être saisies mobilièrement (art. 592, C. pr. c.). Mais quand elles ont été placées par un fermier elles demeurent meubles, et par conséquent peuvent être saisies. C'est cette hypothèse qui est envisagée par l'art. 10 de la loi précitée, ainsi conçu :

« Dans le cas où les ruches à miel pourraient être saisies séparément du fonds auquel elles sont attachées, elles ne

(1) Cons. d'Etat, 30 mars 1867, S. 68, 2, 124.
(2) Limoges, 5 déc. 1860, S. 61, 2, 9; Trib. Bordeaux, 6 juin 1869, D. 70, 3, 37.

pourront être déplacées que pendant les mois de décembre, janvier et février. »

Enfin, l'art. 9 de la même loi reproduisant une disposition analogue de la loi de 1791, porte :

« Le propriétaire d'un essaim a le droit de le réclamer et de s'en ressaisir tant qu'il n'a point cessé de le suivre; autrement l'essaim appartient au propriétaire du terrain sur lequel il s'est fixé. »

31. Le Code, intentionnellement, ne parle pas des vers à soie. Ce ne sont pas en effet des animaux utiles à l'agriculture, quoiqu'ils servent à consommer la feuille du mûrier. Mais comme l'énumération donnée par l'art. 524 n'est pas limitative, quelques auteurs estiment que les vers à soie peuvent être considérés comme immeubles par destination, quand ils ont été placés sur le fonds, par le propriétaire, *pour son exploitation* (1). Mais nous ne voyons pas le rapport qui peut exister entre *l'exploitation d'un fonds* et l'éducation des vers à soie, industrie spéciale, ne touchant que de fort loin aux intérêts agricoles, et pouvant être pratiquée *en chambre*.

Les vers à soie ne sont donc pas immeubles. Dans le cas de vente d'une exploitation rurale sur laquelle se trouverait une magnanerie en activité, la question de savoir si les vers se trouvent compris dans la vente, serait donc une question de fait.

L'art. 11 de la loi du 4 avril 1889 reproduit une disposition de la loi de 1791 et décide que : « les vers à soie ne peuvent être saisis pendant leur travail. Il en est de même des feuilles de mûrier qui leur sont nécessaires. »

32. Les *poissons des étangs*, mais non ceux des réservoirs sont encore des immeubles par destination. Ils forment le revenu normal du fonds exploité comme étang. Mais ils

(1) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. 1, n° 1024.

deviennent meubles aussitôt que la bonde a été levée pour mettre l'étang en pêche, car ils se trouvent alors à la disposition du propriétaire comme ceux des réservoirs.

De même les pigeons des colombiers et les lapins des garennes deviennent meubles aussitôt qu'ils sont pris.

33. D'après l'art. 524, sont au nombre des immeubles par destination, *les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes*, placés par le propriétaire pour le service du fonds. C'est là une simple énumération qui doit être étendue aux foudres, tonneaux et barriques destinés à demeurer en cave pour la réception et la conservation du vin. Les futailles vendues avec le vin, et les tonneaux contenant la provision du propriétaire et de sa maison restent meubles.

34. Les exemples donnés par le texte sont tirés principalement de l'exploitation d'un domaine agricole. Il est certain cependant que l'art. 524, en déclarant immeubles par destination les objets mobiliers placés par le propriétaire sur son fonds pour le service et l'exploitation de ce fonds, s'applique aussi bien aux établissements industriels qu'aux domaines agricoles (1). La loi a cru cependant utile de mentionner spécialement :

Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines.

Cela ne veut pas dire évidemment que tout l'outillage sans exception dont se servent les ouvriers dans l'intérieur d'une usine sera immeuble. Il faut combiner cette disposition de l'art. 524 avec celle de l'art. 528 ci-après qui contient la définition des meubles par nature.

Il faut d'abord distinguer entre les usines proprement dites, et les manufactures. Une usine est une construction spécialement destinée, d'après son plan, à utiliser une force motrice, telle que l'eau ou la vapeur. Si une usine est fixée

(1) Gand, 19 mars 1887, D. 89, 2, 118.

sur des piliers, elle est immeuble d'après l'art. 519; si elle est sur l'eau elle est meuble d'après l'art. 531 expliqué plus bas. Par conséquent les ustensiles servant à l'exploitation seront meubles ou immeubles suivant que l'usine elle-même est meuble ou immeuble.

Pour les manufactures, il n'est pas nécessaire de faire ces distinctions. La manufacture est en effet un établissement dans lequel les travaux industriels se font à la main, aidée ou non aidée d'une machine à coudre. Par conséquent l'édifice dans lequel se réunissent les ouvriers ne constitue pas un moyen d'exploitation. L'outillage ne sera donc jamais attaché à un immeuble, et par conséquent demeurera meuble.

Il en sera de même, à plus forte raison, des ustensiles employés pour l'exploitation d'une industrie ailleurs que dans une usine. Ainsi, par exemple, les presses d'imprimerie, s'il s'agit d'un atelier ordinaire seront meubles. Mais s'il s'agit d'une imprimerie montée sur le pied d'une usine proprement dite, il en sera autrement : ainsi seront immeubles les presses et machines à vapeur placées dans un immeuble par le propriétaire pour le service et l'exploitation de l'imprimerie installée dans cet immeuble, ainsi que les rayons destinés à supporter les papiers imprimés (1). Les conduites de gaz passant sous les voies publiques ou privées sont encore partie intégrante de l'usine (2).

Il faut adopter la même solution pour les moteurs à gaz (3) et généralement pour toutes les machines qui fournissent la force motrice. Il y a même raison de décider pour les chevaux placés dans les écuries d'un établissement industriel, mais seulement dans la mesure des besoins réguliers et normaux de cet établissement (4). Cette précision est même

(1) Limoges, 29 juin 1888, S. 88, 2, 205.
(2) Caen, 26 mai 1886, D. 87, 2, 81.
(3) Lyon, 10 août 1888, S. 88, 2, 113.
(4) Gand, 19 mars 1887, D. 89, 2, 118.

textuellement faite, pour les mines, dans les paragraphes 2 et 3 de l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810, ainsi conçus :

« Sont aussi immeubles par destination, les chevaux, agrès, outils et ustensiles servant à l'exploitation. Ne sont considérés comme chevaux attachés à l'exploitation que ceux qui sont exclusivement attachés aux travaux intérieurs des mines. »

35. Le principal intérêt que soulève la question de savoir si un objet mobilier est ou non immeuble par destination, consiste en ce que, si cet objet mobilier est devenu immeuble, il a pu être hypothéqué et devenir ainsi le gage des créanciers ayant une hypothèque sur le fonds, à l'exclusion des créanciers simplement chirographaires. Or, étant reconnu que l'hypothèque acquise sur un immeuble s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (article 2133), il peut se faire que l'amélioration résulte précisément du placement dans le fonds hypothéqué d'un immeuble par destination. L'hypothèque existant déjà s'étendra de plein droit sur ce nouvel élément (1). En outre, pour apprécier ce résultat, il n'y a pas à distinguer si l'affectation immobilière dont il s'agit émane du débiteur principal lui-même, ou d'un acquéreur subséquent, tiers détenteur de l'immeuble; le droit de ce dernier se borne, en effet, à répéter le montant de ses impenses, à concurrence de la plus-value, s'il y en a (2).

Enfin, les animaux et instruments attachés à l'exploitation d'un immeuble rural frappé de saisie réelle, sont implicitement compris dans la saisie (3).

Les immeubles par destination perdent ce caractère, et reprennent leur caractère mobilier quand le propriétaire les

(1) Cass. 2 août 1886, D. 87, 1, 293.
(2) *Ibid.*
(3) Cass. 12 nov. 1890, S. 91, 1, 76.

donne ou les vend séparément (1). Il en est autrement quand la vente du fonds et des immeubles qui y sont attachés est faite à la même personne par un seul et même acte. Dans ce cas, les immeubles par destination conservent ce caractère, quand même des prix distincts auraient été convenus pour le fonds et pour les immeubles par destination, si ces derniers ont été considérés comme devant rester attachés au fonds après la vente (2).

36. L'art. 524 établit une seconde classe d'immeubles par destination, ce sont : *tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure.*

C'est seulement à l'égard des objets rentrant dans cette catégorie, qu'il peut être question de perpétuité. La loi ne l'exige pas quand il s'agit d'une immobilisation résultant d'une destination industrielle ou agricole. Ce qui n'empêche pas que les objets immobilisés à ce point de vue peuvent en outre se trouver attachés au fonds à perpétuelle demeure, et alors on a pu décider que ces objets doivent être considérés comme immeubles par destination, soit en raison de ce qu'ils ont été destinés par le propriétaire à l'exploitation du fonds, soit à raison de ce qu'ils ont été attachés à ce fonds à perpétuelle demeure (3).

La difficulté, en cette matière, consiste à dégager avec précision l'intention qu'a eu le propriétaire d'attacher certains objets à son fonds à perpétuité. La loi présume cette intention dans certaines circonstances prévues ; ainsi :

ART. 525. Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. — Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait

(1) Alger, 19 mars 1884, D. 85, 2, 134.
(2) Limoges, 29 juin 1888, S. 88, 2, 205.
(3) Cass. 8 déc. 1885, S. 86, 1, 202.

corps avec la boiserie. — Il en est de même des tableaux et autres ornements. — Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration (*).

La première partie de l'article pose un principe, dont l'application est faite ensuite successivement aux glaces d'un appartement, aux tableaux et aux statues. Si ces objets sont placés comme l'indique le texte, il n'y aura pas de doute; dans le cas contraire les juges, auront à apprécier si, malgré cette circonstance, ils ne peuvent pas être considérés comme attachés au fonds à perpétuelle demeure. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1). Il est vrai que, d'après l'exposé des motifs (2), le législateur parait avoir eu la pensée d'établir pour les tableaux, les glaces et les statues des règles *précises* afin de prévenir toute difficulté ultérieure. Mais par la force des choses le législateur n'a pu réaliser son intention reposant sur cette hypothèse que le système de construction par lui envisagé demeurerait toujours le même.

Par conséquent, pour les glaces, par exemple, il suffira que des signes extérieurs, qui pourront être autres que ceux indiqués par le texte, donnent la certitude d'une adhérence permanente, et démontrent ainsi la volonté du propriétaire de les attacher à perpétuité à la décoration de l'appartement (3).

Les objets mobiliers placés par le locataire avec l'autorisation du propriétaire, et faisant corps avec la boiserie de l'appartement, ne deviennent pas immeubles s'ils doivent demeurer la propriété du locataire à la cessation du bail, mais

(*) Art. 525. — L. 17, § 3, et 7, D. 19, 1, *De act. empt.*; L. 21, D. 33, 7, *De instr.*

(1) DEMOLOMBE, t. IX, nos 309 et suiv.; AUBRY et RAU, § 164; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1228; *Contrà*, LAURENT, t. V, n° 469.

(2) LOCRÉ, t. III, p. 30.

(3) Limoges, 29 juin 1888, S. 88, 2, 205.

il en serait autrement s'ils devaient demeurer la propriété du bailleur (1).

L'immobilisation dont nous parlons cessera quand le propriétaire séparera définitivement les meubles immobilisés du fonds auquel ils ont été attachés à perpétuelle demeure. Mais une séparation momentanée ne leur fera pas perdre le caractère immobilier (2).

§ 3. — Autres espèces d'immeubles.

37. — Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, art. 526 ; des actions tendant à revendiquer un immeuble.
38. — Immeubles par une détermination de la loi.

37. Tous les objets qui, d'après les définitions et précisions qui précèdent, rentrent soit dans la catégorie des immeubles par nature, soit dans celle des immeubles par destination présentent tous ce caractère qu'ils constituent des éléments matériels ou corporels du patrimoine. Il est vrai qu'il en est ainsi uniquement à raison des droits dont la personne peut se trouver investie à leur occasion. Mais nous savons, que, sauf pour le droit de propriété qui a été confondu avec son objet, la loi a envisagé les autres droits en eux-mêmes, d'une manière abstraite, et les a distribués dans la classe des meubles et des immeubles.

Ce point de vue a donné naissance à une troisième classe d'immeubles:

ART. 526. Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent, — L'usufruit des choses immobilières — Les servitudes ou services fonciers; — Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

A cette nomenclature il convient d'ajouter le *droit d'habitation* et le *droit d'usage* quand il porte sur un immeuble.

Quelques précisions sont nécessaires en ce qui touche les *actions qui tendent à revendiquer un immeuble.*

(1) Cass. 13 nov. 1878, D. 79, 1, 447.
(2) Cass. 5 fév. 1878, D. 78, 1, 156.

On peut réclamer un immeuble en qualité de propriétaire; on exerce alors l'action proprement dite en revendication: c'est l'action par laquelle on se prétend propriétaire d'un immeuble dont on réclame en conséquence la possession.

On peut encore réclamer un immeuble en qualité de créancier. Il est vrai que dans le droit français moderne, la propriété, étant transférée par le seul effet des obligations (art. 711, 1138), les cas dans lesquels le créancier d'un immeuble n'est pas devenu par ce seul fait propriétaire de cet immeuble sont assez rares, mais cependant il peut s'en présenter. Il peut surtout arriver qu'une action personnelle ait pour résultat final de reconstituer un droit de propriété immobilière sur la tête du demandeur. Ce sont des actions de cette nature qui sont principalement envisagées par le texte; seulement l'expression *revendiquer* n'est pas employée dans son sens propre.

D'après l'opinion généralement admise les actions présentant un caractère immobilier dans le sens qui vient d'être indiqué seraient les suivantes :

1° Les actions en nullité ou en rescision d'un contrat translatif de propriété immobilière, ou d'un droit réel immobilier;

2° L'action en révocation d'une donation immobilière;

3° L'action en délivrance d'un immeuble dans les cas où cette délivrance doit rendre le demandeur propriétaire;

4° L'action de réméré dérivant d'une vente d'immeubles;

5° L'action en résolution d'une vente d'immeuble pour défaut de paiement du prix;

6° L'action en rescision d'une vente d'immeubles pour lésion de plus des sept douzièmes (1).

Les difficultés que soulèvent certaines de ces actions seront examinées en leur lieu.

38. Des objets mobiliers ne peuvent pas devenir immeu-

(1) LAURENT, t. V, 487 à 495; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1294.

bles en vertu d'une détermination dérivant de la volonté de l'homme (1); même dans le cas de contrat de mariage, la clause de réalisation peut rendre un meuble propre (art. 1500) mais non le transformer en immeuble. Mais on comprend qu'il puisse exister des meubles devenant *immeubles par la détermination de la loi.*

Certaines dispositions législatives postérieures au Code civil, ont en effet permis de donner la qualité d'immeubles à certains droits incorporels ; ainsi :

D'après l'art. 7 du décret du 16 janvier 1808, « les actionnaires (de la Banque de France), qui voudront donner à leurs actions la qualité d'immeubles, en auront la faculté ; et dans ce cas, ils en feront la déclaration dans la forme prescrite pour les transferts. » — Cette immobilisation peut cesser au gré de celui qui l'a faite (L. 17 mai 1834, art. 5).

Cette faculté a été étendue aux propriétaires d'actions du canal du Midi par le décret du 10 mars 1810. Aux termes de l'art. 13 de ce décret « les actions de la Compagnie du canal du Midi, pour leur immobilisation, leur inaliénabilité, leur disposition et jouissance, sont assimilées, en tout, aux actions de la Banque de France. »

Une ordonnance du 2 avril 1817 décide que les rentes sur l'État et sur les villes seront immobilisées lorsqu'elles sont acquises par les communes ou par certains établissements publics en remploi de biens immobiliers donnés ou légués.

L'art. 46 de la loi du 2 juillet 1862, a décidé « que les sommes dont le placement ou le remploi en *immeubles* est permis ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou un testament, peuvent être employées en rentes 3 0/0 de la dette française, à moins de clauses contraires. Dans ce cas et sur la réquisition des parties, le matricule de ces rentes au grand livre de la dette publique, en indique

(1) Cass. 31 juill. 1879, D. 80, 1, 473.

l'affectation spéciale. » Cette faculté de remploi en rentes sur l'État a été étendue aux rentes françaises de toute nature par la loi du 16 septembre 1871, art. 29.

Un décret du 1er mars 1808 avait également autorisé l'immobilisation des rentes sur l'État pour la fondation de majorats. La loi du 12 mai 1835 ayant prohibé pour l'avenir toute constitution de majorats, l'immobilisation a pu produire son effet pour toute la durée assignée à ces majorats par l'art. 2 de la loi précitée, et les art. 1 et 2 de la loi du 7 mai 1849.

CHAPITRE II.

DES MEUBLES.

39. — Division des meubles, art. 527; meubles par nature, art. 528.
40. — Précisions concernant les bateaux, bacs, etc., art 531, et les matériaux, art. 532.
41. — Meubles par la détermination de la loi, art. 529; énumération.
42. — Actions et intérêts dans les compagnies; différences entre l'action et l'intérêt.
43. — L'art. 529 ne doit recevoir d'application qu'à l'égard des sociétés constituant une personne morale. *Quid* dans le cas de sociétés minières?
44. — Des rentes soit perpétuelles, soit viagères.
45. — Du rachat des rentes foncières, art. 530.
46. — Différences entre les rentes foncières et les rentes constituées.
46 *bis*. — Dérogations pour la Tunisie aux règles ci-dessus : biens *habbous* constitués en *enzel*.
47. — Règles d'interprétation de certaines expressions concernant les meubles, art. 523 à 536.

39. La loi divise les meubles en deux classes :

ART. 527. Les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi.

Les biens qui sont meubles par leur nature se confondent en réalité avec le droit de propriété en tant qu'il porte sur des meubles. Le législateur a cru nécessaire d'en donner la définition suivante :

ART. 528. Sont meubles par leur nature les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées (*).

Les animaux sauvages, à l'exception des poissons des étangs et des lapins des garennes sont toujours des meubles par nature. Les animaux domestiques seuls peuvent être immobilisés.

40. Pour éviter la possibilité d'une confusion entre cer-

(*) Art. 528. — L. 93, D. 50, 16, *De verb. signif.*

tains meubles et quelques autres objets qui sont immeubles par destination, la loi a cru devoir faire les précisions suivantes :

ART. 531. Les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des piliers, et ne faisant point partie de la maison, sont meubles : la saisie de quelques-uns de ces objets peut cependant, à cause de leur importance, être soumise à des formes particulières, ainsi qu'il sera expliqué dans le Code de la procédure civile.

ART. 532. Les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en construire un nouveau, sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction (*).

Un moulin simplement posé sur piliers, sans y être fixé par ciment ou crampons est donc meuble ; il serait immeuble dans le cas contraire, quoique ne faisant partie d'aucun bâtiment proprement dit (1).

Les bacs et passages d'eau, constituaient, avant la Révolution, des propriétés d'une nature féodale. Le droit exclusif de tenir bacs, coches ou voitures d'eau sur les canaux et rivières fut donc supprimé, provisoirement par la loi du 28 mars 1790, et définitivement par celle du 25 août 1792 (art. 9). Il fut donc libre à tout citoyen d'établir des bacs ou bateaux sur les cours d'eau navigables. Mais dans l'intérêt de la navigation et de la sûreté personnelle des citoyens, la loi du 6 frimaire an VII ordonna la prise de possession, au nom de la nation, avec indemnité, de tous les bacs, autres que ceux établis *pour le seul usage d'un particulier ou pour l'exploitation d'une propriété circonscrite par les eaux.*

L'art. 8 de la loi du 6 frimaire ajoute que les bacs de cette catégorie ne pourront être maintenus, et qu'il ne pourra en être établis à l'avenir qu'après que les détenteurs ou propriétaires en auront fait vérifier la destination et constater qu'ils ne peuvent nuire à la navigation. C'est aux préfets qu'il appartient de statuer, sur l'avis des ingénieurs en chef

(*) Art. 532. — L. 17, § 10, 11 ; L. 18, § 1, D. 19, 1, *De act. empt.*
(1) Bruxelles, 24 mai 1824, *Pas.*, 24, 122.

(Décret du 25 mars 1852, art. 4). La loi de frimaire prescrit encore à l'administration de prendre l'avis des municipalités intéressées, mais il ne paraît pas que cette prescription soit toujours observée (1).

Un particulier ne peut légalement établir un bac privé que du jour où il a obtenu l'autorisation administrative (2). Si le bac est établi par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds il sera immeuble (3).

Les barques lavandières sont meubles par nature (4). Mais une barque placée par un propriétaire sur un étang et exclusivement affectée à la pêche, c'est-à-dire à l'exploitation de l'étang peut être considérée comme immeuble par destination (5).

Quant aux matériaux, nous ferons seulement remarquer que ceux qui auront été momentanément détachés du mur ou de l'édifice dans lequel ils étaient encastrés pour y être immédiatement replacés comme cela a lieu pour effectuer certaines réparations, ne cessent d'être immeubles (6).

41. La loi s'occupe de la seconde catégorie de meubles dans l'article suivant :

ART. 529. Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. — Sont aussi meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers.

Le texte parle d'abord des *obligations* ou *actions qui ont*

(1) Voy. BOSQUET, *Des bacs particuliers*, *Revue critique*, 1876, p. 270 et suiv.

(2) Cass. 18 juill. 1857.

(3) LAURENT, t. V, n° 498.

(4) Cass. 27 mai 1878, D. 79, 1, 79.

(5) BELTJENS, *Encyclop. du dr. civ. Belge*, sur l'art. 524, n° 27 *bis* et sur l'art. 531, n° 2.

(6) Arg. Cass. 5 fév. 1878, D. 78, 1. 156.

pour objet des sommes *ou des effets mobiliers*. Il s'agit tout simplement des *rapports de créance* improprement désignés par l'expression corrélative *obligation*, plus particulièrement employée quand il s'agit d'exprimer le même lien de droit, envisagé à l'égard du débiteur, c'est-à-dire *la dette*. La loi a voulu dire que les dettes et les créances de sommes d'argent ou d'effets mobiliers, sont mobilières.

La loi ajoute qu'il s'agit de créances ayant pour objet des sommes étant ou pouvant devenir *exigibles*, afin de distinguer ces créances des *rentes* dont il sera parlé plus loin, sorte de créances dont le capital est perpétuellement *inexigible*.

Les droits de créance sont donc déterminés par leur objet. La créance ayant pour objet un meuble doit donc toujours être meuble, quand même elle serait garantie par un privilège ou une hypothèque sur un immeuble; le privilège et l'hypothèque étant des accessoires qui ne peuvent modifier la nature juridique de la chose principale.

Il y a cependant une précision à faire en ce qui concerne les mines. Une mine peut être en effet concédée à quelqu'un qui n'est pas propriétaire de la surface. Dans ce cas, le concessionnaire est obligé de payer au propriétaire de la surface, une redevance sur le produit de la mine, redevance qui est fixée par le décret de concession. Or, d'après les art. 18 et 19 de la loi du 21 avril 1810, le droit à cette redevance, qui, en soi, est un droit de créance mobilière, constitue cependant un droit immobilier qui vient s'ajouter à la surface et l'augmenter en quelque sorte.

Il faudra faire rentrer dans la catégorie des meubles par la détermination de la loi :

Les obligations de faire ou de ne pas faire, et les droits actifs qui y correspondent (art. 1142);

L'usufruit des choses mobilières, et l'usage quand il porte sur des meubles;

Les offices ministériels;

Les droits résultant d'une propriété littéraire, artistique ou industrielle;

Les droits de concession d'un péage, les fonds de commerce considérés dans leur ensemble (1), etc.

42. La loi parle ensuite des *actions* ou *intérêts* dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie.

En général le mot *action* sert à désigner la faculté qui appartient à une personne de poursuivre en justice la reconnaissance de son droit. Dans notre art. 529, cette expression désigne les titres représentant une partie déterminée du capital ou de l'avoir d'une société, et en même temps le droit qui appartient à tout associé de prendre part aux bénéfices de la société tant qu'elle dure, et de venir au partage du fonds social lorsque cette société est dissoute.

Le mot *intérêt* a absolument la même signification; l'art. 33, C. com., l'emploie dans son sens large, comprenant également l'action. Mais dans notre texte, les mots *action* et *intérêt* sont employés dans un sens antithétique, ainsi que dans l'art. 91, § 3, C. com., tel que l'a rédigé la loi du 23 mai 1863.

Quelle différence y a-t-il donc entre l'intérêt et l'action? Cette question, qui a donné lieu à d'intéressantes discussions (2), peut être réduite à des termes fort simples :

L'*action* oblige seulement l'associé à fournir une portion du capital social, et la responsabilité de l'associé est limitée par son apport. L'*intérêt*, au contraire, engage la responsabilité de l'associé d'une manière indéfinie (art. 22, 24, 26 et 33, C. com.). Pour ne parler que des deux formes principales de sociétés, nous remarquerons : 1° que dans la

(1) Cass. 13 mars 1888, D. 88, 1, 351.

(2) Voy. BEUDANT, *Revue critique*, 1869, p. 135, et 402; BATBIE, *ibid.*, p. 328 et 413.

société anonyme, il n'y a que des *actions*, ce qui revient à dire que les sociétés anonymes sont des associations de capitaux; 2° que dans les sociétés en nom collectif, il n'y a que des *intérêts*, c'est-à-dire que les sociétés en nom collectif sont des associations de personnes.

De ces données qui sont exactes, les auteurs, en général, et la jurisprudence (1), ont tiré la conclusion suivante : l'intérêt étant la conséquence d'un rapport juridique établi *intuitu personæ* n'est pas cessible; l'action ne présentant pas ce caractère est cessible. Il est impossible d'accepter cette formule (2). Dans les sociétés où il n'y a que des capitaux engagés, il est manifeste que les actionnaires peuvent transmettre leurs parts, car ils ne sont grevés d'aucune obligation personnelle, et ils agissent comme des propriétaires, disposant librement d'une chose qui leur appartient. Mais quand il s'agit d'une société où les personnes elles-mêmes sont tenues d'une obligation propre, il est évident qu'elles ne peuvent avoir la prétention de se substituer, quant à leurs engagements personnels, un autre débiteur. Mais la raison en est qu'on ne peut pas transporter à un autre les obligations dont on est tenu, et non parce que l'intérêt considéré en lui-même serait incessible.

Du reste, sous le rapport de la classification des biens, le seul qui doive nous occuper actuellement, il n'y a aucune différence utile à établir entre l'action et l'intérêt.

En effet, les sociétés commerciales constituent des personnes morales ou êtres de raison distincts de chacun des associés. C'est la société, être de raison, qui est propriétaire, créancier, débiteur, et non les associés considérés individuellement. Par conséquent, s'il y a des immeubles dans la société, ces immeubles appartiennent à la société et non aux

(1) Cass. 9 fév. 1887, S. 88, 1, 177.
(2) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, nos 186, 187 et suiv.

associés. Ces derniers n'ont qu'une *action* ou *intérêt* que la loi déclare meuble. Il en est ainsi, dit le texte, *à l'égard* de chaque associé seulement. La loi oppose ainsi les associés, non aux tiers, mais à la *société*, qui demeure seule propriétaire. Par conséquent, tant que la société dure, et n'est pas liquidée, les associés n'ont qu'un droit de nature mobilière et non un droit indivis et privatif de copropriété qui puisse les autoriser à demander la licitation (1). De ce que le fonds social appartient à la société, il en résulte encore que, quand même il serait mobilier, il n'entre pas dans la communauté légale existant entre un associé et sa femme; la communauté, dans ce cas, est seulement créancière de l'émolument procuré au mari par la société (2). C'est-à-dire que l'action considérée comme droit mobilier tombera en communauté.

43. Il résulte des explications qui précèdent que l'art. 529 ne peut recevoir d'application qu'aux sociétés constituant des personnes morales. Il ne saurait donc être appliqué aux associations commerciales en participation qui n'ont pas d'existence à l'égard des tiers (art. 47, 50, C. com.), ni aux sociétés civiles puisque la qualité de personnes morales distinctes de la personne de chacun des associés, ne leur appartient pas (Comp. art. 1836, 1840, 1864 et 1873). Dans toutes ces hypothèses, les biens composant le fonds social appartenant aux associés eux-mêmes, la nature de leur droit est déterminé par la nature des choses sur lesquelles il porte.

Il y a cependant à cet égard une grave difficulté provenant de ce que la loi du 21 avril 1810, tout en déclarant que l'exploitation des mines n'est pas un acte de commerce (art. 32), décide cependant que les actions ou intérêts dans une

(1) Cass. 15 nov. 1887, S. 88, 1, 440; Bordeaux, 30 mars 1886, S. 88, 2, 181.

(2) Paris, 18 mars 1888, D. 89, 2, 138.

société formée pour l'exploitation des mines sont meubles (art. 8). Les auteurs sont portés à généraliser la question que soulèvent ces textes : « Voilà donc, dit M. Laurent, une société civile à laquelle l'art. 529 s'applique. En faut-il conclure que, dans toute société, il y a un corps moral distinct des associés, et que, partant, l'art. 529 est applicable à toutes les sociétés (1) ? Demolombe paraît disposé à admettre l'affirmative, du moins pour toute société civile qui aurait un siège fixe, tout en reconnaissant que cette solution est *un peu extensive* du texte de l'art. 529 (2).

En ce qui nous concerne, il nous est impossible de voir dans les dispositions de la loi du 21 avril 1810 autre chose qu'un *jus singulare* motivé suffisamment par la condition particulière d'une mine.

Nous remarquerons d'abord que l'art. 8 déclare meubles les actions ou intérêts non seulement dans une *société* minière, mais encore dans une *entreprise*, en employant cette expression par opposition au mot *société*. Par conséquent si toute société constitue une entreprise comme le dit l'art. 529, toute entreprise ne constitue pas une société, et l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 donne la qualité de meubles aux intérêts dans une *entreprise* minière quand même cette entreprise ne constituerait pas une société.

Pourquoi cela ? Parce que d'après l'art. 7, § 2, de la même loi, une mine, quoique appartenant à plusieurs personnes, forme un tout *indivisible* : « Une mine, porte le texte, ne peut être vendue par lots ou partagée sans une autorisation préalable du gouvernement. » Par conséquent, le copropriétaire d'une mine ne peut sortir d'indivision au moyen d'une licitation. Une hypothèque par lui consentie sur sa part indivise serait inopérante, puisque le créancier ne pourrait poursuivre la vente de la portion hypothéquée. Peu im-

(1) T. V, n° 505.
(2) T. IX, n° 415.

porte que la copropriété résulte d'une société proprement dite, ou d'une concession faite à plusieurs individus réunis dans une entreprise commune. Fallait-il donc déclarer qu'un associé, ou un copropriétaire, considéré comme tel, serait indéfiniment tenu de participer à une exploitation alors qu'il n'aurait peut-être plus les moyens nécessaires pour la soutenir (1)? Evidemment non; en conséquence l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 a déclaré que les actions ou intérêts dans une *société* ou *entreprise* pour l'exploitation des mines seront réputés meubles *conformément à l'art. 529 du Code civil*, ce qui veut dire *en imitation*, et non *par application* de cet article.

Donc, le copropriétaire ou associé peut sortir d'indivision en vendant son intérêt dans la mine, sans recourir à la voie de la licitation; il vend un *meuble* et non un lot ou fraction immobilière de la mine, ce qu'il ne pourrait faire sans une autorisation spéciale.

Telle est, à notre avis, la vraie signification de l'art. 8 de la loi de 1810; mais elle n'a pas pour résultat d'attribuer à la société minière, qui demeure société civile, une personnalité morale. Par conséquent, le jugement qui serait pris seulement contre le directeur d'une société minière serait sans effet à l'égard des autres associés (2).

La Cour de cassation s'est écartée de cette doctrine à l'occasion de l'espèce suivante : Une société formée pour l'exploitation d'une mine fut déclarée dissoute par arrêt de justice. Cependant l'exploitation continua, et la Cour décida que les intéressés n'étant plus que de simples concessionnaires, exploitant en commun la mine qui leur avait été concédée, leur droit était un droit immobilier (3). Mais l'ex-

(1) Voy. PARDESSUS, *Cours de dr. comm.*, n° 975; DALLOZ, *Répert.*, v° *Mines*, n° 92.

(2) Nancy, 18 mai 1872, S. 72, 2, 197.

(3) Cass. 3 janv. 1865, D. 65, 1, 31.

ploitation en commun était demeuré une *entreprise* dans le sens de la loi de 1810, et, par suite, les intérêts dans cette entreprise étaient toujours meubles, au sens de la même loi. La jurisprudence avait d'ailleurs toujours admis que le fait seul d'exploiter une mine dans un intérêt commun établit une société entre les copropriétaires ou exploitant d'une mine (1).

44. L'art. 529 est terminé par la disposition suivante :

Sont aussi meubles par la déterminatiun de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères soit sur l'État, soit sur des particuliers.

L'origine des rentes est connue : autrefois le prêt à intérêt était prohibé par application des doctrines de l'Église catholique. L'Église, en effet, n'admettait pas la légitimité de l'intérêt *propter usuram pecuniæ;* elle le tolérait seulement *propter periculi pretium*. Mais comme les transactions ordinaires ne présentaient que rarement le *pecuniæ periculum*, les gens timorés ne pouvaient guère tirer aucun parti de leur argent. Alors on imagina la *rente* constituée en perpétuel ou en viager (2). Ainsi le capitaliste qui avait à disposer d'une somme de 10,000 francs, l'employait à *acheter* une rente annuelle perpétuelle de 500 francs, par exemple, ou une rente simplement viagère, mais alors d'un chiffre plus élevé. Celui qui prenait l'argent vendait la rente dont il devenait débiteur. Le débi-rentier pouvait racheter la rente en remboursant ultérieurement le capital reçu; mais le crédi-rentier ne pouvait pas exiger ce remboursement.

Les rentes ainsi établies moyennant l'aliénation d'une somme d'argent ou d'un capital mobilier quelconque portaient le nom de *rentes constituées.*

Elles pouvaient aussi être établies moyennant la cession

(1) Lyon, 12 août 1828; Lyon, 20 juill. 1833.
(2) C. *Regimini*, 1, lib. 3, tit. 5, *Extrav. comm.*

d'un immeuble et se nommaient dans ce cas, *rentes foncières*.

Les rentes foncières étaient considérées, non comme le prix de l'immeuble *baillé à rente*, mais comme un démembrement du droit de propriété que le cédant se réservait sur cet immeuble. La rente foncière était donc partout immobilière.

Les rentes constituées étaient également immeubles dans la plupart des coutumes.

La loi du 7 octobre 1789 ayant autorisé le prêt à intérêt rendit plus rare les occasions d'établir des rentes constituées.

Les rentes foncières furent déclarées rachetables par la loi du 4 août 1789; les formes et les conditions du rachat furent réglées par la loi des 18-29 décembre 1790. La loi du 11 brumaire an VII mobilisa virtuellement toutes les rentes en disposant qu'à l'avenir elles ne pourraient plus être hypothéquées. Enfin aujourd'hui, d'après la disposition finale de l'art. 529, les rentes perpétuelles ou temporaires, foncières ou constituées, sur l'Etat ou sur des particuliers, sont toujours meubles puisqu'elles ont pour objet des prestations mobilières.

45. Pour compléter cette disposition, il fallait reproduire la déclaration des lois de 1789 et 1790 concernant la faculté de racheter les rentes foncières. Tel est le but de l'article suivant, le dernier qui ait été inscrit dans le Code, en vertu de la loi du 30 ventôse an XII :

ART. 530. Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable. — Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat. — Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans : toute stipulation contraire est nulle.

On remarquera que le législateur ne se sert pas des mots *rentes foncières* pour désigner les rentes établies dans les

conditions qui précèdent. C'est qu'en effet, il n'existe plus aujourd'hui de rentes foncières dans l'ancienne acception de l'expression. Celui qui acquiert un immeuble à charge de rente en devient plein et entier propriétaire, et l'aliénateur n'a contre lui qu'une créance d'arrérages dont le débi-rentier peut se libérer par le paiement d'un capital en argent.

Les anciennes rentes foncières ont été pour la plupart rachetées, et il ne s'en crée pas de nouvelles, pas même avec les modifications résultant de l'art. 530 précité, lequel ne présente guère qu'un intérêt théorique.

Il faut cependant noter les différences qui peuvent exister entre les rentes établies moyennant l'aliénation d'un immeuble en vertu de l'art. 530 et que l'on continue d'appeler rentes foncières et les rentes constituées moyennant l'aliénation d'un capital mobilier, en vertu de l'art. 1909.

Il faudra d'abord rechercher ce que les parties ont entendu faire.

Si les parties ont entendu réaliser une vente et un achat, en fixant comme prix le service d'une rente, bien qu'elles aient d'abord déterminé un prix en argent, l'opération rappellera l'ancien bail à rente, et la rente sera foncière, régie par l'art. 530.

Si au contraire les parties ont entendu faire une vente ordinaire pour un prix capital payable au vendeur, et si elles ont ensuite nové cette créance du vendeur en lui substituant le service d'une rente perpétuelle, la rente se trouve établie moyennant l'aliénation d'un capital mobilier, et dérive du contrat de constitution de rente prévu par l'art. 1909 (1).

Mais ce n'est pas seulement dans le cas de vente d'un immeuble qu'il peut y avoir établissement d'une rente foncière; une telle rente peut encore être établie, suivant la formule de l'art. 530, *comme condition de la cession à titre onéreux*

(1) LAURENT, t. XXVII, n° 44.

ou gratuit d'un fonds immobilier. Ainsi, une donation ou un legs peut être fait à charge par le donataire ou le légataire de servir une rente. De même un échange peut être fait de deux immeubles d'inégale valeur, à la charge par la partie qui reçoit l'immeuble le plus considérable de servir une rente à l'autre, etc.

46. Voici maintenant les différences qui peuvent résulter des deux modes de constitution de rente autorisés par la loi :

1° En cas de rente foncière, ayant pour cause l'aliénation d'un immeuble, le crédi-rentier peut stipuler que le remboursement de la rente n'aura pas lieu avant *trente ans*. En cas de rente établie moyennant l'aliénation d'un capital mobilier, la clause de non remboursement n'est valable que pour un délai maximum de *dix ans* (art. 1911);

2° Les parties peuvent régler comme bon leur semble le taux des arrérages de la rente foncière; il n'en est pas de même dans la rente constituée. Cette opération étant considérée par la loi comme une variété du prêt à intérêt (art. 1909), le taux des arrérages ne peut dépasser le chiffre fixé par la loi du 3 septembre 1807;

3° Dans la rente foncière, il est permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat; de le soumettre, par exemple, au paiement d'un capital qui serait supérieur au capital correspondant au chiffre convenu de la rente. Ce ne serait pas là une stipulation usuraire, mais simplement la détermination d'un prix de vente.

Dans la rente constituée, au contraire, le créancier ne peut stipuler le remboursement d'une somme supérieure à celle qu'il a reçue;

4° Le créancier d'une rente foncière établie comme *prix* de la cession d'un fonds a un privilège pour le paiement des arrérages; il n'en est pas ainsi du créancier d'une rente constituée;

5° La vente d'un immeuble moyennant une rente foncière

peut donner lieu à la rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes (art. 1674); le contrat de constitution de rente ne peut donner lieu à une telle rescision (art. 1118);

6° Le créancier d'une rente constituée ne peut demander la résolution du contrat, pour défaut de paiement des arrérages, qu'autant que le debi-rentier est resté deux années sans les payer (art. 1912); le créancier d'une rente foncière n'est pas obligé d'attendre l'expiration de ce délai.

46 *bis*. La législation particulière à la Tunisie consacre une dérogation notable aux règles qui précèdent.

Les immeubles *habbous*, d'après la loi musulmane, sont des biens de mainmorte ordinairement constitués au profit d'une mosquée ou d'un établissement pieux. Ils peuvent l'être aussi au profit de toute personne privée, enfants nés ou à naître, ou bénéficiaires quelconques; ce sont alors de véritables substitutions, et nous aurons à en reparler à l'occasion des substitutions permises.

Ces biens sont inaliénables; mais la jurisprudence a trouvé un moyen détourné d'obvier aux inconvénients résultant de cette inaliénabilité. Lorsqu'un bien de cette nature est l'objet de travaux qui le revivifient, un usage ancien reconnaît au possesseur une sorte de propriété superficielle sur les constructions et réparations qu'il a faites. Quelle que soit la plus-value que l'immeuble puisse acquérir, le titulaire du habbous ne peut désormais en reprendre la jouissance; il n'a droit qu'au paiement d'une rente perpétuelle, non rachetable, qui grève la terre.

L'immeuble est dit alors tenu en *enzel*. L'enzeliste (débirentier) est en réalité le maître de l'immeuble, sous la condition du paiement de la rente. Lorsqu'il transmet sa tenure à un tiers, il perçoit un prix représentant la valeur du domaine utile qui lui appartient (1).

(1) Voy. *Notice* de M. CHALLAMEL, *Annuaire de législ.*, 1886, p. 177.

La loi du 1er juillet 1885 sur la propriété foncière en Tunisie, place au nombre des droits réels immobiliers l'enzel et la rente de l'enzel (art. 13). Un décret du 21 octobre 1885 règle les formalités suivant lesquelles un enzel peut être établi sur les immeubles *habbous;* enfin un décret beylical du 23 mai 1886, autorise cette constitution pour le rite malékite.

47. Les rédacteurs du Code civil ont cru devoir terminer le chapitre relatif à la distinction des biens, en édictant les règles suivantes sur la signification de certaines expressions concernant les meubles qui peuvent être employées soit dans les dispositions de la loi, soit dans les dispositions de l'homme :

ART. 533. Le mot *meuble*, employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres denrées; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce.

ART. 534. Les mots *meubles meublants* ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature. — Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières. — Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement, sont comprises sous la dénomination de *meubles meublants*.

ART. 535. L'expression *biens meubles*, celle de *mobilier* ou d'*effets mobiliers*, comprennent généralement tout ce qui est censé meuble d'après les règles ci-dessus établies. — La vente ou le don d'une maison meublée ne comprend que les meubles meublants.

ART. 536. La vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas l'argent comptant, ni les dettes actives et autres droits dont les titres peuvent être déposés dans la maison; tous les autres effets mobiliers y sont compris (*).

Ces articles étaient parfaitement inutiles. Il s'agit uniquement, dans les hypothèses qu'ils prévoient, d'une recherche d'intention. Les juges ne sont donc liés par les définitions qu'ils contiennent que s'il n'est pas établi que les contractants ou le disposant ont entendu donner aux termes par eux

(*) Art. 536. — L. 19, § 1, L. 92, D. 32, 1, *De leg.;* L. 12, § 45, D. 33, 7, *De instruc.*

employés une signification différente de celle que la loi leur attribue (1). Donc toute décision fondée non sur le texte des articles précités, mais sur la volonté des parties échappe à la censure de la Cour suprême.

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n° 442; AUBRY et RAU, § 164 *bis* et note 7; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1254; APPERT, *Interprétation des volontés*, *Revue critique*, 1878, p. 277.

CHAPITRE III.

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT.

§ 1er. — Généralités.

48. — La propriété collective a précédé la propriété individuelle.
49. — En quel sens il peut y avoir des cas d'inaliénabilité sous le régime de la propriété individuelle.
50. — Nécessité de distinguer, à cet égard, entre les biens appartenant à des particuliers, et ceux appartenant à des collectivités, art. 537.
51. — Distinction entre le domaine public et le domaine privé des personnes morales publiques.

48. Après avoir classé les biens d'après leur nature intrinsèque, leur affectation ou leur objet, le législateur va s'en occuper *dans leur rapport avec ceux qui les possèdent.*

Ceux qui les *possèdent*....., l'expression ne doit pas être prise dans son sens technique, comme se référant à la possession juridique proprement dite dont il est parlé dans les art. 549 et 550. Il s'agit de tous ceux qui, dans le sens ordinaire et large du mot, détiennent des biens pour en retirer les avantages divers qu'ils peuvent procurer.

Les modes suivant lesquels ces avantages peuvent être recueillis au profit de l'homme ne sont pas toujours les mêmes.

A cet égard, l'activité humaine peut se produire dans la forme collective, comme dans la forme individuelle.

Dans le premier cas, on aura le régime d'une *propriété collective*, et dans le second, celui d'une *propriété individuelle*.

Ce qui caractérise la propriété individuelle, c'est, pour le propriétaire, *le droit de disposer* librement de sa chose.

Sous le régime d'une propriété collective, il n'est pas

possible de concevoir pour les unités qui y sont soumises, l'exercice d'une telle faculté.

C'est seulement à partir du moment où la propriété individuelle a été constituée que la faculté d'aliéner, ou l'*aliénabilité* a fait son apparition dans le domaine du droit. Nous pouvons même remarquer que chez presque tous les peuples, il est possible de déterminer avec une suffisante exactitude l'époque historique de la transformation de la propriété collective en propriété individuelle.

Cette transformation a été ordinairement le résultat d'un partage du sol effectué sous les auspices de la puissance publique entre tous les citoyens réunissant certaines conditions. La réalité de ces partages primitifs est reconnue et constatée, même par les auteurs les moins disposés à admettre comme constante et générale l'antériorité de la propriété collective sur la forme individuelle (1).

Le droit individuel de propriété n'étant rien autre chose que la faculté de disposer (art. 544), c'est-à-dire d'aliéner, il y a véritablement antinomie entre ce droit et la notion de l'inaliénabilité.

Il semble donc que, sous le régime de la propriété individuelle, il ne doit plus y avoir de place pour un cas quelconque d'inaliénabilité.

49. Cependant il est souvent question de l'inaliénabilité d'une chose, c'est-à-dire de cas dans lesquels un individu, propriétaire d'une chose, ne peut pas, quoique propriétaire, aliéner cette chose.

Mais pourquoi, dans certains cas, le propriétaire ne peut-il pas aliéner sa chose?

Si l'impossibilité d'aliéner tient à quelque circonstance personnelle au propriétaire lui-même, il y aura alors *inca-*

(1) Voy. FUSTEL DE COULANGES, *Etude sur la propriété à Sparte;* séances et travaux de l'Académie des Sciences, mai 1880, p. 627.

pacité d'aliéner pour le propriétaire et non pas inaliénabilité de la chose.

Si, au contraire, l'impossibilité d'aliéner provient d'une circonstance inhérente à la chose elle-même, alors il y aura véritablement *inaliénabilité*.

Or, quelle peut être cette circonstance étrangère à la personne et inhérente à la chose qui va rendre toute aliénation impossible?.....

Cette circonstance ne peut être qu'une altération du droit de propriété individuelle, provenant d'un maintien accidentel du vieux principe de la propriété collective, ou d'un retour total ou partiel à ce principe (1).

50. C'est qu'en effet, la propriété collective n'a pas complétement disparu, et ne pouvait pas complétement disparaître.

A côté des biens appartenant individuellement aux particuliers, il en est d'autres qui appartiennent soit à la nation, soit à des collectivités moins étendues, et qui demeurent soumis à un régime spécial. L'observation est faite par le législateur lui-même qui semble avoir voulu résumer dans le texte suivant les aperçus qui précèdent :

ART. 537. Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. — Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers, sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières (*).

Ainsi donc, pour les particuliers, aucune restriction n'est apportée à la faculté de *disposer librement*, c'est-à-dire, d'*aliéner* les biens qui leur appartiennent, sauf l'observation des règles spéciales concernant leur *capacité* personnelle.

Au nombre des particuliers il faut placer les personnes morales privées qui ne se rattachent par aucun lien à l'orga-

(*) Art. 537. — L. 6, pr. § 1, D. 1, 8, *De divis. rerum;* L. 1, § 1, D. 39, 3, *De aqua et aquæ;* L. 3 C, 10, 33, *De præd. decurion.*

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, nos 7 à 10.

nisation politique ou administrative de l'État, par exemple aux sociétés de commerce (t. I, n° 217).

Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont ceux qui appartiennent aux diverses personnes morales publiques dont nous avons indiqué plus haut la constitution (t. Ier, nos 202 à 208). Ce sont :

1° L'État ;

2° Les départements ;

3° Les communes ;

4° Les établissements publics.

51. Les biens appartenant à ces diverses personnes morales, sont de deux sortes : les uns par leur nature ou leur affectation spéciale ne sont pas entrés dans la propriété individuelle, ils sont destinés à l'usage et à la jouissance du public, et sont demeurés, en conséquence, soumis au régime de la propriété collective. Ils sont hors du commerce, ne peuvent jamais être acquis par prescription, et sont inaliénables tant que dure leur affectation. Cette inaliénabilité a été définitivement consacrée en France par l'ordonnance de Moulins (février 1566), qui s'appliquait même à la plus grande partie des biens comprenant le domaine privé de l'État. Par conséquent, aujourd'hui, il ne peut exister des droits au profit des particuliers sur des biens de cette nature, qu'en vertu de concessions antérieures à l'ordonnance de 1566.

Dans la période actuelle, leur aliénation consistera le plus souvent dans une opération ayant pour but final de les faire passer dans le patrimoine privé ordinaire. Ils forment ce qu'il est convenu d'appeler le *domaine public*. Il y a donc le domaine public de l'État, le domaine public communal et le domaine public départemental ; les principes qui leur sont applicables sont les mêmes.

Les autres biens appartenant à ces personnes morales ne sont grevés d'aucune affectation spéciale, et leur appartiennent au même titre que les biens ordinaires qui sont dans le

patrimoine des particuliers. Ils forment ce qu'on appelle le domaine privé ; il y a donc le domaine privé de l'État, le domaine privé du département, le domaine privé de la commune et celui des établissements publics.

§ 2. — Du domaine public, application de la propriété collective.

52. — Domaine public de l'État, art. 538; voies de communication par terre.
53. — Charges imposées aux riverains.
54. — Déclassement des routes ; effets.
55. — Chemins de fer.
56. — Voies de communication fluviales ; déclaration de navigabilité ; limites.
57. — Canaux ; fontaines publiques.
58. — Domaine public maritime ; condition des concessionnaires et riverains.
59. — Domaine public militaire, art. 540.
60. — Délimitation du domaine public ; controverse.
61. — Des édifices affectés à un usage public.
62. — Des objets mobiliers, spécialement des objets d'art ; L. du 30 mars 1887, applicable en Algérie et dans les pays de protectorat.

52. Le Code civil s'occupe en premier lieu du domaine public de l'Etat.

ART. 538. Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public (*).

Il faut d'abord remarquer que la formule faisant rentrer dans le domaine public *toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée* justifie nos précédents aperçus touchant la persistance, dans une certaine mesure, de l'ancienne propriété collective. C'est le

(*) Art. 538. — Tot. tit. D. 1, 8, *De divisione rerum*, D. 43, 12, *De flum.*, D. 43, 15, *De rip. mun.*

régime de cette propriété collective qui constitue la théorie du domaine public.

L'art. 538 place d'abord dans le domaine public *les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat.* Ces dernières expressions ne signifient pas que les chemins, routes et rues à la charge des départements et des communes font partie du domaine privé ; ces voies de communication font partie du domaine public soit départemental, soit communal. On peut donc affirmer, d'une manière générale, que toutes les voies de communication formant *la grande voirie* terrestre, ou *la petite voirie*, sont une dépendance du domaine public, c'est-à-dire qu'elles sont soustraites à la propriété individuelle. C'est là une conséquence forcée de l'opération qui a substitué le régime de la propriété individuelle à celui de la propriété collective. Il a fallu laisser en dehors de l'appropriation privée les parcelles nécessaires aux diverses voies de communication en général comme à la construction des édifices publics. Ce sont les choses ainsi réservées qui sont l'origine du domaine public actuel. Le fait de ces réserves n'est pas une conception purement hypothétique. Denys d'Halicarnasse affirme que, lors du premier partage effectué par Romulus, il y eut un fonds de réserve formellement exclu de l'appropriation privée ; certaines terres furent attribuées aux besoins du culte, et d'autres formèrent le domaine public (1). Quant aux routes de nouvelle origine, on les ouvre suivant les règles de l'expropriation, en vertu d'une réserve implicite qui oblige la propriété individuelle à subir, dans son propre intérêt, les retranchements nécessaires aux besoins de la collectivité.

53. Le voisinage des routes soumet les propriétés riveraines à certaines obligations assez graves, et qui ont trait : à l'alignement, aux édifices qui menacent ruine, aux saillies,

(1) Liv. 2, chap. 3, § 2.

aux plantations, à l'essartement, à l'écoulement des eaux pluviales. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces points à propos des servitudes.

Les riverains des routes sont, en compensation, investis de certains avantages consistant notamment dans les droits de vue et d'écoulement des eaux pluviales. Pour les eaux ménagères il n'y a pas de texte qu'il soit possible d'invoquer pour accorder aux riverains le droit de les déverser sur la voie publique, mais en fait la tolérance de l'administration y supplée.

Ce sont là de véritables droits de servitude. Il y a cependant quelques difficultés à cet égard que l'on cherche à éluder dans la pratique. Ainsi quand une ville met en vente un terrain dépendant de la voie publique, et sur lequel les riverains exercent des droits de vue et d'écoulement des eaux, on insère dans le cahier des charges une clause avertissant les acquéreurs de l'existence de ces droits, et leur imposant l'obligation de les respecter. Cette clause est obligatoire pour l'adjudicataire (1).

54. Les riverains jouissent pareillement du droit d'accès. Pour en faciliter l'exercice, une loi du 24 mai 1842, relative aux portions de route déclassées, porte dans son art. 2 : « En cas de déclassement, il sera réservé, s'il y a lieu, eu égard à la situation des propriétés riveraines, et par arrêté du préfet en conseil de préfecture, un chemin d'exploitation dont la largeur ne pourra excéder cinq mètres. »

Le déclassement dont nous venons de parler donne encore ouverture, au profit des riverains, au *droit de préemption*, droit d'acquérir, par préférence à tous autres, les parcelles de routes déclassées. L'exercice de ce droit est réglé par la loi du 24 mai 1842 combinée avec l'art. 61 de la loi du 3 mai 1841. Le droit de préemption a pour but final d'empêcher le

(1) Cass. 15 avr. 1890, S. 91, 1, 28; Cass. 2 août 1889, S. 90, 1, 140.

morcellement de la propriété, en favorisant la réunion aux propriétés voisines de parcelles considérées comme en ayant été détachées. Il est donc exercé en vertu d'une sorte de réserve implicite faite au profit de la propriété riveraine au moment de l'ouverture de la route. C'est donc un droit réel opposable au tiers à qui l'administration aurait transmis la parcelle déclassée, sans mettre le riverain en demeure d'agir en préemption. Dans l'opinion contraire le riverain n'aurait qu'un droit de créance qui lui permettrait seulement d'obtenir des dommages-intérêts contre l'administration, dans le cas où l'aliénation serait déjà accomplie (1).

Dans l'acception usuelle du mot *route*, il faut comprendre toutes les dépendances destinées à en assurer la conservation, les accotements, fossés et talus tant en déblai qu'en remblai (2).

55. Les chemins de fer construits par l'Etat, ainsi que les chemins de fer concédés, font également partie du domaine public national. L'Etat est propriétaire du sol; les actions réelles intéressant cette partie du domaine public doivent donc être intentées par l'Etat, représenté par le préfet, ou contre lui.

Les compagnies concessionnaires n'ont qu'un droit d'exploitation qui, de sa nature, est mobilier. Le transfert de ce droit n'est donc passible que du droit proportionnel établi en matière mobilière (3).

De ce que le droit des compagnies est mobilier, il suit encore que les compagnies ne sauraient intenter les actions possessoires contre ceux qui troublent leur jouissance. Mais la jurisprudence les admet cependant à intenter ces actions, à cause surtout de leur caractère conservatoire (4).

(1) Dijon, 3 mai 1871, D. 74, 2, 52.
(2) Cass. Belge, 19 avr. 1883, *Pas.*, 83, 1, 1877.
(3) Cass. 20 juill. 1886, S. 87, 1, 332; 15 mai 1861, D. 61, 1, 125.
(4) Cass. 5 nov. 1867, D. 68, 1, 117.

En cas de déclassement, les parcelles déclassées doivent appartenir aux compagnies quand elles ont été primitivement achetées par elles (1), elles doivent revenir à l'Etat, si le chemin de fer construit par l'Etat a été remis, pour l'exploitation, à une compagnie après son achèvement. A l'expiration de la concession les chemins concédés font retour à l'Etat (2).

56. Après avoir parlé des voies de communication terrestres, l'art. 538 range dans le domaine public de la nation :

Les fleuves et rivières navigables ou flottables.

Un cours d'eau commence à être navigable lorsqu'il peut porter bateau, soit naturellement, soit à l'aide d'ouvrages d'art. Il est flottable quand il peut servir au transport des bois par flottage au moyen de *trains*. Les rivières qui ne sont pas flottables avec *trains de bois*, mais seulement à *bûches perdues*, ne font pas partie du domaine public (L. 15 avril 1829, art. 1er).

Dans les colonies, tous les cours d'eau, sans distinction, sont une dépendance du domaine public (3).

La domanialité des cours d'eau est une conséquence de leur navigabilité. Donc la domanialité disparaitrait, si les eaux d'un cours d'eau se divisant en plusieurs bras non navigables allaient se perdre dans les terres ou dans la mer. Si au contraire ces bras se rejoignaient après leur séparation pour reconstituer le cours primitif, ils ne cesseraient pas de faire partie du domaine public (4).

Le caractère navigable ou flottable d'une rivière, nécessaire pour son incorporation au domaine public, est constaté par un acte du chef du pouvoir exécutif. Une ordonnance du

(1) Cons. d'État, 11 déc. 1874, D. 75, 3, 85.

(2) Sur le régime des tramways, Voy. BARCKHAUSEN, *Revue critique*, 1877, p. 325.

(3) Cass. 22 mai 1878, S. 78, 1, 359.

(4) Cons. d'État, 30 nov. 1877, D. 78, 3, 30; Besançon, 14 mars 1888, D. 90, 2, 27.

10 juillet 1836 rendue en exécution de l'art. 3 de la loi sur la pêche fluviale du 15 avril 1829 a donné la nomenclature de la plupart des cours d'eau navigables ou flottables, nomenclature modifiée et complétée par des décrets ultérieurs. La déclaration de navigabilité faite en vertu des documents législatifs précités, ne disparaît pas par suite de la vente plus ou moins régulière que pourrait faire l'Etat d'un cours d'eau navigable au profit d'une ville (1).

L'administration étant seule compétente pour constater la navigabilité actuelle d'un cours d'eau, les tribunaux civils, si une question de navigabilité vient à surgir à l'occasion d'un litige, devront surseoir à statuer jusqu'à la décision, sur ce point, de l'administration. Il en sera de même quand il s'agira de savoir si une rivière était autrefois navigable à une certaine époque en remontant en arrière (2).

La rive externe d'un cours d'eau navigable ou flottable appartient au riverain, mais doit supporter la servitude de hâlage ou marchepied. Les berges ou rives internes font au contraire partie intégrante du cours d'eau et dépendent du domaine public, ainsi que les murs, quais de soutènement, écluses, barrages, biefs, digues, ports, gares, bassins, ponts et passerelles.

Le lit d'un fleuve s'étend latéralement jusqu'à la ligne baignée par les plus hautes eaux, sans débordement. A l'embouchure du fleuve, c'est-à-dire à l'endroit où il se jette dans la mer, il faudra tenir compte de l'élévation des eaux provenant du fait naturel de la marée montante. Les arrêtés de délimitation sont pris par le préfet en vertu de la loi du 22 décembre 1789-8 janvier 1790. Nous verrons plus loin quelle est la nature du recours appartenant aux particuliers contre les arrêtés de délimitation.

57. Les canaux de navigation et rivières canalisées appar-

(1) Lyon, 26 juill. 1888, S. 88, 2, 229.
(2) Cons. d'État, 17 août 1864, D. 65, 3, 35.

tiennent au domaine public quand les travaux ont été effectués par l'Etat. Il en est de même des canaux qui ont été l'objet d'une concession temporaire, leur condition est semblable à celle des voies ferrées.

Quant aux canaux qui ont fait l'objet d'une concession perpétuelle, il n'existe aucune loi qui en ait attribué la propriété à la nation. Un canal de grande navigation peut donc constituer une propriété particulière, et former la matière d'un contrat de droit commun, sous la charge de demeurer affecté à l'usage public (1).

Les cours d'eau *non navigables ni flottables*, nommés aussi *petites rivières*, sont textuellement exclus du domaine public (art. 538 et 644); nous en parlerons à l'occasion des articles 556 et suiv.

Les eaux qui alimentent les fontaines publiques des villes, font partie du domaine public municipal, et sont dès lors inaliénables et imprescriptibles, sans distinction entre celles qui sont indispensables à la satisfaction actuelle des besoins communaux, et les eaux superflues et surabondantes (2).

58. Le domaine public maritime comprend :

Les rivages de la mer, les ports, les havres et les rades, ainsi que les étangs salés qui sont en communication avec la mer.

L'étendue des rivages de la mer est appréciée différemment suivant qu'il s'agit de l'Océan ou de la Méditerranée. Pour les côtes de l'Océan on applique la règle tracée par l'Ordonnance de 1681 sur la marine : « Est réputé bord ou rivage de la mer tout ce qu'elle couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes jusqu'où le plus grand flot de mars se peut étendre. » Pour la Méditerranée qui n'a point de marée,

(1) Cons. d'État, 24 juill. 1870, D. 72, 3, 20; Cass. Belge, 29 juin 1876, *Pas.*, 76, 1, 318.

(2) Cass. 19 fév. 1889, S. 89, 1, 208; Cass. 30 avr. 1889, S. 89, 1, 268.

le rivage comprend la portion du sol qui se trouve baignée par le flot d'hiver qui s'avance le plus loin (1).

De ce que le rivage de la mer fait partie du domaine public, il suit qu'il doit être toujours librement accessible à tous, et qu'aucun ouvrage ne doit y être toléré qui nuirait à cette facilité de l'accès. Mais cela ne fait pas obstacle à ce que l'administration concède aux communes riveraines de la mer, lorsqu'elles sont fréquentées par les baigneurs, le droit d'établir des cabines sur le rivage. Presque toujours les communes concessionnaires donnent à bail, par voie d'adjudication ou autrement, l'exploitation de cette sorte de privilège.

Si l'arrêté ministériel a pour résultat de créer un monopole de nature à léser le droit des tiers, il pourra, sur le recours des parties intéressées, être annulé pour excès de pouvoir (2). Mais il paraîtrait difficile d'annuler le bail intervenu entre la commune concessionnaire et son fermier, sous prétexte, comme l'a jugé la Cour de cassation (3), que les rivages de la mer étant hors du commerce, ne peuvent faire l'objet d'aucune convention. La convention avait simplement pour objet une concession essentiellement temporaire et révocable (4). Du reste pour couper court à toutes ces dificultés, l'art. 2 de la loi du 20 décembre 1872 a autorisé, au profit de l'État, la perception de redevances à titre d'occupation temporaire ou de location des plages et de toutes autres dépendances du domaine maritime.

De même l'administration peut autoriser des constructions qui devront être enlevées à la première invitation. Tant qu'elles durent, ces constructions n'en constituent pas moins, pour celui qui les a élevées, au regard de toute personne

(1) *Inst.*, lib. II, t. II, § 3.
(2) Cons. d'État, 30 avr. 1863, D. 63, 3, 64.
(3) 7 juill. 1869, S. 69, 1, 418.
(4) BATBIE, *Revue critique*, 1870, p. 81; *Contrà*, SERRIGNY, *Revue critique*, 1872, 641.

privée, un droit de propriété immobilier, soumis à toutes les règles du droit commun ci-dessus indiquées à l'occasion de l'art. 518 (n° 9). Par conséquent le propriétaire de ces constructions pourra intenter les actions possessoires contre ceux qui le troubleraient dans sa jouissance; il pourra aussi hypothéquer son immeuble qui sera d'ailleurs soumis de plein droit à l'hypothèque légale de sa femme. Mais le retrait de l'autorisation fera évanouir tous les droits concédés comme s'il y avait eu perte de la chose (1).

59. La nation possède aussi pour sa défense un domaine public militaire dont les éléments sont divers :

ART. 540. Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, font aussi partie du domaine public (*).

Il faut ajouter à cette énumération le sol qui comprend les ouvrages de défense dont il s'agit, et qui s'étend, à partir de la rue qui est située à l'intérieur de la ville le long de l'enceinte des fortifications jusqu'à l'extrémité des glacis en plan incliné où s'arrêtent les derniers travaux concernant la défense de la place.

La création, classement ou suppression des places de guerre appartient au pouvoir législatif (LL. 10 juillet 1791, 17 juillet 1819, 10 juillet 1851). La délimitation des parties attribuées au domaine public a lieu par arrêté, à partir duquel les propriétés voisines sont soumises à diverses servitudes qui varient suivant qu'elles sont plus ou moins éloignées de la place de guerre (Décr. du 10 août 1853), et dont l'établissement, d'après une jurisprudence constante, ne donne lieu à aucune indemnité (2).

60. Ce n'est pas seulement à propos du domaine militaire, que les questions de délimitation peuvent se poser. Il faut

(*) Art. 540. — L. 8, § 2, L. 9, § 4, D. 1, 8, *De divis. rer.*; L. 3, D. 43, 8, *Ne quid in loc. publ.*

(1) GAUTIER, *Précis des mat. admin.*, p. 209.

(2) Cass. 27 déc. 1869, D. 70, 1, 479.

remarquer en effet que, d'une manière générale, il appartient à l'administration de déterminer les limites du domaine public. Ce droit est fondé sar la loi du 22 décembre 1789-8 janvier 1790 (section III, art. 2) qui charge l'autorité administrative de prendre toutes les mesures concernant *la conservation des propriétés publiques*. Pour ce qui concerne le domaine privé, au contraire, l'administration n'a pas ce droit; elle est tenue de procéder, comme les particuliers, par l'action en bornage.

Les questions de délimitation présentent surtout de l'importance à l'égard du domaine fluvial et du domaine maritime dont les limites subissent l'influence de l'action constante des eaux.

Il peut arriver qu'un arrêté de délimitation donne au domaine public une extension abusive au préjudice et aux dépens de la propriété privée. Il s'agit de savoir comment le riverain lésé pourra formuler sa réclamation; à quelle juridiction il pourra s'adresser pour faire réparer l'erreur commise et empêcher que le domaine public ne s'enrichisse à ses dépens. Peu de questions ont donné lieu à des controverses aussi vives (1) et à une divergence aussi tranchée entre le Conseil d'État et la Cour de cassation.

Le Conseil d'État décide que la réclamation du riverain ne peut légalement se produire que sous forme d'un recours pour excès de pouvoir introduit soit directement, soit après recours au ministre, et tendant à l'annulation de l'arrêté, ainsi qu'à la restitution des parcelles indûment comprises dans la délimitation (2). L'administration, en effet, a mission de conserver le domaine public, mais n'a pas le droit de le

(1) Voy. AUCOC, *Revue critique*, 1869, p. 121; CHRISTOPHLE, *ibid.*, p. 353; AUCOC, *ibid.*, p. 433; SERRIGNY, *ibid.*, p. 97; BATBIE, *ibid.*, p. 289; REVERCHON, *ibid.*, 1871-1872, p. 275.

(2) C. d'État, 13 mars 1872, D. 72, 3, 82.

créer ou de l'étendre aux dépens de la propriété privée, sans une expropriation régulière.

D'après la Cour de cassation, le propriétaire lésé peut, s'il le préfère, porter directement son action devant l'autorité judiciaire. L'autorité judiciaire n'ayant pas qualité pour annuler l'acte, ni pour critiquer la délimitation abusive, considérera l'acte réputé illégal comme un acte administratif d'un genre particulier. Ce que le Conseil d'État appelle une délimitation nulle, comme entachée d'excès de pouvoir, sera pour le tribunal une délimitation *administrative* distincte de la délimitation *naturelle*. La parcelle mal à propos comprise dans la délimitation *administrative* sera considérée comme frappée d'*expropriation indirecte et déguisée*. L'État ne sera pas privé du fruit de son usurpation, le riverain ne rentrera pas en possession de ce qui lui a été enlevé, puisqu'on le suppose fictivement exproprié, mais son droit se résoudra en une indemnité qui sera réglée à dire d'experts. Tel est le résumé (1) du système adopté par la Cour de cassation (2) qui, finalement, a décidé que lorsqu'il s'agit de déterminer les limites anciennes du domaine public, et que la solution ne doit et ne peut avoir aucune influence sur les limites actuelles, la compétence de l'autorité administrative cesse, puisque le domaine public est désintéressé (3).

Le Tribunal des conflits a admis la même solution, avec ce tempérament que le tribunal saisi devra d'abord rechercher s'il y a eu empiétement, et, dans le cas de l'affirmative, impartir au préfet un délai pour qu'il modifie sa délimitation. C'est seulement dans le cas où l'administration n'obéirait pas à cette mise en demeure que le tribunal pourrait la condamner à payer une indemnité au demandeur (4). L'invention

(1) LAFERRIÈRE, *Revue critique*, 1872, p. 353.
(2) Cass. 5 avr. 1876, D. 78, 1, 11.
(3) Cass. 4 fév. 1891, D. 91, 1, 366; observ. de M. BRÉMOND, *Revue critique*, 1891, p. 637.
(4) Conflit, 1er mars 1873, D. 73, 3, 65; *adde*, 11 janv. et 1er mars 1883.

d'une telle procédure montre bien le peu de fondement de la compétence des tribunaux judiciaires qui, sous prétexte de défendre le droit de propriété, admettent une sorte d'*expropriation déguisée* que le Conseil d'État repousse avec raison.

La Cour de cassation a étendu sa jurisprudence aux colonies (1); elle admet encore que l'État seul, à l'exclusion des particuliers, peut invoquer le caractère domanial d'un terrain (2), et que l'autorité judiciaire, en statuant sur une question de propriété entre deux riverains d'un cours d'eau délimité par un arrêté administratif, peut constater le changement de lit de la rivière et attribuer à une partie le terrain abandonné par les eaux et occupé par l'autre partie, pourvu que les juges, en statuant ainsi sur une question de propriété privée, n'aient aucunement contesté le droit de l'administration de maintenir l'ancien lit, s'il lui convient de ne pas admettre comme définitif le changement du lit de la rivière (3).

61. Il faut aussi considérer comme faisant partie du domaine public, les édifices affectés à un *usage* public, tels que les arsenaux, casernes, bibliothèques, musées nationaux, etc. (4). Les édifices simplement affectés à un *service* public deviennent indisponibles, en fait, par leur affectation, mais ne cessent pas, en droit, d'appartenir à l'État, ou au département, ou à la commune.

Ces affectations résultent de décisions ministérielles intervenant dans les formes prescrites par la loi du 31 janvier 1833, complétée par l'ordonnance réglementaire du 14 juin 1833 et le décret du 24 mars 1852; avant ces documents législatifs, il n'y avait pas de formes spéciales (5). (Voy. Loi du 29 décembre 1873).

(1) Cass. 20 janv. 1887, S. 88, 1, 478.
(2) *Ibid.*, Cass. 27 fév. 1878, S. 78, 1, 216.
(3) Arrêt précité du 20 janv. 1887.
(4) AUBRY et RAU, § 169, texte et note 9.
(5) Cons. d'État, 13 janv. 1847, D. 47, 3, 81.

Toute affectation est d'ailleurs révocable, et il appartient au pouvoir compétent d'en limiter la durée, en appréciant les exigences de l'intérêt public (1).

Les biens affectés étant devenus indisponibles, le service affectataire ne peut jamais opposer la prescription à l'État.

62. L'affectation peut aussi avoir des meubles pour objet; ainsi c'est l'État qui fournit le mobilier nécessaire à la Cour de cassation et aux Cours d'appel (Décr. du 20 juill. 1853).

Pour que des objets mobiliers fassent ainsi partie du domaine public, et deviennent à ce titre inaliénables et imprescriptibles, il faut soit une décision formelle, soit un acte qui leur donne aux yeux de tous le caractère d'utilité générale que l'État a voulu leur imprimer, tel que le placement dans un dépôt public, musée, collection nationale, etc. (2).

La loi du 30 mars 1887 a, du reste, prescrit, dans cet ordre d'idées, certaines mesures pour assurer la conservation des objets d'art ayant un intérêt historique ou artistique.

D'après l'art. 8 de cette loi, il doit être fait, par les soins du ministre de l'instruction publique et des beaux-arts, un classement des objets mobiliers appartenant à l'État, aux départements, aux communes, aux fabriques et autres établissements publics, dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt national. L'art. 8 est formel et n'exige pas la réunion de ces deux points de vue. Malheureusement, l'art. 15 du décret réglementaire du 3 janvier 1889 semble restreindre la portée de la loi; il dit *et* au lieu de *ou*, réservant ainsi le bénéfice de sa disposition aux objets dont la conservation présente un intérêt national au double point de vue de l'histoire et de l'art, ce qui laisserait en dehors des protections de la loi, les manuscrits, etc., des bibliothèques publiques non enrichis d'enluminures ou

(1) Trib. Seine, 24 déc. 1884, *Rev. d'admin.*, 85, 1, 70.

(2) Dijon, 3 mars 1886, S. 90, 2, 34; Comp. Lyon, 19 déc. 1873, D. 76, 2, 89.

ornementations artistiques. Mais on peut soutenir qu'un décret ne peut avoir pour résultat de modifier la loi (1).

Les objets classés appartenant à l'État sont inaliénables et imprescriptibles; ceux qui appartiennent aux départements, communes ou établissements publics ne peuvent être restaurés, réparés, ni aliénés par vente, don ou échange, qu'avec l'autorisation du ministre de l'instruction publique et des beaux-arts (art. 11). L'aliénation faite en violation de cette disposition est nulle; la revendication pourra être exercée pendant un délai de trois ans, comme dans le cas de perte ou de vol (art. 13); des dommages-intérêts pourront en outre être réclamés, dans tous les cas, pour infraction aux dispositions légales (art. 12 et 13).

Il importe de remarquer que la loi du 30 mars 1887 n'abroge ni ne confirme les lois antérieures relatives à l'inaliénabilité de certains objets et aux revendications qui peuvent se produire à la suite d'aliénations irrégulières; elle ajoute seulement à la législation existante quelques dispositions nouvelles dans l'intérêt de la conservation d'objets précieux (2). Cette loi ne s'applique pas aux collections appartenant à des particuliers ou même à des établissements d'utilité publique, qui ne sont en réalité que des fondations particulières dues à l'initiative privée.

« La présente loi, dit l'art. 16, est applicable à l'Algérie. — Dans cette partie de la France, la propriété des objets d'art ou d'archéologie, édifices, mosaïques, bas-reliefs, statues, médailles, vases, colonnes, inscriptions qui pourraient exister sur et dans le sol des immeubles appartenant à l'Etat ou concédés par lui à des établissements publics ou à des particuliers, sur et dans les terrains militaires, est réservée à l'Etat. » C'est un nouvel exemple de ces réserves dont nous

(1) DUCROCQ, *Loi du 30 mars 1887, etc.*, broch. in-8, 1889.
(2) *Rapport* au Cons. d'État, *J. Off.*, 1882, annexe au n° 364.

avons parlé plus haut (n° 52), faites dans l'intérêt de la collectivité.

L'art. 17 ajoute que « les mêmes mesures seront étendues à tous les pays placés sous le protectorat de la France, et dans lesquels il n'existe pas déjà une législation spéciale. »

Ces derniers mots font allusion à un décret du 7 mai 1886 concernant la Tunisie et contenant des dispositions analogues à celles qui font l'objet de la loi de 1887. La première partie de l'art. 17 se réfère au Cambodge et à l'Annam, pays où il existe un grand nombre d'objets d'art et de monuments présentant un très grand intérêt.

§ 3. — Autres applications dans l'intérêt public de la propriété collective.

63. — Des monopoles; règles concernant leur établissement.
64. — Appropriation privée imparfaite dans les cas de la propriété intellectuelle ou industrielle.
65. — Limitation nécessaire de cette propriété, quant à la durée; son caractère mobilier.

63. Les vieux principes de la propriété collective, exercée par l'Etat au nom et dans l'intérêt de tous, aboutissant par suite à la constitution d'une sorte de domaine public, trouvent encore leur application dans la société moderne, par le maintien de certains monopoles.

Sous l'influence des idées féodales, dont le caractère principal était l'extension irrationnelle de l'idée de propriété à des éléments qui ne pouvaient en être l'objet, on avait admis autrefois que le droit de faire le commerce était une propriété du prince, et que nul ne pouvait trafiquer sans y être autorisé et suivant les limites de son autorisation.

Ce principe servit de prétexte à l'établissement de nombreux monopoles.

Mais depuis la Révolution, la liberté de l'industrie et du commerce forme la règle.

On peut cependant admettre que, par suite de puissantes considérations fondées soit sur les nécessités de la défense nationale et de la sûreté publique, soit sur un grand intérêt fiscal, la loi retire aux particuliers le droit individuel de fabriquer ou de vendre certains produits, pour le rendre à la collectivité.

C'est ce qui s'est produit pour la fabrication et la vente des poudres à feu et des tabacs. C'est aussi ce qui a eu lieu pour la fabrication et la vente des allumettes chimiques. Mais il faut observer pour ce dernier monopole, qu'en vertu de la loi du 2 août 1872, il a pu être concédé, par voie d'adjudication à une compagnie : « de sorte qu'il s'agit d'un monopole de l'Etat exploité dans un intérêt privé, la pire de toutes les atteintes au principe de la liberté industrielle (1). «

L'administration des postes et celle des télégraphes et téléphones constituent encore des monopoles justifiés par la nécessité de donner au public des garanties qui, certainement, ne résulteraient pas de la libre concurrence.

Une loi est toujours nécessaire pour la constitution d'un monopole au profit de l'Etat et l'Etat ne pourrait transporter à un tiers un monopole ainsi concédé, sans obtenir l'approbation législative (2). Il ne saurait jamais en être créé au profit des particuliers. Tout arrêté ministériel qui aurait pour résultat effectif ou possible de créer un monopole serait annulable pour excès de pouvoir (3). L'autorité municipale ne pourrait pas également, sous prétexte de régler au point de vue de la salubrité, les conditions d'exercice de certaines industries, créer un monopole au profit d'un entrepreneur

(1) DUCROCQ, *Cours de dr. admin.*, t. II, n° 1236.
(2) Cons. d'État, 24 juill. 1891, *observ.* de M. BRÉMOND, *Revue critique*, 1891, p. 625.
(3) Cons. d'État, 30 avr. 1863, D. 63, 3, 64.

et au préjudice des autres (1), ni concéder à un particulier le monopole de la distribution des eaux (2).

Mais une ville étant propriétaire de sa voirie, peut valablement conférer à une société le droit exclusif de placer une canalisation pour le gaz dans le sol des rues et places dépendant de la voirie urbaine, et de fournir le gaz nécessaire pour l'éclairage public, mais non pour celui des particuliers (3).

64. Les droits incontestables de la collectivité ont encore pour résultat de tenir en échec plusieurs droits individuels à l'égard desquels il est impossible de concevoir une appropriation *parfaite*.

Ainsi, l'appropriation individuelle, sauf les restrictions précédemment indiquées, produit son effet d'une manière parfaite quand il s'agit des immeubles et des meubles proprement dits.

Le résultat nécessaire, c'est la perpétuité de la propriété ; une propriété individuelle temporaire ne se comprendrait pas ; ce serait la reconstitution, à terme, de la propriété collective.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne la propriété littéraire ou artistique et la propriété industrielle.

Quelle que soit l'originalité d'une œuvre intellectuelle ou d'une invention, il est certain que l'auteur en a puisé certains éléments dans le fonds commun d'idées représentant le résultat accumulé du travail de l'humanité tout entière durant les siècles écoulés. Il est donc certain que le *domaine public* (des idées) et l'auteur sont entrés, l'un et l'autre, pour une certaine part impossible à déterminer, dans la production de l'œuvre nouvelle.

(1) Cass. 12 fév. 1881, D. 81, 1, 185.
(2) Cons. d'État, 17 fév. 1882, D. 84, 3, 17.
(3) Cass. 8 août 1883, D. 84, 1, 81.

D'un autre côté, l'auteur ne peut exploiter son œuvre qu'en la publiant, c'est-à-dire en conviant le public à l'apprécier et à en jouir lui-même.

Par conséquent, le droit individuel, en pareille matière, est en conflit permanent avec le droit de la collectivité. Ce conflit permanent rend impossible toute appropriation *parfaite*, et voilà ce qui explique la limitation, quant à la durée, d'une propriété qui, par suite, ne peut être qu'imparfaite. A l'expiration du délai imparti par la loi, l'œuvre tombera dans le domaine public (*sensu lato*), c'est-à-dire dans le domaine du public.

65. La propriété littéraire et artistique a donc été déclarée temporaire. La loi du 14 juillet 1866, complétant les lois antérieures, a fixé à cinquante ans le temps durant lequel la propriété littéraire survit à l'auteur, quelle que soit la qualité de ceux qui lui succèdent.

Les mêmes considérations ont fait limiter à cinq, dix ou quinze ans le droit résultant des brevets d'invention (L. 5 juillet 1844, art. 4. — V. L. 25 mai 1868).

Quant aux marques de fabrique, la situation est différente. On peut concevoir, en effet, l'appropriation individuelle d'une marque de fabrique ou de commerce par suite de l'usage public qui en a été fait. Néanmoins, la loi subordonne le droit de revendiquer la propriété exclusive d'une marque à son dépôt au greffe du tribunal de commerce dans les conditions réglées par la loi du 3 mai 1890, portant modification à l'art. 2 de la loi du 23 juin 1857.

Les droits patrimoniaux résultant de la propriété littéraire, artistique ou industrielle sont traités comme s'ils constituaient des droits réels mobiliers. Ils sont protégés par des dispositions spéciales, notamment contre la contrefaçon et la concurrence déloyale, et, vis-à-vis des étrangers, par des conventions diplomatiques conclues avec les divers pays. La véritable propriété n'a pas besoin de ce genre de protection.

§ 4. — Domaine privé de l'État.

66. — Ce qu'il comprend; lais et relais de la mer, L. 16 sept. 1807.
67. — Biens vacants, art. 539; biens désaffectés, art. 541. Règles sur la désaffectation en général des biens appartenant aux personnes morales publiques.

66. Le domaine privé de l'Etat, ou, pour employer l'expression courante, le *domaine de l'Etat*, comprend tous les biens qui n'ont aucune destination publique, et que l'Etat possède comme les possèderait un simple particulier.

Parmi ces biens nous trouvons d'abord *les lais et relais de la mer*. La circonstance que l'art. 538 en fait mention dans une énumération de choses appartenant au domaine public est indifférente. Les expressions *domaine public, domaine de l'Etat* n'ont qu'une valeur doctrinale, et la loi les emploie quelquefois l'une pour l'autre.

Les lais sont des alluvions qui se forment sur les propriétés riveraines, les relais sont les terrains que l'eau abandonne insensiblement en se retirant.

L'art. 41 de la loi du 16 septembre 1807 permet au gouvernement de concéder, aux conditions qu'il aura réglées, non seulement les lais et relais déjà formés, mais encore les lais et relais non encore formés considérés comme crements futurs, c'est-à-dire le droit d'endigage. Le concessionnaire aura donc le droit d'élever des digues sur une partie du littoral, et il deviendra propriétaire du sol qu'il aura ainsi soustrait à l'empire des eaux.

Les concessions de lais et relais de la mer étant considérées comme une aliénation de biens nationaux, les difficultés pouvant s'élever à leur occasion seront portées devant le conseil de préfecture conformément à la loi du 28 pluviôse an VIII.

Le domaine privé comprend encore les îles et atterrissements qui se forment dans les fleuves navigables (art. 560),

les droits de pêche dans ces mêmes fleuves, les droits de chasse dans les forêts domaniales, les droits de péage, etc.

67. En outre :

ART. 539. Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public (*),

c'est-à-dire au domaine de l'Etat. Il faut notamment ranger dans cette catégorie les biens attribués n'importe comment à de prétendues communautés religieuses n'ayant qu'une existence apparente parce que l'autorisation nécessaire pour leur donner l'existence civile leur fait défaut. Si les propriétaires des biens donnés ou légués à ces communautés ne les revendiquent pas en temps utile, ces biens sont sans maître et font retour à l'Etat (1).

ART. 541. Il en est de même des terrains des fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre : ils appartiennent à l'Etat, s'ils n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre lui (**).

Il en est de même s'il s'agit du sol d'une grande route, etc. Il y a dans ce cas désaffectation d'un terrain ayant fait partie du domaine public; un acte administratif est nécessaire pour que ce résultat se produise. Le terrain ne deviendra prescriptible qu'après déclassement de la route ou de la place forte.

Cette solution est de tout point justifiée, quand un acte administratif a été nécessaire pour placer une chose dans le domaine public. Mais quand le domaine public est le résultat de circonstances naturelles, on peut soutenir que la disparition de ces circonstances suffit pour faire entrer la chose dans le domaine privé (2). Par conséquent lorsque la mer, en se retirant, a permis au rivage de se transformer en relai, le relai

(*) Art. 539. — Tot. tit. C. 10, 10, *De bon. vac.*; L. 2, C. 10, 12, *De petit. bon. subl.*

(**) Art. 541. — L. 30, D. 8, 2, *De servit. præd. urb.*

(1) LAURENT, t, VI, n° 166.

(2) Voy. Besançon, 14 mars 1888, D. 90, 2, 29.

deviendra, dès sa formation, immédiatement prescriptible.

Pour les immeubles domaniaux affectés à un service public, la désaffectation sera prononcée par le ministre compétent aussitôt qu'ils seront reconnus inutiles au service qui les détient (Voy. L. 29 décembre 1873, art. 24); ils seront remis à l'administration des domaines pour être aliénés conformément à la loi du 1er juin 1864.

En ce qui concerne les édifices départementaux, il appartient au conseil général de statuer ou de délibérer sur leur affectation et désaffectation, selon les distinctions résultant des art. 46 à 49 de la loi du 10 août 1871.

Pour ce qui concerne les immeubles des communes, il faut, d'après la loi du 5 avril 1884 (art. 61, 68, 167), distinguer entre l'affectation légale qui a eu lieu en vertu d'une loi, et qui ne peut être rapportée que par une loi, et l'affectation administrative résultant d'une délibération du conseil municipal, et qui peut être révoquée au gré du conseil, à moins qu'elle n'ait été consentie pour une durée déterminée, et que le terme ne soit pas encore arrivé.

La désaffectation d'un immeuble communal consacré au culte en exécution du Concordat doit être prononcée par décret (1). Il doit en être de même pour les édifices consacrés au culte israélite (L. 5 avril 1884, art. 167).

Le pouvoir exécutif doit respecter le patrimoine des communes comme celui des établissements publics; il n'aurait pas le droit de transférer la propriété des biens hospitaliers d'une commune ou d'un établissement à une autre personne morale (2).

§ 5. — Domaine des communes et établissements publics.

68. — Domaine public communal.
69. — Condition des églises et cimetières.
70. — Droits des concessionnaires dans les cimetières.

(1) Cons. d'État, 22 mai 1885, D. 86, 3, 124.
(2) Cass. 12 nov. 1879, D. 80, 1, 86.

71. — Domaine privé des communes, art. 542; biens patrimoniaux; jouissance des habitants.
72. — Domaine des établissements publics.

68. Le Code civil ne contient aucune disposition concernant le domaine public des communes. Les principes qui le régissent sont les mêmes que pour le domaine public national. Nous avons eu incidemment l'occasion d'en indiquer quelques applications particulières. Il se compose d'ailleurs : 1° des chemins vicinaux, 2° des chemins ruraux, 3° des places, rues et passages, 4° des chemins de fer communaux, 5° des canaux communaux, 6° des églises catholiques paroissiales, 7° des temples protestants consistoriaux.

69. Il y a eu quelques difficultés en ce qui concerne les églises et les cimetières. Remarquons d'abord qu'il s'agit uniquement des églises paroissiales rendues au culte par le Concordat. En effet, les églises cathédrales appartiennent à l'Etat, et pour les églises paroissiales postérieures au Concordat, le titre ou l'origine de la construction détermine la propriété.

On a soutenu que la propriété des églises paroissiales appartenait aux fabriques; on a même revendiqué cette propriété pour l'État (1). En fait toute controverse a cessé, et on reconnaît que les communes ont été rendues propriétaires par un décret du 11 prairial an III. Il en est autrement en Savoie. Sous l'empire des lois sardes les églises et leurs dépendances appartenaient aux fabriques, et l'annexion de la Savoie au territoire français n'a porté aucune atteinte aux droits acquis des fabriques (2).

Le décret du 30 décembre 1809 charge les fabriques *de veiller à l'entretien et à la conservation des temples;* il est admis, en conséquence, par la doctrine et la jurisprudence, que le maire et la fabrique ont également le droit d'intenter toute action à l'effet de faire cesser les usurpations et servitudes

(1) APPERT, *Revue critique*, 1877, p. 737.
(2) Trib. Chambéry, 4 fév. 1880, D. 80, 3, 81.

exercées sur ces édifices, notamment dans le but de faire délaisser les bancs et chapelles occupés sans titre, et de faire détruire ou enlever les bâtiments adossés par des particuliers aux murs des églises (1).

En ce qui concerne les cimetières, il s'agit d'abord de savoir s'ils font partie du domaine public de la commune ou de son domaine privé. Quelques auteurs les placent dans le domaine privé, d'abord parce que la commune en retire certains produits, et en outre parce que les concessions peuvent attribuer aux particuliers un droit perpétuel. Mais il n'est pas vrai que le domaine public soit nécessairement improductif, d'un autre côté rien ne s'oppose à ce que des droits réels perpétuels grèvent le domaine public lorsqu'ils sont conformes à la destination de ce domaine (2). C'est donc avec raison que la jurisprudence range les cimetières dans le domaine public de la commune (3). Quelle que soit d'ailleurs la solution admise sur cette question, nul ne peut, sans autorisation, élever des constructions ou creuser des puits dans un certain rayon autour des cimetières placés hors des villes, bourgs et villages (Décret du 7 mars 1808).

70. Mais en quel sens peut-on considérer le droit du concessionnaire comme un droit réel?

L'ordonnance du 6 décembre 1843, divise les concessions dans les cimetières, en *perpétuelles*, *trentenaires* et *temporaires* (art. 3). Il ressort d'une circulaire du 30 décembre 1843, que les concessions faites à titre perpétuel ne constituent point des actes de vente, et n'emportent pas un droit réel de propriété en faveur du concessionnaire, mais simplement un droit de jouissance et d'usage avec affectation spéciale et nominative. Mais ce droit nous paraît être un droit réel.

Il suit de là :

(1) Ducrocq, t. II, n° 1405.
(2) Cons. d'Etat, 19 mars 1863, D. 63, 3, 35.
(3) Lyon, 24 janv. 1866, D. 67, 3, 45.

1° Que la commune reste en définitive propriétaire du terrain concédé;

2° Que toutes les actions réelles à l'occasion du sol des cimetières doivent être intentées par ou contre la commune;

3° Que le concessionnaire, en cas d'empiètement ou de trouble apporté à sa jouissance, a qualité pour agir directement contre l'auteur du trouble;

4° Que les communes, malgré les concessions déjà faites, peuvent décider la translation du cimetière sur un autre point de leur territoire; dans ce cas les concessionnaires ont droit d'obtenir dans le nouveau cimetière un emplacement égal en superficie au terrain qui leur avait été concédé, et les restes qui y auraient été inhumés seront transportés aux frais de la commune (Ord. du 6 décembre 1843, art. 5).

5° Les terrains concédés ne devenant pas la propriété des concessionnaires, ne doivent pas être considérés comme entrant dans la masse des successions à partager, etc.

Mais si les concessions de sépulture dans un cimetière échappent ainsi à l'empire des règles ordinaires du droit de propriété au point de vue de leur transmissibilité à des tiers, il n'en est pas moins certain que le droit spécial qui en résulte appartient d'abord au concessionnaire lui-même; ou aux membres de la famille au nom de laquelle la concession peut être considérée par les juges du fait comme ayant été obtenue (1), et que ce droit passe ensuite aux héritiers dans la proportion de leurs parts héréditaires (2). Les tombeaux de famille suivent les mêmes règles que les concessions, et ne peuvent être transmis à titre onéreux (3).

71. Occupons-nous maintenant du domaine privé des communes.

(1) Bordeaux, 9 fév. 1887, S. 88, 2, 131.
(2) Nancy, 24 mai 1889, S. 89, 2, 188.
(3) Arrêt précité de Bordeaux; trib. civ. Seine, 23 oct. 1885, *Gaz. Palais*, 85, 529.

Les origines de la propriété communale sont diverses : tantôt elle a pour cause, perdue dans la nuit des temps, la répartition primitive du sol à l'époque où dominait la vie pastorale, ou bien encore les débris des propriétés indivises des communautés agricoles du moyen âge, tantôt l'attribution des terres vacantes faite aux municipalités romaines par les empereurs, ou les concessions à titre onéreux ou gratuit faites par les seigneurs ecclésiastiques et laïques (1).

Le domaine privé de la commune comprend :

1° Des biens *patrimoniaux*, soumis aux modes de jouissance du droit commun et dont le produit doit être porté en recette au budget municipal ;

2° Des biens communaux :

ART. 542. Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis (*).

Il s'agit plutôt d'un droit acquis à la jouissance individuelle, car la propriété de ces biens appartient toujours à la commune elle-même comme personne morale, ou à la section de commune, selon les cas ; les sections de commune ayant leur personnalité distincte.

En effet, les décisions de l'autorité publique qui, dans un intérêt administratif, séparent des portions de communes, ne peuvent exercer aucune influence sur les droits de propriété ou de copropriété dont ces fractions étaient précédemment investies. Par conséquent, un village séparé d'une commune pour être réuni à une autre commune voisine, sera considéré comme formant une section de commune à partir du moment où cette séparation lui a créé des intérêts distincts, et il conservera la copropriété indivise des biens de la commune dont il a été distrait (2).

(*) Art. 542. — L. 6, § 1, D. 1, 8, *De divis. rer.*
(1) DUCROCQ, *loc. cit.*, n° 1364.
(2) Cass. 16 avr. 1889, D. 90, 1, 224.

La commune ou section de commune étant seule propriétaire, les habitants de la commune ne sauraient être considérés comme des copropriétaires en état d'indivision. Il n'y a donc pas matière à partage proprement dit entre habitants d'une commune (L. 21 prairial an IV; avis du Cons. d'Etat du 16 mars 1838; art. 92, C. For.).

Mais le conseil municipal à qui il appartient de régler le mode de jouissance des biens communaux, peut, au point de vue de la jouissance seulement, procéder à leur répartition. La question s'est alors posée de savoir si, pour être admis à la jouissance des communaux, il faut avoir son habitation personnelle dans la commune, ou s'il suffit d'y être propriétaire.

Quelques arrêts ont déclaré qu'il suffisait d'être propriétaire (1). Cette décision est principalement fondée sur l'article 15, sect. 3 de la loi du 10 juin 1793, aux termes duquel : « Dans le cas où l'assemblée des habitants aura déterminé la jouissance en commun de tout ou partie d'un communal, les propriétaires non habitants *qui jouissaient du droit d'y conduire* leurs bestiaux, continueront d'en jouir comme les autres habitants. » Mais ce texte, qui d'ailleurs n'est plus en vigueur, semble plutôt supposer qu'il pouvait exister des propriétaires, *non habitants*, et ne jouissant pas du droit de conduire leurs bestiaux. D'ailleurs l'art. 542, en définissant les biens communaux : ceux à la propriété ou au produit desquels *les habitants d'une commune* ont un droit acquis, semble exclure les simples propriétaires (2).

72. Enfin les établissements publics ont aussi un patrimoine. Nous avons déjà fait connaître, en parlant de leur constitution comme personnes morales, le régime auquel leurs biens sont soumis (t. Ier, nº 216).

(1) Cass. 5 août 1872, D. 72, 1, 408.
(2) Chambéry, 23 janv. 1866, D. 66, 2, 79.

§ 6. — Droits divers qu'on peut avoir sur les biens.

73. — Enumération; art. 543.
74. — Les particuliers peuvent-ils établir des droits réels autres que ceux qui ont été prévus par la loi?

73. Après avoir réglé, comme on vient de le voir, la condition des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent, la loi a cru nécessaire d'indiquer, par aperçu, les droits qu'on peut avoir sur les biens :

ART. 543. On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.

Les droits auxquels se réfèrent le texte sont :

1° Le droit de propriété, qui se confond avec son objet, et dont tous les autres droits sont des démembrements;

2° L'usufruit, l'usage et l'habitation détachés de la propriété à titre de droits réels distincts;

3° Les servitudes ou services fonciers;

4° La superficie, droit de propriété limité à la surface (art. 519, 553, 664).

Que faut-il décider à l'égard de l'emphytéose temporaire, qui n'est rien autre chose que le droit de jouir d'un immeuble appartenant à autrui moyennant une redevance périodique? On soutient que l'emphytéose engendre un droit réel parce que le droit actuel n'aurait pas sur ce point, abrogé expressément ou tacitement le droit antérieur (1). Mais l'emphytéose aujourd'hui n'est qu'un bail d'une durée plus longue que les baux ordinaires. C'est pour ce motif que l'art. 2118, reproduisant textuellement l'énumération donnée par l'article 6 de la loi du 11 brumaire an VII des biens susceptibles d'hypothèque, a eu soin d'en retrancher le droit d'emphytéose (2).

(1) Alger, 8 avr. 1878, S. 78, 2, 296; comp. Cass. 22 juin 1885, S. 88, 1, 150.

(2) DEMOLOMBE, t. IX, n° 491; AUBRY et RAU, § 224 *bis*; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1261.

Nous devons cependant constater que la loi du 1er juillet 1885 sur la propriété foncière en Tunisie place l'emphytéose au nombre des droits réels immobiliers (art. 13), mais cela s'explique par la nature particulière des baux perpétuels en Orient, notamment de l'*enzel* (n° 46 *bis*).

Aux droits réels principaux ci-dessus énumérés, il convient d'ajouter certains autres droits réels qui ne peuvent exister que comme accessoires d'une créance; ce sont :

1° Le gage (art. 2072);

2° L'antichrèse (art. 2085; L. 23 mars 1855, art. 2);

3° Le privilège (art. 2095);

4° L'hypothèque (art. 2114).

74. On se demande si les particuliers peuvent, par leurs conventions ou dispositions, créer d'autres droits réels que ceux qui ont été établis et organisés par le Code.

Les uns soutiennent que la loi qui détermine et organise les droits réels est une loi d'ordre public, que les particuliers ne peuvent la changer, et qu'une telle loi, dans l'énumération des droits réels qu'elle reconnaît, doit être nécessairement considérée comme limitative (1). Les autres admettent au contraire que chacun peut démembrer sa propriété comme il le juge à propos, pourvu qu'il ne résulte du démembrement opéré aucune situation contraire aux lois ou à l'ordre public (2).

Théoriquement cette dernière opinion paraît devoir être suivie. En réalité la controverse manque d'objet. L'intérêt de la discussion se rapporte en effet, principalement aux anciennes tenures parmi lesquelles on distinguait :

L'emphytéose, dont nous avons déjà parlé;

Le bail à rente;

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n° 519; VALETTE, *Priv. et hyp.*, t. I, p. 191.

(2) TOULLIER, t. III, n° 69; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. II, n° 378 *bis*, IV; DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, n° 69.

Le bail à cens;

Le bail à complant;

Le bail à domaine congéable ou convenant;

Le bail à locatairie perpétuelle, à culture perpétuelle, à métairie perpétuelle;

Le bail soit à vie, soit à longues années;

Les champarts.

Toutes ces tenures se présentent comme des variétés du bail.

Les lois de la Révolution ont supprimé et prohibé toute redevance féodale, et ont déclaré mobilières et rachetables, nonobstant toute clause contraire, les redevances foncières autrefois perpétuelles et irrachetables.

Or, nous ne voyons nulle part que, pour l'avenir, les tenures elles-mêmes dont nous venons de parler, dégagées de toute féodalité et de toute redevance perpétuelle et irrachetable soient défendues. Elles pourraient donc être établies, mais comme variétés du bail, et par conséquent ne produisant qu'un simple droit de créance. Est-ce qu'il pourrait dépendre de la volonté des parties de leur faire produire un droit réel? Autant vaudrait soutenir que l'emphytéose ou plus généralement le contrat de bail engendrera ou non un droit réel suivant que les parties contractantes l'auront décidé.

TITRE DEUXIÈME.

DE LA PROPRIÉTÉ.

Règles générales sur la propriété individuelle.

§ 1er. — De la propriété individuelle au point de vue de la faculté de disposer.

75. — Origine de la propriété individuelle; exemples contemporains de l'Algérie et de l'Inde.
76. — Sa définition, art. 544.
77. — De la faculté d'aliéner; elle est de l'essence de la propriété individuelle.
78. — Impossibilité pour un propriétaire de se rendre incapable, ou de rendre son successeur incapable d'aliéner.
79. — L'art. 544 suffit pour faire rejeter toutes les clauses d'inaliénabilité.
80. — Nécessité de distinguer la condition résolutoire de la clause contenant prohibition d'aliéner, soit dans les actes à titre gratuit, soit dans les actes à titre onéreux; — clause pénale.
81. — Hypothèse où la défense d'aliéner porte sur des biens appartenant déjà au successeur.
82. — Actes à titre onéreux, vente.
83. — Louage, indivision.
84. — Dons et legs; principe général.
85. — Des prohibitions temporaires d'aliéner, soit dans l'intérêt du disposant, soit dans l'intérêt d'un tiers;
86. — Soit dans l'intérêt du bénéficiaire.
87. — Inefficacité nécessaire de ces prohibitions.
88. — Libéralités faites aux établissements publics.
89. — Peut-il y avoir une propriété temporaire?

75. Le titre II du Code civil est consacré au régime *de la propriété*.

Il s'agit de la propriété *individuelle*.

Quelle est l'origine et la base de cette propriété?

Le problème semble facile à résoudre. S'il a été obscurci, c'est que, dans la discussion, on a souvent confondu la question de l'origine et de la légitimité de la propriété considérée comme institution, avec la question relative à la légitimité de la propriété, en tant qu'elle profite, aujourd'hui, à tel propriétaire actuel ou à telle classe de propriétaires.

On est assez généralement porté à admettre que la propriété individuelle a pour origine la prise de possession du sol qui a été ensuite fécondé par le travail. C'est là une hypothèse purement gratuite qui n'explique rien. Il faudrait commencer en effet par démontrer qu'il y a eu une époque où on a pu constater, sur un point ou sur un autre, cette prise de possession individuelle. Or, c'est ce qu'il est impossible de faire.

Ce qui est, au contraire, historiquement prouvé, c'est, chez tous les peuples, la préexistence d'une propriété collective exercée suivant des modes divers. Mais au fur et à mesure que la civilisation avance, que les progrès divers tendent à revêtir une forme durable dans les institutions, que le droit de l'individu se dégage de l'étreinte de la collectivité, peu à peu apparaît la notion de la propriété individuelle, et alors, sous l'influence d'un événement quelconque, immigration, conquête, etc., se produisent ces partages primitifs dont nous avons parlé, et la propriété individuelle est bientôt substituée à la propriété collective.

Chez les peuples occidentaux cette substitution s'est faite assez promptement et assez généralement. Chez les peuples orientaux la forme collective a plus longtemps persisté et persiste même encore. Chez certains peuples pasteurs vivant sous la tente, le sol a été partagé entre les tribus. Il en est encore ainsi d'une partie du territoire algérien. Le gouvernement cherche à rendre possible entre chaque famille d'une tribu le partage du sol qui lui appartient.

Il faut citer, à cet égard, l'art. 3 de la loi du 26 juillet 1873 :

« Dans les territoires où la propriété collective aura été constatée au profit d'une tribu ou d'une fraction de tribu, par application du sénatus-consulte du 22 avril 1863, ou de la présente loi, la propriété individuelle sera constituée par l'attribution d'un ou plusieurs lots de terre aux ayants-droit et par la délivrance des titres opérée conformément à l'art. 19 ci-après. La propriété du sol ne sera attribuée aux membres de la tribu que dans la mesure des surfaces dont chaque ayant-droit a la jouissance effective ; le surplus appartiendra, soit au douar comme bien communal, soit à l'État comme biens vacants ou en déshérence par application de l'art. 4 de la loi du 16 juin 1851 (1). »

Dans d'autres conditions le gouvernement procède par voie de concessions gratuites, surtout pour attirer les colons. Quelquefois, il consolide les droits précaires des indigènes. Ainsi, durant de longues années les détenteurs de terres dans les établissements français de l'Inde, n'ont eu, sauf exception, qu'un droit révocable sur ces terres. Mais, à l'imitation de ce qui fut pratiqué souvent par les peuples anciens pour leurs colonies, un décret du 16 janvier 1854 a disposé que les détenteurs du sol, à Pondichéry, qui acquitteraient l'impôt réglementaire, deviendraient propriétaires incommutables.

C'est par des procédés analogues que la propriété individuelle a été créée chez tous les peuples.

L'histoire des développements de la propriété individuelle n'est rien autre chose que l'histoire du progrès de la civilisation dans l'humanité. Proposer de rétablir la propriété collective sous une forme quelconque, c'est tout simplement proposer à l'humanité de revenir en arrière.

Considérée comme institution, la propriété individuelle est la condition même de la liberté.

(1) Sur l'application de la loi de 1873, Voy. Cass. 13 nov. 1888, D. 89, 1, 17 et la note.

Envisagée comme but à atteindre par les prolétaires, elle constitue le stimulant le plus puissant du travail et de l'économie.

Enfin elle peut, sans que son caractère soit altéré, se combiner avec l'association et offrir à chaque associé la perspective de percevoir, pour son compte personnel, une part dans les bénéfices de l'association.

76. La définition de la propriété doit donc mettre en relief l'indépendance personnelle du propriétaire :

ART. 544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements (*).

Le propriétaire a donc, pour employer les expressions consacrées :

1° Le *jus utendi*, c'est-à-dire le droit de retirer de sa chose tous les services qu'elle peut rendre ;

2° Le *jus fruendi*, le droit d'en retirer tous les produits quelconques ;

3° Le *jus abutendi*, c'est-à-dire le droit d'en disposer à sa fantaisie, notamment au moyen d'une aliénation.

77. La faculté d'aliéner est de l'essence même de la propriété ; la suppression de cette faculté serait la suppression de la propriété individuelle.

Chaque fois que, dans la théorie de la législation actuelle, on voit apparaître l'idée d'inaliénabilité, on se trouve toujours en présence d'une hypothèse où l'appropriation privée n'existe pas, ou bien subit une altération plus ou moins profonde dans l'intérêt d'une collectivité. C'est ce que nous voyons dans le cas de domaine public, etc.

Mais, chaque fois que l'on se trouve en présence du droit individuel de propriété maintenu dans toute son intégrité, il n'y a plus de place pour l'inaliénabilité proprement dite

(*) Art. 544. — L. 1, § 4, 13, D. 39, 3, *De aquâ et aquæ ;* L. 21, C. 4, 35, *Mandati.*

mais seulement pour une incapacité d'aliéner. C'est ce qui se vérifie pour la dot sous le régime dotal (1).

Le législateur est donc rationnellement impuissant à créer un cas d'inaliénabilité tout en respectant l'intégrité du droit de propriété individuelle. Il ne pourrait créer un cas d'inaliénabilité qu'en faisant sortir une chose du domaine privé pour la faire rentrer plus ou moins complétement dans un domaine collectif. La volonté humaine pourrait-elle faire ce que le législateur ne peut point?

En d'autres termes : Le propriétaire qui se propose d'empêcher une personne (son successeur) de disposer de son bien, peut-il atteindre ce but, soit en rendant la propriété inaliénable, soit en rendant le propriétaire incapable (2)?

Il est certain que théoriquement on ne peut concevoir comme possible que l'un ou l'autre de ces deux procédés. Or, nous avons vu que dans tous les cas d'inaliénabilité prévus par la loi, la circonstance qu'une chose est inaliénable, tient uniquement à ce que le législateur, déterminé par des raisons reconnues suffisantes, a jugé convenable de la faire sortir du patrimoine privé pour l'incorporer d'une manière plus ou moins complète à un patrimoine collectif ou considéré comme tel. Un propriétaire peut vendre seulement sa chose pour servir par exemple de voie de communication publique, et par conséquent, pour être incorporée à un domaine public existant déjà et finalement devenir ainsi inaliénable.

78. Mais telle n'est pas l'hypothèse qui soulève la difficulté que nous examinons. Il s'agit d'un propriétaire transmettant sa chose à un successeur dans des conditions où il entend que la chose transmise demeure dans le patrimoine privé de ce dernier, tout en voulant néanmoins que ce successeur ne

(1) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 19.
(2) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n^{os} 27 à 41.

puisse pas l'aliéner. C'est bien ainsi qu'il convient de poser la question; il importe qu'il n'y ait pas d'équivoque : l'auteur de la transmission contenant prohibition d'aliéner veut tout à la fois que la chose transmise entre dans le patrimoine de son successeur et en même temps que ce dernier ne puisse l'aliéner. Cette constatation suffit à démontrer d'une manière invincible que l'auteur d'une transmission ne saurait à aucun point de vue avoir la prétention d'imprimer à une chose le caractère intrinsèque de l'inaliénabilité, mais qu'il peut tout au plus aspirer à rendre son successeur incapable d'aliéner.

Réduite à ces termes, la question est facile à résoudre; la capacité des personnes est régie par la loi d'une manière souveraine. Il n'appartient pas aux particuliers d'en modifier les règles; ce n'est que très exceptionnellement, lorsque plusieurs personnes forment ensemble une société, plus spécialement quand il s'agit d'une société *conjugale*, plus spécialement encore quand elles stipulent le régime dotal, qu'elles peuvent arriver indirectement à une modification de leur capacité, ou à frapper d'indisponibilité certains biens dotaux de la femme.

Mais en dehors de ces hypothèses il est impossible de concevoir comment un propriétaire, jouissant d'ailleurs de la capacité générale d'aliéner, pourrait, par une clause quelconque, se rendre ou rendre son successeur incapable d'aliéner. Le législateur a eu plusieurs fois l'occasion de formuler une vérité aussi évidente. D'après l'art. 1594, « tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre. » — Vendre, c'est-à-dire aliéner.

Donc chaque fois qu'un individu est propriétaire, il peut aliéner, et il ne peut pas, par une convention, abdiquer cette faculté. Lorsqu'un individu est rendu, n'importe comment, propriétaire d'une chose ou titulaire d'un droit, il peut désormais aliéner cette chose ou ce droit. Il résulte des termes

bien formels de l'art. 1594 que la loi seule, et non pas la volonté humaine, peut interdire à un propriétaire la faculté d'aliéner.

Ce que nous disons de l'aliénation de la propriété, doit s'étendre aux démembrements de la propriété et à tous les droits réels. Une personne ne peut donc se priver par convention du droit d'hypothéquer ses biens. Une telle convention devrait être considérée comme nulle, et non comme engendrant une simple obligation de ne pas faire se résolvant en dommages-intérêts en cas d'inexécution. La doctrine contraire, qui a été soutenue (1), tendrait, en se généralisant, à valider indirectement toutes les prohibitions d'aliéner. A l'inverse, l'existence sur un fonds d'un droit réel quelconque au profit d'un tiers, d'une hypothèque légale, par exemple, n'a pas pour effet de frapper d'inaliénabilité cet immeuble, qui passe seulement aux mains de l'acquéreur avec les charges qui le grèvent (2).

79. Pour contester des solutions aussi évidentes il serait puéril d'alléguer soit la liberté des conventions, soit la liberté des dispositions à titre gratuit; cela reviendrait à déclarer qu'il est permis d'user de la liberté dont on jouit pour anéantir cette même liberté chez soi-même ou chez les autres. Le vrai principe de solution qui domine toute la matière est contenu dans la définition même du droit de propriété telle qu'elle est donnée par l'art. 544 du Code civil. Qu'il s'agisse de transmission contractuelle à titre onéreux ou de disposition à titre gratuit, la propriété dont le sort est réglé est et demeure toujours la même : c'est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue.

Telle est l'essence du droit de propriété individuel et il

(1) Voy. Observ. *sur un arrêt de la Ch. des requêtes* (22 août 1882) par M. PLANIOL, *Revue critique*, 1883, p. 670.

(2) Cass. 16 avr. 1889, D. 90, 1, 181.

n'est pas possible à la volonté humaine d'y apporter la moindre altération.

La Cour de cassation l'a formellement proclamé dans un arrêt du 6 juin 1853 dont nous croyons devoir reproduire les termes.

La Cour ;

Vu les art. 544, 1572, 1594, 1598, C. C., et aussi l'art. 6 du même Code ; — Attendu que la libre disposition des biens est une maxime d'ordre et d'intérêt public, résultant de l'esprit, comme du texte de la loi, et notamment des art. 544, 1594 et 1598, C. C.; — Attendu que cette maxime ne peut fléchir devant la volonté de l'homme ; qu'une propriété quelconque ne peut être déclarée inaliénable que dans les cas prévus par la loi où elle a cru devoir permettre une dérogation formelle au principe fondamental de la libre disposition des biens, attribut et caractère essentiels de la propriété ; — Attendu en effet qu'une clause d'incessibilité de la nature de celles contenues en l'acte dont s'agit au procès, tend à modifier en dehors des conditions et des cas déterminés par la loi et à mettre ainsi hors du commerce des choses qui, dans l'état actuel de la législation doivent y rester soumises ; que dès lors cette clause ne peut avoir force obligatoire... — Attendu qu'en jugeant obligatoire la clause d'inaliénabilité dont s'agit au procès, et, en annulant la cession faite en contravention d'icelle, le jugement attaqué a formellement violé les art. 544, 1172, 1594 et 1598, C. C.; Casse. »

80. Nous devons encore faire une observation qui s'applique également aux actes à titre onéreux comme aux actes à titre gratuit. Il ne faut pas confondre les clauses contenant prohibition d'aliéner avec les clauses constitutives d'une condition résolutoire. On sait que dans le droit moderne, la propriété peut être valablement transférée sous condition résolutoire. Le Code civil le permet positivement pour toute sorte d'actes soit à titre gratuit, soit à titre onéreux : si le donateur notamment

veut s'assurer le retour des biens donnés, il a un moyen facile, c'est de le stipuler; mais il y a une grande différence entre le cas où l'inderdiction formelle d'aliéner a été imposée à une personne et l'hypothèse où un droit résoluble dans le cas d'un événement déterminé a été constitué. Donc, on ne doit pas de la possibilité de créer un droit résoluble conclure à la légitimité d'une clause prohibitive de la faculté d'aliéner.

On peut se demander à ce sujet si, dans le cas d'une clause prohibitive d'aliéner, l'infraction à cette clause pourrait être considérée comme constituant l'événement conditionnel dont la réalisation devrait entraîner la résolution du droit de propriété. Nous trouvons sur ce point, dans le recueil de Dalloz, sous l'arrêt précité du 6 juin 1853, une note ainsi conçue :

« On admettait autrefois une distinction que la doctrine maintient aujourd'hui aussi bien par rapport aux dispositions à titre gratuit qu'aux contrats à titre onéreux. C'est entre la défense d'aliéner pure et simple et le cas où il y est ajouté une peine en cas d'infraction, et même où il est stipulé, à défaut d'une clause pénale proprement dite, que la vente ou la donation sera résolue si les biens vendus ou donnés viennent à être aliénés. Dans ce cas, on reconnaît à la prohibition un effet obligatoire. Les tiers-acquéreurs peuvent être poursuivis et la résolution s'opère avec les mêmes effets qu'au cas d'exercice du droit de retour. Mais il faut cela; autrement, quoique faite au mépris de la défense, la transmission de propriété n'en est pas moins valable et elle opère tous ses effets. »

L'auteur de la note cite à l'appui de sa proposition un arrêt de la Cour d'Orléans du 6 août 1841 et un arrêt de rejet du 1er mars 1845 (D. 45, 1, 101). Mais ces décisions n'ont aucun rapport direct avec la difficulté soulevée.

Il ne faut pas en effet qu'il y ait d'équivoque. Peut-on valablement stipuler dans une vente ou une donation que le contrat sera résolu si l'acheteur ou donataire aliène l'immeuble

objet du contrat? Dans cette hypothèse, la prohibition d'aliéner n'est pas textuellement formulée. Seulement, l'acheteur ou donataire aura intérêt à ne pas aliéner pour éviter la résolution imposée. Or, la situation ne serait-elle pas identiquement la même si la clause était ainsi rédigée : L'acquéreur ne pourra pas aliéner, et s'il contrevient à la prohibition, la transmission sera résolue?

Malgré les termes employés dans cette seconde hypothèse, n'y a-t-il pas véritablement interdiction d'aliéner?

L'acquéreur ne sera-t-il pas tenu perpétuellement en échec et paralysé dans l'exercice de son droit d'aliéner par la crainte d'encourir la résolution? Cela est évident, et nous croyons qu'il faut traiter cette hypothèse comme celle où la prohibition illicite d'aliéner aurait été protégée par une clause pénale ordinaire.

La clause résolutoire devrait en effet être considérée comme constituant une véritable clause pénale; et, dans cette hypothèse, il semble plus juridique, comme l'admet Demolombe, de déclarer non écrites tout à la fois la condition de ne pas aliéner et la clause pénale qui a pour but de garantir l'accomplissement de cette condition.

« En effet, dit Demolombe, le donataire ou le légataire ne pourrait encourir la clause pénale qu autant qu'il aurait contrevenu à la condition; or, cette condition étant réputée non écrite comme contraire à la loi, il ne saurait y contrevenir, puisqu'il en est relevé; donc il ne peut encourir la clause pénale, puisque la contravention qui seule pouvait la lui faire encourir ne peut légalement se réaliser (1). »

Mais Demolombe ajoute immédiatement que la clause pénale dont il parle « n'annonce pas non plus que le disposant ait subordonné l'existence même de sa libéralité à la condition et que rien ne prouve qu'il ne l'aurait pas faite s'il avait

(1) *Donations entre vifs et testament.*, t. I, no 293.

su que cette condition fût illicite. La conséquence en est qu'il faut tenir la libéralité pour pure et simple (1). »

On pourrait évidemment faire le même raisonnement dans le cas d'un contrat à titre onéreux.

Or il faut remarquer que Demolombe raisonne sur un exemple qu'il formule de la manière suivante :

« Je lègue ma maison à Primus, sous la condition qu'il ne l'aliénera pas; et s'il l'aliène je veux qu'il paie à Secundus, cent mille francs, *ou je déclare léguer ma maison à Secundus.* » Mais dans cette dernière hypothèse (legs de la maison à Secundus en cas d'aliénation) la libéralité se trouve donc résolue de plein droit par le seul fait de l'aliénation. Il s'agit là d'une véritable condition résolutoire et par conséquent, la solution adoptée doit naturellement être étendue à toutes les hypothèses où l'auteur de la transmission a déclaré, que, en cas de contravention à sa prohibition, la propriété se trouverait résolue de plein droit.

Toutes les solutions qui précèdent doivent indistinctement recevoir leur application dans les aliénations à titre gratuit, comme dans celles à titre onéreux; c'est-à-dire que la défense d'aliéner ne produira jamais d'effet, qu'il faille la considérer comme nulle ou comme non écrite.

81. Nous devons encore faire une autre observation également commune aux contrats à titre onéreux et aux dispositions à titre gratuit.

Dans les diverses espèces examinées par les auteurs, ou jugées par la jurisprudence, la clause prohibitive d'aliéner a invariablement pour objet les biens eux-mêmes transmis par le vendeur ou bien par le donateur ou testateur. C'est précisément la circonstance, que la prohibition est imposée par celui-là même qui, ayant été propriétaire des biens transmis, paraissait avoir quelques titres à en régler la des-

(1) *Ibid.*

tinée, qui a fait quelque peu hésiter sur la manière dont il convenait de trancher la difficulté. Mais il ne faut voir là qu'une circonstance purement accidentelle ; il pourrait aussi bien arriver qu'un vendeur, donateur, ou testateur déclarât vendre, donner ou léguer un immeuble à lui appartenant à la condition que l'acquéreur n'aliénerait jamais tel autre immeuble déjà entré dans son patrimoine. Si ordinairement, il ne s'agit que des immeubles mêmes transmis par l'auteur de la prohibition, c'est que l'intérêt qu'il peut y avoir à imposer une telle prohibition ne se rencontrera le plus souvent qu'à l'égard des biens transmis, mais théoriquement, on peut concevoir que la prohibition s'applique à d'autres objets.

Nous prétendons que les deux hypothèses sont absolument identiques et qu'il n'y a pas de raison pour traiter plus favorablement la défense d'aliéner quand elle porte sur les objets transmis que lorsqu'elle porte sur des objets appartenant déjà à l'acquéreur.

82. Il convient maintenant, vu la singulière importance du sujet, d'examiner en détail la portée et la signification des diverses clauses prohibitives d'aliénation sur lesquelles la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer :

1° Dans les contrats à titre onéreux ;

2° Dans les donations et testaments.

1° *Contrats à titre onéreux.* — Les clauses tendant à prohiber ou à restreindre la faculté d'aliéner sont par la nature même des choses, fort rares dans les contrats à titre onéreux. Il n'est pas cependant impossible d'en trouver des exemples, et précisément l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1853 que nous avons cité se référait à une défense d'aliéner insérée dans un contrat à titre onéreux.

Nous pouvons en dire autant d'un arrêt de la Cour d'Orléans du 6 août 1841, suivi d'un arrêt de rejet du 1er mars 1843 (D. 43, 1, 101).

Le principe général qui domine la matière est celui de

l'art. 6 du Code civil : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Or, la propriété individuelle est la base principale de notre organisation sociale. Son attribut constitutif est la liberté de disposer; donc toute convention qui tendrait à détruire ou même seulement à restreindre cette liberté en dehors des cas autorisés par la loi doit être considérée comme radicalement nulle. Par conséquent, dans la vente, toute clause qui tendrait à restreindre dans la personne de l'acheteur la liberté d'aliéner à son tour serait nulle et de nul effet.

83. Il en serait de même dans le louage de toute clause qui aurait pour but de diminuer le droit de disposition appartenant au bailleur, et cependant, il importe de le remarquer, une semblable clause semble présenter, pour le preneur, un grand intérêt. Le contrat de louage, surtout quand il s'agit de biens ruraux, établit des rapports personnels souvent assez fréquents entre le propriétaire et son locataire ou fermier. Le preneur peut avoir été déterminé au contrat par la considération de la personne du propriétaire. Il pourrait donc avoir intérêt à ce que le propriétaire n'eût pas la faculté d'aliéner pendant toute la durée du bail. Mais l'intérêt dont nous parlons, quelque légitime qu'il paraisse et quelle que soit son importance dans l'ordre des rapports ordinaires de la vie usuelle, n'est après tout qu'un intérêt de pure convenance sans valeur juridique.

En matière d'indivision, la convention permise de demeurer dans l'indivision durant cinq ans n'enlève pas aux contractants la faculté d'aliéner leur part indivise. Ce n'est qu'en matière de dotalité que le législateur admet la validité d'une convention dont le résultat est de rendre certains biens inaliénables. Mais nous avons vu qu'il s'agissait alors plutôt d'une incapacité de la femme que d'une inaliénabilité proprement dite.

Comment serait-il possible d'ailleurs d'admettre qu'une convention aurait la force de rendre un bien inaliénable? Une telle convention, juridiquement analysée, aboutirait forcément à ceci que le *jus abutendi*, le droit de disposer n'aurait pas été compris dans la transmission. C'est donc qu'il aurait été réservé par l'aliénateur. Mais cela est contraire à l'hypothèse; l'aliénateur ne s'est réservé aucun démembrement du droit de propriété. Le *jus abutendi* demeurerait donc en quelque sorte en l'air, sans support juridique. On aurait un *droit de disposer* tout à fait isolé et manquant de sujet, ce qui serait absurde. Il est donc impossible, à quelque point de vue que l'on se place, de soutenir l'efficacité d'une prohibition entière ou restreinte d'aliéner.

84. 2° *Donations et testaments.*— Toutes les raisons qui ont été ci-dessus déduites se réunissent pour frapper d'inefficacité les prohibitions d'aliéner insérées dans les donations et les testaments; elles ont même un degré nouveau de gravité dans les dispositions à titre gratuit. On peut admettre en effet que dans les contrats à titre onéreux, la situation des parties est égale; chacun défend sa position et la clause illicite paraît être l'œuvre des deux contractants. Il n'en est pas de même dans les dispositions à titre gratuit. L'auteur de la libéralité impose sa loi; le bénéficiaire la subit. C'est ce motif, combiné avec certaines considérations d'ordre social ou politique, qui a fait admettre que dans les actes à titre gratuit les conditions illicites seraient censées non écrites et que la disposition principale serait exécutée comme si elle était pure et simple.

La prohibition d'aliéner insérée dans un legs ou dans une donation sera donc réputée non écrite. Il n'y a aucune difficulté, et tout le monde est d'accord lorsqu'il s'agit d'une prohibition d'aliéner imposée d'une manière absolue sans restriction et sans limites.

85. Y a-t-il quelque raison plausible d'admettre une solu-

tion différente quand il s'agit d'une prohibition simplement temporaire?

Il nous semble qu'en pareille matière il n'y a même pas une raison de douter. Il suffit de remarquer en effet que toutes les raisons qui ont été produites pour établir le caractère nettement illicite de toute clause prohibitive ou restrictive de la faculté d'aliéner ont une valeur intrinsèque tout à fait indépendante de la durée de la prohibition dont il s'agit. Voudra-t-on prétendre qu'une prohibition temporaire présente moins d'inconvénients qu'une prohibition indéfinie. Cela d'abord est très contestable, car si une loi imprudente venait à tolérer des interdictions temporaires d'aliéner, on pourrait voir, sous l'influence de certains entraînements, de certains préjugés, de semblables interdictions périodiquement renouvelées par rapport aux mêmes biens et se reproduire d'une manière indéfinie. Mais en l'absence d'une telle loi, il faut reconnaître que les décisions validant une clause prohibitive d'aliéner, sous prétexte qu'elle est purement temporaire, seraient au plus haut degré entachées d'arbitraire. Quelle serait effectivement la limite d'une semblable interdiction?

La Cour de cassation a clairement formulé les vrais principes dans l'arrêt précité du 6 juin 1853 (1) et il est fâcheux qu'elle n'en ait pas toujours rigoureusement déduit les véritables conséquences. On a soutenu en effet, et la jurisprudence a quelquefois admis, que la condition de ne pas aliéner doit être considérée comme licite, lorsqu'elle est seulement relative et *temporaire*, et qu'elle se trouve d'ailleurs justifiée par un intérêt sérieux (2). C'est, dit-on, ce

(1) Voy. encore Cass. 20 mai 1879, S. 80, 1, 14; P. 1880, 20 et le renvoi.

(2) Voy. DEMOLOMBE, *Donat. et test.*, t. I, nos 294 à 308 inclus, et les arrêts et autorités qui sont cités. Voy. aussi LAURENT, t. XI, nos 460 à

qui peut arriver dans trois cas, à savoir : lorsqu'elle a pour but de garantir :

A. — Soit l'intérêt du disposant ;

B. — Soit l'intérêt d'un tiers ;

C. — Soit même aussi l'intérêt du légataire ou du donataire.

On donne comme exemple du premier cas les hypothèses dans lesquelles le donateur se serait réservé un droit d'usufruit, un droit d'usage ou d'habitation, ou même un droit de passage sur l'immeuble donné ; ou encore une rente payable aux dépens des revenus ou fermages de cet immeuble ; on admet que dans ces hypothèses l'intérêt que pourrait avoir le donateur à ne point se trouver en rapport avec des gens qu'il ne connaît pas suffit pour légitimer la prohibition d'aliéner qu'il imposera au donataire !... Il est difficile on en conviendra de pousser plus loin l'esprit de tolérance. Il suffira donc qu'un donateur se réserve un droit de passage ou un simple droit de vue — pourquoi en effet limiter la solution à un droit de passage? — pour que le donateur puisse méconnaître ouvertement l'essence du droit de propriété et enchaîne la liberté du donataire !

Comme exemple d'une condition de ne pas aliéner imposée au donataire ou légataire, dans le but de garantir l'exercice d'un droit, réservé par le disposant au profit d'un tiers, on cite le cas où le prémourant des époux aurait fait défense au légataire de la nue-propriété de ses biens d'aliéner tant que vivra son conjoint survivant auquel il en a laissé l'usufruit. Mais qu'est-ce que cela peut faire à l'usufruitier survivant que la nue-propriété demeure sur la tête du légataire originaire ou qu'elle soit transmise à un autre?

86. Enfin comme exemple des cas où la défense d'aliéner

470, ainsi que les arrêts et auteurs cités. Cass. 9 mars 1868, S. 68, 1, 204 ; Angers, 13 oct. 1878, S. 79, 2, 322 ; P. 78, 204 avec les notes et renvois ; Paris, 14 juin 1883, D. 83, 2, 172, note.

aurait été imposée dans l'intérêt du bénéficiaire lui-même, on suppose que le bénéficiaire, jeune homme de vingt ans, a été prémuni contre son inexpérience par une défense d'aliéner jusqu'à un certain âge ou avant de s'être établi par mariage.

Quoi de plus légitime, dit-on, que les motifs qui ont inspiré de semblables prohibitions? Celui qui les a édictées n'avait-il pas un intérêt suffisant pour agir ainsi! et la loi ne doit-elle pas protéger et sanctionner un tel intérêt?

Pour justifier ce point de vue on pourrait peut-être invoquer certains motifs d'un arrêt de la Cour d'Orléans du 9 août 1841. Il s'agissait d'une rente viagère formant partie du prix de la vente d'un immeuble, laquelle rente avait été stipulée incessible. La Cour a décidé par les mêmes motifs que ceux qui ont déjà été exposés, que la défense d'aliéner la rente était nulle; mais, abordant surabondamment un autre ordre d'idées, elle ajoute :

« Que la défense d'aliéner n'est donc pas obligatoire lorsque surtout celui qui l'a imposée ou stipulée n'a aucun intérêt *civilement appréciable* à en exiger l'exécution; attendu que dans la cause, X... créancier de la rente, n'a pas d'intérêt à *l'incessibilité* de la rente, puisque cette rente, n'étant pas *insaisissable*, peut être l'objet des poursuites de ses créanciers et passer en leurs mains par suite de l'expropriation forcée : — Attendu que cet intérêt matériel et civil, le seul que la loi puisse prendre en considération, se rencontre encore moins dans la personne de Y... débiteur de la rente et qui pourtant demande seul la nullité de la cession, puisque la rente est le prix de ce qu'il a reçu et que n'ayant à payer au cessionnaire que ce qu'il aurait dû payer au cédant, sa position ne peut être aggravée (1). »

87. Dans les espèces citées plus haut, l'intérêt *matériel et*

(1) *Adde*, Alger, 20 janv. 1879, D. 79, 2, 143.

civil, pour parler comme la Cour d'Orléans, est encore moins appréciable peut-être que dans le cas jugé par cette Cour. Nous croyons même qu'il serait impossible de trouver une hypothèse dans laquelle la prohibition d'aliéner serait justifiée par un véritable intérêt civilement appréciable. Nous allons plus loin encore : quand même on se placerait en présence de l'intérêt le plus respectable, le plus légitime qui se puisse imaginer ; en présence d'un intérêt civilement appréciable, nous pensons toujours que la défense d'aliéner imposée pour protéger un tel intérêt est illicite et doit être comme non écrite. Il ne s'agit pas en effet de rechercher le mobile plus ou moins sérieux qui a dirigé l'auteur de la prohibition, de rechercher si l'intérêt qu'il a voulu protéger est plus ou moins légitime, plus ou moins respectable, mais de vérifier si le mode de protection par lui adopté, c'est-à-dire la défense d'aliéner, est ou non contraire à la loi.

En demeurant ainsi fidèle au principe, en ne reculant pas devant ses conséquences logiques, la jurisprudence éviterait des distinctions arbitraires difficiles à justifier et dont il semble impossible de faire la synthèse. De plus, elle rendrait inutile l'examen de certaines questions secondaires qui viennent encore obscurcir le débat. Comment régler en effet les conséquences de la condition d'inaliénabilité dans les hypothèses où l'on voudra la considérer comme valable? La prohibition d'aliéner entraîne-t-elle la défense d'hypothéquer et de consentir des droits réels, tels que servitude, usufruit? Entraîne-t-elle la défense de disposer par testament? Enfin emporte-t-elle la défense de saisir?

88. Les dons et legs qui s'adressent aux établissements publics et principalement dans un but de bienfaisance, sont naturellement régis par les principes que nous venons d'exposer. Il est certain que toute défense d'aliéner les objets donnés ou légués devrait être considérée comme non écrite; une telle défense lorsqu'elle est formellement exprimée a évi-

demment pour but et aurait évidemment pour effet de mettre les immeubles légués hors du commerce, et cela, à perpétuité. Ce serait purement et simplement la reconstitution de la mainmorte. La Cour de Lyon a eu l'occasion de formuler à cet égard les véritables règles à appliquer (1). Cependant il reste quelques précisions à faire. Il arrivera le plus souvent dans le cas de don ou legs d'un immeuble à un établissement de bienfaisance, que la destination spéciale dudit immeuble sera indiquée dans l'acte de disposition. Puisque la libéralité s'adresse à une personne morale dont la vie civile doit durer indéfiniment, on peut rationnellement admettre que le disposant a pensé que l'immeuble dont s'agit demeurerait indéfiniment affecté, suivant la destination indiquée, et par conséquent ne serait pas aliéné.

Mais en réalité, il ne faudrait pas voir dans une telle libéralité l'intention d'édicter une véritable prohibition d'aliéner. Si, néanmoins, d'après les circonstances du fait, il paraissait que l'affectation perpétuelle de l'immeuble devait être entendue comme équivalant à une défense d'aliéner, cette défense devrait être considérée comme non écrite par application de l'art. 900 du Code civil. La volonté bienfaisante du disposant ne serait pas pour cela méconnue, car l'établissement bénéficiaire de la libéralité serait à perpétuité grevé de l'obligation de consacrer aux fins de la donation ou du legs, soit l'immeuble lui-même, soit le prix provenant de son aliénation; seulement les administrateurs de l'établissement conserveraient leur liberté pour apprécier, sous le contrôle de l'autorité administrative, la convenance d'une aliénation.

Nous n'avons pas à examiner les nombreuses difficultés qui ont été soulevées, surtout dans ces derniers temps, par l'application des principes que nous venons de rappeler. La

(1) Voy. Lyon, 22 mars 1886, D. 1886, 2, 84. — Voy. encore LAURENT, *loc. cit.*, nos 266, 267.

jurisprudence a plusieurs fois admis avec raison des demandes en révocation de donations faites à des établissements de bienfaisance ou à des corporations religieuses pour inexécution des conditions, dans des hypothèses où l'inexécution résultait d'une désaffectation ou d'une aliénation de l'immeuble donné. Mais nous ne saurions approuver certaines décisions desquelles il semblerait résulter que toute libéralité faite à une personne morale devrait, à raison uniquement de la destination des objets donnés, être considérée comme emportant valablement prohibition d'aliéner à perpétuité. Cela est véritablement excessif. Toutes les raisons qui doivent faire proscrire ou considérer comme non écrite la prohibition formelle ou implicite d'aliéner se retrouvent avec un incontestable surcroît de gravité, dans les libéralités qui s'adressent aux établissements publics.

89. Le droit de propriété constitué sur des objets complétement susceptibles d'appropriation privée, c'est-à-dire en dehors des cas où il s'agit de propriété intellectuelle ou industrielle, est de sa nature perpétuelle. La propriété individuelle semble donc soustraite à toute limitation dans le domaine du temps. C'est ce qui paraît avoir été reconnu par un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 1851 (D. 1851, 1, 198). Cependant le Code civil présente positivement deux cas dans lesquels on peut retrouver une propriété certainement temporaire : le premier est relatif au cas où un absent reparaît, ou encore à celui où son existence est prouvée après l'envoi définitif en possession. Dans ces deux hypothèses, d'après l'art. 132 du Code civil, il recouvre ses biens, mais dans l'état où ils se trouvent, c'est-à-dire que les droits consentis à des tiers par les envoyés en possession sont maintenus. Donc les envoyés en possession ont été propriétaires pendant un temps déterminé et cessent de l'être pour l'avenir.

Le second cas est prévu par l'art. 958 relatif à la révocation des donations pour cause d'ingratitude. D'après cet article la révo-

cation ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription de l'extrait de la demande en révocation en marge de la transcription prescrite par l'art. 939 du Code civil. On cite encore l'hypothèse prévue par l'art. 618 relatif à la cessation de l'usufruit pour abus de jouissance, mais comme l'usufruit n'est qu'un démembrement de la propriété essentiellement temporaire, on peut mettre ce cas de côté.

Le Code civil prévoit donc certains cas dans lesquels on retrouve une propriété temporaire. Pourquoi donc, se demande M. Laurent, les parties ne pourraient-elles pas créer une propriété temporaire en édictant une résolution non rétroactive c'est-à-dire une résolution qui, lorsqu'elle s'opérerait, laisserait intacts les droits réels concédés par le bénéficiaire pendant la durée de son droit intérimaire (1)?

Nous ne voyons pas d'objection à une semblable solution. L'essentiel c'est que la propriété ne soit jamais vacante et que le droit individuel soit toujours transmis d'une tête sur une autre sans jamais disparaître. Il ne pourrait disparaître, en effet, qu'en étant absorbé dans une propriété collective, ce qui serait destructif de la propriété individuelle. Mais du moment qu'on admet des combinaisons dont le jeu laisse intacte la propriété individuelle, tout en la rendant temporaire sur certaines têtes, il n'y a pas d'inconvénient à admettre la légitimité d'un tel procédé. Par conséquent, nous considérerons comme valable la clause par laquelle un acheteur n'aura acquis la propriété que jusqu'à son décès, la propriété devant à ce moment se résoudre sans condition, sans effet rétroactif. Le décès opérera donc la transmission du droit de propriété au profit du vendeur, s'il est encore vivant, ou de ses héritiers, s'il est mort. Il en sera de même dans le cas

(1) LAURENT, t. VI, nos 112 et 113.

d'un legs fait dans de semblables conditions. Maintenant, si on demande quel peut être l'intérêt d'un vendeur ou d'un testateur pour insérer de semblables conditions qui peuvent être réduites à néant par l'effet des concessions de droits réels ou des aliénations consenties par le propriétaire intérimaire, nous répondrons qu'il nous est impossible de l'apercevoir et que nous nous sommes laissé aller à examiner la difficulté uniquement par déférence pour les auteurs qui l'ont posée.

§ 2. — De la propriété individuelle au point de vue des limitations dont elle est l'objet.

90. — D'après l'art. 544 la propriété est un droit limité; les limitations résultant de la loi ne sont pas des restrictions.
91. — Individualité du propriétaire résultant de la propriété des noms propres, enseignes, etc.
92. — Individualité du bien possédé, assurée par les actions en bornage, en partage, etc.
93. — Limitation résultant du droit d'expropriation pour cause d'utilité publique. Doctrine sur la prédominance de l'intérêt ou du droit collectif sur le droit individuel; réfutation.
94. — Le droit d'expropriation a pour cause une réserve implicitement faite au profit de la collectivité à l'époque où a été constituée la propriété individuelle.
95. — Principe de l'indemnité préalable, art. 545.
96. — Sur quoi peut porter l'expropriation; de l'expropriation portant sur le tréfonds, abstraction faite de la substance.
97. — De l'expropriation quant à l'usufruit et aux servitudes.
98. — A qui appartient le droit d'exproprier.
99. — Contre qui peut-il être exercé.
100. — Du jugement prononçant l'expropriation à défaut de cession amiable, ses effets.
101. — De l'indemnité.
102. — Compléments du système de l'expropriation publique résultant des lois spéciales, notamment de la loi du 30 mars 1887.
103. — De l'expropriation publique dans les colonies et en Algérie.
104. — Expropriations mobilières pour cause d'utilité ou d'intérêt publics.

105. — Extraction de matériaux et occupation temporaire.
106. — Limitations résultant des règlements municipaux.
107. — Conclusion.

90. L'art. 544 ne se contente pas de dire que la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses *de la manière la plus absolue;* il ajoute : *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*

Cette formule revient à déclarer que la propriété est un droit limité, et il faut bien qu'il en soit ainsi.

Il n'y a pas, en effet, de droits illimités; tout droit individuel est limité par le droit égal et semblable appartenant à autrui.

Tout droit est en outre limité par sa nature intrinsèque; de sorte que la description d'un droit comporte forcément l'indication des limites qui le circonscrivent. L'indication de ces limites, qui ne pourraient être dépassées sans empiétement sur le droit d'autrui, ne saurait donc jamais constituer une *restriction.*

Quand la description d'un droit émane du législateur, elle est contenue dans une loi ou dans un règlement.

Le véritable sens de l'art. 544 est donc celui-ci :

La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses, de la manière la plus absolue, sans aucune restriction, dans toute l'étendue des limites naturelles de ce droit, telles qu'elles sont décrites par les lois ou règlements.

Or, tous les auteurs considèrent comme constituant des restrictions, les dispositions légales contenant simplement des limitations, c'est-à-dire l'indication des limites normales du droit de propriété. Cette manière d'envisager le fonctionnement du droit individuel de propriété conduit, comme nous allons le voir, à la théorie la plus irrationnelle, la plus inconsistante qu'il soit possible d'imaginer.

91. Le fonctionnement du droit de propriété, qu'il s'agisse de la propriété imparfaite concernant les productions de

l'industrie et de l'intelligence, ou bien les éléments ordinaires du patrimoine, implique tout d'abord le respect de l'individualité même du propriétaire.

Cette individualité se traduit d'abord par la possession d'un nom patronymique. Il ne faut pas confondre les difficultés concernant l'état des personnes avec les contestations relatives au droit de porter un nom propre de famille (Voy. t. III, n° 37).

La propriété des noms propres n'est pas absolument soumise aux mêmes règles que la propriété ordinaire. Ainsi, les noms ne peuvent s'acquérir par la prescription. Mais cette règle ne met pas un obstacle absolu à ce que le nom patronymique d'une famille se modifie par l'effet de la possession, si cette possession offre des caractères d'ancienneté, de loyauté et de bonne foi suffisants pour la légitimer aux yeux des juges du fond (1).

A l'inverse, la propriété d'un nom patronymique est imprescriptible, en ce sens que le silence gardé par les ayants-droit, pendant un temps plus ou moins long, sur l'usage de leur droit par un tiers, ne peut faire obstacle à la revendication de ce nom (2).

En dehors de toute contestation sur la propriété, la jouissance du nom propre est en outre protégée par le principe général de l'art. 1382 contre tout usage dommageable que pourrait en faire un tiers pour nuire à celui qui le porte, en l'attribuant, par exemple, dans un roman à un personnage odieux (3).

La propriété du nom emporte pour toute personne qui exerce par elle-même un commerce ou une industrie, le droit d'inscrire son nom sur ses enseignes, plaques, annonces et factures, et l'exercice de ce droit ne saurait, à lui

(1) Paris, 30 mai 1879, D. 79, 2, 137 (solut. impl.).
(2) Paris, 29 juill. 1879, D, 80, 2, 102.
(3) Trib. Seine, 13 nov. 1889, S. 90, 2, 119.

seul, constituer un acte de concurrence déloyale à l'égard d'une personne portant le même nom et exerçant la même industrie (1).

Si l'enseigne au lieu du nom du commerçant portait une dénomination arbitraire destinée à faire connaître l'établissement commercial, sa propriété serait limitée à la localité dans laquelle est située la maison de commerce qui, la première, a adopté la dénomination dont il s'agit (2).

Quant aux noms qui servent à désigner les localités, leur usage commercial est permis à tous pour indiquer la provenance des produits réellement tirés des lieux indiqués (3).

Un titre de journal, de même qu'un nom propre, peut aussi constituer une propriété privée appartenant à celui qui, le premier, en a fait le dépôt (4).

92. A l'individualité du propriétaire, garantie par la possession du nom, doit correspondre l'individualité de la chose appropriée garantie par l'action en bornage.

L'existence de haies, barrières ou constructions formant clôture, ne met pas obstacle à l'action en bornage, du moment que les clôtures dont il s'agit n'ont pas été établies contradictoirement entre les intéressés, et ne présentent pas le caractère des bornes usitées. Peu importe que les propriétaires soient d'accord sur la délimitation de leurs propriétés (5).

Enfin le droit de propriété individuelle a pour conséquence de donner à tous les copropriétaires d'une même chose le droit de sortir d'indivision par un partage (art. 815). Tant que dure l'indivision, le copropriétaire a le droit d'user de la chose commune suivant sa destination, à la condition de

(1) Paris, 6 avr. 1887, S. 88, 2, 135.
(2) Cass. 2 oct. et 21 fév. 1888, D. 81, 1, 316 et suiv. (trois arrêts).
(3) Cass. 1er mai 1889, D. 90, 1, 470.
(4) Caen, 25 mars 1886, S. 87, 2, 7.
(5) Cass. 4 mars 1879, D. 79, 1, 183.

ne porter aucune atteinte au droit réciproque de jouissance qui appartient aux autres communistes (1).

On ne peut pas dire que, dans cette hypothèse, le droit du copropriétaire subit une *restriction;* il est simplement limité par le droit égal de l'autre copropriétaire.

93. De même les prétendues restrictions apportées à la propriété ne sont en réalité que des limitations. Il en est ainsi notamment de la plus importante de toutes, de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

On oppose ordinairement, en cette matière, le droit individuel à l'intérêt général, et on soutient que l'*intérêt général* peut exiger, dans certains cas, le sacrifice d'un *droit individuel* (2)! Mais tous les auteurs n'osent pas affirmer avec cette crudité une doctrine qui n'est rien autre chose que la négation même du droit; et Demolombe, pour la produire, altère volontairement les termes de la formule; il invoque pour expliquer les restrictions dont il parle : « une considération toute-puissante, aussi essentielle que nécessaire, à savoir : la prédominance, pour le plus grand bien de tous et de chacun, de l'*intérêt général* et collectif sur l'*intérêt particulier* et individuel (3). » S'il s'agissait en effet d'un intérêt particulier et individuel en présence d'un intérêt général, il n'y aurait pas de difficulté; mais il s'agit, ce qui est bien différent, d'*un droit individuel.*

Aussi M. Laurent adopte le procédé inverse. Il n'admet pas, et avec raison, que l'intérêt général puisse exiger le sacrifice d'un droit individuel, l'intérêt ne pouvant jamais l'emporter sur le droit. « Mais, dit-il, la société a aussi ses droits, parce qu'elle a des devoirs qu'elle ne pourrait pas remplir si elle ne pouvait imposer à ses membres certaines

(1) Cass. 17 mai 1887, S. 90, 1, 315; Bordeaux, 31 mai 1887, S. 88, 2, 127.

(2) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 27.

(3) DEMOLOMBE, t. IX, n° 554.

obligations ou restrictions. Il y a donc deux droits en conflit, ce qui implique que l'un modifie l'autre : le droit du propriétaire est modifié en ce sens qu'il est restreint dans l'usage qu'il voudrait faire de sa propriété ; le droit de la société est limité, en ce sens qu'elle ne peut jamais enlever à un citoyen son bien, sauf pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité (1). »

Mais pourquoi imaginer un conflit entre deux droits parfaitement harmoniques, pour le trancher par une réciprocité de sacrifices imposés?

94. La vérité est qu'il n'y a pas conflit entre deux droits égaux et semblables. Au moment de la constitution de la propriété individuelle, il a été implicitement et quelquefois formellement (n° 52) entendu que le pouvoir social se réservait le droit de retirer du domaine individuel, pour les faire rentrer dans le patrimoine commun, moyennant indemnité, toutes les choses dont l'utilité publique réclamerait la possession.

Tel est le fondement légitime et rationnel du droit d'expropriation. Il n'y a donc pas antinomie entre le droit de propriété individuelle et le droit d'expropriation, puisque la propriété individuelle n'a pu être fondée que sous la condition nécessaire et acceptée d'un retour partiel au principe de la propriété collective.

L'expropriation pour cause d'utilité publique peut être, en effet, très exactement définie de la manière suivante :

Rétablissement, moyennant indemnité, de la propriété collective pour toutes les parcelles réclamées par l'utilité publique.

Or, s'il en est ainsi, comment la réalisation d'une condition nécessaire au fonctionnement régulier de la propriété individuelle pourrait-elle jamais être considérée comme constituant une restriction apportée à cette même propriété?

La nécessité pour la propriété privée de subir les démem-

(1) T. VI, n° 132.

brements nécessaires à la constitution ou reconstitution du domaine public, a été reconnue de tout temps (1). Sous l'ancien régime l'expropriation s'appelait *retrait d'utilité publique*, désignation qui exprime bien son origine et son caractère. Mais l'indemnité quelquefois n'était pas allouée, ou bien était mal ou tardivement payée (2). « C'est, dit M. de Tocqueville, une des grandes revendications qu'élevèrent les assemblées provinciales lorsqu'on les réunit en 1787 (3). »

95. Aussi le principe d'une juste et préalable indemnité, après avoir été proclamé par presque toutes les constitutions depuis 1791, a-t-il été inséré dans le Code civil :

ART. 545. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité (*).

Il convient d'abord de remarquer que ce principe concerne seulement la réparation du dommage résultant d'un transfert de propriété opéré par le fait d'une expropriation pour cause d'utilité publique. C'est ce principe qui est réglementé, quant à son application aux immeubles, par la loi du 3 mai 1841 et celle du 27 juillet 1870.

Mais quand il s'agit de dommages subis par suite de travaux publics, en dehors de toute translation de propriété et par conséquent en dehors de toute expropriation réelle, il y a lieu simplement à une action en réparation du préjudice causé, portée soit devant les tribunaux judiciaires, soit devant les tribunaux administratifs selon les distinctions qui seront faites plus loin.

(*) Art. 545. — L. 14 § 1, D. 8, 6, *Quemad. servit. amitt.*; L. 11, D. 21, 2, *De evict.*; L. 15, D. 6, 1, *De reivind.*; L. 17, C. 8, 12, *De operib. publ.*; L. 6, D. 48, 18, *De quæst.*; GROTIUS, *De jure pacis*, liv. 1, c. 1; MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. 16, ch. 15.

(1) *Quum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam præstare debet*, L. 14 § 1, D. 8, 6, *Quemad. servit. amitt.*

(2) Exposé des motifs de la loi du 3 mai 1841, Ch. des députés, séance du 20 mai 1840.

(3) *L'ancien régime et la Révol.*, p. 357.

96. La loi du 3 mai 1841 s'applique, disons-nous, aux immeubles seulement.

Toute propriété bâtie ou non bâtie peut donc être expropriée. Il a été reconnu que l'administration pouvait exproprier le tréfonds sans exproprier la surface (1). Une expropriation ainsi limitée au sous-sol entraîne cependant la nécessité de faire sur la surface tout ce qu'exige la confection du travail envisagé ; il y a là une cause distincte de dommages. Le Conseil d'État a jugé que l'expropriant était de plein droit autorisé par le fait de l'expropriation à procéder à ces travaux extérieurs sur la surface, et que l'appréciation du dommage en résultant appartenait au conseil de préfecture (2). Cette décision est contestable : il n'est pas vrai de dire que l'expropriant a le droit de faire sur les terrains non expropriés tout ce que comporte l'exécution du travail en vue duquel il a poursuivi l'expropriation ; il doit, pour agir régulièrement, procéder par voie *d'occupation temporaire* et suivre la marche édictée à cet effet (Décr. du 8 fév. 1868), sinon son entreprise est justiciable de l'autorité judiciaire (3).

97. L'expropriation du fonds emporte naturellement celle des objets mobiliers attachés au fonds à perpétuelle demeure, mais non des immeubles par destination qui peuvent être et sont détachés de l'immeuble par le propriétaire avant toute expropriation.

L'usufruit peut aussi être directement exproprié. Pour les servitudes prédiales, il faut faire certaines précisions :

1° S'il s'agit d'une servitude grevant une parcelle nécessaire pour un travail public, l'administration fera exproprier direc-

(1) Cass. 1er août 1866, D. 66, 1, 305 ; décidé que la voie de l'expropriation et la procédure de la loi du 3 mai 1841 doivent être suivies pour l'établissement d'un tunnel dans un terrain dont on n'acquiert pas la surface, Trib. conflits, 13 fév. 1875, D. 75, 3, 112.

(2) Cons. d'Etat, 6 mai 1887, D. 88, 3, 88.

(3) BRÉMOND, Observ. sur l'arrêt précité, *Revue critique*, 1889, p. 695.

tement le propriétaire, et le titulaire de la servitude aura droit à une indemnité spéciale.

2° S'il s'agit d'une servitude portant sur un terrain appartenant déjà à l'Etat, la jurisprudence décide que la servitude n'ayant pas d'existence indépendante, et étant plutôt une qualité utile du fonds, sa suppression pour cause d'utilité publique ne constitue pas une dépossession, que par suite l'Etat n'a pas à observer les formalités prescrites par la loi du 3 mai 1841; il n'a qu'à ordonner la suppression de la servitude, sauf à fixer une indemnité comme en matière de travaux publics (1).

98. Le droit d'exproprier, c'est-à-dire de retirer une parcelle de la propriété privée, n'appartient qu'à l'Etat, au département, aux communes, et aux compagnies subrogées à leurs droits, c'est-à-dire aux personnes morales représentant une collectivité;

Ce droit d'expropriation ne peut être exercé qu'en vertu d'une déclaration d'utilité publique résultant soit d'une loi, soit d'un décret suivant les distinctions faites par la loi du 27 juillet 1870. Si des difficultés s'élèvent sur le sens et la portée de l'acte *déclaratif* d'utilité publique, l'interprétation sera donnée par un décret en Conseil d'Etat, s'il s'agit d'un décret, et par une loi nouvelle s'il s'agit d'une loi (2).

99. Ce droit peut être poursuivi contre toute personne, qu'il s'agisse d'une personne privée ou d'une personne morale. S'il s'agit d'employer un bien national à un travail d'utilité publique nationale, il n'y aura pas lieu de recourir à l'expropriation; il suffira d'un acte d'affectation changeant la destination du bien, tout en le laissant dans le domaine public ou privé de l'État.

Quand en vertu d'un intérêt départemental ou communal

(1) Cass. 26 avr. 1865, D. 65, 1, 167.
(2) Conseil d'Etat, 20 avr. 1868, D. 69, 3, 28.

on veut exproprier un bien du domaine national, dans la pratique l'acte déclaratif d'utilité publique suffit, et le bien peut être cédé amiablement, par arrêté ministériel, au département ou à la commune; sinon, le tribunal prononce l'expropriation et le jury règle l'indemnité. Les principes sur la conservation du domaine national exigeraient *l'intervention* du pouvoir législatif pour rendre possible cette expropriation; c'est une réforme à opérer (1).

100. Quand la procédure administrative réglée par la loi du 3 mai 1841 aura fait connaître les parcelles qui sont précisément nécessaires pour le travail envisagé, il pourra être procédé soit à leur cession amiable, soit à leur expropriation.

Nous avons déjà vu (t. III, n° 433), que la loi autorise les représentants des incapables à consentir cette cession amiable. Les difficultés relatives à l'étendue et aux conditions de la cession amiable seront portées devant les tribunaux judiciaires (2).

A défaut de cession amiable, le tribunal de la situation est mis à même de prononcer l'expropriation et de transférer la propriété au profit de l'expropriant (L. 3 mai 1841, art. 13 et 14).

Le jugement devra constater que chacune des formalités prescrites par la loi a été remplie, et que les pièces justificatives ont été produites (3); mais il n'a pas à s'occuper de la condition du bien exproprié (4).

Ce jugement n'est susceptible que de recours en cassation, de la part de l'expropriant tant qu'il n'a pas acquiescé, de la part de l'exproprié dans le délai de trois jours à partir de la signification.

(1) Voy. COLLET, *Exprop. du domaine*, *Revue critique*, 1870, p. 455, etc.

(2) Cons. d'Etat, 30 janv. 1868, D. 70, 3, 110.

(3) Cass. 11 mars 1872, D. 72, 2, 35.

(4) Cass. 14 nov. 1876, D. 77, 1, 70.

Le jugement d'expropriation doit être publié et transcrit. D'après la loi de 1841, le but de cette dernière formalité n'est pas de transférer la propriété à l'expropriant, car ce transfert est produit par le fait même de la prononciation du jugement, mais de mettre, aux termes de l'art. 17, les créanciers hypothécaires et privilégiés en demeure de s'inscrire dans la quinzaine à l'effet de conserver leur droit d'hypothèque au regard de l'administration, c'est-à-dire de recevoir des offres et de les débattre devant le jury. En l'absence de cette inscription, ils seront traités comme de simples créanciers chirographaires.

La loi du 23 mars 1855 n'a pas modifié cette situation ; il a été formellement déclaré par les commissaires du gouvernement devant la commission du Sénat, « qu'il n'était pas dérogé à la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (1). »

Par l'effet du jugement d'expropriation le droit de l'exproprié se trouve donc immédiatement transformé en un droit, désormais mobilier, à une indemnité; il a perdu le *jus abutendi*, et ne peut plus valablement conférer à des tiers des droits réels sur l'immeuble exproprié. Mais, en fait, il conserve la possession de l'immeuble tant qu'il n'a pas perçu le montant de l'indemnité; c'est en ce sens que l'indemnité doit être préalable.

101. Cette indemnité sera débattue devant le jury à suite des offres notifiées par l'expropriant à tous les ayants-droit dont les uns devront être déclarés par le propriétaire lui-même sous sa responsabilité, et dont les autres doivent se faire connaître eux-mêmes (art. 21, L. 3 mai 1841).

Pour l'usufruitier, l'indemnité consistera dans le droit aux intérêts de la somme allouée pour la propriété, sans préjudice du droit à une indemnité distincte s'il exerçait une in-

(1) Rapport au Sénat, p. 18.

dustrie spéciale dans l'immeuble exproprié (1). Pour l'usager une indemnité unique, une fois payée, sera arbitrée d'après les éventualités de l'avenir. L'exception de déchéance opposée par l'expropriant à l'usufruitier qui a réclamé, en dehors du délai fixé par l'art. 21, une indemnité à raison de la dépréciation de son usufruit, constitue un litige sur le fond du droit, et le jury ne doit accorder, en ce cas, qu'une indemnité éventuelle (2).

Quant aux créanciers hypothécaires ils ne sont pas tenus de se faire connaître à l'expropriant dans les termes de l'art. 21 de la loi du 3 mai 1841; l'inscription de leur hypothèque en temps utile suffit pour garantir leurs droits sur l'indemnité (3).

Les fermiers et locataires ont également droit à une indemnité pour la rupture forcée du bail. La jurisprudence la leur accorde quand même ils resteraient en possession jusqu'à l'expiration du bail, à cause de la précarité de leur possession (4).

Le jury doit comprendre dans l'indemnité tous les dommages qui sont la suite directe de l'expropriation, même sur des parcelles non expropriées (5), mais non ceux dont l'existence n'est pas actuellement certaine (6).

Réciproquement, le jury doit compenser l'indemnité attribuée au propriétaire avec la plus-value immédiate et spéciale résultant des travaux, de façon, toutefois, qu'une indemnité quelconque soit toujours allouée.

Dans tous les cas, la décision du jury est souveraine et ne peut être revisée par la Cour de cassation (7).

(1) Lyon, 9 avr. 1870, D. 71, 3, 24.
(2) Cass. 2 mai 1882, D. 84, 1, 296.
(3) Cass. 23 oct. 1888, D. 81, 1, 461.
(4) Paris, 14 janv. 1873, D. 73, 2, 137.
(5) Cass. 12 juin 1888, D. 89, 1, 253; Cass. 10 juill. 1888, *Rev. gén. d'admin.*, oct. 1888, p. 204.
(6) Cass. 16 janv. 1877, D. 77, 1, 471.
(7) Cass. 30 oct. 1889, D. 90, 1, 463.

102. Diverses lois spéciales sont venues compléter le système sur l'expropriation publique que nous venons d'exposer.

Nous mentionnerons d'abord la loi du 28 juillet 1860 sur le reboisement des montagnes. Les propriétaires peuvent être tenus de reboiser, et s'ils ne le font pas, ils peuvent être expropriés.

La loi du 30 mars 1887 dispose que l'expropriation pour cause d'utilité publique d'un immeuble classé comme monument historique ne pourra être poursuivie qu'après que le ministre de l'instruction publique et des beaux-arts aura été appelé à présenter ses observations. Les servitudes d'alignement et autres qui pourraient causer la dégradation des monuments ne sont pas applicables aux immeubles classés (art. 4).

D'après l'art. 5 de la même loi, le ministre de l'instruction publique et des beaux-arts pourra, en se conformant aux prescriptions de la loi du 3 mai 1841, poursuivre l'expropriation des monuments classés ou qui seraient de sa part l'objet d'une proposition de classement refusée par le particulier propriétaire. — Il pourra, dans les mêmes conditions, poursuivre l'expropriation des monuments mégalithiques, ainsi que celle des terrains sur lesquels ces monuments sont placés.

Si l'immeuble n'était classé que partiellement, par exemple, pour la façade seulement, il est incontestable que le propriétaire pourrait s'opposer à une expropriation partielle et réclamer l'expropriation totale.

Un décret du 7 mars 1886 avait déjà réglé pour la Tunisie, sur des bases analogues, le classement et la conservation des immeubles devant être considérés comme monuments historiques.

103. Dans les colonies, l'expropriation pour cause d'utilité publique n'est pas réglementée d'une manière uniforme.

Pour la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion, le sénatus-consulte du 3 mai 1856 a reproduit les principales dispositions de la loi du 3 mai 1841, sauf quelques modifications commandées par la situation particulière de ces pays.

Les îles Saint-Pierre et Miquelon ont été placées sous le même régime par un décret du 5 juin 1863, et les Établissements français de l'Inde par un décret du 14 septembre 1880. Les autres colonies pour lesquelles il n'y a pas eu de règlements spéciaux sont encore régies par la loi du 10 mars 1810.

Un décret du 18 février 1878 a réglementé la matière de l'expropriation pour la Cochinchine. Les dispositions de ce décret ont été reproduites dans un autre décret du 16 février 1889 concernant le Sénégal. Ces décrets suppriment la formalité préalable du décret déclaratif d'utilité publique et confèrent aux gouverneurs le pouvoir de constater et de déclarer, en conseil privé, l'utilité publique après une enquête administrative. Les tribunaux prononcent ensuite l'expropriation, et un jury de cinq membres reste chargé de fixer le montant des indemnités.

Un décret analogue a été publié le 2 juin 1881 pour la Guyane.

En Algérie, l'expropriation a fonctionné assez longtemps par simple voie de fait ou prise de possession opérée par l'administration sans formalités protectrices de la propriété privée.

Un arrêté du 9 décembre 1841 et l'ordonnance du 1er octobre 1844 ont organisé un système régulier d'expropriation donnant des garanties suffisantes, et fixant le point extrême de la période durant laquelle le régime de l'expropriation de fait avait pu fonctionner. Les arrêtés du gouverneur général en date du 5 mai 1848 et du ministre de la guerre en date du 1er juillet suivant ont prorogé cette période jusqu'au 1er janvier 1845 (1).

(1) Voy. Trib. conflits, 12 mai 1877, D. 77, 3, 83, avec les notes et renvois.

104. En principe, l'expropriation pour cause d'utilité publique ne reçoit d'application qu'aux immeubles. Dans certains cas, cependant, l'administration est autorisée à acquérir ou même à détruire des objets mobiliers déterminés.

Ainsi, diverses lois, notamment l'art. 459, C. P., la loi du 30 juin 1866, donnent à l'administration le droit d'ordonner l'abatage des animaux atteints de maladies contagieuses, et même de détruire les objets matériels susceptibles de propager la contagion.

Dans un autre ordre d'idées, la loi du 3 vendémiaire an V règle les réquisitions de moyens de transport des armes et vivres de guerre; une loi du 19 brumaire an III permet les réquisitions de subsistances et autres fournitures pour cause de nécessité publique; une loi du 13 fructidor an V autorise l'enlèvement par les salpêtriers commissionnés par l'État, des matériaux auxquels est attaché du salpêtre, à charge d'indemnité pécuniaire ou de remplacement par des matériaux neufs; la loi du 1er août 1874 réglemente la conscription des chevaux, afin d'en permettre la réquisition dans les cas qu'elle détermine.

Il faut surtout mentionner le droit accordé à l'administration par l'arrêté du 13 nivôse an X, de faire apposer les scellés sur les papiers, cartes, plans, mémoires militaires se trouvant dans la succession de tout officier supérieur décédé, à l'exception des travaux dont le défunt était lui-même l'auteur. Cette mesure a pour but de permettre à l'administration d'exercer un *droit de préemption* sur les documents précités, c'est-à-dire une véritable expropriation mobilière. Dans ce cas, il y a lieu d'ordonner une expertise ayant pour objet de déterminer la nature des papiers, leur valeur et la dépréciation pouvant résulter, pour les autres objets laissés aux héritiers, de la séparation des documents réservés à l'Etat, ou de l'acquisition partielle de ces documents (1).

(1) Poitiers, 15 mars 1880, D. 80, 2, 153.

Il a été jugé que ce droit de préemption s'applique même aux œuvres d'un ancêtre du défunt (1).

105. Il peut arriver que l'administration, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont attribués, porte, par ses actes, atteinte à la propriété ou aux droits qui en découlent, mais sans élever la prétention de devenir propriétaire au moyen de l'expropriation.

Il faut, à cet égard, envisager les actes qui emportent privation momentanée de la jouissance ou possession de la chose, avec ou sans l'enlèvement de certains matériaux.

Il s'agit du droit reconnu à l'administration, tant avant que depuis 1789, de prendre sur les terrains des particuliers qui, 1° ne sont pas clos de murs ou de clôtures équivalentes, par exemple un fossé établi dans certaines conditions (2), 2° qui ne sont pas attenant à des habitations, les matériaux nécessaires pour l'exécution des travaux publics, autres que ceux qui ont pour objet des constructions ou des bâtiments (3) et même de pratiquer des fouilles et d'occuper temporairement ces terrains.

L'administration exerce son droit dans les formes prescrites par un décret du 8 février 1868. Les difficultés sur le point de savoir si l'entrepreneur a excédé les limites de son autorisation, ou si le terrain désigné se trouvait dans un cas d'exemption doivent être portées devant le conseil de préfecture (4).

Pour le règlement de l'indemnité, on tient compte seulement du dommage causé à la surface. D'après la loi du 16 novembre 1807 (art. 55), il n'y a lieu au paiement des matériaux enlevés que lorsqu'ils ont été extraits d'une carrière

(1) *Ibid.*
(2) Cons. d'Etat, 8 août 1872, D. 73, 3, 11.
(3) Voy. L. 21 mai 1836, 15 juill. 1845.
(4) Trib. conflits, 26 déc. 1874, D. 75, 3, 82; Cons. d'Etat, 15 déc. 1876, D. 77, 3, 17.

déjà en exploitation. Cette disposition exorbitante soulève de justes objections, et on réclame depuis longtemps qu'il soit toujours tenu compte des matériaux enlevés, sans distinction entre les carrières ouvertes et les carrières à ouvrir (1).

Quelquefois les travaux à exécuter ne donneront lieu à aucun enlèvement de matériaux, mais seulement à une *occupation temporaire*. Le cas est encore réglé par le décret du 8 février 1868.

Dans tous les cas l'autorité judiciaire est incompétente pour connaître des demandes qui tendraient à la suppression ou à la suspension d'un travail public (2).

106. L'art. 544 fait encore allusion aux limitations de la propriété résultant des *règlements*. Il s'agit du droit qui appartient à l'autorité municipale de prescrire, dans l'intérêt général, certaines mesures pouvant modifier l'exercice du droit de propriété (3). Nous avons déjà eu l'occasion d'en parler à propos de l'effet rétroactif des lois (t. Ier, nº 69). Il nous suffira de rappeler que, suivant la jurisprudence, les mesures de police prises par l'autorité municipale ne doivent pas réglementer le mode particulier suivant lequel sera exercé le droit de propriété (4); les règlements municipaux ne doivent pas, notamment, déterminer la nature et l'importance des travaux qui doivent être effectués en vue de garantir la salubrité et la sûreté publiques (5). La jurisprudence du Conseil d'Etat est dans le même sens (6).

107. L'examen rapide que nous venons de faire des principales limitations du droit de propriété, nous montre que, dans

(1) Voy. MIGNERET, *Revue critique*, 1873-1874, p. 151.
(2) Cass. 21 oct. 1889, D. 90, 1, 460.
(3) Voy. Cass. 16 déc. 1886, S. 88, 1, 398 et la note; Cass. 20 juin 1836, S. 36, 1, 847.
(4) Voy. Cass. 18 juin 1887, S. 88, 1, 396, etc.
(5) Cass. 26 juill. 1886, S. 88, 1, 88.
(6) Cons. d'Etat, 7 mai 1886, S. 88, 1, 77.

l'état actuel de la société, bien que la base du système soit la propriété individuelle, il y aurait impossibilité à concevoir la vie sociale, si les principes de la propriété collective ne reprenaient pas, dans certaines circonstances, une influence légitime; mais, remarquons-le bien, cette influence ne peut être employée que pour donner une plus grande vigueur au régime de la propriété individuelle, et non pour l'affaiblir. Le législateur doit donc s'abstenir de toute ingérence dans les actes privés de disposition ou d'administration; il doit répudier tout système hypocrite de protection ou de direction d'une classe par une autre, et s'inspirer uniquement de la *Déclaration des droits de l'homme*, affirmation nette et catégorique de l'individualisme rationnel, c'est-à-dire tempéré par les limitations qui précèdent.

§ 3. — Notion de l'accession.

108. — Inutilité de l'art. 546.
109. — Signification donnée à ce texte par la jurisprudence; application aux canaux d'amener, etc.
110. — Limitations apportées à la libre culture.

108. Le propriétaire a le droit de percevoir pour son compte personnel tous les produits de sa chose, par la raison unique, mais suffisante, qu'il est propriétaire. Le droit aux fruits et aux produits est en effet l'un des éléments constitutifs de la propriété individuelle, *jus fruendi*. Il était donc inutile de chercher une autre manière d'expliquer le droit aux fruits et de dire :

ART. 546. La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. — Ce droit s'appelle *droit d'accession* (*).

Cette explication était d'autant plus inutile qu'elle repose

(*) Art. 546. — L. 6, D. 41, 1, *De adquir. rer dom.;* L. 5, D. 6, 1, *De rei vind.;* L. 19, § 13, D. 34, 2, *De aur. arg. leg.*

sur une singulière équivoque relativement au sens véritable du mot *accessio*. Cette expression signifie simplement une chose accessoire par rapport à une autre considérée comme principale. Ainsi les fruits sont une *accessio* (1), mais ne sont pas acquis par *accessio*. Jamais ce mot n'a signifié un moyen d'acquérir, *modus adquirendi*.

Quoi qu'il en soit, le texte de l'art. 546 pose le principe de deux applications différentes de ce qu'il appelle le *droit d'accession;* il l'admet : 1° sur les produits de la chose, cas réglé par le chapitre Ier du titre II; 2° sur ce qui vient s'unir à la chose, hypothèse réglée par le chapitre II. L'art. 546 n'a pas d'autre but que d'annoncer quel va être l'objet des deux chapitres qui suivent.

109. Cependant la jurisprudence a voulu lui trouver une autre signification. On a prétendu que l'art. 546 voulait dire que le propriétaire d'une chose est légalement présumé propriétaire des accessoires qui en forment une dépendance nécessaire, de telle sorte qu'il est dispensé de prouver spécialement son droit sur l'accessoire. Il suffit de lire le texte pour se convaincre qu'il ne dit rien de semblable (2). Quoi qu'il en soit, sur le fondement de cette interprétation arbitraire, on est aujourd'hui d'accord en Belgique et en France pour décider qu'en vertu du prétendu principe découvert dans l'article 546, le propriétaire d'un moulin est, jusqu'à preuve contraire, présumé propriétaire du canal qui y amène l'eau, des francs-bords de ce canal, ainsi que du bief d'aval créé de main d'homme qui le dessert, et des berges de ce bief jusqu'à la crête (3). Mais on n'est pas allé jusqu'à admettre une solu-

(1) La rubrique du tit. I, lib. 22, au Dig. est en effet ainsi conçue: *De usuris et fructibus et causis et omnibus* ACCESSIONIBUS. Voy. DEMOLOMBE, t. IX, nos 572 et 573.

(2) LAURENT, t. VI, n° 185.

(3) Cass. 26 mai 1878, D. 79, 1, 351 ; Cons. d'État, 6 août 1881, D. 83, 3, 11 ; Liège, 23 mai 1881, *Pas.*, 81, 2, 304, et les nombreux ar-

tion semblable en faveur du riverain d'un chemin rural public. D'après la Cour de cassation, le propriétaire riverain qui se prétend propriétaire d'un tel chemin, doit rapporter la preuve de son droit de propriété. Vainement il prétendrait, pour se dispenser de rapporter cette preuve, qu'il existe en faveur des riverains des chemins ruraux une présomption légale de propriété fondée sur l'art. 546 et sur le voisinage et la contiguité ; l'art. 546, dit la Cour suprême, est inapplicable au cas où le litige porte sur un terrain distinct et séparé des propriétés riveraines, et une présomption légale fondée sur la contiguité et le voisinage n'a de fondement dans aucune loi (1). Cela est vrai, mais il en est de même de la présomption de propriété fondée sur l'accession, elle n'est écrite nulle part.

110. Le droit aux fruits, mal à propos qualifié droit d'accession, implique pour le propriétaire la liberté de diriger à son gré l'exploitation de sa chose pour lui faire donner les fruits qu'il préfère. Il y a cependant quelques exceptions à noter :

Ainsi l'établissement du monopole du tabac a eu pour conséquence d'en supprimer la libre culture. Cette culture n'est possible que dans certains départements ou arrondissements, et elle ne peut être entreprise que par ceux qui ont fait une déclaration préalable à l'autorité préfectorale et qui se soumettent à certaines obligations (2).

Des considérations d'un autre ordre ont fait décider que les propriétaires de forêts ne peuvent les défricher qu'après une déclaration faite à la sous-préfecture au moins quatre mois à l'avance pendant lesquels l'administration peut signifier au propriétaire une opposition au défrichement (art. 219, C. For.).

rêts cités par LAURENT, *ibid.*, n° 187. Comp. Cass. 17 janv. 1887, S. 90, 1, 342.

(1) Cass. 12 août 1884, S. 87, 1, 201 ; Comp. Orléans, 5 mai 1885, D. 88, 2, 12.

(2) LL. du 28 avr. 1816, 12 fév. 1835, 3 juill. 1852, 22 juin 1862.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE.

111. — Principe de l'accession reproduit par l'art. 547 ; distinction entre les fruits et les produits.
112. — Cas où les frais de labour, etc., ont été faits par un tiers, art. 548.
113. — Distinction entre la propriété et la possession.
114. — Comparaison entre le *possessoire* et le *pétitoire*.
115. — De l'action en revendication ; de la preuve à fournir par le demandeur.
116. — De l'action *publicienne ;*
117. — Suite.
118. — Restitutions à la charge du possesseur qui succombe ;
119. — Spécialement en ce qui concerne les fruits, art. 549.
120. — Du possesseur de bonne foi, art. 550.
121. — De l'erreur du possesseur à ce point de vue.
122. — Extension donnée à l'art. 549 par la jurisprudence.
123. — Comment le possesseur de bonne foi acquiert-il les fruits ?
124. — Cessation de la bonne foi ; conséquences.

111. La propriété étant le droit de jouir de sa chose, c'est-à-dire d'en recueillir tous les produits, il semblait inutile de répéter encore une fois que :

ART. 547. Les fruits naturels ou industriels de la terre, — Les fruits civils, — Le croit des animaux, — Appartiennent au propriétaire par droit d'accession (*).

Les rédacteurs du Code civil ont certainement voulu reproduire la loi romaine d'après laquelle : *quâ ratione autem plantæ, quæ terra coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur.* Mais il faut remarquer qu'en droit romain il n'était question à ce sujet du fait qualifié accession, que pour trancher les difficultés qui pouvaient surgir au cas où les impenses

(*) Art. 547. — JUST. *Inst.*, § 19, 32, 37, lib. 2, tit. I ; L. 5, § 2, D. 6, 1, *De rei vind.;* L. 25, L. 28, § 1, D. 22, 1, *De usuris;* L. 26, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.;* L. 7, C. 3, 32, *De rei vind.*

auraient été faites sur un fonds par un autre que le propriétaire (1). Mais jamais les Romains n'ont songé à l'accession pour expliquer les droits du propriétaire lui-même sur les fruits de sa chose.

Quoi qu'il en soit, il faut distinguer entre les fruits et les produits.

Tout ce que peut donner ou procurer une chose est compris dans la dénomination générale de *produits*.

Quand les produits sont périodiques ils constituent des *fruits* ou *revenus*. Il n'est pas nécessaire que la périodicité soit régulière. Ainsi les bénéfices pécuniaires résultant de l'exploitation d'une propriété littéraire doivent être rangés dans la classe des fruits et revenus (2). Mais il faut que les revenus soient donnés directement par une chose frugifère. Ainsi les redevances minières dues au propriétaire de la surface ne sont pas à proprement parler des fruits de cette surface (3); mais comme elles remplacent les produits que l'art. 598 assimile aux fruits, il faut bien les traiter comme des fruits.

La distinction entre les fruits et les produits présente un grand intérêt en matière d'usufruit (art. 582) et en matière de louage (art. 1709).

Les produits peuvent quelquefois passer dans la catégorie des fruits en vertu d'une destination donnée à la chose par le propriétaire. Ainsi, les bois de haute futaie qui ne donnent lieu qu'à des produits extraordinaires, donneront lieu à des fruits quand ils auront été aménagés par le propriétaire et mis en coupes réglées. Les art. 591 et 592 présentent de ce fait une application importante.

La loi divise les fruits en trois classes :

(1) L. 9, pr. D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*
(2) Paris, 18 mai 1877, D. 80, 2, 63.
(3) Lyon, 7 juin 1882, D. 84, 2, 22.

Les fruits naturels;

Les fruits industriels;

Les fruits civils.

Les art. 583 et 584, expliqués ci-après, en donnent la définition.

Ainsi donc les fruits proprement dits, et les produits appartiennent au propriétaire, et celui qui cesse d'être propriétaire, cesse, par cela même, d'avoir droit aux fruits.

Cependant le propriétaire exproprié pour cause d'utilité publique, peut détenir l'immeuble jusqu'au paiement de l'indemnité, et il a droit aux fruits jusqu'à la même époque, quoiqu'il ait cessé d'être propriétaire. C'est une conséquence nécessaire du caractère de l'indemnité dont le paiement doit être *préalable* à la dépossession effective. Si le propriétaire qui a perdu la faculté de disposer par le seul effet du jugement d'expropriation ne conservait pas le droit aux fruits jusqu'au paiement de l'indemnité, il serait, par le fait, dépouillé de toute possession utile sans indemnité *préalable*.

112. La question de l'acquisition des fruits du sol ne présente aucun intérêt et par conséquent aucune difficulté à l'égard du propriétaire qui a préparé lui-même la récolte.

Mais que décider lorsque les frais de la récolte ont été faits par un tiers?

Dans ce cas,

ART. 548. Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par des tiers (*).

Le texte, il faut le remarquer, subordonne le droit de propriété, quant aux fruits, au remboursement des frais. Il reconnaît donc sur les produits un *droit réel* au profit des *tiers* dont il parle. Quels sont ces tiers? — Ce ne sont pas des ouvriers ou travailleurs qui, ayant agi par ordre du

(*) Art. 548. — GAIUS, II, 75, 76; L. 6, L. 9, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*; JUST. *Inst.*, § 32, lib. 2, tit. I.

maître, le représentent et n'ont contre lui qu'un *droit de créance* et non un droit réel. Ce ne sont pas davantage ceux qui peuvent réclamer les fruits en qualité de fermier, usufruitier, etc. Il s'agit des tiers qui ont fait les frais de labour, etc., parce qu'ils ont considéré la chose comme étant à eux, attendu qu'ils la possédaient comme si elle leur avait appartenu.

113. Il faut distinguer, en effet, entre la propriété et la possession.

La propriété est le droit ; la possession est le fait qui correspond au droit.

Régulièrement, celui qui est investi de la propriété a seul le droit de réaliser des faits de possession, il a seul le *jus possidendi*.

Donc, quand le fait émane de celui qui est investi du droit, on peut dire que tout est dans l'ordre, car le fait est en rapport avec le droit.

Mais il peut arriver que le droit appartienne à une personne, et que le fait soit posé par une autre. Le fait n'est plus en rapport avec le droit ; il y a conflit entre le fait et le droit. Il y a donc lieu pour le propriétaire de faire appel à la garantie publique, c'est-à-dire de recourir à l'action protectrice de son droit, à l'action en revendication.

L'action en revendication est celle par laquelle une personne se prétend propriétaire d'une chose, et par suite en réclame la possession. On dit de celui qui exerce cette action qu'il agit *au pétitoire*.

Cette action est donnée contre tout possesseur.

La possession est le fait de détenir une chose pour son compte exclusif, *cum animo hanc rem sibi habendi*. La bonne ou mauvaise foi sont indifférentes au fait même de la possession.

La possession est donc un fait qui ne peut être détruit que par la preuve qu'il est contraire au droit, c'est-à-dire par la

revendication du propriétaire admise par les juges du pétitoire.

Mais tant que cette preuve n'a pas été faite et admise, le propriétaire, qui ne saurait se rendre justice à lui-même, ne peut se livrer à aucune entreprise contre le fait de la possession. A plus forte raison en est-il ainsi de celui qui ne soulève aucune prétention quant à la propriété.

Le fait de la possession, dans l'intérêt du maintien de l'ordre, est donc protégé pour lui-même, par le législateur, abstraction faite de toute préoccupation touchant la propriété. Les actions instituées pour protéger le fait de la possession sont les actions possessoires. On dit de celui qui exerce ces actions qu'il agit *au possessoire*. Rationnellement, le fait de la possession ne peut produire d'autre conséquence que d'engendrer, le cas échéant, le droit de recourir aux actions possessoires. Mais la possession, avec l'adjonction de certaines circonstances, peut encore produire le droit aux fruits, et conduire à la propriété au moyen de la prescription.

114. Le demandeur en revendication qui veut changer l'état des choses résultant du fait de la possession aura donc à faire la preuve de son droit. Si cette preuve n'est pas faite, ou est jugée insuffisante, le défendeur, c'est-à-dire le possesseur, triomphera sans avoir aucune justification particulière à fournir (1).

Il y a, dès lors, un grand avantage à jouer le rôle de défendeur dans l'instance en revendication, c'est-à-dire au pétitoire. Chacune des parties aura donc intérêt à se prétendre investie de la possession, afin de s'assurer le rôle de défendeur. Cela revient à dire qu'il faut prévoir, entre les mêmes parties, la possibilité d'un litige portant précisément sur la possession, en d'autres termes d'une instance au possessoire.

L'instance au possessoire devant avoir pour résultat final

(1) Cass. 26 mars 1879, D. 81, 1, 83.

d'assigner à chaque partie le rôle qui lui appartiendra dans l'instance au pétitoire, il en résulte nécessairement que le litige sur la possession doit être jugé avant la question de propriété.

De là il suit :

1° Que le possessoire et le pétitoire ne peuvent jamais être cumulés (art. 25, C. pr. c.). Non seulement les deux actions ne peuvent pas être intentées ensemble devant le même juge, car le juge de paix, juge du possessoire, serait incompétent pour connaître du fond du droit, et le juge ordinaire le serait pour connaître de la possession en premier ressort; mais de plus les deux actions ne peuvent être instruites ni jugées simultanément, même devant les juges respectivement compétents.

2° Que le demandeur au pétitoire n'est plus recevable à agir au possessoire (art. 26, C. pr. c.), attendu qu'en vertu d'une présomption, excessive peut-être, il est censé avoir renoncé à sa possession, ou avoir reconnu qu'il n'avait pas la possession. Mais le défendeur au pétitoire, qui n'a renoncé à rien, pourrait demander qu'il soit sursis au jugement sur la propriété, et assigner au possessoire le demandeur pour obtenir contre lui les dommages-intérêts résultant du trouble apporté à sa possession (1).

3° Que le défendeur au possessoire ne pourra se pourvoir au pétitoire qu'après que l'instance au possessoire aura été terminée (art. 27, C. pr. c.).

115. Les précisions que nous venons de faire supposent que l'action en revendication sera dirigée contre un véritable possesseur et non contre un simple détenteur, un fermier, par exemple, ou un locataire. Cependant comme le demandeur peut ne pas savoir si celui qui, en fait, détient la chose litigieuse, la possède pour son propre compte ou pour le

(1) Comp. Cass. 5 août 1845, S. 46, 1, 46.

compte d'autrui, on admet que l'action peut être dirigée contre tout détenteur, sauf à ce dernier à faire connaître celui pour le compte de qui il possède (art. 1727).

Mais que décider si le propriétaire qui intente l'action est précisément celui au nom de qui la détention est exercée? Il s'agit par exemple du bailleur qui revendique sa chose à la fin du bail, ou du nu-propriétaire qui agit à la fin de l'usufruit? Il faut, comme en droit romain (1), admettre la recevabilité de l'action, car il se peut que la preuve de la propriété soit, pour le demandeur, plus facile à fournir que toute autre, sauf au défendeur à opposer l'exception tirée d'un contrat encore en cours d'exécution, ou de la non extinction d'un droit d'usufruit, etc.

L'instance étant liée au pétitoire, comment le demandeur justifiera-t-il de ses prétentions à la propriété?

La preuve la plus ordinaire est celle qui résulte d'un titre, c'est-à-dire de l'un des faits juridiques ayant pour conséquence la transmission de la propriété, succession, donation, testament ou contrat. La preuve de l'existence du titre se fait d'après les règles ordinaires (art. 1317 à 1369). Elle peut notamment résulter d'un acte authentique qui a une force probante, quant au fait constaté, aussi bien à l'égard des tiers qu'entre les parties. Il importe peu que le revendiquant n'ait pas été personnellement partie dans l'acte produit, s'il établit sa qualité de successeur de ceux qui y ont figuré.

Un jugement transcrit conformément à la loi du 23 mars 1855, est équivalent au titre dont il constate l'existence, et pourra être opposé au possesseur, sauf à ce dernier s'il n'y a pas été partie, à se pourvoir par la voie de la tierce-opposition.

La preuve résultant du titre n'est efficace qu'autant qu'il est établi que l'auteur de la transmission était propriétaire

(1) *Inst.*, L. 4, t. VI, § 2; L. 9, D. 6, 1, *De rei vind.*

lui-même. Une preuve semblable doit être fournie pour chaque transmission successive, en remontant à une époque suffisante pour fonder la prescription au profit du revendiquant.

Finalement le revendiquant peut se borner à invoquer la prescription, pourvu que sa possession ait réuni les caractéres exigés par la loi pour fonder la prescription (art. 2229), et il n'y a pas à s'arrêter à cette apparente difficulté qu'en agissant au pétitoire le demandeur paraît avoir renoncé à la possession; il n'a pas renoncé aux effets déjà produits par la possession (1), mais seulement à recourir ultérieurement à l'action possessoire.

116. Mais il peut se faire que le revendiquant se trouvant dans le cas de ne pouvoir triompher qu'en invoquant la prescription, soit privé de ce moyen parce qu'il aurait perdu la possession avant la prescription accomplie. En droit romain, il aurait pu, dans une telle situation, recourir à l'action *Publicienne*. C'est-à-dire qu'on aurait pu considérer fictivement l'usucapion seulement commencée comme ayant été achevée, et, sur le fondement de cette fiction, accorder l'action réelle à celui qui s'était trouvé *in conditione usucapiendi*.

On a soutenu que la publicienne pouvait encore être exercée dans notre droit moderne (2). Il est d'abord assez étrange de soutenir qu'une fiction du vieux droit romain se trouve maintenue dans notre loi actuelle sans qu'un seul texte en fasse mention. D'un autre côté il semble qu'une telle opinion tende à transporter sur le terrain du pétitoire, une contestation appartenant exclusivement au possessoire.

On suppose en effet que le possesseur, qui était en voie

(1) Cass. 9 juin 1851, D. 53, 1, 166.

(2) ZACHARIÆ, § 218; DEMOLOMBE, t. IX, n° 481; POTHIER, *De la possession*, n° 83; *De la propriété*, n° 292; *Contrà*, LAURENT, t. VI, n° 169.

d'usucapion, a perdu la possession et veut revendiquer contre le nouveau possesseur. Il faut examiner quelle est la condition de ce dernier. S'il a la possession annale, il neutralisera la possession du revendiquant, fût-elle même plus longue, et empêchera l'action publicienne de produire son effet. S'il n'a qu'une possession de moins d'une année, il n'aura point interrompu la possession annale du revendiquant. Ce dernier pourra donc toujours agir par l'action possessoire.

117. Mais si aucune des parties n'a possédé pendant un an, au lieu d'accorder provisoirement la préférence au possesseur actuel, jusqu'à ce que le revendiquant soit en état de justifier de sa propriété, Pothier décidait que le possesseur, porteur d'un juste titre, devait l'emporter sur celui qui possédait sans titre, et être reçu, par conséquent, à agir au pétitoire, ou, en d'autres termes, à exercer la publicienne (1).

De cet aperçu, la jurisprudence a déduit que, dans les procès en revendication, le revendiquant doit l'emporter quand il démontre qu'il a un *droit meilleur* que celui de son adversaire (2).

Cette théorie conduit aux applications suivantes :

Si les deux parties produisent chacune un titre émané du même auteur, la préférence doit appartenir à celui qui le premier a fait transcrire son titre (3). Si les titres émanent d'auteurs différents, le défendeur doit l'emporter : *actore non probante, reus absolvitur.*

Si le revendiquant n'allègue ni titre ni prescription, le défendeur doit triompher s'il possède à titre de propriétaire. Si la possession du défendeur n'est pas suffisamment caractérisée, la Cour de cassation décide que les juges du fait

(1) *De la propriété*, n° 292.

(2) Cass. 22 juin 1864, D. 64, 1, 412, et sur renvoi, Rouen, 1er fév. 1865, D. 66, 2, 171.

(3) LAURENT, t. VI, n° 171 ; Voy. POTHIER, *Propriété*, n° 326.

trancheront la question de propriété d'après les circonstances de la cause (1).

118. Voyons maintenant quelle est la condition du possesseur qui succombe dans l'action en revendication. Il doit d'abord restituer la chose revendiquée, ou payer des dommages-intérêts s'il est dans l'impossibilité de la restituer, soit parce qu'il s'est laissé condamner quoique ne la possédant pas (2), soit parce qu'il l'aurait aliénée au profit d'un tiers qui en serait devenu propriétaire par prescription (3).

Si la chose a péri, le possesseur mis ainsi dans l'impossibilité de la restituer, devra-t-il payer des dommages-intérêts ?

Il faut distinguer suivant qu'il était de bonne ou de mauvaise foi. Le possesseur de bonne foi n'est pas tenu des cas fortuits, même postérieurs à la demande (art. 1379). Il n'est pas non plus tenu des détériorations survenues par cas fortuit, ni même de celles provenant de son fait avant l'introduction de l'action, parce qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir négligé sa propre chose. Si néanmoins, le possesseur avait tiré profit des dégradations par lui faites, il devrait restituer au propriétaire une somme égale à ce profit (art. 1632). A l'inverse, il devra obtenir le remboursement des impenses utiles par lui faites pour améliorer le fonds revendiqué, mais dans la mesure seulement de l'augmentation de valeur résultant de ces impenses (4) au moment de la restitution. Nous parlerons plus loin des constructions par lui faites. Il devra supporter les impenses d'entretien, qui sont une charge des fruits, et les impenses

(1) Cass. 29 janv. 1884, D. 84, 1, 314; Cass. 10 janv. 1860, D. 60, 1, 74; 16 avr. 1860, D. 60, 1, 251; 11 nov. 1861, D. 62, 1, 94.

(2) Cass. 14 fév. 1860, D. 60, 1, 108; Comp. L. 25, D. 5, 3, *De hæred. petit.*; L. 5, 6, 7, D. 1, *De rei vind.*

(3) LAURENT, t. VI, n° 174.

(4) Cass. 11 janv. 1887, S. 87, 1, 225; Comp. Nîmes, 27 juill. 1887, D. 89, 2, 79.

d'usucapion, a perdu la possession et veut revendiquer contre le nouveau possesseur. Il faut examiner quelle est la condition de ce dernier. S'il a la possession annale, il neutralisera la possession du revendiquant, fût-elle même plus longue, et empêchera l'action publicienne de produire son effet. S'il n'a qu'une possession de moins d'une année, il n'aura point interrompu la possession annale du revendiquant. Ce dernier pourra donc toujours agir par l'action possessoire.

117. Mais si aucune des parties n'a possédé pendant un an, au lieu d'accorder provisoirement la préférence au possesseur actuel, jusqu'à ce que le revendiquant soit en état de justifier de sa propriété, Pothier décidait que le possesseur, porteur d'un juste titre, devait l'emporter sur celui qui possédait sans titre, et être reçu, par conséquent, à agir au pétitoire, ou, en d'autres termes, à exercer la publicienne (1).

De cet aperçu, la jurisprudence a déduit que, dans les procès en revendication, le revendiquant doit l'emporter quand il démontre qu'il a un *droit meilleur* que celui de son adversaire (2).

Cette théorie conduit aux applications suivantes :

Si les deux parties produisent chacune un titre émané du même auteur, la préférence doit appartenir à celui qui le premier a fait transcrire son titre (3). Si les titres émanent d'auteurs différents, le défendeur doit l'emporter : *actore non probante, reus absolvitur.*

Si le revendiquant n'allègue ni titre ni prescription, le défendeur doit triompher s'il possède à titre de propriétaire. Si la possession du défendeur n'est pas suffisamment caractérisée, la Cour de cassation décide que les juges du fait

(1) *De la propriété*, n° 292.

(2) Cass. 22 juin 1864, D. 64, 1, 412, et sur renvoi, Rouen, 1er fév. 1865, D. 66, 2, 171.

(3) LAURENT, t. VI, n° 171 ; Voy. POTHIER, *Propriété*, n° 326.

trancheront la question de propriété d'après les circonstances de la cause (1).

118. Voyons maintenant quelle est la condition du possesseur qui succombe dans l'action en revendication. Il doit d'abord restituer la chose revendiquée, ou payer des dommages-intérêts s'il est dans l'impossibilité de la restituer, soit parce qu'il s'est laissé condamner quoique ne la possédant pas (2), soit parce qu'il l'aurait aliénée au profit d'un tiers qui en serait devenu propriétaire par prescription (3).

Si la chose a péri, le possesseur mis ainsi dans l'impossibilité de la restituer, devra-t-il payer des dommages-intérêts ?

Il faut distinguer suivant qu'il était de bonne ou de mauvaise foi. Le possesseur de bonne foi n'est pas tenu des cas fortuits, même postérieurs à la demande (art. 1379). Il n'est pas non plus tenu des détériorations survenues par cas fortuit, ni même de celles provenant de son fait avant l'introduction de l'action, parce qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir négligé sa propre chose. Si néanmoins, le possesseur avait tiré profit des dégradations par lui faites, il devrait restituer au propriétaire une somme égale à ce profit (art. 1632). A l'inverse, il devra obtenir le remboursement des impenses utiles par lui faites pour améliorer le fonds revendiqué, mais dans la mesure seulement de l'augmentation de valeur résultant de ces impenses (4) au moment de la restitution. Nous parlerons plus loin des constructions par lui faites. Il devra supporter les impenses d'entretien, qui sont une charge des fruits, et les impenses

(1) Cass. 29 janv. 1884, D. 84, 1, 314; Cass. 10 janv. 1860, D. 60, 1, 74; 16 avr. 1860, D. 60, 1, 251; 11 nov. 1861, D. 62, 1, 94.

(2) Cass. 14 fév. 1860, D. 60, 1, 108; Comp. L. 25, D. 5, 3, *De hæred. petit.*; L. 5, 6, 7, D. 1, *De rei vind.*

(3) LAURENT, t. VI, n° 174.

(4) Cass. 11 janv. 1887, S. 87, 1, 225; Comp. Nîmes, 27 juill. 1887, D. 89, 2, 79.

voluptuaires, sauf à enlever les choses susceptibles d'être détachées sans détérioration, et en rétablissant les lieux dans leur ancien état. La jurisprudence, assez arbitrairement, accorde le droit de rétention au possesseur de bonne foi pour les remboursements qu'il peut exiger (1). Mais il a certainement un droit d'action. Il devra diriger son action contre le propriétaire actuel, et non contre le vendeur de ce propriétaire, sauf le recours de ce dernier contre son vendeur, s'il y a lieu (2).

Quant au possesseur de mauvaise foi, il est tenu même des détériorations antérieures à la demande, et en outre de la perte totale survenue par cas fortuit (art. 1379).

Le défendeur qui succombe doit restituer la chose *cum omni causa* (3), c'est-à-dire avec tous les produits qu'elle a pu donner.

119. Cette solution ne comporte aucune difficulté quand le possesseur était de mauvaise foi :

ART. 549. Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi : dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique (*).

Théoriquement, il devrait en être de même du possesseur de bonne foi. La bonne foi ne pouvant le dispenser de rendre une chose qui ne lui appartient pas, ne devrait pas le dispenser de restituer les fruits qui ne lui appartiennent pas davantage.

Cependant la loi accorde les fruits au possesseur de bonne foi soit parce qu'il les a dépensés comme revenus, soit parce qu'il les a reçus avec l'espoir légitime de les conserver. Dans tous les cas il eût été excessif de soumettre le possesseur de

(*) Art. 549. — L. 48 in pr., D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*

(1) Cass. 25 mai 1852, D. 52, 1, 279 ; Bastia, 9 juill. 1856, D. 56, 2, 262 ; Voy. LAURENT, t. VI, n° 181.

(2) Cass. 11 janv. 1887, S. 87, 1, 225.

(3) Avec toute *chose :* sur le sens du mot *causa*, voy. notre *Traité de la cession*, t. II, n° 490.

bonne foi à une restitution qui aurait pu souvent devenir ruineuse; il gardera donc les fruits perçus, il n'est pas nécessaire qu'il les ait consommés.

120. Il s'agira donc de savoir dans quel cas le possesseur doit être considéré comme ayant été de bonne foi.

ART. 550. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. — Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus (*).

Il importe peu que l'ignorance du possesseur quant à son titre ou aux vices du titre provienne d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit, à moins que le vice ne consiste dans une infraction à une loi d'ordre public (1).

Par titre il faut entendre ici toute cause légale d'acquisition, et non l'acte écrit ou instrument qui constate le fait d'une vente, d'un échange, etc.

Quid, si l'erreur porte sur l'existence du titre? En d'autres termes le titre *putatif*, c'est-à-dire le titre qui n'a d'existence que dans l'opinion erronée du possesseur, équivaut-il à un titre réellement existant? C'est là une vieille controverse que nous retrouverons en matière de prescription. Malgré les termes de l'art. 550 qui semblent faire de l'existence d'un titre translatif de propriété une condition distincte de la bonne foi, on admet généralement que la croyance excusable et plausible (2) à l'existence d'un titre, peut tenir lieu du titre lui-même et autoriser la rétention des fruits perçus (3).

Mais lorsqu'un titre existe, l'erreur qui porterait sur l'étendue et la portée du titre ne saurait évidemment donner

(*) Art. 550. — GAIUS, II, § 43; L. 109, D. 50, 16, *De verb. signif.*

(1) Cass. 11 janv. 1887, S. 87, 1, 225; Liège, 20 juill. 1880, D. 81, 2, 41.

(2) L. 9, D. 41, 8, *Pro legato.*

(3) DEMOLOMBE, t. IX, n° 602; AUBRY et RAU, § 206, texte et note 15; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. II, n° 385 *bis* IV; *Contrà*, LAURENT, t. VI, n° 208.

à l'indu possesseur un droit aux fruits. Ainsi un individu est devenu acquéreur d'une parcelle avec certaines limites ; il se trompe sur la portée de son titre, et pousse son exploitation en dehors des limites qui lui appartiennent légitimement, il sera responsable de son erreur, et ne pourra pas invoquer l'art. 550 pour garder les fruits. Il en sera de même si le possesseur s'est trompé, non pas sur le titre et sa véritable portée, mais sur la portée de ses propres actes. Ainsi l'acquéreur d'un terrain dont le sous-sol renferme une carrière, a sans le vouloir et sans avoir l'intention d'empiéter sur la propriété du voisin, poussé l'exploitation de la carrière en dehors de ses limites légitimes, il ne pourra, quoique ayant agi sans mauvaise intention, invoquer le bénéfice de l'article 550 (1).

Le défaut d'existence civile est exclusive de la bonne foi. Une communauté religieuse non autorisée, condamnée après annulation d'une libéralité à elle faite, à restituer les biens donnés, ne pourrait être considérée comme ayant été de bonne foi et comme ayant fait les fruits siens d'après l'article 549 (2).

Enfin, il faut remarquer que la possession de bonne foi dont parlent les art. 549 et 550 est la même que celle qui peut servir de base à la prescription acquisitive. Elle ne peut donc exister légalement que sur les choses susceptibles d'être acquises par prescription.

121. L'erreur du possesseur portera le plus souvent sur l'existence d'un vice particulier empêchant le titre d'acquisition de produire son effet translatif.

Ainsi il peut arriver :

1° Que celui de qui le possesseur tient la chose n'en ait pas été propriétaire ;

(1) Cass. 30 avr. 1890, D. 91, 1, 367.

(2) Lyon, 12 juill. 1878, D. 80, 2, 145 ; Cass. belge, 11 mars 1870, *Pas.*, 1870, 1, 187.

2° Qu'il n'ait pas eu la capacité de l'aliéner;

3° Que son consentement ait été entaché de quelque vice produisant la nullité, relative ou absolue, de la convention ou de la disposition;

4° Que le titre soit nul pour vice de forme.

Dans toutes ces hypothèses on peut admettre, d'une manière générale, que l'ignorance, par le possesseur, du vice affectant son titre lui permettra de se dire de bonne foi.

Mais ces hypothèses, dans la pratique, peuvent quelquefois se trouver réunies.

Ainsi, il peut arriver qu'un individu achète une chose à celui qu'il croit être propriétaire et qui cependant ne l'est pas; à ce point de vue l'acheteur est de bonne foi. Mais en même temps l'acheteur savait que le vendeur, propriétaire apparent, était mineur ou, pour un autre motif, incapable d'aliéner; ou bien encore l'acheteur a employé des manœuvres frauduleuses pour déterminer à vendre celui qu'il croyait être le vrai propriétaire. A ce point de vue il est de mauvaise foi.

Dans ces conditions, le possesseur se trouve exposé à subir soit l'action en revendication de la part du vrai propriétaire, soit l'action en rescision ou en nullité de la part de celui qui lui a transmis la chose.

S'il est actionné en revendication par le vrai propriétaire pourra-t-il, pour garder les fruits perçus, alléguer qu'il était de bonne foi vis-à-vis du propriétaire, puisqu'il avait réellement cru que la chose appartenait au vendeur?

Nous ne le pensons pas : théoriquement le possesseur qui succombe dans l'action en revendication devrait toujours rendre les fruits. L'art. 549 ne l'autorise à les garder que dans l'hypothèse où il ignore les vices de son titre ; or, dans l'espèce envisagée, son titre consiste dans un contrat annulable dont il connaît les vices. Cette circonstance suffit pour le constituer de mauvaise foi. Voici en effet comment les choses doivent se passer : le propriétaire revendiquant con-

clut à la restitution de la chose et de tous les fruits. Le possesseur ne peut invoquer sa prétendue bonne foi qu'en la faisant reposer sur un titre ; il devra donc produire son titre. Or le demandeur qui défend son droit de propriété a incontestablement le droit de discuter le titre produit.

Supposons maintenant que le possesseur soit actionné par le vendeur en nullité de l'aliénation soit pour cause d'incapacité, soit à raison du dol ou de la violence, etc. Si le possesseur croit toujours avoir traité avec le vrai propriétaire, il défendra purement et simplement à l'action en nullité, sauf à subir les conséquences de l'annulation du contrat. S'il succombe, il devra restituer les fruits, non par application de l'art. 549, mais par application des règles ordinaires sur la rescision des contrats.

Si le possesseur a découvert que celui avec qui il a traité n'était pas le véritable propriétaire, pourrait-il lui opposer le défaut de propriété pour résister à la rescision demandée ? Evidemment non, mais il pourrait appeler en cause le vrai propriétaire, pour mettre ce dernier en situation de faire valoir son droit. Toutefois, le vrai propriétaire ainsi appelé en cause, ne peut pas être obligé de produire sa revendication dans des conditions peut-être défavorables. Il pourra donc réclamer sa mise hors d'instance, attendu qu'il ne prend aucun intérêt au débat engagé, et sous la réserve de faire valoir son droit de propriété quand et comme bon lui semblera.

Le possesseur qui, d'après les distinctions qui précèdent, pourra être considéré comme ayant été de bonne foi, pourra donc garder les produits qui ont le caractère de fruits, comme ceux des coupes ordinaires de bois taillis ou de haute futaie mis en coupe réglée, comme ceux des mines ou carrières en cours d'exploitation lors de sa prise de possession. Mais il devra restituer les produits qui n'ont pas le caractère de fruits, par exemple la moitié du trésor qui lui aurait été

attribuée *jure soli*, les matériaux provenant de la démolition d'un édifice et qui auraient été réservés pour la reconstruction, ainsi que les produits des mines et carrières ouvertes par lui depuis la prise de possession.

122. L'art. 549 prévoit uniquement l'hypothèse où le litige ayant porté sur la propriété d'un immeuble, il s'agit de la restitution des fruits produits par cet immeuble. La jurisprudence a étendu la même solution à tous les cas où le possesseur d'un immeuble est tenu de le délaisser à suite d'une action personnelle dirigée contre lui soit en annulation, soit en résolution d'un contrat (1) et même à des hypothèses tout à fait étrangères aux contestations sur des immeubles.

Ainsi, il a été jugé que la résolution d'un contrat de rente viagère pour défaut de paiement des arrérages, n'oblige pas le crédi-rentier à restituer les arrérages qui lui ont été versés, ces arrérages étant des fruits qu'il a fait siens comme les ayant reçus de bonne foi (2). Il a encore été décidé en matière d'entreprise de travaux publics, que les ouvriers et fournisseurs auxquels les fonds d'un cautionnement avaient été mal-à-propos distribués par un syndic, n'étaient pas tenus de restituer les intérêts de ces sommes comme les ayant reçues de bonne foi (3). Ces décisions pouvaient être mieux justifiées par l'application d'autres principes.

123. Le possesseur de bonne foi est, en ce qui concerne les fruits, traité comme le vrai propriétaire : *Quia quoad fructus attinet, loco domini pene est* (4). Il suit de là qu'il acquiert les fruits naturels ou industriels par le fait seul de leur séparation, que la séparation résulte d'une perception opérée par lui ou ses préposés, ou qu'elle résulte d'un coup

(1) Voy. LAURENT, t. VI, nos 239 à 244 ; Cass. 8 mars 1886, S. 87, 1, 373.

(2) Cass. 13 mars 1888, S. 90, 1, 169.

(3) Grenoble, 4 juin 1890, D. 91, 2, 195.

(4) L. 48 pr., D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*

de vent, d'une chute naturelle ou de l'acte d'un voleur ou maraudeur. Dès la séparation le possesseur peut donc exercer à l'égard des tiers, les droits et actions attachés à la propriété, sauf compte à établir plus tard entre lui et le véritable propriétaire.

L'application de cette règle aux fruits naturels et industriels ne comporte aucune difficulté. Il n'en est pas de même pour les fruits civils. D'après l'art. 586, les fruits civils s'acquièrent jour par jour, sans nécessité d'une perception distincte de l'échéance quotidienne. Mais comme l'art. 586 se trouve dans le titre de *l'usufruit*, que l'art. 550 emploie l'expression *rendre* qui semble impliquer une *réception* préalable, ou a soutenu que le possesseur de bonne foi ne peut acquérir, même les fruits civils, que par leur perception et non par leur échéance quotidienne (1). Dans cette opinion, il n'aurait aucun droit sur les fruits civils de l'année courante, non plus que sur ceux des années précédentes qu'il n'aurait pas perçus. Mais s'il avait cédé sa créance quant aux fruits civils à un tiers, il serait considéré comme les ayant réellement perçus.

L'opinion contraire nous paraît résulter avec évidence de la combinaison des textes : l'art. 549 attribue en effet au possesseur de bonne foi les fruits qui, d'après l'art. 547 appartiennent au propriétaire; or, c'est cet art. 547 qui consacre la distinction entre les fruits naturels ou industriels et les fruits civils. Donc parmi les fruits attribués aux possesseurs de bonne foi se trouvent les fruits civils avec leur caractère de fruits civils. Or le caractère distinctif et unique des fruits civils étant de s'acquérir jour par jour, la question discutée revient à se demander : si des fruits attribués par la loi au

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n° 627 et 628; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1274; Cass. 30 juin 1840, D. *Répert.*, v° *Contrat de mariage*, n° 3923, 1°; Caen, 26 fév. 1847, D. 47, 2, 136; *Contrà*, ZACHARIÆ, § 201; LAURENT, t. VI, n° 206; Orléans, 11 janv. 1840, D. *Répert.*, v° *Propriété*, n° 365, 3°.

simple possesseur avec le caractère qui les rend susceptibles d'être acquis jour par jour, ne doivent pas cependant être acquis par perception réelle! C'est-à-dire qu'il y a contradiction dans des termes mêmes de la question, ce qui prouve que la question n'existe pas.

124. Le possesseur doit être de bonne foi à chaque perception de fruits; mais comme il ne s'agit, dans notre matière, que de la bonne foi personnelle, l'héritier d'un possesseur de mauvaise foi pourra faire les fruits siens, pourvu qu'il soit de bonne foi. Le possesseur cesse d'être de bonne foi du moment où il connaît les vices de sa possession. Mais comme la mauvaise foi ne se présume pas, c'est au revendiquant à prouver la cessation de la bonne foi. Or le possesseur a été informé du vice de sa possession tout au moins par le fait même de la demande dirigée contre lui. Donc le point de départ de l'indue jouissance des fruits ne peut être fixé à une époque postérieure à la signification de l'ajournement en revendication par lequel le propriétaire aura fait connaître l'objet de sa prétention avec l'exposé sommaire des moyens (art. 61, C. pr. c.) (1). Le possesseur devra donc restituer tous les fruits perçus à partir de la demande, même ceux qu'il aurait négligé de percevoir (2); c'est d'ailleurs une conséquence de l'effet purement déclaratif des jugements (3).

Le même effet déclaratif et par conséquent rétroactif du jugement sur le fond du droit, commande les solutions suivantes :

Si le possesseur triomphe en première instance et en appel, mais si, l'arrêt ayant été cassé par la Cour de cassation, il succombe devant la seconde Cour, il devra la restitution des fruits depuis la demande originaire.

Si la décision en dernier ressort rendue en faveur du pos-

(1) Cass. 11 janv. 1887, S. 87, 1, 225.
(2) Cass. 2 avr. 1878, S. 79, 1, 261.
(3) Cass. 4 juill. 1882, D. 82, 1, 353.

sesseur a eté rétractée à suite de requête civile fondée sur un motif autre que le dol de ce possesseur, la décision disparaissant par l'effet rétroactif de la requête civile, le possesseur sera encore tenu de la restitution des fruits depuis la demande (1).

En cas de désistement par le demandeur, ou de péremption de l'instance, si le procès est ultérieurement repris, le possesseur ne devra les fruits à partir de la première demande, que si cette demande l'a réellement constitué en état de mauvaise foi; question de fait à trancher par les juges.

La Cour de cassation avait d'abord décidé que l'arrêt condamnant à une restitution de fruits devait constater en termes formels la *mauvaise foi* (2) et non pas seulement une *possession indue* (3). C'était là une rigueur excessive (4). Aujourd'hui la Cour suprême admet plus libéralement que l'arrêt qui condamne à une restitution de fruits celui dont il reconnait l'indue possession ne viole pas les art. 549 et 550, lorsque la mauvaise foi du possesseur résulte, sinon d'une déclaration formelle, du moins de l'ensemble des constatations qui établissent que ce possesseur n'ignorait pas les vices du titre translatif par lui invoqué (5).

La question de savoir si le possesseur doit être condamné aux intérêts des fruits qu'il doit restituer a soulevé quelques difficultés dans la jurisprudence. En principe les restitutions de fruits ne portent intérêt que du jour de la demande (6). Mais on peut, croyons-nous, distinguer entre ces intérêts et ceux que le propriétaire réclame pour le passé à partir de

(1) AUBRY et RAU, t. II, p. 274, note 25; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. IX, n° 634.
(2) Cass. 3 mai 1869, D. 69, 1, 224.
(3) Cass. 7 janv. 1861, D. 61, 1, 384.
(4) LAURENT, t. VI, n° 227.
(5) Cass. 23 janv. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 64.
(6) Cass. 10 juill. 1849, D. 49, 1, 253.

chaque perception (1), à titre de dommages-intérêts et en vertu de l'art. 1382 (2).

Le possesseur de mauvaise foi pourra, dans un cas, triompher de l'action du propriétaire, c'est lorsqu'après avoir commencé de posséder de bonne foi d'une manière utile pour la prescription, il sera devenu de mauvaise foi. La mauvaise foi qui survient, c'est-à-dire la connaissance du vice qui affecte le titre de la possession, n'empêche pas en effet la prescription de courir. Or, par l'effet de la prescription, on considère le prescrivant comme ayant été propriétaire dès le commencement de la possession, et non pas seulement depuis l'accomplissement de la prescription. Il est donc logique de décider que le prescrivant pourra retenir tous les fruits, non plus comme possesseur, mais comme propriétaire.

Les règles ci-dessus concernent les possesseurs à titre particulier d'un immeuble déterminé; nous examinerons au titre des *Successions*, la condition de l'héritier apparent, possesseur de bonne ou de mauvaise foi d'une hérédité.

Les art. 129 et 526, C. pr. c., règlent la manière dont doit se faire la liquidation et la restitution des fruits.

(1) Cass. 8 fév. 1864, D. 64, 1, 72.

(2) LAURENT, t. VI, nº 231; *Contrà*, Gand, 1er juin 1889, *Pas.*, 90, 2, 119.

CHAPITRE II.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE.

125. — Principe général sur les accroissements que peut recevoir la chose.

125. La notion générale de la propriété individuelle suffit pour expliquer comment tout ce qui est produit immédiatement par les forces organiques de notre chose, tombe de soi-même, dans notre propriété, comme une *accessio*, un accroissement.

Le droit romain, et ensuite notre Code civil ont donné par des règles positives une extension considérable à ce principe. Certains objets, en effet, qui n'ont pas été produits par les forces organiques de notre chose, mais qui y ont été unis d'une manière permanente, accidentellement ou intentionnellement, par un événement naturel ou par l'action de l'homme, sont aussi considérés comme de simples *accessiones* ou accroissements de notre chose qui, par un motif quelconque, se trouve jouer le rôle principal (1).

C'est cette idée que le législateur a résumée de la manière suivante :

ART. 551. Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies (*).

Les règles auxquelles le texte fait allusion concernent les immeubles et les meubles. Ces règles ont uniquement pour objet de trancher une question de propriété. Il ne faut pas les confondre avec d'autres règles ayant pour objet de résoudre une question d'obligation. Ainsi l'art. 1615 déclare que l'obligation de livrer une chose comprend des *accessoires;* il est manifeste que, dans ce texte, les accessoires sont

(*) Art. 551. — L. 7, § 8-13, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*
(1) Voy. MAREZOLL, *Dr. pr. des Romains, Traduct. Pellat*, § 96.

considérés dans un tout autre point de vue, et non comme *accessiones*. Ainsi le licol d'un cheval vendu est un accessoire dans le sens de l'art. 1615, mais n'est pas une *accessio* dans le sens de notre rubrique.

SECTION PREMIÈRE.

Du droit d'accession relativement aux choses immobilières.

126. — Division de la section.

126. En ce qui concerne les immeubles, le Code applique le principe de l'accession :

1° Aux constructions, plantations et autres ouvrages qui peuvent être faits au-dessus ou au-dessous du sol (art. 552 à 555);

2° Aux accroissements résultant du voisinage des fleuves et rivières (art. 556 à 563) ;

3° A certains animaux qui, en s'établissant sur un fonds, en deviennent les accessoires (art. 564).

§ 1er. — Du droit d'accession à l'égard des ouvrages faits au-dessus ou au-dessous du sol.

127. — Présomption résultant de l'art. 552 ; propriété du dessus ; applications.
128. — Propriété du dessous. Conséquences des fouilles résultant soit de travaux ordinaires, soit de travaux extraordinaires.
129. — Droit au produit des fouilles ; réserves résultant de la loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments historiques, et pour la Tunisie du décret du 7 mars 1886.
130. — Autres limitations résultant de la législation sur les mines. Historique.
131. — Loi du 21 avril 1810.
132. — *Mines*. Condition du propriétaire de la surface avant la concession de la mine.
133. — Effets du décret de concession, droit à une redevance.
134. — Droit à indemnité pour les dommages résultant des travaux.
135. — *Minières* et *carrières*.
135 *bis*. — Législation minière dans les colonies.

136. — Art. 553. Première présomption relative à la propriété.
137. — Deuxième présomption relative aux frais des constructions.
138. — De la preuve contraire à la première présomption.
139. — De la preuve contraire à la seconde présomption.
140. — Constructions faites par le maître du sol avec les matériaux d'autrui, art. 554.
141. — Constructions ou plantations faites sur le sol d'autrui par un tiers avec ses matériaux, art. 555.
142. — Du constructeur de bonne foi.
143. — Du constructeur de mauvaise foi.
144. — Le tiers a-t-il le droit de rétention jusqu'au paiement de l'indemnité?
145. — L'art. 555 ne s'applique qu'aux ouvrages nouveaux,
146. — Et seulement aux tiers possesseurs évincés.
147. — La jurisprudence l'applique aux détenteurs précaires.

127. Le droit de propriété individuelle implique pour le propriétaire la faculté d'user librement de sa chose, sauf les réserves explicites ou implicites, stipulées dans l'intérêt de la collectivité.

ART. 552. La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. — Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre *des Servitudes ou Services fonciers*. — Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines et des lois et règlements de police (*).

La loi commence par déclarer que la propriété du sol emporte la propriété du *dessus*. Cela signifie que l'espace aérien situé au-dessus d'un fonds, est la propriété exclusive de ce fonds. Par conséquent celui qui bâtit sur son fonds ne peut établir aucune espèce de construction en projection sur l'héritage du voisin, ou sur le sol de la voie publique, sans être muni d'une autorisation, ni jeter un pont sur un canal appartenant à autrui (1).

Il résulte du même principe qu'il y aurait délit de chasse

(*) Art. 552. — L. 24, D. 8, 1, *De servitut.*; L. 21 § 4, D. 43, 24, *Quod vi aut clam*; L. 8 et 9, C. 3, 34, *De servit. et aquâ.*
(1) Cass. 4 déc. 1888, S. 90, 1, 105.

sur le terrain d'autrui sans le consentement du propriétaire, de la part du chasseur qui, après avoir fait lever sur son fonds une pièce de gibier, la tirerait au moment où, ayant pris son vol, elle se trouve au-dessus de la propriété d'autrui (1).

Mais les particuliers doivent supporter sans indemnité le passage au-dessus de leur fonds des fils télégraphiques ou téléphoniques. Il ne résulte en effet aucun dommage d'une telle situation.

Théoriquement le propriétaire peut donc élever des constructions jusqu'à une hauteur indéfinie, mais il appartient à l'autorité municipale, dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publiques, de limiter la hauteur maxima des édifices (2), et il ne serait pas possible d'acquérir par une longue possession un droit *altius tollendi* contre les termes de l'arrêté (3).

Le propriétaire peut donc faire, dans les limites qui viennent d'être indiquées, toutes plantations, constructions, etc. Ces constructions et améliorations s'incorporent à l'immeuble pour ne former qu'un seul tout avec lui. Par conséquent les améliorations faites à un immeuble dotal par le mari peuvent bien donner à celui-ci droit à une récompense ou indemnité, mais ne sauraient lui conférer un droit sur l'immeuble ou sur le prix en provenant (4).

Le droit de disposer de la région supérieure n'est pas diminué par cette circonstance que le sol serait commun à plusieurs copropriétaires. L'un des copropriétaires d'une

(1) Paris, 15 avr. 1864, cité en note au-dessous d'une décision en sens contraire du trib. corr. Douai, 13 déc. 1879, D. 80, 3, 103.

(2) Cass. 30 mars 1827, D. *Répert.*, v° *Commune*, n° 866.

(3) Quelques auteurs admettent le contraire en droit romain pour expliquer l'existence d'une servitude *altius tollendi* mentionnée dans quelques textes, L. 2, L. 32 § 1, D. 8, 2, *De servit. præd. urb.*

(4) Lyon, 11 mars 1886, S. 88, 2, 7.

allée commune aurait donc le droit de placer de chaque côté de la porte d'entrée des plaques-enseignes indiquant sa profession, du moment qu'il ne cause ainsi aucun préjudice aux autres communistes qui pourraient, le cas échéant, user du même droit (1).

128. La propriété du sol emporte également la propriété du *dessous*.

L'art. 552 déclare à ce sujet que le propriétaire peut faire au-dessous toutes les fouilles qu'il jugera à propos.

Ce droit est d'abord limité par la défense faite aux propriétaires dont les terrains avoisinent une source d'eau minérale de se livrer à des travaux de sondage dans un certain rayon appelé périmètre de protection (L. du 22 juillet 1856 et décret du 28 janvier 1860). La loi n'accorde aucune indemnité aux propriétaires des fonds sur lesquels est établi le périmètre de protection tant que cette servitude reste à l'état latent (2).

Sauf cette réserve et celles qui pourraient résulter de titres ou conventions contraires (3), tout propriétaire a le droit, en principe, de pratiquer sur son terrain des fouilles qui auront pour effet de couper les veines d'eau qui le traversent (4) ; il pourra aussi établir des puits sans modifier l'état des lieux au point de vue de l'écoulement des eaux (5). Il ne devra aucune indemnité pour les sources ainsi supprimées chez les voisins, ni même pour les infiltrations provenant de son puits, mais causées par le débordement d'un canal appartenant à un tiers, dont les eaux, en refluant, ont augmenté le débit de la source jaillissante dans le puits (6).

(1) Caen, 19 avr. 1886, S. 87, 2, 221.
(2) Cass. 30 janv. 1878, D. 79, 1, 75.
(3) Cass. 14 fév. 1882, D. 83, 1, 197.
(4) Cass. 25 oct. 1886, S. 87, 1, 373.
(5) Cass. 22 juill. 1889, D. 90, 1, 166.
(6) *Ibid.*

Mais le droit du propriétaire d'agir sur son fonds comme il l'entend ne va pas jusqu'à lui permettre de corrompre une des veines d'eau qui s'y trouvent (1), ni de contrevenir à la convention qui aurait été conclue entre lui et son voisin pour réglementer l'usage des eaux d'une source (2).

Dans les hypothèses qui précèdent, le propriétaire n'est tenu d'aucune indemnité parce qu'en agissant comme il l'a fait, il s'est borné à user de son droit de propriété conformément à l'art. 552; il n'a exécuté sur son fonds que des travaux ordinaires.

Mais s'il s'agissait de travaux *extraordinaires*, la solution devrait être différente. Ainsi l'Etat lui-même ou un concessionnaire de travaux publics qui, en perçant un tunnel, soit pour l'établissement d'un chemin de fer, soit pour l'établissement d'un canal d'irrigation, aurait supprimé une source appartenant à un riverain, devrait une indemnité à ce dernier (3).

Il en serait de même d'une ville qui, en établissant un égout dans le sol d'une rue, déterminerait des mouvements de terrain ayant pour effet d'endommager les propriétés riveraines. Mais alors, dans l'évaluation de l'indemnité due aux riverains, il faudrait tenir compte tant de la mauvaise qualité du terrain dans lequel ils ont bâti, que de la faute qu'ils ont pu commettre en ne prenant pas toutes les précautions exigées par la nature du sol (4).

Il est manifeste que, dans de telles hypothèses, le caractère des travaux ainsi entrepris dans un but d'utilité publique, dépasse tout à fait les prévisions de l'art. 552, qui se réfère uniquement à la manière dont un propriétaire, dans

(1) Besançon, 6 mars 1888, D. 89, 2, 223.

(2) Cass. 25 oct. 1886, S. 87, 1, 373.

(3) Cons. d'Etat, 22 mai 1886, S. 87, 3, 13; Cons. d'Etat, 8 août 1885, S. 87, 3, 26; Cons. d'Etat, 4 déc. 1885, D. 86, 5, 432.

(4) Cons. d'Etat, 1er juill. 1887, S. 89, 3, 38.

des conditions ordinaires, use de sa propriété en vue de son utilité privée.

129. L'art. 552 porte que le propriétaire peut tirer des fouilles faites dans son fonds *tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications des lois et règlements relatifs aux mines et des lois et règlements de police.*

Si les fouilles pratiquées dans le terrain d'un particulier ont amené la découverte de monuments, ruines, inscriptions ou objets pouvant intéresser l'archéologie, l'histoire ou l'art, le maire devra en aviser le préfet. Sur le rapport du préfet, et après avis de la commission des monuments historiques, le ministre de l'instruction publique et des beaux-arts pourra poursuivre l'expropriation dudit terrain en tout ou en partie pour cause d'utilité publique, suivant les formes de la loi du 3 mai 1841 (L. du 30 mars 1887, art. 14).

En Tunisie, d'après un décret du 7 mars 1886, nul ne peut faire des fouilles à l'effet de rechercher des antiquités, même sur son propre terrain, sans en avoir, au préalable, et à des conditions débattues avec les intéressés, obtenu l'autorisation par écrit de l'administration (art. 25). Les objets d'art ou d'antiquité découverts dans des fouilles, pourront, à quelque condition que la fouille ait été autorisée, devenir la propriété de l'Etat, si l'administration les revendique pour lui dans un délai de six mois. Passé ce délai, la revendication ne pourra plus être exercée. Dans tous les cas le possesseur devra être indemnisé; et en cas de contestations au sujet de l'indemnité, il y aura lieu à une expertise dans les formes réglées par le décret (art. 33).

130. Les droits du propriétaire sur le sous-sol sont encore limités par la législation sur les mines.

Le régime auquel sont soumises les mines, minières et carrières a toujours oscillé entre celui de la propriété individuelle et celui de la propriété collective plus ou moins représentée par l'Etat.

A Athènes les mines appartenaient à la République; à Rome il ne paraît pas que la région souterraine ait été soustraite, dans le principe, à l'appropriation privée. Néanmoins, des usages locaux, dont l'origine remonte certainement aux premiers âges de la propriété individuelle et étaient un vestige de l'état antérieur, donnaient à tous le droit de prendre dans les carrières de pierre ce qui était nécessaire aux constructions, sauf une indemnité préalable à payer au propriétaire (1).

Quant aux mines proprement dites, elles pouvaient, comme les carrières, appartenir aux particuliers (2). Certaines cependant ne pouvaient entrer dans le patrimoine privé (3); c'était probablement celles qui, après une conquête, suivie d'un partage de terres, avaient été attribuées au peuple ou à l'empereur. L'exploitation était libre, sauf une redevance à payer au propriétaire de la superficie (4) et une autre redevance distincte à payer au fisc (5). Cette redevance conservée par les rois de la première et de la seconde race a été l'origine du droit que la royauté finit par s'attribuer sur les mines, comme conséquence autant de la souveraineté que d'un droit prétendu de propriété (6). La confusion qui régnait alors entre la notion de la souveraineté et celle de la propriété favorisa singulièrement la constitution de ce droit régalien au profit du roi représentant l'État, et lui permettant d'en disposer au nom de l'État (7).

Il n'était plus question des droits du propriétaire de la surface, moins encore de ceux de l'inventeur.

La Révolution changea sur ce point le cours des idées. La

(1) L. 13 § 1, D. 8, 4, *Communia præd.*
(2) L. 3 § 6, D. 28, 9, *De rebus. eor.*
(3) L. 4, *ibid.*
(4) L. 3, L. 6, C. 11, 6, *De metall.*
(5) L. 1, 2, C. 11, 6, *De metall.*
(6) Ord. de Charles VI, 1413; de Louis XI, sept. 1471.
(7) Edit de Louis XV de 1722, etc.

loi du 12 juillet 1791 déclara que : « *Les mines sont à la disposition de la nation* », non pas que la nation en soit propriétaire, « *en ce sens seulement que les substances ne pourront être exploitées que de son consentement et sous sa surveillance.* »

Cette loi reconnaît ensuite le droit du propriétaire de la surface et celui de l'inventeur : le premier a un droit de préférence, pour obtenir la concession, et peut même exploiter sans autorisation s'il ne descend pas au-delà de 100 pieds, le second est préféré aux autres demandeurs en concession si le propriétaire n'use pas de son droit. C'est un système transactionnel; les droits privés sont reconnus, et ceux de l'État se résument dans le droit d'autorisation, improprement qualifié droit de *concesssion*.

131. La loi du 21 avril 1810 consacra ces principes, et sauf l'exercice du droit dit de concession, fit définitivement entrer les mines dans la propriété privée individuelle :

« L'acte de concession, dit l'art. 7, donne la propriété perpétuelle de la mine, laquelle est dès lors disponible et transmissible comme tous les autres biens, et dont on ne peut être exproprié que dans les cas et selon les formes prescrites pour les autres propriétés, conformément au Code civil et au Code de procédure civile. »

L'art. 51 de la même loi ajoute : « Les concessionnaires antérieurs à la présente loi deviendront, du jour de sa publication, propriétaires incommutables, sans aucune formalité préalable.... à la charge seulement d'exécuter, s'il y en a, les conventions faites avec les propriétaires de la surface. »

Mais la loi de 1810 s'écarte du système de la loi de 1791, en ce que désormais il n'y a plus de droit de préférence pour le propriétaire de la surface, ni pour l'inventeur. Elle accorde au propriétaire de la surface une redevance annuelle fixée par le décret de concession, et permet au gouvernement de prononcer la déchéance du concessionnaire dans certains cas déterminés.

Cette loi du 21 avril 1810, modifiée par celle du 27 juillet 1880, constitue aujourd'hui le régime légal de la propriété minière. Elle distingue, suivant la nature des substances minérales ou fossiles renfermées dans le sein de la terre, entre :

Les mines (art. 2, L. 17 juin 1840);

Les minières (art. 3);

Les carrières (art. 4).

132. *Mines.* — Avant qu'un décret de concession ait en quelque sorte constitué l'individualité de la mine, le propriétaire de la surface, qui est en même temps propriétaire du sous-sol, peut faire par lui-même des recherches sur sa propriété, ou céder à un tiers le droit de les faire. Le droit de recherche ainsi aliéné est un droit réel immobilier, qui peut être transporté à un tiers par celui qui l'a acquis (1); mais qui n'est pas susceptible d'hypothèque, puisque l'art. 2118 ne le mentionne pas. L'acte qui l'établit ou qui le transmet n'est donc pas soumis à la nécessité de la transcription.

Les contestations relatives aux substances extraites antérieurement à toute concession, sont de la compétence des tribunaux judiciaires (2), mais l'extraction de ces substances ne saurait résulter d'une exploitation proprement dite qui demeure prohibée tant que la concession n'a pas eu lieu.

Le gouvernement demeure libre de choisir, pour la concession à accorder, entre l'inventeur, le propriétaire de la surface, ou toute autre personne paraissant présenter des garanties plus sérieuses d'une bonne exploitation.

Par conséquent, toute convention intervenue entre les futurs concessionnaires et l'un des propriétaires de la surface, par laquelle ce dernier se réserverait le droit d'exploiter lui-même la mine ou portion de mine située sous son immeuble serait entachée d'une nullité absolue et d'ordre public (3).

(1) Cass. 3 mars 1879, D. 79, 1, 430.
(2) Trib. conflits, 15 mars 1873, D. 74, 3, 37.
(3) Cass. 7 août 1877, D. 78, 1, 25.

133. Le décret de concession a pour effet immédiat de détacher juridiquement du sol le tréfonds minier compris dans la concession, et d'en faire une propriété désormais distincte. A partir de cet acte tous les droits du propriétaire de la surface, si d'ailleurs il a été mis en demeure de les faire valoir, sont en quelque sorte purgés en faveur du concessionnaire (1). L'application du tarif des redevances établies par le décret de concession doit être faite sans tenir compte des arrangements différents intervenus antérieurement entre les parties (2). Nous pensons néanmoins qu'après la concession, les parties pourraient valablement s'entendre pour diminuer le chiffre des redevances.

Ces redevances ne sont pas des fruits mais plutôt des portions du capital. Il faut cependant les assimiler aux fruits puisqu'elles tiennent lieu des produits considérés eux-mêmes comme des fruits (art. 598). C'est donc à tort qu'il a été jugé que le bénéfice de l'art. 549 ne pourrait être invoqué par celui qui les aurait perçues et qui serait dans le cas de subir une demande en restitution (3) (n° 111).

Le droit à la redevance exercé par le propriétaire de la surface et comme une sorte d'accessoire de cette surface, est un droit immobilier. L'hypothèque portant sur le fonds s'étend de plein droit sur cette redevance. (L. 21 avril 1810, art. 18 et 19).

Le droit à la redevance devient mobilier s'il est cédé à un tiers (4). Dans ce cas, il est soustrait à l'hypothèque, et les créanciers hypothécaires perdent cette partie de leur gage. C'est une éventualité qu'ils ont acceptée.

134. Le droit à la redevance laisse intact le droit de réclamer des dommages pour la réparation du préjudice résultant

(1) Paris, 22 mars 1879, D. 80, 2, 45.
(2) *Ibid.*
(3) Lyon, 7 juin 1882, D. 84, 2, 22.
(4) Cass. 27 oct. 1885, S. 87, 1, 252.

de l'établissement des travaux relatifs à la mine (1). L'indemnité est réglée pour les travaux faits à la surface, d'après les distinctions faites par les art. 43 et 44 de la loi de 1810 applicables, d'après la jurisprudence, même à l'hypothèse où les besoins de l'exploitation rendraient nécessaire l'établissement temporaire d'une voie ferrée. Les propriétaires de la mine ne réclamant, en ce cas, aucune cession de propriété, ne sauraient être tenus d'exproprier conformément à la loi de 1841 (2).

Les dommages causés par les travaux souterrains doivent être évalués d'après les règles ordinaires, et non par application des art. 43 et 44 (arg. art. 15) (3). Ces dommages consistent le plus souvent dans l'ébranlement des édifices et le tarissement des eaux de source. La jurisprudence n'accorde d'indemnité, pour tarissement des puits ou sources, qu'aux propriétaires dont les fonds se trouvent au-dessus de la mine (4), ou tout au moins dans son voisinage immédiat (5). Le principe de cette indemnité est dans l'art. 15 de la loi de 1810. Par application du droit commun, elle est refusée, même dans le périmètre d'exploitation, à ceux qui ne sont pas au-dessus des travaux qui ont occasionné le dommage, ou voisins immédiats (6).

135. *Minières et carrières.* — La loi du 9 mai 1866, a modifié, en ce qui touche les minières, la loi de 1810. Si l'exploitation des minières doit avoir lieu à ciel ouvert, le propriétaire n'est tenu qu'à une déclaration préalable faite au préfet qui en

(1) Cass. 14 juill. 1875, D. 75, 1, 381.
(2) Cons. d'Etat, 9 juill. 1875, D. 76, 3, 24.
(3) Cass. 23 juill. 1862, D. 62, 1, 269.
(4) Cass. 27 janv. 1885, D. 85, 1, 297.
(5) Cass. Belge, 11 avr. 1885, D. 85, 2, 275.
(6) Cass. 27 janv. 1885, D. 85, 1, 297, 12 août 1872, S. 72, 1, 353; Riom, 21 fév. 1881, D. 81, 2, 133; *Contrà*, PARADAN, *Revue critique*, 1872, 1873, p. 321. Comp. Cass. 21 juill. 1885, D. 86, 1, 326; Cass. 18 juin 1883, D. 83, 4, 413.

donne acte. Si l'exploitation doit être souterraine, elle ne peut avoir lieu qu'avec une permission du préfet (art. 57 et 58 de la loi de 1810 modifiée par celle de 1866).

Pour les carrières, leur exploitation à ciel ouvert a lieu sans permission, conformément aux règlements généraux ou locaux et sous la surveillance de la police (L. de 1870, art. 81). Quand l'exploitation a lieu par galeries souterraines, elle est soumise à la surveillance administrative des ingénieurs des mines (art. 82). Les tourbières ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'une autorisation préfectorale.

Le propriétaire peut exploiter par lui-même ou par un fermier. Dans le dernier cas, et pourvu qu'il demeure étranger à l'exploitation, il n'est pas responsable des fautes commises par les exploitants en contravention aux mesures de police imposées par l'autorité administrative (1).

Il peut aussi, tout en gardant la propriété de la surface, aliéner au profit d'un tiers le droit d'exploiter les minières ou les carrières qui se trouvent dans le tréfonds. La cession du droit d'exploiter à perpétuité ces minières ou carrières confère à l'acquéreur une propriété immobilière distincte de celle du sol, analogue à celle qu'un décret de concession fait d'une mine (2). Par conséquent la propriété de la partie du tréfonds composée de substances minérales étant complétement distincte de celle de la surface du sol, les actes de possession exercés sur celle-ci ne pourront exercer aucune influence sur le tréfonds au point de vue de la prescription acquisitive (3).

135 *bis*. La législation minière a dû être modifiée pour les colonies.

Dans la *Nouvelle-Calédonie*, le régime des mines avait

(1) Cass. 19 juin 1888, D. 90, 1, 266.
(2) Liège, 18 avr. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, Supp. 5.
(3) *Ibid.*

d'abord été fixé par un arrêté du gouverneur du 13 septembre 1873.

Cet arrêté organisait deux modes d'acquisition du droit d'exploiter les mines situées dans les terrains domaniaux : la *prise de possession* et l'*acte de concession*.

Ce régime donna lieu à des abus ; on s'occupa plutôt de trafiquer de mines qui pouvaient si aisément être acquises, que de les exploiter sérieusement.

Un décret du 22 juillet 1883 s'efforça de ramener, dans la mesure du possible, le régime des mines de la colonie à celui de la métropole. En terrains domaniaux, les recherches étaient libres. Partout ailleurs il fallait un permis de recherche donnant lieu au paiement d'une redevance, mais ne conférant aucun droit de préférence,

Ce décret fut très mal accueilli dans la colonie, et un nouveau décret du 30 juin 1885 en a suspendu provisoirement l'application.

Pour les *Établissements français de l'Inde*, un décret du 25 novembre 1884 a reproduit les principales dispositions de la loi du 21 avril 1810, avec certaines modifications ; — nous citerons notamment l'art. 34 déclarant que le propriétaire d'une mine est toujours libre d'en suspendre l'exploitation et l'art. 40 assurant au concessionnaire un droit de priorité pour l'acquisition des terrains domaniaux situés dans le périmètre de sa concession.

Pour le *Tonkin*, le régime minier fait l'objet d'un décret du 16 octobre 1888.

Les mines s'acquièrent par *occupation* dans tout terrain libre de droits antérieurs ou par *adjudication publique*.

Les sujets ou protégés français peuvent seuls devenir propriétaires de mines, possesseurs ou exploitants. — Ne sont considérées comme françaises que les sociétés constituées selon la loi française, ayant fait enregistrer leurs statuts en France ou dans les colonies et pays de protectorat, et dont

le conseil d'administration est composé en majorité de Français. — Les fonctionnaires et agents français, et les employés asiatiques ne peuvent acquérir des mines que par succession *ab intestat*.

En *Algérie*, les mines, minières et carrières sont, d'après l'art. 5 de la loi du 16 juin 1851, régies par la même législation qu'en France.

En conséquence de cette disposition, un arrêté du 24 mars 1852 a promulgué en Algérie les diverses lois concernant les mines, notamment la loi du 21 avril 1810, celle du 27 avril 1838, etc.

Plus tard ont été successivement promulgués, la loi du 6 mai 1866, celle du 27 juillet 1880, le décret du 25 septembre 1882, etc.

Il faut encore citer un décret spécial du 5 janvier 1855 portant que les concessionnaires de mines dont le titre de concession est antérieur à la loi du 16 juin 1851, sont reconnus propriétaires de leurs mines.

136. En laissant de côté les cas particuliers résultant d'une exploitation minière, le *dessus* et le *dessous* du sol se trouvent le plus souvent réunis dans la même main. Mais cette réunion n'est pas essentielle. On peut concevoir que les étages supérieurs d'une maison appartiennent à une personne, que le rez-de-chaussée et le sol appartiennent à une autre, tandis que la région souterraine appartiendrait à une troisième (1). Il faut cependant convenir qu'une pareille division se présentera rarement. Aussi la loi a présumé qu'en l'absence de toute preuve contraire (2), la propriété du sol, du *dessus* et du *dessous* serait considérée comme appartenant au propriétaire du sol lui-même, c'est-à-dire de la surface, avec une suffisante épaisseur pour les travaux de culture et les fondements des

(1) Alger, 23 nov. 1888, *Rev. d'Alger*, 1889, 53.
(2) Cass. 14 nov. 1888, L. 91, 1, 459.

édifices. Mais il importe de voir en quels termes la loi a exprimé cette présomption :

ART. 553. Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment (*).

Nous voyons d'abord que la présomption est établie au profit du maître seul du *terrain*, c'est-à-dire de la surface. Par conséquent celui qui est devenu propriétaire, il y a déjà quelque temps, d'un terrain nu, sur lequel s'élèvent aujourd'hui des constructions importantes, et sous lequel s'étendent des caves spacieuses, aura seulement à prouver qu'il était originairement propriétaire du terrain nu, pour être présumé être aussi propriétaire des constructions et des caves.

Mais cette présomption légale ne comporte pas de réciprocité. Celui qui a un titre lui attribuant la propriété seulement des régions supérieures d'un immeuble ne pourra être présumé propriétaire des régions inférieures (1). De même celui qui a un titre lui assurant la propriété d'une cave ne pourra être présumé propriétaire des régions supérieures.

Voilà donc une première présomption en vertu de laquelle celui qui était propriétaire d'un terrain nu est également propriétaire du sous-sol et des constructions et plantations, et cette présomption est un titre légal permettant d'agir au pétitoire (2).

Il importe peu que les constructions aient été élevées par un tiers ou par le propriétaire lui-même.

Les constructions élevées, notamment par un preneur, appartiennent donc en principe au propriétaire du sol, à moins que ce dernier n'ait renoncé au droit d'accession, et

(*) Art. 553. — Arg. ex. L. 7 § 10, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*

(1) Comp. Toulouse, 18 fév. 1888, D. 89, 2, 55, dont la décision est exacte au fond, mais dont les motifs sont inadmissibles.

(2) Cass. 25 avr. 1882, D. 83, 1, 148.

par conséquent ne sont pas susceptibles d'être grevées d'hypothèque du chef du preneur (1).

Si donc le propriétaire n'a pas renoncé au droit d'accession, le jugement décidant qu'il doit rester propriétaire des constructions élevées par le preneur, n'emporte pas mutation de droits immobiliers, et ne donne ouverture qu'au droit fixe (2).

Si au contraire le propriétaire avait renoncé dans le bail à son droit d'accession, l'acte ultérieur par lequel il se rendrait acquéreur des constructions élevées par le locataire sur le terrain loué, opérerait vente de droits immobiliers (Voy. *suprà*, nos 10 et 11), et donnerait lieu au droit proportionnel établi par l'art. 19, § 7, de la loi du 22 frimaire an VII (3).

Si le preneur a été autorisé par une clause de son bail à enlever les constructions à l'expiration du bail, il pourra user de cette faculté et même en faire profiter un sous-locataire; mais si cette faculté ne lui a pas été donnée, il ne pourra la donner au sous-locataire qu'il met à sa place (4).

Telle est la signification de la première présomption attribuant au propriétaire d'un terrain, les constructions qui s'élèvent au-dessus.

137. La loi contient en outre une deuxième présomption distincte de la première :

Le propriétaire est encore présumé avoir fait construire les édifices et les souterrains à ses frais. C'est-à-dire qu'il est présumé ne rien devoir à titre d'indemnité.

Mais remarquons bien que cette double présomption peut être détruite par la preuve contraire.

Voyons comment pourra fonctionner cette preuve :

138. La loi présume d'abord que les constructions ou plan-

(1) Paris, 4 nov. 1886, S. 88, 2, 126.
(2) Sol. Régie, 8 août 1885, S. 87, 2, 96.
(3) Trib. Seine, 15 juill. 1887, S. 88, 2, 225.
(4) Nancy, 2 mars 1889, S. 90, 2, 127.

tations appartiennent au propriétaire du terrain qui les supporte, mais le contraire pourrait être établi : ainsi, par exemple, il pourrait être prouvé par titres que l'un des auteurs du propriétaire actuel du sol, en a autrefois détaché la superficie, en tout ou en partie, au profit d'un tiers, ou bien qu'un tiers aurait acquis par prescription un souterrain ou un bâtiment.

La même preuve pourrait être faite au sujet des plantations : il pourrait être établi que les arbres qui s'élèvent sur le sol d'un propriétaire appartiennent à un autre que le propriétaire. Cela n'a rien d'étonnant; ainsi les arbres plantés sur le sol des chemins publics peuvent appartenir aux riverains qui cependant ne sont pas propriétaires du sol, lequel est imprescriptible. C'est ce qui a lieu dans les cas prévus par les lois du 28 août 1792 et du 9 ventôse an XIII. — La propriété des arbres quand elle est ainsi séparée du sol ne perd pas son caractère immobilier. Elle peut dériver d'un titre, d'une convention et même de la prescription (1).

Voilà pour ce qui concerne la preuve contraire à la première présomption d'après laquelle le propriétaire du sol serait propriétaire des bâtiments et constructions ; il s'agissait donc d'une question de propriété.

139. Voyons la preuve contraire à la seconde présomption de notre art. 553, celle qui consiste en ce que le propriétaire du terrain est censé avoir fait lui-même et à ses frais, les constructions et plantations. Peu importe, bien entendu, qu'il soit ou non encore débiteur de ces frais. Or, il peut arriver que la preuve contraire démontre qu'en fait ces constructions ou plantations ont été faites par un tiers et aux frais de ce tiers. Que devra-t-il en résulter? Notons d'abord que cette circonstance est tout à fait indifférente à la solution de la question de propriété. Que les plantations et constructions aient été faites par le propriétaire lui-même et à ses frais, ou

(1) Cass. 18 mai 1858, S. 58, 1, 662.

qu'elles aient été faites par un tiers et aux frais de ce tiers, c'est toujours le propriétaire du sol qui est propriétaire du dessus et du dessous, comme le dit l'art. 552.

Mais alors pourquoi se préoccuper de la question de savoir qui a fait ces constructions et plantations et aux frais de qui elles ont été faites?

On s'en préoccupe, non pour trancher la question de propriété qui est toute tranchée, mais seulement pour savoir si le propriétaire du sol ne doit pas payer une indemnité au tiers qui a fait faire les constructions à ses frais, et dans quelle mesure il pourra devoir cette indemnité.

Par conséquent la deuxième présomption de notre article se réduit à ceci : en principe le propriétaire du terrain est censé avoir fait faire lui-même les constructions et plantations qui en garnissent la superficie, par conséquent, et jusqu'à preuve du contraire, il ne doit de ce chef d'indemnité à personne; mais si au contraire il est prouvé que ces plantations et constructions ont été faites par autrui, alors le propriétaire du sol pourra être tenu de payer une indemnité au tiers selon les distinctions consignées dans l'art. 555.

140. Mais avant d'étudier ce dernier texte qui prévoit le cas où un individu a fait avec ses propres matériaux des constructions sur le sol d'autrui, il faut examiner le cas inverse, celui où le maître du sol a fait des constructions sur son propre terrain, mais avec les matériaux d'autrui :

ART. 554. Le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur; il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu: mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever (*).

Il s'agit, bien entendu, *d'ouvrages* effectués avec les choses appartenant à autrui, et non de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle.

(*) Art. 554. — L. 23 § 7, D. 6, 1, *De rei. vind* ; L. 1, 2, D. 47, 3, *De tigno juncto*.

La difficulté ne porte pas sur une question de propriété; c'est le maître du sol qui devient propriétaire des bâtiments par accession. Les matériaux, en effet, ont perdu leur individualité propre. La question était de savoir s'il fallait permettre à l'ancien propriétaire des matériaux d'exiger la démolition de l'édifice pour leur rendre leur ancienne individualité? La négative était évidente, car cela eut abouti à la destruction d'une valeur, sans utilité pour personne. Il suffisait donc d'assujettir le propriétaire du sol à payer à titre d'indemnité une somme d'argent avec laquelle l'ancien propriétaire des matériaux pourra s'en procurer d'autres. La même solution doit être admise pour le cas où le propriétaire a fait sur son terrain des plantations avec des arbres ou plantes appartenant à autrui. En droit romain on accordait au propriétaire des arbres le droit de les revendiquer, tant que ces arbres n'avaient pas pris racine dans le *fonds* (1). Les termes absolus de l'art. 554 ne permettent pas de maintenir aujourd'hui cette opinion, d'autant qu'il serait souvent assez difficile de vérifier si une plante a ou non pris racine. Comme dans le cas de construction, il y aura lieu simplement à indemnité.

Cette indemnité sera, bien entendu, de toute la valeur des matériaux ou des plantes et du préjudice résultant de la privation qui en a été imposée à leur propriétaire. Mais s'il y avait eu fraude ou faute dans l'emploi des matériaux d'autrui par le maître du sol, ce dernier pourrait en outre être condamné à de plus amples dommages-intérêts.

Quelques auteurs admettent que le propriétaire des matériaux peut les revendiquer lorsque, ayant été séparés du sol, ces matériaux ont recouvré leur individualité. Mais cette solution ne saurait être étendue aux plantations, même séparées du sol, car leur individualité a été transformée par leur séjour dans le sol.

(1) L. 7, § 13, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*

Enfin, l'art. 554 ne règle que les rapports purement privés, et laisse toute son action à l'empire des lois pénales. Par conséquent si le maitre du sol s'était procuré les matériaux d'autrui à l'aide d'un vol, il pourrait en outre être poursuivi et puni pour vol.

141. Revenons maintenant au cas dont nous avons parlé précédemment, celui où quelqu'un a fait sur le sol d'autrui des constructions ou plantations avec ses propres matériaux. Remarquons toujours qu'il ne s'agit pas ici d'une question de propriété, que c'est toujours le propriétaire du sol qui devient propriétaire des constructions et plantations, et qu'il n'y a à débattre entre lui et le constructeur qu'une simple question d'indemnité. Ce cas est réglé par l'article suivant :

ART. 555. Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever. — Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds. — Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur (*).

La question est de savoir si, lorsque un tiers a construit ou planté sur le terrain d'autrui, le propriétaire du fonds devenu propriétaire de la construction ou de la plantation, est obligé de les garder, en payant une indemnité quelconque?

Rationnellement la négative est certaine; un propriétaire ne peut pas être obligé de conserver, même à prix réduit, des constructions dont il ne veut pas. Il doit donc pouvoir con-

(*) Art. 555. — L. 37, 38, D. 6, 1, *De rei. vind.*; L. 7 § 10, 11, 12, D. 46, 1, *De adquir. rer. dom.*

traindre le constructeur à les enlever et à rétablir la surface dans son état primitif. Mais comme la théorie admise sur l'accession le déclare propriétaire de ces constructions, il doit, s'il le préfère, pouvoir les garder, sauf à payer une indemnité au constructeur, en vertu du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Le montant de cette indemnité doit, naturellement, être calculé sur la plus-value que les constructions ou plantations ont procuré à l'immeuble.

On ne voit pas, tout d'abord, comment la bonne ou la mauvaise foi du constructeur envisagée à l'époque de l'exécution des travaux, pourrait venir modifier dans un sens ou dans un autre ces solutions rigoureusement conformes aux principes les plus certains (1).

Cependant le législateur s'en est écarté vis-à-vis du possesseur de bonne foi, et vis-à-vis du possesseur de mauvaise foi.

142. Le possesseur de bonne foi ne peut jamais être contraint d'enlever ce qu'il a édifié ou planté, et il a toujours le droit d'exiger une indemnité consistant, au choix du propriétaire, dans le paiement de la plus-value que les constructions ou plantations ont donnée à son immeuble, ou dans le remboursement de ce que ces travaux ont coûté.

Pourquoi, dans ce conflit, a-t-on fait prévaloir l'intérêt du possesseur sur celui du propriétaire? C'est, dit-on, parce que le constructeur de bonne foi n'a rien à se reprocher, et en outre parce que le propriétaire aurait pu abuser de la nécessité où se trouvait le possesseur d'enlever les constructions pour s'enrichir à ses dépens; celui-ci aurait été contraint ou de supprimer les ouvrages en pure perte, ou de les céder à vil prix (2).

Cette dernière considération légitime la restriction imposée

(1) Comp. LAURENT, t. VI, n° 262.
(2) LOCRÉ, t. IV, p. 99.

au droit du propriétaire. Le législateur doit en effet statuer autant que possible de manière à garantir l'indépendance de chaque partie.

143. Vis-à-vis du possesseur de mauvaise foi, le propriétaire peut, à son gré, conserver pour lui les constructions ou plantations en remboursant, non la plus-value qui en résulte, mais le montant total de ce que le possesseur a dépensé, ou contraindre ce dernier à les enlever ou à rétablir le terrain dans son état primitif. Si cela n'était pas possible, par exemple si les travaux consistaient en défrichements, le propriétaire, qui ne peut s'enrichir aux dépens d'un possesseur de mauvaise foi, devrait rembourser à ce dernier la plus-value (1).

Le propriétaire qui peut n'offrir que la plus-value au possesseur de bonne foi, devra donc offrir la totalité de l'impense au possesseur de mauvaise foi. Mais on fait remarquer que le propriétaire en menaçant le possesseur d'exiger l'enlèvement des ouvrages, obligera ce dernier à capituler. C'est possible. Mais une loi qui n'est bonne qu'à la condition de prévoir de tels expédients doit être révisée.

La plus-value, quand il y aura lieu de la rechercher, devra être appréciée à l'époque, non de la construction, mais de la restitution, sauf pour les plantations (2). Elle consistera dans la valeur intrinsèque et utile ajoutée par les ouvrages à la propriété, c'est-à-dire dans la valeur vénale (3). Il n'y aura donc pas lieu de tenir compte des revenus, excepté quand les constructions auront influé directement sur le revenu (4).

144. Le tiers-possesseur, soit de bonne, soit de mauvaise foi, peut-il exercer le droit de rétention sur l'immeuble jusqu'à ce que le propriétaire ait payé les indemnités mises à sa charge ?

(1) Comp. Cass. 11 janv. 1887, S. 87, 1, 225.
(2) Paris, 22 déc. 1851, D. 54, 5, 573.
(3) Cass. 26 juill. 1838, DALLOZ, *Répert.*, v° *Propriété*, n° 431.
(4) Pau, 27 juill. 1868, D. 68, 2, 239.

Demolombe soutient énergiquement l'affirmative, mais « en même temps, comme après tout ce droit de rétention ne repose aujourd'hui sur aucun texte, comme il n'est pas même fondé, en principe, sur la vraie cause efficiente du droit de rétention, à savoir : la commune origine des deux obligations, nous admettons, dit le même auteur, qu'il appartiendra aux magistrats d'ordonner que le possesseur délaissera l'immeuble même avant d'avoir reçu le paiement de ses indemnités (1). » Ce qui revient à dire que le droit de rétention ne saurait exister, en l'absence d'un texte, même au profit du possesseur de bonne foi (2). Cependant la jurisprudence l'accorde sans difficulté (3).

145. L'art. 557 ne s'applique qu'aux ouvrages nouveaux et non aux réparations ou impenses nécessaires et utiles qui doivent être réglées entre le propriétaire et le possesseur par la nature des travaux, et non par la considération de la bonne ou de la mauvaise foi. Ainsi, pour les travaux nécessaires, le possesseur doit être indemnisé complétement ; pour les travaux utiles, le propriétaire est tenu jusqu'à concurrence de son enrichissement. Nous reviendrons sur ces distinctions à propos de l'art. 1381.

146. Il faut voir maintenant à quels tiers-possesseurs s'applique l'art. 555.

D'abord il est manifeste qu'il ne saurait recevoir d'application au copropriétaire qui construit sur le fonds commun. Ce copropriétaire n'est pas un tiers. Sans doute, il doit supprimer les constructions par lui faites, mais c'est parce qu'il a violé le droit des autres communistes, et non en vertu de

(1) T. IX, n° 682.

(2) AUBRY et RAU, t. III § 256 *bis*, texte et note 13 ; MOURLON, *Examen critique*, etc., 2e partie, n° 231 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1290.

(3) Cass. 22 déc. 1873, D. 74, 1, 241 ; Liège, 20 juill. 1880, D. 81, 2, 41 ; Douai, 12 janv. 1891, D. 91, 2, 222.

l'art. 555. Cependant les arrêts en décidant *qu'il ne saurait jouir des avantages réservés par la loi au possesseur de bonne foi* (1), semblent impliquer l'application de l'art. 555.

L'art. 555 ne peut s'appliquer qu'aux tiers qui détiennent l'immeuble en qualité de possesseurs juridiques, et qui sont *évincés*, comme le dit le texte, à la suite d'une action en revendication.

Cet article ne peut donc être étendu, par voie d'analogie, aux cas où il y a un lien d'obligation entre le propriétaire et celui qui détenait l'immeuble. Ainsi un vendeur agit en rescision ou en résolution de la vente, le donateur agit en révocation de la donation; si la rescision ou révocation est prononcée, il n'y a plus de titre que l'acheteur ou donataire puisse opposer au demandeur; les parties doivent être remises au même et semblable état que devant et les constructions doivent disparaître. C'est un point que presque tous les auteurs admettent, du moins en principe (2). Mais la jurisprudence, entraînée par une apparente analogie, consacre l'extension aux rapports d'obligation d'une disposition exceptionnelle faite pour les droits réels. Ainsi, à propos d'une résolution de vente pour inexécution des conditions, il a été jugé que l'acquéreur ayant élevé des constructions après le commencement de l'instance en résolution pouvait être considéré comme un possesseur de mauvaise foi dans le sens de l'art. 555, et que le juge pouvait accorder au vendeur l'option entre l'enlèvement des constructions ou leur conservation moyennant le remboursement de la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre (3).

147. C'est encore une vieille question controversée que

(1) Pau, 5 mai 1890, D. 91, 2, 213; Comp. Cass. 7 août 1832, D. *Répert.*, v° *Propriété*, n° 449.

(2) DEMOLOMBE, t. IX, n° 601 *bis*; LAURENT, t. VI, n°s 271, 272, 273. Comp. DEMANTE, t. II, n° 322 *bis* I; AUBRY et RAU, § 204, note 18.

(3) Cass. 8 mars 1886, D. 87, 1, 298; Comp. DEMANTE, *loc. cit.*

celle de savoir si l'art. 555 s'applique aux détenteurs à titre précaire, preneurs, usufruitiers, emphytéotes. Mais en jurisprudence elle ne se discute plus. On admet que le mot tiers, dans l'art. 555, revêt deux acceptions distinctes : que dans toute la première partie de cet article, et jusqu'au mot « *néanmoins* », il s'entend de quiconque a détenu le fonds, par opposition au propriétaire, par conséquent du locataire et autres détenteurs précaires; que dans la partie finale, au contraire, il s'entend du possesseur juridique en voie d'usucapion, à qui une position meilleure est assurée.

On décide, en conséquence, que le propriétaire bailleur peut exercer l'option ouverte par l'art. 555, entre la conservation des constructions moyennant indemnité ou leur suppression; mais qu'il doit faire connaître son intention avant l'expiration du bail, sinon le preneur pourra les enlever à cette époque (1). Il aura suffisamment fait connaître son option en mettant en vente, à la fois, le fonds affermé avec les constructions; dans ce cas le preneur, à la fin du bail, ne pourra enlever les constructions, et ne pourra agir en indemnité que contre le vendeur (2).

La même question peut être posée au sujet des constructions faites par un usufruitier; nous l'examinerons à l'occasion de l'art. 599.

§ 2. — Accession résultant du voisinage des eaux.

148. — Accession naturelle. De l'alluvion, art. 556.
149. — Des relais, art. 557.
150. — Quand, comment et à qui l'alluvion est-elle acquise?
151. — Du partage de l'alluvion.
152. — Des alluvions artificielles résultant de travaux exécutés par l'Etat.

(1) Cass. 8 mai 1877, D. 77, 1, 308.
(2) Paris, 30 avr. 1877, D. 79, 2, 77.

153. — Des lacs et étangs; art. 558; des dommages causés aux riverains.
154. — De l'avulsion, art. 559.
155. — Des îles et îlots dans les cours d'eau navigables, art. 560.
156. — Des îles dans les cours d'eau non navigables, art. 561; cas de l'art. 562.
157. — A qui appartiennent ces cours d'eau? Influence de l'art. 563 sur la solution de la question.
158. — Les cours d'eau sont des choses communes; conséquences.

148. L'accession dont nous venons de parler jusqu'à ce moment pourrait être légitimement appelée *industrielle* ou *artificielle*, puisqu'elle suppose des constructions ou travaux effectués de main d'homme. Nous allons maintenant étudier une autre espèce d'accession purement naturelle résultant du travail et de l'action des eaux :

ART. 556. Les attérissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent *alluvion*. — L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non; à la charge, dans le premier cas, de laisser le marchepied ou chemin de halage, conformément aux règlements (*).

En droit romain, l'alluvion s'appliquait seulement aux *agri arcifinii* ou *arcifinales*, et non aux *agri limitati*. Les premiers étaient ceux qui étaient naturellement limités par le fleuve lui-même; leurs limites étaient donc variables comme le flot, et par suite ils profitaient directement de l'alluvion (1).

Les *agri limitati* étaient des parcelles concédées gratuitement au nom du peuple, dont l'origine remonte aux *assignations* de terres faites à l'époque de Numa, et dont la contenance était déterminée par un arpentement officiel, de sorte que l'excédent de mesure restait public. Par conséquent un champ romain *limitatus* s'arrêtait au fleuve, non pas parce

(*) Art. 556. — L. 7 § 1, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*; L. 16, *ibid.*

(1) Voy. SICULUS FLACCUS, *De cond. agror.*, et les écrivains gromatiques.

que le fleuve était là, mais parce que là s'arrêtaient les limites de la concession. Par conséquent l'alluvion qui se formait en dehors de ces limites appartenait au premier occupant (1).

149. Cette distinction entre les *agri arcifinales* et les *agri limitati* peut encore aujourd'hui être admise en droit français, du moins en principe, mais appliquée d'une manière un peu différente qu'en droit romain. Ainsi, quand même l'État viendrait à faire des concessions le long d'un fleuve, en Algérie, par exemple, le champ concédé, quoique officiellement mesuré pour qu'on puisse en connaître l'étendue, ne serait pas *limitatus* dans le sens romain. L'État en faisant la concession aurait concédé en même temps le droit à toute alluvion future. Mais nous allons trouver un cas d'*ager limitatus* dans l'article suivant.

ART. 557. Il en est de même des relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre : le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu. — Ce droit n'a pas lieu à l'égard des relais de la mer (*).

A propos de ces derniers mots, nous rappelons que les lais et relais de la mer appartiennent au domaine de l'État qui, par conséquent, peut les vendre, concéder, etc. Supposons qu'une étendue fixe d'un lai de mer ait été concédée à un particulier. Elle formera un *ager limitatus* dans le véritable sens romain; elle ne profitera pas de l'alluvion qui se formera par suite de l'agrandissement du lai ou relai. Cette alluvion profitera au domaine de l'État. Pourquoi? Parce que, ici, c'est véritablement une quantité fixe qui a été concédée. L'État ne pouvait pas, en effet, concéder le droit à l'alluvion future, puisque le Code ne reconnaît pas le droit d'alluvion à l'égard des relais de la mer.

(*) Art. 557. — L. 7 § 1, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*
(1) L. 16, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*

150. L'alluvion est un accroissement insensible ; il résulte des matières laissées par l'eau le long de la rive (*lai*). Le *relai* est la portion du lit que les eaux laissent à sec en se retirant insensiblement. L'expression *attérissement* est générale, mais désigne quelquefois les accroissements plus rapides et plus considérables que les alluvions ordinaires.

Les riverains deviennent propriétaires des terres d'alluvion en vertu de la loi, sans avoir besoin d'en prendre possession, et sans qu'il y ait à distinguer si la rivière est ou non flottable. Seulement, lorsqu'il s'agit d'une rivière navigable ou flottable, le propriétaire riverain qui profite de l'alluvion est tenu de laisser le marche-pied ou chemin de halage dont nous parlerons plus longuement sur l'art. 650.

Pour que l'attérissement procure aux riverains la propriété, il faut d'abord qu'il se produise d'une manière lente et successive, c'est-à-dire dans des conditions où l'État pourrait, au moyen de travaux préventifs, en arrêter la formation. L'État deviendra donc propriétaire des masses de matières brusquement déposées contre la rive, ou du terrain laissé à découvert par suite du retrait subit des eaux (1).

Il faut de plus qu'il y ait *contiguité* entre l'attérissement et la rive. Ce sera là une simple question de fait; l'existence d'un îlot entre la terre ferme et l'attérissement, détruirait cette contiguité (2). La seule preuve que le demandeur sera tenu de faire, c'est que son fonds est borné par le lit de la rivière et n'en est séparé par aucun autre fonds, notamment par aucune voie publique. Mais il ne faudrait pas confondre le chemin de halage avec un chemin public. Le chemin de halage constituant une servitude sur la propriété privée, le sol qui en est grevé ne cesse pas d'appartenir au riverain. Ce dernier doit donc profiter de l'attérissement qui se serait formé le long du chemin de halage.

(1) Cass. 8 déc. 1863, D. 64, 1, 115.
(2) Grenoble, 20 déc. 1879, D. 80, 2, 84.

Si la rivière est longée par un chemin public, c'est le propriétaire du chemin, c'est-à-dire l'État, le département ou la commune qui profitera de l'attérissement (1).

L'alluvion n'est acquise à celui que la loi appelle à en profiter, qu'à partir du moment où le terrain d'alluvion dépasse la limite atteinte normalement par les plus hautes eaux. Jusqu'à ce moment, le riverain n'a qu'une expectative qui peut même être détruite par les travaux ordonnés par l'Etat.

Mais les riverains ont le droit d'exécuter des ouvrages dans le but de faciliter la formation des alluvions, à la condition de ne nuire ni aux tiers, ni à la navigation. C'est un point qui ne fait aujourd'hui difficulté ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence (2). L'administration favorise quelquefois ces travaux, et en concède le résultat à titre de *créments futurs*.

151. Le partage de l'alluvion entre les ayants-droit suppose deux opérations distinctes :

La première consiste à déterminer la ligne médiane du fleuve, d'après le *talweg*. Il n'y a pas de difficulté si la médiane doit donner une ligne droite. Si elle doit donner une ligne courbe, il faudra, pour la construire, joindre les points symétriques des deux rives de distance en distance, prendre le milieu de chacune de ces lignes, et tracer une courbe passant par chacun de ces points milieux. Cette courbe sera la médiane cherchée (3).

La seconde opération consiste à procéder au lotissement entre les riverains d'un même côté.

(1) Cass. 17 juill. 1844, DALLOZ, *Répert.*, v° *Propriété*, n° 472; Cass. 26 avr. 1843, S. 43, 1, 820.

(2) DEMOLOMBE, t. X, n^{os} 65, 66 et 68; AUBRY et RAU, t. II, § 203; LAURENT, t. VI, n° 283, et les arrêts cités par DALLOZ, *Répert.*, v° *Propriété*, n° 570.

(3) Voy. RITTINGAUSEN, *Revue de Législ.* (Wolowski), t. IV.

Plusieurs systèmes ont été proposés (1). Nous signalerons notamment celui qui résulte d'un arrêt de la Cour d'Agen (2). Il consiste à tracer deux lignes parallèles partant de chaque extrémité de la tête de l'héritage qui formait l'ancienne rive, et tombant perpendiculairement sur l'axe du nouveau lit. C'est l'application littérale de la règle tracée par les *Institutes* de Justinien (3). Ce système est préconisé, avec quelques corrections, par les meilleurs auteurs.

Lorsque le cours d'eau forme des sinuosités, on trace une ligne droite fictive qui représente la direction de la rivière, et c'est sur cette ligne que l'on abaisse les perpendiculaires qui doivent être tirées des fonds riverains.

Si le cours d'eau forme des angles saillants ou rentrants ou des coudes qui en changent la direction, il faudra tracer des lignes brisées à chaque angles ou des lignes courbes, et c'est sur ces lignes que l'on abaisse les perpendiculaires qui déterminent la part de chacun des riverains. Si la ligne fictive prise pour axe du cours d'eau est telle qu'il devienne possible d'abaisser d'un même point extrême d'un héritage plus d'une perpendiculaire, on pourra prendre pour ligne de délimitation la bissextrice de l'angle formé par les perpendiculaires (4).

152. Demandons-nous maintenant à qui appartiennent les alluvions artificielles résultant de travaux exécutés par l'État? La question a soulevé de longues controverses qui ne paraissent pas encore épuisées.

D'abord nous croyons qu'il faut laisser de côté le cas où, malgré les travaux exécutés au nom de l'État, les attérisse-

(1) Voy. CHARDON, *Traité des alluvions*, nos 174 et suiv., ESTRANGIN et DUBREUIL, *Législ. des eaux*, t. I, p. 85 à 89; PH. DUPIN, *Encyclop. du droit*, v° *Alluvion*, n° 38.

(2) 25 janv. 1854, D. 54, 2, 229.

(3) *Inst.* § 12, lib. II, tit. 1.

(4) LAURENT, t. VI, n° 294; AUBRY et RAU, t. II, p. 254 et note 20.

ments se sont formés d'une manière successive et imperceptible; ils constituent alors des alluvions dans le sens des art. 556 et 557, et doivent profiter aux riverains. Ils ne sont en effet que le résultat de l'action lente et naturelle des eaux sur laquelle les travaux de l'État n'ont eu qu'une influence peu appréciable.

La question se pose nettement quand les attérissements se sont formés d'une manière perceptible et en quelque sorte instantanée, c'est-à-dire avec une rapidité relative, et sont le résultat prévu, immédiat et nécessaire des travaux entrepris.

Dans un premier système on attribue la propriété des attérissements aux riverains par application des art. 556 et 557. On réserve seulement à l'État le droit de se prévaloir de l'art. 30 de la loi du 16 septembre 1807 aux termes duquel : « Lorsque par suite des travaux ordonnés ou approuvés par le gouvernement, des propriétés privées auront acquis une notable augmentation de valeur, ces propriétés pourront être chargées de payer une indemnité qui pourra s'élever jusqu'à la valeur de la moitié des avantages qu'elles auront acquis (1). »

D'après le second système, au contraire, les attérissements qui sont le résultat immédiat et direct des travaux entrepris par l'État, et qui par suite se sont formés d'une manière perceptible et instantanée, ne peuvent pas être considérés comme des alluvions dans le sens des art. 556 et 557. En conséquence, ils doivent appartenir à l'État et non aux riverains (2). Ce système repose principalement sur l'art. 41 de la loi du 16 septembre 1807 aux termes duquel : « Le gou-

(1) DEMOLOMBE, t. X, n° 69; LAURENT, VI, n° 284; MARAIS, *Revue critique*, 1870, p. 97; Agen, 2 mai 1876, D. 78, 5, 386.

(2) Cass. 7 avr. 1868, S. 68, 1, 392; Cons. d'Etat. 30 juill. 1875, LEBON, 75, 549; CHOPPARD, *Revue critique*, 1879, p. 739; DELBOY, *Revue critique*, 1891, p. 243, 310.

vernement concède aux conditions qu'il aura réglées, les marais... le droit d'endiguage, les accrues, *attérissements et alluvions des fleuves*, rivières et torrents, quant à ceux de ces objets qui forment une propriété publique ou domaniale. » Cet article manifestement inapplicable aux alluvions naturelles régies dans tous les cas par l'art. 556, C. C., s'applique donc forcément aux alluvions apparues à la suite de travaux publics.

Une ordonnance du 23 décembre 1825 réglant les conditions et formalités requises pour opérer les concessions auxquelles se référait la loi de 1807, affirmait nettement les droits de l'État. Néanmoins, en présence des décisions judiciaires qui avaient reconnu le droit des riverains, la Chambre de commerce de Rouen soumit, en 1849 au ministre des Travaux publics, un projet de loi qui, pour clore les controverses antérieures, attribuait formellement à l'État, la propriété des alluvions artificielles.

La commission chargée d'examiner ce projet, déclara qu'il n'y avait pas lieu de faire une loi sur la question de propriété des alluvions artificielles, mais qu'il convenait d'appliquer aux propriétés appelées à retirer un avantage, soit comme défense, soit comme accroissement, des travaux exécutés par l'État, le privilège de la plus-value écrit dans l'art. 30 de la loi du 16 septembre 1807.

Le gouvernement se conforma à l'avis de la commission et fit plusieurs déclarations dans ce sens. Mais la Cour de cassation maintint les droits de l'État sur les alluvions artificielles (1), et la jurisprudence, sauf quelques dissidences, se prononce dans ce sens.

Néanmoins, pour mettre fin aux controverses qui durent encore, divers projets de loi sont successivement intervenus. Nous mentionnerons seulement celui du 24 janvier 1880 (2)

(1) Arrêt précité du 7 avr. 1868.
(2) *J. off.* du 14 fév. 1880, p. 1704.

dans lequel le droit de l'Etat sur les formations de terrain résultant de travaux publics est formellement reconnu (art. 69), et celui du 9 décembre 1890 qui n'est en réalité qu'une reproduction de celui de 1880 tel que le Sénat l'avait modifié (1). Le projet attribue aux riverains un droit de préemption sur les terrains interposés.

La conclusion de tout ce qui précède, c'est que l'alluvion doit être le résultat de l'œuvre de la nature et non d'une œuvre artificielle.

Il suit du même aperçu que le droit d'alluvion ne peut recevoir d'application à l'égard des rivières canalisées et des canaux faits de main d'homme, qu'ils appartiennent à l'Etat, ou qu'ils appartiennent à des particuliers. Il faut en dire autant des biefs inférieurs ou supérieurs des moulins et autres usines, les attérissements qui peuvent se former le long des francs-bords de ces cours d'eau artificiels demeureront une dépendance de ces francs-bords eux-mêmes. Tout le monde est d'accord sur ce point (2).

153. En vertu de motifs analogues combinés avec les principes de la *limitatio*,

ART. 558. L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs, dont le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume de l'eau vienne à diminuer. — Réciproquement le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires (*).

L'étang est en effet un lac artificiel dont les eaux sont retenues au moyen de digues et de chaussées dans lesquelles sont pratiquées, aux points les plus bas, des bondes servant à le mettre à sec. La hauteur et la largeur sont présumées avoir été calculées sur le volume d'eau que l'étang peut recevoir sans que les fonds voisins soient inondés (3).

(*) Art. 558. — L. 7 § 16, L. 12, pr. D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*
(1) Chambre, séance du 9 déc. 1890, ann. n° 1072.
(2) DEMOLOMBE, t. X, n^{os} 39, 44, 45; LAURENT, t. VI, n° 289.
(3) Cass. 14 avr. 1852, S. 52, 1, 169.

Par la force des choses, l'étang et les terres riveraines sont, l'un par rapport aux autres et réciproquement, des fonds *limitati*. La *limitatio* est double.

Il en résulte que pour tous les terrains compris dans l'étang, la hauteur de la décharge conserve la possession, de sorte que les conditions requises pour l'accomplissement d'une prescription aux dépens de ces terrains, ne peuvent se rencontrer, du moins tant que dure la destination de l'étang, ce qui est une question de fait. Réciproquement la hauteur de la décharge existant dans le même état depuis plus de trente ans assure le bénéfice de la prescription pour tous les terrains susceptibles d'être recouverts par les eaux (1). Si le déversoir est trop bas, les terrains couverts en temps ordinaire dépendent de l'étang (2).

Chacun peut faire dans son fonds des retenues d'eau pour établir un étang, sauf le droit pour l'administration représentée par le préfet d'en ordonner la suppression en cas de danger ou d'insalubrité (L. 11 sept. 1792), sur l'avis conforme du conseil municipal (3).

Le propriétaire d'un étang est naturellement responsable du dommage qui peut en résulter pour les propriétés voisines. De plus, comme l'établissement d'une digue destinée à retenir une énorme masse d'eau, est une menace permanente pour les propriétés d'aval, les riverains ne sont pas tenus d'attendre que le dégât ait été subi pour agir contre le propriétaire s'il laisse la digue en mauvais état (4).

Il y a controverse sur le point de savoir si les riverains peuvent réclamer des dommages lorsque leurs fonds ont été submergés, non par l'effet d'un vice des ouvrages, mais par suite d'une crue extraordinaire et accidentelle. La jurispru-

(1) Cass. 17 déc. 1838, S. 39, 1, 499.
(2) Cass. 13 mars 1867, D. 67, 1, 270.
(3) Cons. d'État, 8 août 1882, D. 84, 3, 5.
(4) Liège, 27 juin 1889, *Pas.*, 89, 2, 365.

dence rejette toute action de la part des riverains qui ne se fonde pas sur le mauvais état d'établissement ou d'entretien des ouvrages. Elle considère les crues extraordinaires comme constituant un cas de force majeure, et les crues ordinaires comme étant une suite de l'exercice régulier du droit de propriété ; c'est aux riverains à se garantir (1). Nous aurons à examiner, sur l'art. 1283, s'il n'y a pas lieu de distinguer entre *le fait* et *la faute*.

154. L'action des eaux qui produit une alluvion, c'est-à-dire un accroissement, peut, à l'inverse, produire un décroissement, c'est-à-dire une *avulsion*, tantôt imperceptible et constituant une simple érosion de la rive, tantôt, au contraire, instantanément appréciable, comme dans le cas suivant :

ART. 559. Si un fleuve ou une rivière, navigable ou non, enlève par une force subite une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain, et la porte vers un champ inférieur ou sur la rive opposée, le propriétaire de la partie enlevée peut réclamer sa propriété ; mais il est tenu de former sa demande dans l'année : après ce délai, il n'y sera plus recevable, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie, n'eût pas encore pris possession de celle-ci (*).

L'hypothèse, qui comprend le cas de *superposition* aussi bien que celui de *juxtaposition*, ne présente qu'une importance théorique, car on ne trouve dans les recueils aucune décision qui s'y réfère.

Dans tous les cas, le propriétaire de la partie enlevée ne peut reprendre que sa terre ; l'action qui lui appartient à cet effet est donc mobilière.

L'union ou la superposition étant un accident, celui dont les terrains ont été enlevés n'est pas tenu de réparer le dommage causé par l'adjonction. Mais il devrait les dommages causés par sa faute lors de l'enlèvement.

155. L'action des eaux peut encore produire des attérissements autres que les alluvions :

(*) Art. 559. — L. 7 § 2, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*
(1) Cass. 17 déc. 1838, S. 39, 1, 499.

ART. 560. Les îles, îlots, attérissements, qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables, appartiennent à l'Etat, s'il n'y a titre ou prescription contraire (*).

Cette décision est contraire au droit romain qui attribuait ces îles aux riverains. Les lois romaines, sur ce point n'ont jamais été admises en France où ces îles ont toujours été attribuées à l'État. Mais quel est le fondement de cette attribution? Est-ce parce que l'art. 538 attribuait au domaine public les rivières navigables et flottables que l'on a cru devoir attribuer à l'Etat les îles qui se forment dans ces cours d'eau? Non, mais parce que la nécessité d'assurer la navigation et la flottaison exigeait que l'État, et non les particuliers riverains, eût la libre disposition des îles qui pourraient se former. Seulement il faut remarquer que ces îles n'entrent pas dans le domaine public de l'État, comme cela parait résulter de quelques décisions (1), mais dans son domaine privé ; voilà pourquoi notre article admet au profit des tiers *titre ou prescription contraire;* ce sont les seuls moyens de combattre la présomption résultant de l'art, 560 (2).

Du reste, les attérissements dont nous parlons ne deviennent susceptibles de prescription que lorsqu'ils ont émergé au-dessus du *plenissimum flumen*, c'est-à-dire au-dessus du point le plus élevé que peut atteindre le niveau du fleuve sans déborder au-dessus de celle de ses rives qui est la plus basse.

156. En ce qui concerne les îles formées dans les cours d'eau non navigables ni flottables, comme il n'y avait pas à se préoccuper des nécessités de la navigation, on pouvait, sans aucun inconvénient, les attribuer aux riverains. C'est ce qui a été fait :

(*) Art. 560. — *Contrà*, L. 7 § 13, L. 29, 56, 65 § 2, 3, D. 41, 1. *De ad. quir. rer. dom.;* GAIUS, II, § 70, 72.

(1) Voy. Grenoble, 23 déc. 1879, D. 80, 2, 84.

(2) Lyon, 19 juill. 1877, D. 78, 2, 254.

ART. 561. Les îles et attérissements qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables, appartiennent aux propriétaires riverains du côté où l'île s'est formée : si l'île n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière (*).

Nous devons tout d'abord faire une remarque importante : si l'art. 560 attribue au domaine les îles formées dans les rivières navigables, ce n'est pas par le motif que ces cours d'eau appartenaient déjà à l'Etat; à l'inverse, de ce que l'art. 561 attribue aux riverains les îles formées dans les cours d'eau non navigables, il ne faut pas en conclure que les riverains sont propriétaires de ces cours d'eau eux-mêmes et de leur lit.

L'art. 561 ne peut être invoqué que par celui qui était déjà propriétaire riverain au moment de la formation de l'île (1).

Mais, il ne peut être question que des îles proprement dites, car

ART. 562. Si une rivière ou un fleuve, en se formant un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain, et en fait une île, ce propriétaire conserve la propriété de son champ, encore que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable (**).

Si le champ ainsi entouré par les eaux gêne la navigation, l'Etat pourra l'exproprier.

157. C'est à propos des îles proprement dites formées dans un cours d'eau non navigable ni flottable que s'élève la question de savoir à qui les cours d'eau appartiennent.

Nous n'insisterons pas sur l'argument historique tiré de ce que les petites rivières étaient généralement attribuées dans l'ancien droit aux seigneurs hauts-justiciers, et qu'elles pouvaient aussi appartenir aux seigneurs du fief et autres riverains quand ils avaient titre ou possession (2); cela nous ménerait trop loin.

(*) Art. 561. — L. 7 § 3, L. 29, 56, 65 § 2, 3, D. *De adquir. rer dom.*
(**) Art. 562. — L. 7 § 4, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*
(1) Orléans, 15 janv. 1886, D. 86, 2, 230.
(2) Amiens, 5 août 1875, D. 77, 2, 188.

Il faut aussi mettre de côté l'opinion qui distingue entre la propriété du lit, que l'on pourrait attribuer aux riverains et celle de l'eau courante qui appartiendrait au public. On ne peut pas scinder ces deux choses qu'il est impossible de concevoir séparées (1). Il s'agit de savoir si les cours non navigables ni flottables, tels qu'ils sont constitués, appartiennent aux riverains.

La négative résulte avec évidence du texte suivant :

ART. 563. Si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé (*).

Il résulte en effet de cet article :

1° Que les propriétaires du fonds nouvellement occupé ne conservent pas la propriété du nouveau lit, puisqu'on leur a donné en remplacement le lit abandonné; 2° que les riverains de l'ancien lit n'étaient pas propriétaires de ce lit, car autrement on n'aurait pas pu les en dépouiller gratuitement pour l'attribuer aux riverains, dépossédés, du lit nouveau. Or l'eau, *aqua profluens*, ne peut pas être l'objet d'une attribution différente du fonds lui-même. Donc, il résulte bien de notre article que les rivières non navigables ni flottables n'appartiennent en aucune façon aux riverains, ni pour l'eau, ni pour le lit sur lequel elle coule.

A qui appartiennent donc ces cours d'eau? forment-ils une dépendance du domaine public? Il est impossible de le soutenir sérieusement en présence des art. 538 et 644 qui ne classent dans le domaine public que les cours d'eau navigables et flottables. A qui donc peuvent appartenir les cours d'eau non navigables ni flottables puisqu'ils n'appartiennent ni aux riverains, ni au domaine public? La vérité est qu'ils n'appartiennent à personne et doivent être classés au nombre

(*) Art. 563. — *Contr.* L. 7 § 5, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*
(1) Cass. 22 déc. 1886, D. 87, 1, 477.

de ces choses dont parle l'art. 714, qui n'appartiennent à personne, mais dont l'usage est commun à tous. C'est le système consacré par la Cour de cassation (1).

Seulement il faut remarquer que les cours d'eau dont nous parlons, ne sont pas choses communes au même titre que l'air et la lumière, par exemple. L'air et la lumière sont choses communes par essence. Les cours d'eau non navigables ni flottables ne sont choses communes que par la raison que le législateur n'a pas cru devoir les attribuer aux riverains ni au domaine public. Les décisions portant qu'ils ne sont pas susceptibles d'appropriation privée (2), constatent plutôt le résultat d'un état actuel de la législation, qu'un caractère intrinsèque de ces cours d'eau. Car si le législateur l'avait voulu, il aurait pu les attribuer aux riverains ou au domaine public, ainsi que cela a eu lieu pour les colonies. Il a préféré laisser ces cours d'eau tout à fait communs; il a accordé exclusivement aux riverains certains droits dont ils peuvent seuls profiter. Ces droits sont notamment : le droit d'alluvion, le droit aux îles, et surtout le droit si précieux d'irrigation réglé par l'art. 644.

158. Voici donc comment nous croyons devoir formuler notre doctrine.

1° Le législateur a laissé les cours d'eau dans la classe des choses communes;

2° Mais il a accordé aux riverains certains droits exclusifs par rapport à ces cours d'eau, ces droits ne sont donc qu'une pure concession de la part du législateur, et non la conséquence d'un prétendu droit de propriété qui porterait sur le cours d'eau lui-même;

3° En dehors des droits exclusifs accordés aux riverains par

(1) Cass. 20 fév. 1888, D. 88, 1, 262; Cass. 22 déc. 1886, S. 87, 1, 477; Trib. de l'Empire (Allemagne), 20 nov. 1884, S. 87, 4, 27.

(2) Cons. d'État, 11 juill. 1879, D. 80, 3, 17.

un texte formel, l'usage des cours d'eau non navigables ni flottables est commun à tous les citoyens.

De ce que les cours d'eau dont il s'agit n'appartiennent pas aux riverains, il suit :

1° Que les riverains n'ont pas à payer l'impôt foncier pour le lit de ces cours d'eau (L. 3 frim. an VII);

2° Qu'ils n'ont droit à aucune indemnité pour le lit de la rivière quand elle est employée pour des travaux d'utilité publique, ou quand elle est déclarée navigable ou flottable (1);

3° Que dans le même cas il ne leur est pas dû d'indemnité pour la perte du droit d'irrigation que leur accorde l'art. 644, excepté lorsqu'ils ont exercé ce droit par des barrages ou travaux quelconques;

4° Qu'un riverain n'a pas le droit de faire réduire à la moitié de la largeur du cours d'eau, un barrage établi dans toute cette largeur par un autre riverain, pourvu d'ailleurs que ce barrage ne lui soit pas dommageable, et ne s'appuie par sur sa rive.

Mais les riverains étant tenus de l'entretien et du curage des cours d'eau non navigables ni flottables (L. 14 floréal an XI), ayant un titre pour profiter des alluvions, etc., il faut en induire qu'ils ont seuls le droit de profiter du produit du curage et d'extraire du lit de la rivière des sables et graviers, et qu'il est interdit aux non-riverains de faire de telles extractions (2).

Enfin, dans le cas où la rivière se dessécherait sans se creuser un nouveau lit, soit naturellement, soit par l'effet de travaux opérés dans un intérêt général, le lit desséché appartiendrait aux riverains, en vertu des art. 551 et 561 (3).

Maintenant, de ce que, en dehors des droits exclusifs conférés aux riverains, nous considérons les cours d'eau non na-

(1) Voy. Cass. 6 mai 1861, D. 61, 1, 273.
(2) Cass. 20 fév. 1888, D. 88, 1, 262.
(3) Cass. 22 déc. 1886, S. 87, 1, 477.

vigables ni flottables comme choses communes, il suit que les riverains ne pourraient pas s'opposer à ce que d'autres personnes traversent ou descendent ces rivières en bateau, soit que ces rivières bordent seulement leur héritage, soit qu'elles le traversent, et qu'ils ne pourraient pas non plus changer la direction des eaux (1).

Mais, comme d'un autre côté, cette chose commune est laissée en dehors de l'appropriation privée, toute acquisition par prescription de servitude sur ces cours d'eau est impossible (2).

Pour l'application des règles ci-dessus, il n'y a pas à distinguer entre les cours d'eau non navigables et flottables et les simples ruisseaux. Les ruisseaux rentrent dans la catégorie de ces cours d'eau, et leur lit n'appartient pas aux riverains (3).

Enfin, nous ferons remarquer que, pour l'Algérie, bien que les cours d'eau aient été placés dans le domaine public par la loi du 16 juin 1851, les riverains n'en ont pas moins conservé les droits de propriété et d'usage qu'ils avaient légalement acquis avant cette loi. La jouissance de ces droits pourra donc faire l'objet d'une action possessoire (4).

§ 3. — De l'accession à l'égard de certains animaux.

159. — Application du principe à certains animaux ; Loi du 4 avril 1889.

159. Le Code applique le principe de l'accession à certains animaux qui, en s'établissant sur un fonds, en deviennent les accessoires.

(1) Aix, 12 août 1876, D. 77, 2, 175.
(2) Trib. de l'Empire (Allemagne), 20 nov. 1884, S. 1887, 4, 27.
(3) Pau, 28 mars 1887, D. 89, 5, 189 ; Trib. Cosne, 31 août 1881, D. 85, 3, 55.
(4) Cass. 10 déc. 1878, D. 79, 1, 184.

Ainsi :

ART. 564. Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice (*).

Cet article ne s'applique pas aux pigeons domestiques, aux pigeons de volière et aux pigeons voyageurs (1).

Il faut que les animaux dont il s'agit n'aient point été *attirés* par fraude ou artifice; donc :

Le fait de placer des trappes qui permettent au gibier de passer des propriétés contigues dans une autre propriété close de murs et l'empêchent de sortir, ne constituant ni fraude, ni artifice, ne donne pas lieu à des dommages-intérêts;

De même, le fait du propriétaire riverain qui reçoit le poisson dans son réservoir au moyen d'une écluse et en profitant du courant qui s'établit soit au moment des marées, soit lors des grandes pluies, ne constitue pas un acte abusif et illicite à l'égard des voisins, mais n'est que l'exercice légitime du droit de propriété (2).

Mais qu'arrivera-t-il si les animaux dont il s'agit ont été attirés par fraude ou artifice ? Cette circonstance n'empêche pas qu'ils ne soient devenus les accessoires du fonds sur lequel ils ont été attirés. Donc, ils ne pourront être, en droit, l'objet d'une revendication d'ailleurs impossible en fait. Pothier décidait en conséquence que leur ancien maître pouvait seulement obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice à lui causé (3). C'est probablement la même solution que l'art. 564 a voulu consacrer en employant une formule équivoque.

(*) Art. 564. — L. 3 § 2, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*
(1) Trib. Louvain, 5 janv. 1875, *Pas.*, 75, 3, 61.
(2) Bordeaux, 20 fév. 1888, D. 89, 2, 161.
(3) *Propriété*, n° 167.

Cependant l'action en revendication est possible quand il s'agit d'animaux entièrement domestiqués et par conséquent reconnaissables. Aussi, l'art. 5 de la loi du 4 avril 1889 porte :

« Les volailles et autres animaux de basse-cour qui s'enfuient dans les propriétés voisines ne cessent pas d'appartenir à leur maître quoiqu'il les ait perdus de vue. — Néanmoins celui-ci ne pourra plus les réclamer un mois après la déclaration qui devra être faite à la mairie par les personnes chez lesquelles ces animaux se sont enfuis. »

SECTION II.

Du droit d'accession relativement aux choses mobilières.

160. — La théorie de l'accession en fait de meubles a peu d'importance dans le droit moderne, art. 565.
161. — Art. 566 à 577.

160. La théorie, de l'accession en matière mobilière, a pour objet de faire apparaître la personne de celui à qui appartient l'action en revendication quand deux choses appartenant à des propriétaires différents ont été réunies, confondues ou mélangées, ou lorsqu'une chose a été transformée par celui qui n'en était pas propriétaire.

Or, sous l'empire des principes modernes, la revendication des meubles n'a lieu que fort exceptionnellement. Par conséquent le champ d'application des règles concernant l'accession mobilière sera, théoriquement, bien limité. En fait, il l'est encore davantage car les recueils ne présentent aucune exemple qui s'y réfère.

Quoi qu'il en soit le législateur a cru devoir s'en occuper :

ART. 565. Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle. — Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières (*).

(*) Art. 565. — L. 7 § 8, 13, D. 41, 1, *De adquir. rer. dom.*

Mais ces règles sont des exemples législatifs, desquels le juge ne peut s'écarter, de telle sorte qu'il paraît impossible de trouver un seul cas dans lequel le juge ne pourra appliquer l'une des règles qui vont suivre.

Nous ferons seulement une observation : c'est que ces règles concernent uniquement les meubles corporels et sont sans application aux meubles incorporels. Ainsi la faculté, accordée par une société aux anciens actionnaires de souscrire par préférence à une nouvelle émission d'actions, ne saurait être considérée comme une chose qui s'unisse de plein droit aux anciennes actions par voie d'accession ou d'accroissement (1).

161. Nous allons nous borner à reproduire les articles du Code ; tout commentaire étant inutile pour des textes qui ne correspondent plus à une véritable utilité pratique. Il s'agit : de l'adjonction, de la spécification et du mélange.

ART. 566. Lorsque deux choses appartenant à différents maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre, le tout appartient au maître de la chose qui forme la partie principale, à la charge de payer à l'autre la valeur de la chose qui a été unie.

ART. 567. Est réputée partie principale celle à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première.

ART. 568. Néanmoins, quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale, et quand elle a été employée à l'insu du propriétaire, celui-ci peut demander que la chose unie soit séparée pour lui être rendue, même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe.

ART. 569. Si de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume, si les valeurs sont à peu près égales.

ART. 570. Si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main-d'œuvre.

ART. 571. Si cependant la main-d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'industrie serait alors réputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée, en rem-

(1) Rennes, 30 juin 1879, Cass. 12 juill. 1880, D. 82, 1, 36.

boursant le prix de la matière au propriétaire.

ART. 572. Lorsqu'une personne a employé en partie la matière qui lui appartenait, et en partie celle qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une espèce nouvelle, sans que ni l'une ni l'autre des deux matières soit entièrement détruite, mais de manière qu'elles ne puissent pas se séparer sans inconvénient, la chose est commune aux deux propriétaires, en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait; quant à l'autre, en raison à la fois et de la matière qui lui appartenait, et du prix de sa main-d'œuvre.

ART. 573. Lorsqu'une chose a été formée par le mélange de plusieurs matières appartenant à différents propriétaires, mais dont aucune ne peut être regardée comme la matière principale, si les matières peuvent être séparées, celui à l'insu duquel les matières ont été mélangées, peut en demander la division. — Si les matières ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, ils en acquièrent en commun la propriété dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux.

ART. 574. Si la matière appartenant à l'un des propriétaires était de beaucoup supérieure à l'autre par la quantité et le prix, en ce cas le propriétaire de la matière supérieure en valeur pourrait réclamer la chose provenue du mélange, en remboursant à l'autre la valeur de sa matière.

ART. 575. Lorsque la chose reste en commun entre les propriétaires des matières dont elle a été formée, elle doit être licitée au profit commun.

ART. 576. Dans tous les cas où le propriétaire dont la matière a été employée, à son insu, à former une chose d'une autre espèce, peut réclamer la propriété de cette chose, il a le choix de demander la restitution de sa matière en même nature, quantité, poids, mesure et bonté, ou sa valeur.

ART. 577. Ceux qui auront employé des matières appartenant à d'autres, et à leur insu, pourront aussi être condamnés à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, sans préjudice des poursuites par voie extraordinaire, si le cas y échet.

TITRE TROISIÈME.

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'USUFRUIT.

Généralités.

162. — L'établissement de la propriété individuelle a rendu possible la constitution de certains droits réels détachés de la pleine propriété.
163. — De l'usufruit; définition, art. 578.
164. — L'usufruitier et le nu-propriétaire ne sont pas en état d'indivision.
165. — L'usufruit est essentiellement temporaire; évaluation de l'usufruit d'après les tables dressées pour apprécier la durée de la vie humaine.
166. — Comment l'usufruit peut être établi, art. 579; divers cas d'usufruit légal.
167. — Les ministres du culte ont-ils un droit d'usufruit légal sur les immeubles affectés à leur logement?
168. — Jouissance de la communauté sur les propres des époux.
169. — L'usufruit peut aussi être établi par la volonté de l'homme; capacité, preuve;
170. — Au profit de qui.
171. — Modalités, art. 580.
172. — Sur quoi peut porter l'usufruit, art. 581.
173. — Comparaison de l'usufruit avec d'autres droits.

162. L'établissement de la propriété individuelle eut pour résultat immédiat de donner une consistance juridique à certains droits réels, démembrement du *dominium*, dont il était impossible de concevoir l'existence avant la constitution de ce *dominium* individuel.

Déjà l'art. 543 nous avait appris qu'on peut avoir sur les biens :

1° *Un droit de propriété*, supposant la réunion des trois éléments : *jus utendi, fruendi, abutendi;*

2° *Un simple droit de jouissance;* ce qui implique une séparation opérée entre les divers attributs dont la réunion forme le droit de propriété; on suppose que le propriétaire se réservant, ou réservant pour un de ses ayants-cause, le droit de disposer, a transféré à un autre la jouissance seulement, c'est-à-dire le *jus utendi et fruendi;* il y a dans ce cas constitution d'usufruit;

3° *Ou seulement des services fonciers à prétendre,* c'est-à-dire qu'on pourra quelquefois prétendre, sur un fonds de terre, des services d'un genre particulier, non pour soi personnellement, mais uniquement pour l'avantage d'un autre fonds dont on serait propriétaire.

Or, dans les deux dernières hypothèses, il y a une chose qui est asservie; tantôt elle est grevée d'une jouissance, tantôt elle est grevée de services fonciers. Dans les deux cas on peut dire qu'il existe une servitude pesant sur la chose, au profit de la personne dans un cas, au profit d'un fonds dans l'autre cas.

On peut donc, en droit français comme en droit romain, reconnaître deux sortes de servitudes : 1° les servitudes personnelles, 2° les servitudes réelles ou prédiales.

Les servitudes personnelles sont celles qui ont trait à la jouissance ou à l'usage d'une chose, ce sont : l'usufruit, l'usage et l'habitation, dont s'occupe notre chapitre III. — Il est vrai que le Code ne les appelle pas *servitudes personnelles*, parce que cette expression aurait pu rappeler le souvenir des servitudes féodales, mais il est certain qu'il n'a pas voulu leur enlever le caractère qui les distingue des services fonciers.

163. Cela posé, voyons comment le Code définit l'usufruit

qui est la principale des servitudes établies pour l'avantage de la personne :

ART. 578. L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance (*).

Les rédacteurs du Code ont certainement voulu traduire la définition classique du droit romain :

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia (1).

Mais la traduction adoptée peut soulever quelques critiques :

D'abord il semble que le législateur n'ait songé qu'à rendre l'idée d'un *jus fruendi*, en négligeant celle du *jus utendi*, faculté de se servir de la chose.

En second lieu l'expression *jus fruendi* est traduite par son équivalent en français, *droit de jouir*. Mais dans le langage juridique, les deux expressions ne sont pas rigoureusement équivalentes; en latin *jus utendi* désigne un des attributs de la propriété, par conséquent un droit réel; en français, l'expression *droit de jouir* n'est pas aussi sacramentelle, et ne désigne pas nécessairement un droit réel. Ainsi le locataire, pour ne parler que de lui, a le droit de jouir, et cependant il n'est pas investi d'un droit réel.

La critique la plus grave porte sur la manière dont on a traduit les mots : *Salva rerum substantia, à la charge d'en conserver la substance.*

La substance c'est la manière d'être d'une chose qui permet de lui donner le nom substantif qui la distingue des autres. D'après certains auteurs, les mots : *salva rerum, à charge de conserver...* voudraient dire que l'usufruitier ne peut pas changer la substance, et que la substance périssant, l'usufruitier s'éteint, mais cela n'avait pas besoin d'être dit.

(*) Art. 578. — L. 1, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 25, D. 50, 16, *De verb. sign.*

(1) L. 1, D. 7, 1, *De usuf.*

La vérité est que, parmi les choses, il en est certaines dont on ne peut jouir qu'en en détruisant la substance, par exemple les denrées comestibles; d'autres au contraire dont on peut jouir, *la substance restant sauve*. Or, l'usufruit étant essentiellement temporaire, il est manifeste *à priori*, qu'il ne peut être réellement constitué que sur les choses pouvant, par leur nature, survivre en quelque sorte à la jouissance dont elles seront l'objet. C'est l'idée qu'exprimait Ulpien en disant : *ususfructus constitui potest jure civili earum rerum quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas* (1); c'est là encore l'idée reproduite par Justinien quoique avec un peu moins de clarté. Dans la définition latine, l'expression *salvâ rerum substantiâ* se réfère uniquement à l'*assiette* du droit d'usufruit, aux choses sur lesquelles il peut être établi. Au contraire, en traduisant par ces mots : *à la charge d'en conserver la substance*, le législateur français paraît s'être référé à l'une des obligations de l'usufruitier, à l'obligation de conserver; et alors on peut se demander : pourquoi avoir inséré cette obligation dans la définition de l'usufruit, alors qu'il en existe bien d'autres? il fallait les y insérer toutes ou aucune.

Enfin, l'art. 578 n'indique pas que le droit d'usufruit est essentiellement temporaire.

Néanmoins, et sauf ces observations, la définition donnée par le Code est vraie en ce sens qu'elle ne contient pas d'erreur, seulement elle ne présente pas les conditions voulues pour toute bonne définition.

Pour définir l'usufruit d'une manière rigoureusement et scientifiquement exacte, il faudrait dire :

L'usufruit est l'attribution temporaire faite à un autre que le propriétaire et à titre de droit réel de la faculté d'user et de jouir, suivant l'intention du constituant, d'une chose non consomptible par le fait de cet usage ou de cette jouissance.

(1) *Reg.* tit. 24, § 26.

Le droit de jouissance qui serait constitué sur des choses dont on ne peut jouir qu'en les consommant, donnerait lieu à un *quasi-usufruit*, soumis à des règles particulières.

164. L'usufruit ainsi séparé de la propriété revêt une forme distincte (*usufruit formel*) qui empêche de le confondre avec la jouissance attachée à la propriété (*usufruit causal*), et avec la propriété elle-même. L'usufruitier, d'un côté, le propriétaire, désormais appelé nu-propriétaire, de l'autre, sont investis de droits différents et distincts sur la chose; ils ne sont donc pas en état d'indivision, et par suite il n'y a pas lieu entre eux à licitation ou partage (1).

Mais on peut concevoir le partage de la nue-propriété quand il y a plusieurs nu-propriétaires (2), et le partage de l'usufruit formel quand il y a plusieurs usufruitiers. On a même admis qu'il y avait lieu à une licitation ou partage de la jouissance quand l'usufruit formel sur une chose se trouvant en concours avec l'usufruit causal sur cette même chose, il y a en réalité une jouissance indivise. C'est ce qui a lieu quand l'usufruitier n'est appelé d'après son titre qu'à une fraction (le quart, la moitié) de la jouissance (3).

165. La séparation établie entre l'usufruit et la nue-propriété est essentiellement temporaire, elle ne pourra jamais dépasser la durée de la vie du titulaire de l'usufruit même lorsque l'usufruit a été constitué pour un nombre déterminé d'années; il s'éteindra si l'usufruitier meurt avant l'expiration de la période indiquée. Dans un seul cas l'usufruit a une durée certaine, fixée à trente ans, c'est lorsqu'il a été constitué au profit de personnes morales publiques (art. 619). Donc, sauf ce cas, l'usufruit est toujours un droit incertain et aléatoire quant à sa durée.

(1) Cass. 11 janv. 1888, D. 89, 1, 53; Dijon, 24 déc. 1883, S. 84, 2, 28.

(2) Caen, 20 août 1880, S. 81, 2, 113; Orléans, 8 déc. 1881, S. 83, 2, 113.

(3) Cass. 25 août 1879, S. 80, 1, 181.

Cependant il sera quelquefois nécessaire d'obtenir une évaluation suffisante de l'usufruit estimé relativement à la nue-propriété. C'est ce qui aura lieu notamment en cas de vente de biens grevés d'usufruit, en cas de vente de l'usufruit ou quand il s'agit d'établir une quotité disponible.

En matière fiscale, l'usufruit est considéré par la loi du 22 frimaire an VII comme équivalant, dans tous les cas, à la moitié de la valeur de la propriété (art. 15 et 16).

Quelques décisions ont étendu l'application de cette règle aux autres matières. Mais plus généralement on reconnaît que l'évaluation de l'usufruit doit être faite d'après les tables de la mortalité humaine, sauf les modifications pouvant résulter de la santé et des infirmités particulières de la personne (1).

On suit ordinairement les tables dressées par Deparcieux (2).

Voici ces tables :

1° Réductions à opérer, en cas de vente, sur le prix d'un immeuble grevé d'usufruit.

	PROPRIÉTÉ	USUFRUIT
Jusqu'à 35 ans, la moitié de sa valeur ou 10/20	1/2	1/2
De 35 à 50 ans, le tiers du prix 6/20 ou mieux 33/100	2/3	1/3
De 50 à 65 ans, le quart du prix, ou 5/20 ou 25/100	3/4	1/4
De 65 à 70 ans, les 3/20 du prix ou 15/100	85/100	15/100
Après 70 ans, les 2/20 du prix, ou 10/100	9/10	1/10

(1) DEMOLOMBE, t. X, n° 227 *bis*.
(2) *Annuaire Bur. des longit.*, 1842, p. 178.

Ce tableau peut être appliqué en dehors de l'hypothèse d'une vente. Ainsi un mari décède laissant deux enfants, un légataire universel et sa veuve donataire de l'usufruit de la moitié de tous ses biens, en vertu de son contrat de mariage. La succession donne un actif net de 60.000. La veuve survivante, âgée de 55 ans, aura droit à l'usufruit de 30.000. Le légataire universel ayant droit à la quotité disponible qui était du tiers, soit 20.000 verra son legs réduit de la valeur attribuée à l'usufruit de la veuve. D'après la table ci-dessus et l'âge de la veuve (55 ans) son usufruit *vaut un quart* de 30.000 francs, c'est-à-dire 7.500 fr. La quotité disponible ne sera donc que de 12.500, somme qui reviendra au légataire universel au lieu de 20.000 fr. qu'il aurait eus, si la veuve n'avait pas eu d'usufruit (1).

2° Vie probable à divers âges.

A 20 ans, probabilité de vivre encore.....		44 ans 1 mois.
30 ans	—	36 ans 6 mois.
40 ans	—	28 ans 3 mois.
50 ans	—	20 ans 3 mois.
55 ans	—	16 ans 7 mois.
60 ans	—	12 ans 11 mois.
65 ans	—	9 ans 10 mois.
70 ans	—	7 ans 1 mois.
75 ans	—	5 ans 2 mois.
80 ans	—	3 ans 9 mois.
85 ans	—	2 ans 11 mois.
90 ans	—	2 ans 6 mois.
95 ans	—	1 an 9 mois.
100 ans	—	1 an.

Il n'est pas sans intérêt de rapprocher de cette table de probabilité, celle qui était admise du temps d'Ulpien (2); si

(1) Voy. H. CLÉMENT, *Etudes, etc.*, p. 34.
(2) L. 68, D. 35, 2, *Ad leg. Falcidiam.*

les deux tables sont exactes, il résulte de leur comparaison que la durée moyenne de la vie humaine aurait augmenté dans la période moderne.

Depuis le premier âge jusqu'à 20 ans, on estimait l'usufruit comme s'il devait devait durer..... 30 ans.

De 20 à 25 ans	—	28 ans.
25 à 30 ans	—	25 ans.
30 à 35 ans	—	22 ans.
35 à 40 ans	—	20 ans.

40 à 50 ans, autant d'années moins une qu'il en manque à l'usufruitier pour avoir 60 ans.

De 50 à 55 ans	—	9 ans.
55 à 60 ans	—	7 ans.

Après 60 ans, quel que soit l'âge de l'usufruitier 5 ans.

166. Comment l'usufruit peut-il être séparé de la nue-propriété?

ART. 579. L'usufruit est établi par la loi, ou par la volonté de l'homme (*).

En parlant d'un usufruit établi par la loi, le législateur a, dit-on, envisagé la jouissance légale accordée au père pendant le mariage et au survivant des père et mère, après la dissolution du mariage sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans (art. 384). Mais nous avons démontré plus haut (t. III, nos 188-189), que cette jouissance n'était pas un véritable usufruit.

Il n'y a donc véritablement usufruit légal que dans les hypothèses suivantes :

1° Dans le cas de l'art. 754, lequel attribue au père ou à la mère qui succède à son enfant en concours avec des collatéraux autres que des frères ou sœurs ou descendants d'eux, l'usufruit du tiers des biens qu'il ne recueille pas en propriété;

(*) Art. 579. — PAUL, *Sent.*, lib. III, tit. 6, § 17 ; L. 3 pr. § 1 et 2, D. 7, 2, *De usuf.*; GAI. II, § 30, 32, 33.

2° Dans le cas de l'art. 767, modifié par la loi du 9 mars 1891, qui accorde sur la succession du prédécédé, un droit d'usufruit au conjoint survivant qui ne succède pas à la pleine propriété, et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée;

3° Dans le cas de la loi du 14 juillet 1866, sur les droits des héritiers et des ayants-cause des auteurs, qui accorde au conjoint survivant, outre les droits qui peuvent résulter pour lui du régime de la communauté, la jouissance des droits que l'auteur prédécédé a laissés dans sa succession *ab intestat*.

4° Dans le cas prévu par la loi du 25 mars 1873, qui règle la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie. Cette loi donne à la veuve du déporté qui habitait avec son mari, en cas d'existence de descendants légitimes, le tiers en usufruit tant de la concession faite au déporté que des autres biens qui auraient été acquis par ce dernier dans la colonie. L'article 14 reconnaît des droits semblables au mari de la femme déportée.

Lors de la discussion de la loi du 9 mars 1891, il a été formellement reconnu que les deux dernières lois que nous venons de citer continueraient à recevoir leur application, sans aucune modification, nonobstant le nouvel art. 767. Par conséquent, dans le cas de propriété littéraire on pourra dire qu'il s'agit, en quelque sorte, de deux successions distinctes : l'une relative aux droits d'auteur sera régie par la loi de 1866, l'autre comprenant le surplus des biens sera réglée par le Code civil, sans que dans aucun cas le droit de réserve puisse recevoir aucune atteinte (1).

167. Y a-t-il d'autres cas d'usufruit légal; et notamment le droit de jouissance accordé par les lois aux curés sur les presbytères, ou aux évêques sur les hôtels épiscopaux peut-il être considéré comme un véritable usufruit?

(1) Sénat, séance du 2 déc. 1890, *J. off.* du 3, *Déb. parl.*, p. 1108.

La Cour de cassation a quelquefois admis l'affirmative (1); d'autres fois elle a déclaré que le droit de jouissance dont il s'agit était un droit *sui generis* (2) ce qui ne veut rien dire. Certaines Cours ont adopté cette formule commode qui n'explique rien (3), ou ont déclaré qu'il s'agissait d'un *usufruit spécial* (4). Le Tribunal des conflits a jugé de son côté qu'il s'agissait non d'un droit d'usufruit, mais d'un droit de jouissance *sui generis* (5). Il a été mieux inspiré quand il a vu dans cette jouissance un droit d'*habitation* personnelle (6). Cette solution est la seule exacte. Si le droit dont nous parlons était un droit d'usufruit, il faudrait admettre que le titulaire peut le céder, le vendre, l'hypothéquer, ce qui est absurde. Il faut donc reconnaître qu'il s'agit d'un droit d'habitation, et nous en reparlerons à propos de l'*habitation* (*infrà*, n° 254).

168. On cite encore souvent comme étant un droit d'usufruit établi par la loi, la jouissance qui appartient à la communauté sur les biens propres de chacun des époux (article 1401), ou au mari sur les biens propres de sa femme (articles 1530 et 1549); mais cette jouissance ne constitue pas un véritable usufruit; elle ne pourrait être hypothéquée, et résulte d'ailleurs, non de la loi, mais de la volonté expresse ou présumée des époux.

169. L'usufruit proprement dit peut encore être établi par la volonté de l'homme manifestée par une convention, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ou par un testament.

Si l'usufruit est établi par convention sur un immeuble, il ne sera opposable aux tiers que si son établissement a été

(1) Cass. 17 déc. 1884, D. 85, 1, 289; 9 juin 1882, D. 82, 1, 389.
(2) Cass. 16 fév. 1883, D. 83, 1, 361.
(3) Toulouse, 24 déc. 1885, D. 86, 2, 265.
(4) Poitiers, 29 juin 1883 (deux arrêts) D. 83, 2, 160.
(5) Trib. confl., 15 déc. 1883, D. 85, 3, 57.
(6) Trib. confl., 14 avril 1883, D. 83, 3, 85.

rendu public au moyen de la transcription (art. 939, C. C., L. 23 mars 1855, art. 1).

L'usufruit d'un immeuble peut encore s'acquérir par la prescription avec juste titre et bonne foi, par dix ans entre présents et par vingt ans entre absents, et sans titre ou bonne foi par trente ans (art. 2262, 2265, 2279).

Enfin il est certain aujourd'hui que l'usufruit ne pourrait pas, comme en droit romain, être constitué, *officio judicis*, à suite d'une instance en partage.

Pour pouvoir constituer valablement un droit d'usufruit sur une chose, il faut être propriétaire de cette chose et capable de l'aliéner.

Indépendamment de la question de savoir si le fait juridique lui-même est valable, la constitution d'un droit d'usufruit pourra être prouvée par témoins s'il y a un commencement de preuve par écrit (1).

Pour arriver à la constitution du démembrement de propriété qui nous occupe, les parties ne sont pas tenues d'employer l'expression sacramentelle *usufruit*. En cas de difficulté, il faudra rechercher quelle a été leur intention.

Y a-t-il usufruit quand le vendeur, en vertu d'une clause du contrat, est autorisé à retarder la livraison de la chose et à en conserver la jouissance durant un temps plus ou moins long? Demolombe voit dans ce cas un bail tacite (2); M. Laurent y voit au contraire un véritable usufruit (3). Il faut avant tout rechercher si les parties ont entendu constituer un *droit réel* au profit du vendeur. Dans le doute il vaut mieux, ce semble, admettre qu'elles n'ont eu en vue qu'un droit de créance, et ne voir dans l'espèce qu'une variété du bail.

170. Le propriétaire peut aussi concéder un droit d'usufruit

(1) LAURENT, t. VI, n° 340.
(2) T. X, n° 230 *bis*.
(3) T. VI, n° 341.

à plusieurs personnes existantes au moment de la donation ou du décès du disposant. Il y aura autant d'usufruits différents que de personnes appelées à jouir les unes après les autres.

Toute personne peut devenir titulaire d'un droit d'usufruit, sauf l'observation des règles concernant la capacité de recevoir.

Les personnes morales peuvent aussi devenir usufruitières. La loi le suppose, mais n'envisage l'hypothèse que pour déterminer, dans ce cas particulier, la durée de l'usufruit (art. 619).

171. Le propriétaire jouit d'ailleurs de la plus grande liberté pour attribuer à un tiers le *jus utendi et fruendi*.

ART. 580. L'usufruit peut être établi, ou purement ou à certain jour, ou à condition (*).

L'usufruit est établi purement et simplement quand l'acte constitutif ne renferme ni terme, ni condition. Le droit de l'usufruitier s'ouvre alors immédiatement s'il est constitué entre vifs, et dès l'instant de la mort du testateur s'il a été constitué par testament. Mais l'usufruitier ne pourra réclamer les fruits qu'à compter du jour de la demande en délivrance ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement consentie.

L'usufruit peut être établi sous condition soit suspensive, soit résolutoire. Dans le cas de condition suspensive, il ne s'ouvre que lorsque la condition s'accomplit; dans le cas de condition résolutoire, il s'ouvre immédiatement, sauf à cesser si la condition s'accomplit.

Il peut encore être établi *à certain jour*, c'est-à-dire à terme, *ex die* ou *ad diem*, à partir d'un certain jour, ou jusqu'à un certain jour.

Quand l'usufruit est établi *ex die*, à partir d'un certain jour, il peut se faire que le terme envisagé arrive postérieu-

(*) Art. 580. — L. 4, D. 7, 1, *De usuf.*

rement au décès du disposant. Ainsi, par exemple, ce dernier peut laisser l'usufruit, même des biens dont au jour de son décès il n'a que la nue-propriété, l'usufruit appartenant déjà à un tiers (1). Le droit du nouvel usufruitier ne s'exercera que lors de l'extinction du droit appartenant à l'ancien. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faudra que l'usufruitier existe au moment de l'arrivée du terme, puisque l'usufruit ne peut pas s'ouvrir dans la personne des héritiers du titulaire désigné. Donc, par la force des choses l'usufruit constitué *ex die* est en même temps conditionnel.

Quand l'usufruit est établi *ad diem*, il commence immédiatement, mais l'arrivée du terme indiqué en entraîne l'extinction.

172. L'usufruit peut porter sur toute espèce de choses susceptibles de procurer un bénéfice quelconque : donc

ART. 581. Il peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles (*).

Il peut dès lors être constitué sur une universalité, sur des créances, sur un bail à ferme, sur une emphytéose existant déjà, ou sur le droit de participer en qualité de commanditaire aux bénéfices réalisés par une société commerciale (2). Mais il ne pourrait porter sur une servitude réelle séparément du fonds auquel elle appartient.

Théoriquement, il faut limiter la formule générale de l'art. 581 par l'observation que nous avons déjà faite au sujet des choses susceptibles d'être consommées par l'usage ordinaire auquel elles sont destinées (n° 163). Nous verrons plus loin comment on est arrivé à créer un quasi-usufruit sur les choses de cette nature.

173. Le caractère de l'usufruit étant bien déterminé par les précisions qui viennent d'être faites, nous pouvons main-

(*) Art. 581. — L. 3 pr. § 1 et 2, L. 7, D. 7, 1, *De usuf.*

(1) Rouen, 20 déc. 1852, D. 54, 2, 109; Bordeaux, 16 juin 1863, D. 63, 2, 157; Rennes, 19 mai 1863, D. 63, 5, 230.

(2) Cass. 10 déc. 1878, D. 79, 1, 224.

tenant le comparer avec les autres droits, et voir tout de suite comment il s'en distingue.

L'usufruit se distingue d'abord de la propriété, en ce qu'il ne peut se confondre avec l'objet auquel il s'applique, en outre, il est seulement un démembrement de la propriété elle-même;

Il diffère de la copropriété précisément parce qu'il constitue une séparation bien tranchée entre deux des attributs de la propriété et le troisième, tandis que la copropriété donne à chacun une portion indivise dans tous les attributs réunis de la propriété.

Il diffère du droit de superficie, en ce que la superficie divise la propriété par couches physiques, alors que l'usufruit en sépare seulement les attributs. Il en diffère encore en ce que l'usufruit est essentiellement temporaire, tandis que le droit de superficie dure toujours (1).

Il diffère des servitudes prédiales, en ce qu'il appartient à une personne considérée comme individu, tandis que les servitudes prédiales n'appartiennent qu'à la personne considérée comme propriétaire du fonds auquel elles sont attachées activement ou passivement.

Il diffère du bail en ce qu'il constitue un droit réel, et il diffère de tous les autres droits réels parce qu'il est viager, ou à terme et qu'il s'éteint par la destruction de la substance juridique de la chose.

SECTION PREMIÈRE.

Des droits de l'usufruitier.

§ 1er. — Acquisition des fruits; — quasi-usufruit; biens incorporels.

174. — Division de la matière.
175. — Droits résultant de la jouissance, spécialement en ce qui concerne les fruits, art. 585.

(1) Voy. Cass. 27 avril 1891, S. 91, 1, 369 et la note de M. LABBÉ.

176. — Diverses espèces de fruits, art. 583, 584.
177. — Acquisition des fruits naturels et industriels, art. 585.
178. — Acquisition des fruits civils, art. 586.
179. — Spécialement en ce qui concerne les prix des loyers.
180. — De la vente des récoltes sur pied.
181. — Des revenus irréguliers.
182. — Du quasi-usufruit, art. 587.
183. — De l'usufruit d'un fonds de commerce,
184. — Ou de choses se détériorant par l'usage, art. 589.
185. — De l'usufruit constitué sur des meubles incorporels ayant une durée temporaire ; d'abord sur une créance.
186. — Autres hypothèses : usufruit sur un bail.
187. — Sur un autre usufruit;
188. — Sur une rente viagère, art. 588.
189. — Sur un brevet d'invention.
190. — Sur une propriété littéraire.

174. D'une manière générale, les droits de l'usufruitier peuvent être rattachés à trois ordres d'idées :

1° Le droit de jouissance;

2° Le droit d'administration;

3° Le droit de disposition;

Qu'il s'agisse d'un usufruit établi par la loi, ou d'un usufruit établi par la volonté de l'homme, les règles à appliquer sont les mêmes.

Il faut cependant remarquer que dans le cas d'usufruit conventionnel ou testamentaire, le titre constitutif peut apporter aux droits de l'usufruitier des modifications plus ou moins importantes en ce qui touche la jouissance et l'administration, mais non en ce qui touche la faculté de disposition.

175. Parlons d'abord du droit de jouissance :

ART. 582. L'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit (*).

Le mot *jouir* employé par le texte n'est pas exact. Pris

(*) Art. 582. — L. 28 pr. § 1, D. 22, 1, *De usuris et fruct.*; L. 1, L. 7 pr., L. 9 et 15 § 6, L. 59 § 1, L. 68 § 1, D. 7, 1, *De usuf.*

dans son sens technique il donnerait seulement l'usufruit des fruits, et impliquerait par conséquent l'obligation d'en restituer la valeur. Il faut entendre l'article comme s'il y avait : l'usufruitier a le droit de jouir de la chose en s'en appropriant tous les fruits.

L'usufruitier peut retirer de la chose tous les services qu'elle peut rendre, tous les fruits, et même les produits ordinaires assimilables aux fruits.

Ainsi les produits d'une mine ou d'une carrière non encore en exploitation ne sont pas des fruits. Même lorsque l'exploitation a commencé, les matières extraites ne sont pas en réalité des fruits de la mine, ce sont des parties du fonds lui-même. Cependant en exploitant régulièrement une mine, le propriétaire traite le fonds comme il traiterait un capital afin de lui faire produire un revenu normal. C'est ce qui a permis d'assimiler les produits d'une mine ou carrière exploitée à des fruits, et de les attribuer à l'usufruitier (art. 598).

Mais il n'a pas droit aux produits extraordinaires qui ne sont pas des fruits, par exemple aux produits d'une carrière non ouverte, aux coupes d'une futaie non réglée, etc.

176. La loi, du reste, donne pour les fruits les définitions suivantes :

ART. 583. Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels. — Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture (*).

ART. 584. Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes. — Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils (**).

Ces distinctions, sur lesquelles il est inutile d'insister, ont surtout de l'importance en ce qui concerne la manière dont

(*) Art. 583. — L. 77, D. 50, 16, *De verb. signif.*; L. 36 § 5, D. 5, 3, *De hæred. petit.*

(**) Art. 584. — L. 121, D. 50, 16, *De verb. signif.*; L. 36, D. 22, 1, *De usur. et fruct.*; L. 62, D. 6, 1, *De rei vind.*; L. 8 § 1, D. 42, 5, *De reb. auct. jud. poss.*

l'usufruitier acquiert les fruits. Elles sont également importantes pour régler les bases du partage à effectuer entre l'usufruitier et le nu-propriétaire pour les fruits dont la révolution ne s'opèrerait pas complétement pendant la durée de l'usufruit.

Ainsi, il faut, à ce point de vue, distinguer trois catégories de fruits :

1° Les fruits qui ont été préparés avant l'ouverture du droit d'usufruit, et qui doivent être recueillis pendant l'usufruit;

2° Ceux qui sont préparés et recueillis durant l'usufruit;

3° Ceux qui sont préparés durant l'usufruit et doivent être recueillis après son extinction.

Pour les fruits de la deuxième catégorie, il ne peut jamais y avoir de difficulté; l'usufruitier les prend tous.

Mais que faut-il décider pour les fruits de la première catégorie, et pour ceux de la troisième? Ainsi l'usufruitier quand il entre en possession de son droit, trouve des récoltes qui ont été semées avant l'ouverture de l'usufruit, des maisons depuis longtemps mises en location. Quel sera son droit sur ces récoltes et loyers?

De même, à l'expiration de l'usufruit, le nu-propriétaire trouve des récoltes qui ont été préparées par l'usufruitier, des loyers venant à échéance après la cessation de l'usufruit; quel sera son droit?

177. La loi règle d'abord le partage des fruits naturels ou industriels.

ART. 585. Les fruits naturels et industriels, pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier. — Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit appartiennent au propriétaire, sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences, mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit (*).

(*) Art. 585. — L. 27 pr.; L. 48 § 1, L. 59 § 1, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 13, D. 7, 4, *Quib. mod. ususf. et usus amitt.*; L. 32 § 7, L. 42, D. 33, 2, *De usu et usuf. leg.*

L'économie de cet article aboutit à cette conséquence que les fruits naturels et industriels ne sont acquis à l'usufruitier que par la perception qu'il en fait.

Par conséquent, si l'usufruit commence un peu avant la récolte, l'usufruitier gagne cette récolte quoiqu'il n'ait fait aucune dépense pour la préparer; par contre, si l'usufruit vient à prendre fin un peu avant la récolte de la dernière année de sa durée, l'usufruitier perdra cette récolte, quoiqu'il l'ait préparée à ses frais, et le propriétaire en profitera.

La loi a voulu, pour éviter toute difficulté et diminuer d'autant les procès, établir une compensation telle quelle entre ce que l'usufruitier gagnera et ce qu'il perdra, en supposant que les choses se passent comme nous venons de le dire. Mais les choses peuvent se passer autrement; il peut arriver que l'usufruitier ne gagne rien au début de son usufruit parce qu'il aura commencé le lendemain de la récolte, et qu'il perde au contraire à la fin, parce que l'usufruit aura cessé la veille de la récolte. Cette éventualité n'a pas arrêté le législateur parce que l'éventualité contraire peut aussi se réaliser; les situations respectives de l'usufruitier et du nu-propriétaire paraissent donc soumises à des chances aléatoires égales.

Voilà donc comment se partagent les fruits naturels et industriels; le partage est dominé par cette règle que les fruits de cette nature ne sont acquis à l'usufruitier que par la perception.

178. Il n'en est pas ainsi des fruits civils :

ART. 586. Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et aux fruits civils (*).

La règle que les fruits civils s'acquièrent jour par jour n'est faite que pour les fruits soumis à une périodicité quelconque, annuelle, décennale, etc. Le Code suppose, ce qui a

(*) Art. 586. — L. 25 § 3, L. 26, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 9 § 1, *ibid.*

lieu le plus souvent, que ces fruits ne deviennent exigibles que *terme échu*. Dans ce cas il devra être fait compte à l'usufruitier ou à ses représentants, d'une valeur correspondante au nombre de jours pendant lequel l'usufruit a existé durant la dernière période. Mais il peut arriver qu'en vertu du titre ou de l'usage l'usufruitier ait perçu d'avance la dernière annuité ou le dernier terme. C'est ce qui a lieu quelquefois pour les loyers; dans ce cas, il devra restituer au nu-propriétaire une valeur correspondant au nombre de jours qui restait à courir depuis celui où l'usufruit a pris fin, jusqu'à l'expiration de la période alors en cours. Mais, par la force des choses, il ne sera pas possible d'appliquer l'article 586 aux produits ayant le caractère de revenus, mais qui échappent à toute condition de périodicité.

179. Il n'y a pas de difficulté pour l'application de notre article aux fruits civils ordinaires. Mais la loi, innovant sur le droit antérieur, ajoute que cette règle s'applique également au prix des baux à ferme.

Cela paraît tout d'abord contraire à l'équité en ce que le partage devra avoir lieu d'après des bases bien différentes, selon que l'usufruitier aura exploité lui-même le fonds ou l'aura affermé. Mais on peut encore justifier la solution adoptée par la loi en faisant remarquer qu'elle fait, en définitive, à l'usufruitier et au nu-propriétaire une position identique soumise à des chances aléatoires égales. Cela sera vrai dans la plupart des cas. Mais si l'on suppose un usufruit constitué *ad tempus*, devant finir à un terme certain, il pourra arriver que l'usufruitier s'arrange de manière à ne jamais rien perdre ou à perdre fort peu durant la dernière année. Ainsi supposons que l'usufruit ait été constitué pour durer jusqu'au 1er juillet d'une certaine année. Il est certain que si l'usufruitier exploite par lui-même il ne touchera rien de la récolte, tandis que s'il afferme le fonds, il touchera un semestre des fermages. L'usufruitier agira alors selon que son

intérêt le guidera. Mais cette éventualité ne doit pas nous faire critiquer la solution du Code. N'oublions pas, en effet, qu'un usufruit à terme ne peut être constitué que par la volonté de l'homme; or, du moment que le constituant a voulu apposer un terme certain à l'usufruit, cela prouve qu'il a entendu autoriser l'usufruitier à agir comme nous venons de le dire. D'ailleurs l'indication d'un terme dans l'acte constitutif ne peut pas détruire toute *alea*, puisque l'usufruitier peut mourir avant le terme indiqué, et que l'époque de sa mort reste toujours incertaine.

180. L'usufruitier peut donc, au moyen d'un bail à ferme régulier transformer les fruits industriels en fruits civils. Le pourrait-il aussi en vendant une récolte sur pied, et que faudrait-il décider si l'usufruit venait à prendre fin antérieurement à toute perception de la part de l'acheteur?

Remarquons d'abord qu'il y a deux questions dans une :

1° La vente est-elle valable et opposable au nu-propriétaire?

2° En la supposant valable, à qui le prix devra-t-il revenir?

On a soutenu, non sans quelque raison, que l'usufruitier ne faisant siennes les récoltes que par la perception, se trouvait dans l'espèce avoir vendu en réalité la chose d'autrui, que par conséquent la vente est nulle et non opposable au nu-propriétaire (1).

Mais la jurisprudence et quelques auteurs estiment au contraire qu'une pareille vente pouvant constituer un acte de bonne et sage administration rentre dans les pouvoirs de l'usufruitier, alors surtout que l'usufruitier peut faire des baux de neuf années, entraînant l'aliénation de neuf récoltes, et que la vente dont il s'agit peut être ramenée aux propor-

(1) DEMOLOMBE, t. X, nos 358, 359; LAURENT, t. VI, nos 477, 478; PASCAUD, *Revue critique*, 1875, p. 499 et trib. civ. Sancerre, 18 août 1874, reproduit dans le texte.

tions d'un bail ayant pour objet les soins à prendre pour l'enlèvement de la récolte (1).

C'est dans ce système qu'il y a lieu d'examiner la seconde question : à qui doit revenir le prix de vente? La Cour de cassation décide que si la récolte vendue sur pied a été perçue en partie par l'acheteur au moment où l'usufruit prend fin, l'usufruitier ou ses ayants-cause auront droit à une partie du prix proportionnelle à la valeur des fruits perçus, le surplus appartenant au propriétaire en représentation des fruits non perçus qui lui appartiennent (2). La solution paraît équitable, mais peu en harmonie avec les motifs sur lesquels elle repose. Si la vente est validée comme pouvant être ramenée aux proportions d'un bail restreint, le prix devient un fruit civil et doit être réparti comme tel d'après la règle de l'art. 586.

181. L'art. 586 a eu principalement en vue, il faut le reconnaître, les fruits qu'il est possible, à raison de leur perception périodique et régulière, de répartir également sur chacun des jours de l'année. Comment faudra-t-il procéder quand il s'agira de certains revenus tout à fait irréguliers?

La question s'applique notamment :

1° Aux usines et manufactures exploitées par l'usufruitier lui-même, et ne fonctionnant que durant une partie de l'année :

2° Aux mines et carrières exploitées également par l'usufruitier;

3° Aux actions dans les compagnies industrielles, dont les dividendes payables à époque fixe sont tantôt forts et tantôt faibles;

4° Aux constructions qui ne sont susceptibles d'être louées que durant une certaine période de l'année.

(1) ZACHARIÆ, t. II, p. 14; DEMANTE, t. II, n° 434, *bis* IV; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1324.

(2) Cass. 9 août 1881, S. 82, 1, 369.

Il est un point certain, c'est que les fruits dont il s'agit ne peuvent pas être rangés dans la classe des fruits industriels, puisque l'art. 583 § 2 déclare que les fruits industriels sont ceux *qu'on obtient par la culture*, et que l'art. 585 suppose qu'ils sont ou ne sont pas, à une époque envisagée, *pendants par branches ou par racines*. Ils sont donc forcément des fruits civils, quisqu'il n'existe pas d'autre catégorie de fruits dans laquelle on puisse les classer. D'ailleurs l'analogie est manifeste entre les fruits civils énumérés dans l'art. 584 et les revenus dont nous parlons. Pour tous ces revenus la périodicité existe ; ils pourraient tous être portés en recette, pour un chiffre approximatif de prévision, dans le budget annuel domestique. Leur irrégularité ne tient pas à un défaut de périodicité, mais uniquement à l'incertitude de leur *quantum*, ou à cette circonstance que quelques mois seulement de l'année suffisent pour les produire en bloc. Il est donc facile de leur appliquer le principe de l'acquisition proportionnelle.

Ainsi, une usine qui ne peut fonctionner que durant deux mois de l'année a donné, pour cette période, un bénéfice de 10.000 fr. L'usufruit a existé précisément durant ces deux mois; l'usufruitier gardera-t-il la somme entière de 10.000 fr. qui représente en réalité un revenu annuel, ou ne pourra-t-il garder que les deux douzièmes de ce revenu? Il nous semble que le bon sens juridique impose cette dernière solution (1). On objecte que cela donnera lieu à des restitutions de fruits, à des comptes que la loi a voulu éviter (2). Il n'est pas surprenant que les inconvénients que la loi a voulu éviter dans les cas ordinaires ne puissent pas être évités dans les cas extraordinaires. D'ailleurs, même pour les cas ordinaires, pour les loyers, nous avons vu que, s'ils ont

(1) LAURENT, t. VI, nos 400 à 402.

(2) DEMOLOMBE, t. X, nos 280, 281; voy. Trib. Seine, 30 juill. 1857, le *Droit* du 29 août 1857.

été perçus d'avance, comme cela se pratique souvent, il y aura forcément lieu à une restitution.

La solution qui précède ne saurait être étendue à la partie des bénéfices qui, dans une société commerciale, est mise en réserve conformément aux statuts. Ces parties de bénéfice n'ayant pas le caractère de fruits ne sauraient être distribuées à ce titre aux propriétaires d'actions ou de parts d'intérêts, ni à plus forte raison être réclamées par l'usufruitier (1).

182. Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer que l'usufruit ne peut normalement porter que sur les choses susceptibles de survivre en quelque sorte à la jouissance dont elles peuvent être l'objet.

Cette règle combinée avec une pratique admettant seulement les constitutions d'usufruit à titre singulier, eut d'abord pour résultat de soustraire à toute application de l'idée d'usufruit, les choses consomptibles *primo usu*, même dans le cas d'un legs d'usufruit portant sur la généralité des biens (2). Mais quand la loi Papia eut permis formellement les libéralités se traduisant par un usufruit du tiers des biens (3), un sénatus-consulte généralisant la mesure, autorisa les constitutions d'usufruit à titre universel, c'est-à-dire portant sur une quotité de l'universalité des biens (4). Or, dans l'universalité pouvaient se trouver des choses *quæ primo usu consumantur*. En conséquence, on déduisit du sénatus-consulte précité la possibilité de faire porter l'usufruit sur les choses consomptibles et on imagina le quasi-usufruit, qui ressemble sous certains rapports au prêt de consommation, et dont l'économie est résumée comme suit :

(1) Bruxelles, 29 mai 1885, D. 85, 2, 276.
(2) CICERON, *Top.*, n° 3.
(3) ULP., *Reg.*, t. XV.
(4) L. 1, D. 7, 5, *De usuf. ear. rer.*

ART. 587. Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit (*).

C'est la même hypothèse que celle qui est prévue dans les textes anciens, celle d'un usufruit portant sur une universalité et *comprenant* des choses consomptibles. Mais l'hypothèse prévue n'exclut pas celle d'un usufruit directement constitué à titre particulier sur des choses consomptibles.

L'usufruitier doit, d'après le texte, rendre, à la fin de l'usufruit, des choses *de pareille quantité, qualité et valeur* (que celles qu'il a reçues) *ou leur estimation*. Il ne peut pas être tenu de restituer plus qu'il n'a reçu; si donc il a restitué ce qu'il a reçu en pareille quantité et qualité, il sera libéré de son obligation *quelle que soit la valeur des choses restituées*.

Au lieu de se libérer par une restitution en nature, l'usufruitier (ou ses représentants) pourrait-il se libérer en offrant l'estimation, c'est-à-dire la valeur des choses? L'affirmative a ses partisans qui voient, dans l'art. 587, un véritable droit d'option accordé à l'usufruitier. Mais les uns ont soutenu qu'il pouvait se libérer en offrant l'estimation d'après la valeur des choses *au moment de l'ouverture de l'usufruit*, et les autres qu'il devrait au contraire restituer la valeur des choses *au moment de la cessation de l'usufruit*.

La vérité est que l'art. 587 n'accorde aucune option à l'usufruitier, mais prévoit deux hypothèses différentes : 1° Celle où les objets soumis à l'usufruit ont été livrés à l'usufruitier *avec estimation;* 2° Celle où ces objets lui ont été livrés *sans estimation*. Dans le premier cas l'usufruitier doit rendre le prix d'estimation, dans le second cas il doit

(*) Art. 587.—L. 1, 7, D. 7, 1, *De usuf. car. rer.;* CICERON, *Top.*, n° 3.

restituer des choses semblables à celles qu'il a reçues, en même quantité et qualité (1).

Le quasi-usufruit imaginé d'abord pour les choses consomptibles *primo usu* a pu être étendu à des objets n'ayant pas ce caractère, mais considérés par les parties comme *fongibles*, c'est-à-dire susceptibles d'être remplacés par d'autres. Ainsi un cheval peut être l'objet d'un véritable usufruit, et devra être restitué *in specie* à la fin de l'usufruit. Mais si l'usufruitier est autorisé par son titre à disposer de ce cheval, sauf à en restituer un semblable à la fin de l'usufruit, il y aura quasi-usufruit. Par conséquent, pour les choses consomptibles il n'y a de possible qu'un quasi-usufruit, pour les autres choses susceptibles d'un usufruit proprement dit, on peut concevoir un quasi-usufruit, si elles ont été considérées comme fongibles.

183. L'usufruit établi sur un fonds de commerce (2), porte directement sur le fonds considéré comme *universitas*, distinct, par conséquent, des marchandises destinées à l'alimenter. C'est donc un usufruit proprement dit et non un quasi-usufruit. L'usufruitier ne devient pas propriétaire des marchandises, mais il a le pouvoir de les vendre puisqu'il est obligé de continuer l'exploitation du fonds de commerce. Il est dans la même condition que le mari administrateur et usufruitier des biens de la femme, autorisé à ce titre à vendre les meubles propres quand ils sont destinés à être vendus. A la fin de l'usufruit, l'usufruitier devra restituer le fonds de commerce dans l'état où il l'a pris, sauf indemnité pour les marchandises qui manqueront (3).

Dans le cas où un tel usufruit aura été constitué avec estimation, quel effet cette estimation produira-t-elle? Il

(1) DEMOLOMBE, t. X, n° 293 ; LAURENT, t. VI, n° 408 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1338.
(2) Voy. Toulouse, 18 déc. 1832, S. 32, 2, 29.
(3) LAURENT, t. VI, n^{os} 417 à 422.

faudra rechercher sur quoi l'estimation a réellement porté; si elle a porté sur les marchandises seulement, elle n'aura produit d'autre effet que celui de fixer la valeur des marchandises comprises dans le fonds, et, par suite, de déterminer l'étendue de la restitution que devra faire l'usufruitier. Mais que décider si l'estimation a porté sur le fonds tout entier, marchandises, clientèle, enseigne commerciale et matériel compris? Même dans cette hypothèse, il semble manifeste que l'estimation ne doit pas être considérée comme opérant vente au profit de l'usufruitier. L'usufruitier, avons-nous dit, doit restituer le fonds de commerce dans l'état où il l'a pris. Or il peut arriver que, sous le rapport du matériel, de l'enseigne commerciale, des marchandises, l'usufruitier restitue exactement ce qu'il a reçu. Mais que sous le rapport de l'achalandage, le fonds soit tout à fait déprécié, la clientèle ayant notablement diminué ou disparu, l'usufruitier devra de ce chef une indemnité à apprécier à dire d'experts. L'estimation, s'il y en a eu, aura fixé à forfait les limites de cette indemnité.

Si au contraire l'exploitation normale de la part de l'usufruitier avait eu pour résultat une augmentation de la clientèle, et par conséquent une amélioration du fonds, nous croyons qu'aucune indemnité ne lui serait due et que le nu-propriétaire devrait en profiter (arg. art. 599) (1).

184. Quand la jouissance normale de l'usufruitier a simplement pour effet de diminuer la valeur de la chose sans la détruire, il n'y aura jamais lieu, de plein droit, à quasi-usufruit:

ART. 589. Si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute (*).

(*) Art. 589. — L. 15 § 1 à 4, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 9 § 3, D. 7, 9, *De usuf. et quem. cav.*

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1348; *Contrà*, LAURENT, t. VI, n° 423.

Mais les parties pourront stipuler qu'il n'existera sur ces objets qu'un quasi-usufruit. La disposition qui précède n'est pas applicable aux meubles devenus immeubles par destination.

185. Dans toutes les hypothèses examinées jusqu'à ce moment, on voit que le droit d'usufruit a été constitué sur des éléments du patrimoine ayant une durée indéfinie ou perpétuelle. Par conséquent lorsque l'usufruit viendra à cesser par une cause quelconque, la chose qui en était l'objet se trouvant ainsi affranchie de la servitude personnelle, fera retour d'une manière utile au nu-propriétaire dont le *dominium* complet sera ainsi reconstitué.

Mais l'usufruit peut être constitué sur des meubles incorporels d'une durée limitée. Dans ce cas, si la chose, objet du droit, arrive à son terme extinctif pendant la durée de l'usufruit, l'usufruit s'éteindra faute d'aliment, sans qu'il reste ou persiste aucun élément pouvant faire utilement retour au nu-propriétaire.

Entre ces deux situations bien tranchées, il en est une en quelque sorte mixte, celle de l'usufruit constitué sur un droit de créance.

La créance a en effet une durée essentiellement temporaire; elle n'a été créée qu'en vue de son extinction future par un paiement ou autre satisfaction admise par le créancier.

Or une créance peut être l'objet d'un droit d'usufruit, puisqu'elle produit des fruits. L'art. 584 place en effet au nombre des fruits civils, les intérêts des sommes *exigibles*, en opposant ainsi ces sommes aux rentes dont le capital n'est pas exigible.

Donc, si la créance est payée pendant la durée de l'usufruit, le paiement entraîne l'extinction de la créance; l'extinction de la créance entraîne celle de l'usufruit, mais la chose payée profite au nu-propriétaire.

De là il suit que l'usufruitier d'une créance n'a en principe d'autre droit que celui de percevoir les intérêts de la créance, mais non d'en demander ou d'en recevoir le capital. Cependant le contraire a été jugé (1) et tous les auteurs décident que l'usufruitier a le droit de toucher le capital à l'échéance *pour le placer de nouveau* (2), et que *la solution contraire priverait l'usufruitier de son droit de jouir* (3).

Une telle solution ne peut s'expliquer que par la confusion qu'on a faite entre le cas d'un usufruit général, dans lequel se trouvent des créances, et le cas d'un usufruit particulier constitué sur une créance déterminée. Chez Demolombe, la confusion n'existe pas seulement dans la pensée, elle se traduit nettement dans la formule employée (4).

Or, il est manifeste que dans le cas d'un usufruit général, portant sur tous les biens, l'usufruitier a incontestablement le droit d'exiger et de recevoir le remboursement des créances et des rentes pour en opérer un placement nouveau. Pourquoi? Parce que, vu la généralité de son titre qui l'appelle à jouir de tous les biens, il a le droit d'exercer cette jouissance sur les deniers remboursés comme sur les créances encore existantes.

Mais la situation n'est plus la même dans le cas d'un usufruit constitué à titre particulier sur une créance déterminée non encore exigible. Si le testateur a dit : *Je lègue à un tel l'usufruit de ma créance sur Paul*, il est manifeste que le droit de l'usufruitier ne peut s'exercer que tout autant que *la créance sur Paul* existera. Si le débiteur vient à payer à l'échéance, il n'y a plus de créance, et si on autorisait l'usufruitier à recevoir le capital pour le placer de nouveau, *sur*

(1) Nancy, 17 fév. 1844, DALLOZ, *Répert.*, v° *Usufruit*, n° 299, 2° ; Cass. 21 janv. 1845, D. 45, 1, 104.

(2) LAURENT, t. VI, n° 413.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1344.

(4) T. X, n° 323.

Pierre, par exemple, il se trouverait que l'usufruitier jouirait d'un droit autre que celui qui a été envisagé par le constituant. En un mot, le constituant a entendu limiter le droit de l'usufruitier à la perception des intérêts *tant que la créance subsistera*. On ne pourrait admettre une opinion différente, par voie d'interprétation de la volonté du disposant, que s'il s'agissait d'une créance déjà exigible au moment de la constitution de l'usufruit (1).

La solution contraire a pour résultat de supprimer purement et simplement l'usufruit d'une créance en le remplaçant par autre chose de tout différent; avoir l'usufruit d'une créance, ce sera avoir l'usufruit des capitaux pouvant en provenir et, par conséquent, la possibilité de transformer un usufruit en quasi-usufruit. Le nu-propriétaire, pour se garantir contre les dangers pouvant résulter d'une telle transformation, aura la faculté d'exiger une caution (arg., art. 601, C. C., et art. 39, L. 3 mai 1841), et s'il n'en trouve pas, le tribunal pourra lui imposer un placement déterminé offrant toutes garanties pour le nu-propriétaire (2).

On reconnaît cependant que l'usufruitier d'une créance ne peut ni l'aliéner, ni la nover, ni même proroger l'époque de son exigibilité (3), que ses créanciers ne peuvent la saisir, et qu'enfin il n'est responsable envers le nu-propriétaire que si, faute de poursuites exercées en temps utile, la créance devenait irrecouvrable. Il suit de là que le nu-propriétaire ne peut pas recevoir le remboursement de la créance, et que le débiteur qui paierait entre ses mains ne serait pas valablement libéré envers l'usufruitier.

186. Dans les autres hypothèses qui nous restent à examiner, si le droit temporaire sur lequel l'usufruit a été constitué vient à prendre fin, avant qu'aucune autre cause d'ex-

(1) Comp. Toulouse, 21 juin 1887, D. 88, 2, 77.
(2) Cass. 3 nov. 1881, S. 85, 1, 12.
(3) Paris, 5 juin 1881, D. 82, 2, 137.

tinction de l'usufruit se soit produite, l'usufruit s'éteindra faute d'objet, sans que l'usufruitier soit soumis à aucune restitution, et par conséquent le droit du nu-propriétaire est forcément réduit à l'expectative assez médiocre de voir l'usufruit s'éteindre avant l'évanouissement du droit qui en forme l'objet.

C'est ce qui arrivera quand l'usufruit aura été constitué :

Sur un bail;

Sur un autre usufruit;

Sur une rente viagère;

Sur une propriété littéraire;

Sur un brevet d'invention.

Quand l'usufruit porte sur un bail à ferme, la jurisprudence décide que le droit de l'usufruitier ne se borne pas au quasi-usufruit des choses fongibles, consistant à ne jouir des fruits de la ferme que sous la condition d'en rendre de pareils ou leur estimation. L'usufruitier doit recueillir tous les fruits de la ferme et profiter de tous les avantages du bail, sans être tenu à aucun compte ni restitution (1). Par conséquent, si le bail prend fin durant l'usufruit, le fermier, qui dans l'espèce joue le rôle de nu-propriétaire, n'aura rien à recevoir, ce qui est tout naturel et a été prévu lorsque l'usufruit a été créé.

187. La même solution doit être adoptée pour le cas où un usufruit a été établi sur un autre usufruit. L'objet direct du droit constitué au profit du second usufruitier est le droit même d'usufruit existant déjà, et non pas les fruits qu'il permet de percevoir. Ce n'est donc pas un cas de quasi-usufruit. Le second usufruitier ne sera donc jamais tenu de la restitution des fruits perçus ou de leur valeur (art. 1568).

Mais il n'y a pas lieu d'étendre cette solution au cas d'un

(1) Cass. 19 janv. 1857, D. 59, 1, 279; Montpellier, 13 mars 1856, D. 57, 2, 160; voy. Caen, 23 mai 1868, S. 69, 2, 18.

usufruit portant sur des redevances périodiques stipulées pour un temps déterminé ou sur un droit à des annuités. Chacune de ces annuités constitue au capital, dont l'usufruitier a le droit de jouir, sauf à les rendre à la fin de l'usufruit.

188. Il faut, au contraire, et pour les motifs ci-dessus indiqués, appliquer cette solution à l'hypothèse d'un usufruit constitué sur une rente viagère.

ART. 588. L'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution.

Cela avait à peine besoin d'être dit. Si le législateur a cru nécessaire de s'expliquer sur ce point, c'est parce que la décision qu'il consacre avait soulevé dans l'ancien droit des objections singulières qu'on est surpris de voir reproduire de nos jours.

Les arrérages d'une rente viagère, dit-on, comprennent en réalité un mélange de capital et d'intérêts. Chaque année le crédi-rentier reçoit une partie du capital représentée par tout ce qui est payé en sus du taux ordinaire de l'argent. Il épuise donc la substance, et les principes s'opposent à ce qu'un droit d'usufruit, impliquant l'obligation de conserver la substance, aboutisse à donner la faculté d'absorber cette même substance. On voudrait donc que le nu-propriétaire eût le droit de toucher les arrérages, sauf à payer à l'usufruitier l'intérêt annuel, au taux ordinaire, du capital moyennant lequel la rente a été constituée (1).

Il est vrai que de la part du débi-rentier le service de la rente comprend en réalité un mélange de capital et d'intérêts. Mais il faut envisager l'opération au point de vue de celui qui reçoit. Or le crédi-rentier ne reçoit les arrérages qu'à titre de revenus, et c'est précisément pour augmenter la somme de ses revenus annuels qu'il a effectué ce qu'on a appelé un placement à fonds ou à capital *perdus*. C'est donc

(1) LAURENT, t. VI, n° 425; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1347.

le droit de percevoir uniquement des revenus qui forme l'objet de l'usufruit constitué sur une rente viagère, et l'art. 588 ne mérite aucune critique.

189. Les brevets d'invention, qui n'ont qu'une durée limitée, peuvent aussi faire l'objet d'un droit d'usufruit.

Si l'usufruitier ne pouvant ou ne voulant pas exploiter lui-même, les parties s'entendent pour aliéner le brevet par voie de cession totale, ou attributions de licence, le prix des cessions constituera un capital dont l'usufruitier aura la jouissance.

Si l'usufruitier assume lui-même les risques de l'exploitation directe, il gardera pour lui tous les bénéfices de l'exploitation.

Cette solution a été contestée par cette considération, que le brevet ayant une durée limitée, sa jouissance, si on appliquait les règles ordinaires, pourrait en absorber la propriété entière; que le brevet pourrait ainsi tomber dans le domaine public avant l'extinction de l'usufruit, sans qu'il en restât rien pour le nu-propriétaire. En conséquence on a conclu qu'il fallait procéder à une ventilation des bénéfices de l'exploitation, en distinguant, d'un côté ce qui provient du travail de l'usufruitier ou des capitaux par lui engagés, et de l'autre ce qui provient de l'invention brevetée (1).

Mais cela est souverainement arbitraire; la solution admise quand l'usufruit porte sur un usufruit ou sur une rente viagère s'impose quand il porte sur un brevet d'invention. Tant pis pour le nu-propriétaire, si le brevet tombe dans le domaine public avant l'extinction de l'usufruit. C'est une conséquence naturelle du caractère périssable du brevet. L'usufruitier, par application de l'art. 588, n'est tenu à aucune

(1) V. PICARD et OLIN, *Brevets, etc.*, n° 469 ; Trib. civ. Grenoble, 20 janv. 1851, cité par BLANC, p. 504.

indemnité pour les années expirées, et ne peut en réclamer aucune pour les annuités acquittées (1).

Notons que l'usufruitier peut exercer l'action en contrefaçon, pourvu que les formalités voulues par la loi de 1844 pour que la constitution de l'usufruit assimilée à une cession partielle soit régulière à l'égard des tiers, aient été remplies (2).

190. De même l'usufruitier d'une propriété littéraire ne doit restituer à la fin de son usufruit que les titres qui l'établissent. Quand l'usufruit s'est ouvert, il a dû accepter la situation telle qu'elle se présentait. Si à ce moment une édition de l'œuvre envisagée était encore en cours, l'usufruitier verrait son droit de jouissance paralysé jusqu'à l'entier épuisement de cette édition. Par contre, si au moment de la cessation de l'usufruit, une édition faite par l'usufruitier est en cours de publication, le propriétaire devra attendre que cette édition soit épuisée, sauf à s'en rendre acquéreur pour reconquérir plutôt sa liberté d'action.

§ 2. — Droits de l'usufruitier sur les arbres; sur les mines; augmentations; améliorations; constructions.

191. — Droits de l'usufruitier sur les bois, taillis et pépinières, art. 590;
192. — Sur les hautes futaies, art. 591, 592;
193. — Sur d'autres arbres ou produits forestiers, art. 593, 594.
194. — Extension de l'usufruit sur les augmentations dont profite la chose, art. 596.
195. — *Quid* des primes de remboursement et lots attachés à certaines valeurs?
196. — Des droits réels accessoires, art. 597.
197. — Droits de l'usufruitier sur les mines, art. 598.
198. — Première situation à examiner.
199. — Deuxième situation.

(1) BELTJENS, *Encyclop.*, sur l'art. 587, n° 8.
(2) Voy. Rouen, 2 mai 1869, S. 69, 2, 300.

200. — Carrières et tourbières.
201. — Exploitations minières dont le nu-propriétaire doit s'abstenir ; principe de l'art. 599 § 1.
202. — Améliorations faites à la chose par l'usufruitier; indemnité refusée par l'art. 599 § 2.
203. — *Quid* en ce qui concerne les constructions ? controverse.
204. — Solution proposée.

191. Le Code va maintenant s'occuper de l'usufruit en tant qu'il porte sur les bois taillis, les arbres des pépinières, les arbres de haute futaie et les arbres fruitiers.

Les taillis sont des bois destinés à être coupés à des époques périodiques et régulières, et par conséquent ayant le caractère de fruits;

ART. 590. Si l'usufruit comprend des bois taillis, l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires; sans indemnité toutefois en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers, pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance. — Les arbres qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader, ne font aussi partie de l'usufruit qu'à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement (*).

Ce texte ne s'applique pas aux arbres de pur agrément, mais seulement aux coupes qui sont de véritables fruits. Il en résulte que ces coupes doivent appartenir à l'usufruitier, sans qu'il y ait à distinguer si les taillis étaient ou non *aménagés* lors de l'ouverture de l'usufruit.

Si, à cette époque l'usufruitier ne trouvait aucun aménagement établi, par exemple, parce que le bois était récemment planté ou parce que le dernier propriétaire jouissant d'une manière abusive avait détruit lui-même les aménagements antérieurs, il devrait pour le mode d'exploitation suivre l'usage général des propriétaires possédant des fonds de même nature.

Les pépinières sont établies le plus souvent pour l'entre-

(*) Art. 590. — L. 9 § 6, 7, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 40 § 4, D. 18, 1, *De contr. empt.*

tient de la propriété, quelquefois dans le but d'obtenir un revenu annuel. Dans ce dernier cas l'usufruitier doit les exploiter de façon à laisser à la fin de son usufruit la même quantité de plantes d'âge et de force pour être vendues qu'il en a trouvées en entrant en jouissance. Dans le premier cas il ne pourra en employer les produits qu'à repeupler les taillis, à réparer les haies vives, et à remplacer les arbres qui viennent à manquer sur le domaine.

Assez communément, l'usufruitier ne peut arracher les plantes que lorsque la tige a une circonférence de 11 à 14 et même 20 centimètres, et une hauteur d'un mètre. Dans certains lieux, on ne peut transporter les arbres forestiers que lorsqu'ils ont 5 ans, et les arbres fruitiers que lorsqu'ils ont 6 ans; toujours à la condition de les remplacer par un nombre égal de nouvelles plantes (1).

192. Les bois de haute futaie ne sont pas considérés comme des fruits, et par conséquent l'usufruitier ne peut pas les exploiter.

Cependant

ART. 591. L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine (*).

Il faut pour cela qu'il s'agisse véritablement de coupes réglées. Des coupes faites sans ordre, sans suite ni méthode, pour donner satisfaction à la fantaisie ou à des besoins extraordinaires, pour empêcher les arbres de dépérir, etc., ne sauraient autoriser l'usufruitier à agir de la même manière. Du reste, la question de savoir si les coupes d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine, constituaient, de la part du propriétaire, la per-

(*) Art. 591. — L 9 § 6, 7, D. 4, 7, *De usuf.*

(1) CLÉMENT, *loc. cit.*, nº 13.

ception d'un revenu périodique, ce qui est l'essence d'une coupe réglée, constitue une question de fait qu'il appartient aux tribunaux de résoudre. Si néanmoins le propriétaire avait pour habitude de couper chaque année un certain nombre d'arbres de haute futaie épars sur la propriété, en les remplaçant par de jeunes plantes, l'usufruitier aurait le même droit, quoique, en principe, les art. 590 et 591 ne s'appliquent qu'aux forêts (1).

Mais,

ART. 592. Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres de haute futaie: il peut seulement employer, pour faire les réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident; il peut même, pour cet objet, en faire abattre s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire (*).

Il importe de remarquer que l'usufruitier ne peut pas s'approprier, même pour son chauffage, les arbres qui meurent, ni ceux qui sont arrachés ou brisés par accident. Il est seulement autorisé à les employer aux réparations dont il est tenu (2), ce qui laisse de côté les grosses réparations (3).

Toute contravention à la règle qui précède autoriserait le propriétaire à agir tout de suite en dommages contre l'usufruitier, sans attendre la cessation de l'usufruit (4), car le dommage peut être immédiatement apprécié, à la différence de ce qui a lieu en cas de coupe anticipée d'un bois taillis.

Les art. 591 et 592 ne s'appliquent qu'aux bois et forêts. Le nu-propriétaire a le droit de faire couper, sans indemnité, les arbres de haute futaie épars sur sa propriété, lorsqu'ils sont arrivés à maturité complète, sans devoir l'intérêt du prix à l'usufruitier. Ils constituent un capital que le nu-pro-

(*) Art. 592. — L. 11, 12 pr., D. 7, 1, *De usuf.*

(1) LAURENT, t. VI, n° 437; Comp. Angers, 28 nov. 1878, D. 80, 2, 86.

(2) Toulouse, 23 mai 1881, S. 81, 2, 141.

(3) Paris, 27 mai 1878, D. 78, 1, 362.

(4) Bourges, 15 juill. 1873, s. Cass., S. 75, 1, 265.

priétaire a le droit d'encaisser à l'époque voulue, celle de la pleine maturité, passée laquelle arrive la période de dépérissement et de diminution de valeur (1).

193. Dans la pratique, on admet encore le même droit pour le propriétaire quand il s'agit d'abattre des arbres épars dans les champs, nuisibles aux récoltes, et à la conservation desquels l'usufruitier n'a aucun intérêt, ou bien si le propriétaire, obligé de faire de grosses réparations nécessaires, veut y employer du bois provenant du domaine. Il serait absurde de le forcer à aller acheter des bois semblables à ceux qu'il a chez lui.

L'usufruitier, du reste, en vertu d'un motif analogue, ne sera pas obligé d'aller se procurer ailleurs des échalas :

ART. 593. Il peut prendre, dans les bois, des échalas pour les vignes ; il peut aussi prendre, sur les arbres, des produits annuels ou périodiques; le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires (*).

Si l'usufruitier ne prend pas ses échalas dans les coupes régulières qu'il a le droit de faire, il ne peut les prendre que pour les vignes dépendant du domaine soumis à l'usufruit.

Il peut prendre sur les arbres non seulement les fruits proprement dits, mais encore certains produits tels que : les feuilles des mûriers, des ormes, des frênes, les fleurs des tilleuls, les glands, les faînes, la coupe des oseraies, les branches des arbres, etc.

L'usufruitier, en effet, a généralement, d'après les usages, droit aux *coupilles* ou *chutes* provenant de l'ébranchage des arbres. Il peut couper les oseraies tous les trois ans; l'ébranchage a lieu ordinairement tous les cinq ou six ans pour les bois tendres, tels que : tilleuls, peupliers, aulnes, bois blancs; et tous les neuf ou douze ans pour les bois durs, tels que : chêne, charme, hêtre. Quant aux haies, on a

(*) Art. 593. — L. 10, D. 7, 1, *De usuf.*
(1) Voy. Amiens, 6 fév. 1889, *Rec. d'Amiens*, 89, 80.

l'habitude de les élaguer tous les quatre ou cinq ans (1).

Enfin,

ART. 594. Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres (*).

Cette règle ne concerne que les arbres plantés par la main de l'homme, et non les arbres fruitiers sauvages qui naissent spontanément.

Par arbres fruitiers, il faut entendre ceux dont les fruits servent à la nourriture de l'homme. Une vigne ne peut être considérée comme un arbre ; si la vigne vient à mourir, l'usufruitier n'est pas tenu de la replanter.

194. La jouissance appartenant à l'usufruitier s'étend naturellement sur tout ce qui vient augmenter le fonds ou le capital soumis à l'usufruit. La loi fait une application de ce principe à l'alluvion :

ART. 596. L'usufruitier jouit de l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit (**).

Cette disposition ne saurait être étendue ni à l'ile qui se formerait dans le lit de la rivière, car elle constitue une propriété distincte du fonds:

Ni aux terres d'avulsion entraînées vers le fonds soumis à l'usufuit.

Mais il pourra réclamer son droit de jouissance sur le lit abandonné par un fleuve ou par une rivière qui envahit ce fonds. L'usufruitier qui souffre de l'envahissement doit obtenir par une juste compensation la jouissance du lit abandonné, de même que le nu-propriétaire en obtient la nue-propriété.

195. En vertu du principe dont l'art. 596 n'est qu'une application, il faut encore décider que les primes de remboursement et les lots attachés aux obligations émises par certaines sociétés ou compagnies, doivent profiter au propriétaire pour

(*) Art. 594. — L. 12, D. 7, 1, *De usuf.*
(**) Art. 596. — L. 9 § 4, D. 7, 1, *De usuf.*
(1) Voy. CLÉMENT, *loc. cit.*, n° 14.

la nue-propriété et à l'usufruitier pour la jouissance : « Attendu, comme le dit la Cour de cassation, que cette prime *forme un surcroît* du capital, qui appartient au nu-propriétaire de l'obligation, et dont la jouissance seule peut être réclamée par l'usufruitier (1). »

Cependant certaines décisions refusent tout droit à l'usufruitier, sous prétexte que le lot ou la prime n'est pas un fruit, mais un *donum fortunæ* comme le trésor (2). Mais il y a cette différence avec le trésor qu'on ne paie rien pour acquérir ce dernier, tandis que pour acquérir la chance de gagner la prime de remboursement ou le lot, on paie une somme égale à la retenue faite chaque année sur les intérêts de l'obligation (3).

Comme cette retenue sur les intérêts annuels *paraît* être effectuée aux dépens de l'usufruitier, une opinion s'est produite qui attribue à l'usufruitier la propriété même du lot ou de la prime de remboursement (4).

En principe, cette solution est inadmissible; *l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont* (art. 600); voilà la règle. Les valeurs à lots ou à prime existant au moment de l'ouverture de l'usufruit, ne sont frugifères, pour l'usufruitier, que dans la mesure de l'intérêt annuel qu'elles produisent. Les circonstances qui ont déterminé le taux de cet intérêt lui sont étrangères, et il serait inexact de prétendre qu'il subit un *retranchement*. Il n'a jamais eu aucun droit sur la retenue opérée.

Cependant on pourrait soutenir qu'il en doit être autrement pour les valeurs à lots ou à prime que l'usufruitier aurait

(1) Cass. 14 mars 1877, S. 78, 1, 1 ; Paris, 13 avr. 1878, S. 78, 2, 134.

(2) Lyon, 29 mai 1884, S. 85, 2, 79 ; Trib. Château-Thierry, 20 déc. 1882, S. 84, 2, 103.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1345.

(4) *Ibid.*

acquises lui-même, durant l'usufruit, dans le but de placer les capitaux dont il aurait obtenu le remboursement en qualité d'usufruitier. Comme dans ce cas il a choisi le placement, on peut dire qu'il supporte en réalité la diminution des intérêts.

Une espèce s'est présentée qui se rapproche beaucoup de l'hypothèse qui vient d'être examinée : il a été jugé que lorsqu'un usufruit porte sur des actions d'une société industrielle, et que l'usufruitier a consenti, dans l'intérêt de la société, à des retenues sur ses dividendes, ses héritiers ne peuvent prétendre à la propriété des actions émises par la société en représentation des capitaux constitués par les retenues opérées sur ces dividendes (1). La Cour se fondait principalement sur le principe de l'art. 599 qui ne permet pas à l'usufruitier de réclamer une indemnité pour les améliorations apportées à la chose objet de l'usufruit. Mais l'art. 599 n'avait rien à faire dans la question. La Cour ajoutait qu'il devait en être ainsi, alors surtout que l'usufruitier avait pris part au vote des statuts stipulant que les actions nouvelles appartiendraient aux actionnaires. Cette circonstance suffisait pour avoir constitué l'usufruitier gérant d'affaires pour le compte du nu-propriétaire. Mais, différemment, l'usufruitier aurait dû profiter exclusivement d'une valeur créée avec ses économies.

196. Quant aux droits réels accessoires que le propriétaire du fonds pouvait invoquer, il va de soi que l'usufruitier doit pouvoir les invoquer aussi :

ART. 597. Il jouit des droits de servitude, de passage, et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire lui-même (*).

Aucun doute n'était possible sur ce point, et une disposition particulière à cet égard était inutile.

(*) Art. 597. —L. 12, D. 8, 5, *Comm. præd.;* L. 2, D. 7, 6, *Si usus petatur.*

(1) Paris, 1er juill. 1887, D. 88, 2, 243.

Il est reconnu que l'usufruitier jouit, à l'exclusion du nu-propriétaire, du droit de chasser sur les terres soumises à son usufruit, mais sans pouvoir *détruire* le gibier.

Il faut tenir compte toutefois des règles particulières concernant l'exercice de certains droits.

Ainsi le droit de requérir l'acquisition intégrale d'un immeuble partiellement exproprié, conformément à l'art. 50 de la loi du 3 mai 1841, n'appartient qu'à celui qui a la pleine propriété de cet immeuble. En conséquence cette réquisition ne peut être faite par l'usufruitier sans le consentement et, à plus forte raison, malgré l'opposition du nu-propriétaire, et réciproquement (1).

Il a encore été décidé que, lorsqu'il s'agit d'une parcelle de terre située dans une commune riveraine de la mer, si l'usufruitier et le nu-propriétaire habitent l'un et l'autre en dehors de la commune, le droit de prendre part à la récolte du warech ou goëmon de rive appartient à l'usufruitier, à l'exclusion du nu-propriétaire (2).

197. En ce qui concerne les mines et carrières, l'application de la règle formulée par l'art. 597 pouvait soulever des difficultés.

Sous l'empire des principes de la loi du 28 juillet 1791, aujourd'hui abandonnés, on considérait les mines comme étant l'accessoire de la propriété du sol, et le propriétaire de la surface avait seul le droit de les exploiter jusqu'à une certaine profondeur (n° 130). Ce point de vue permettait de se demander ce qu'il adviendrait d'une mine exploitée dans un sol grevé d'usufruit?

A la question ainsi posée, voici comment répondait le Code civil antérieurement à la loi du 21 avril 1810, pour fixer les droits de l'usufruitier :

(1) Cass. 22 fév. 1886, D. 86, 1, 380.
(2) Caen, 13 nov. 1885, S. 87, 2, 161.

ART. 598. Il jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit ; et néanmoins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du gouvernement. — Il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit (*).

Il faut, pour le moment, laisser de côté ce qui concerne les carrières.

En tant qu'il s'applique aux mines, l'art. 598 se bornait, en définitive, à rechercher quelle était la destination du fonds soumis au droit d'usufruit, s'il était ou non destiné à donner des produits miniers. Si la mine était déjà ouverte avant la constitution de l'usufruit, l'usufruitier avait droit aux produits ; si la mine n'était ouverte qu'après la constitution de l'usufruit, l'usufruitier n'avait aucun droit aux produits. Cette solution reposait donc sur cette idée, que la mine était un accessoire du fonds.

Mais la loi de 1810 a complétement séparé, comme on l'a vu plus haut (nos 131 et 132), la propriété de la mine et la propriété du sol. La mine n'est donc plus un accessoire du sol, et par conséquent l'usufruit constitué sur le sol ne peut donner aucun droit sur les produits de la mine, que celle-ci soit ouverte avant ou après l'établissement de l'usufruit (1). Sous ce rapport la distinction résultant de l'art. 598 n'a plus aujourd'hui aucune application.

Il n'y a que deux situations à envisager :

1° Celle où un usufruit est directement constitué sur une mine;

2° Celle où un usufruit est constitué sur un sol auquel pourrait être due une redevance minière.

198. Examinons d'abord la première hypothèse.

(*) Art. 598. — L. 9 § 2, 3, L. 13 § 6, 6, D. 7, 1, *De usuf.*
(1) GAUTIER, *loc. cit.*, p. 386.

Un droit d'usufruit peut être directement constitué sur une mine par le concessionnaire lui-même, peu importe que ce dernier soit ou ne soit pas propriétaire de la surface. Cette constitution peut être faite à titre particulier, comme elle peut résulter d'une disposition universelle par laquelle un propriétaire attribuerait à un tiers l'usufruit de tous ses biens au nombre desquels se trouverait une mine concédée et exploitée.

Dans les deux cas l'usufruitier ayant le droit de jouir comme le propriétaire lui-même, succède au droit d'exploitation.

Il n'a plus besoin d'obtenir la permission du gouvernement pour jouir de ce droit, la loi du 21 avril 1810 ayant placé les mines sous l'empire du droit commun. Cependant la disposition finale de l'art. 7 de cette loi porte qu'une mine ne peut être vendue par lots ou partagée sans autorisation. Cette disposition a pour but d'empêcher les exploitations partielles qui pourraient compromettre le sort de la mine. Il suit de là que si l'usufruit était constitué *sur une partie* seulement de la mine, comme une exploitation partielle pourrait en être la conséquence, l'autorisation du gouvernement serait nécessaire.

L'art. 598 n'attribue à l'usufruitier la jouissance des mines que si elles sont *en exploitation* à l'ouverture de l'usufruit. D'où la question suivante :

L'usufruitier appelé par une disposition générale à jouir de tous les biens du disposant et qui trouve dans les biens de ce dernier une concession de mine dont l'exploitation n'a pas été commencée, pourrait-il prétendre au droit d'exploiter lui-même comme usufruitier? Il faut répondre que c'est là une question d'intention (1).

L'usufruitier de la mine devra l'exploiter dans les mêmes

(1) DEMOLOMBE, t. X, n° 432 ; Lyon, 1er juill. 1840, S. 41, 1, 34.

conditions que le propriétaire lui-même. Il pourra faire toute sorte de travaux et ouvrir de nouveaux puits. Il ne sera pas libre de suspendre les travaux ou de restreindre l'entreprise, car le propriétaire ne le pourrait sans engager sa responsabilité (L. 21 avril 1810, art. 49 et 50). Si donc il fait les dépenses que le propriétaire aurait pu être obligé de faire pour assurer la continuité de l'exploitation, il pourra, croyons-nous, en obtenir le remboursement, au moins à concurrence de la plus-value, car il ne s'agit pas ici d'*améliorations* dans le sens de l'art. 599. Il pourrait aussi se soustraire à la nécessité de supporter ces dépenses, en renonçant à son usufruit sur la mine (arg. art. 699).

199. La seconde situation à examiner est celle où un usufruit est constitué sur un sol auquel pourrait être due une redevance minière. Nous savons en effet que cette redevance est immobilière et qu'elle demeure attachée en quelque sorte à la surface (n° 133).

Cette redevance n'est pas à proprement parler un fruit, elle représente plutôt une portion du fonds lui-même (1). A cause de cela quelques auteurs n'accordent à l'usufruitier que les intérêts de la redevance (2). Mais comme la redevance représente une part des produits que l'art. 598 assimile aux fruits, elle est d'après l'opinion commune et, à raison de sa périodicité, attribuée à l'usufruitier de la surface dont elle augmente le revenu. Dans quels cas cette attribution a-t-elle lieu?

Deux hypothèses seulement sont à prévoir :

1° *La mine exploitée par un tiers était déjà ouverte au moment où a commencé l'usufruit sur la surface.* Dans ce cas, l'usufruitier percevra la redevance annuelle pendant la durée de l'usufruit;

(1) En ce sens, Lyon, 7 juin 1882, D. 84, 2, 22.
(2) GAUTIER, *loc. cit.*, p. 316.

2° *La concession de la mine a eu lieu postérieurement à la constitution de l'usufruit.* Il résulte de l'art. 598 que l'usufruitier n'ayant aucun droit sur les mines qui n'étaient pas encore en exploitation quand son usufruit a pris naissance, n'a aucun droit sur la redevance.

Les minières sont régies par les mêmes principes que les mines.

200. *Carrières et tourbières.* — L'exploitation des carrières et tourbières n'étant qu'un mode particulier de l'exploitation de la surface, l'art. 598 n'est pas, à ce point de vue, modifié par la loi de 1810. Il devra donc être appliqué purement et simplement.

L'usufruitier ne pourrait donc se livrer à l'exploitation d'un filon ou d'une carrière découverte postérieurement à la naissance de son droit, car ce serait altérer la substance de la chose. Nous pensons néanmoins qu'il pourrait ouvrir une marnière pour amender le fonds dans lequel elle se trouverait, pourvu que l'affouillement de la marnière ne compromette pas l'aménagement général de l'exploitation tel qu'il a été réglé par le maître du fonds. Nous pensons encore que l'usufruitier pourrait tirer du fonds des pierres et matériaux pour effectuer les réparations dont il est tenu (1). Ce n'est pas là, en effet, ouvrir une exploitation, et il serait absurde d'obliger l'usufruitier d'aller acheter peut-être assez loin et à grands frais, les matériaux dont il a besoin et qu'il a sous la main. L'esprit de la loi n'est pas contraire à cette extension de la jouissance de l'usufruitier. Ce que la loi ne permet pas à l'usufruitier, c'est de commencer une véritable exploitation.

201. Mais le propriétaire lui-même pourrait-il, après le commencement de l'usufruit, ouvrir une exploitation sur le fonds grevé de cet usufruit?

(1) DEMOLOMBE, t. X, n° 433 et les autorités citées ; BURY, *Législ. des mines*, n° 1309, cité par BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1598, n° 11 ; *Contrà* LAURENT, t. VI, n° 454.

La solution de cette question se trouve implicitement contenue dans le texte suivant :

ART. 599 § 4. Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier.

A la rigueur, ce paragraphe était inutile. Nous savons en effet que l'usufruit est un droit réel, opposable à tous. Nous avons dit qu'au droit réel correspondait *le devoir* (n° 3), sorte d'obligation impersonnelle et négative, pesant sur tout le monde, de ne rien faire contre le droit réel. Ce que dit l'art. 599 du nu-propriétaire est vrai de tout le monde, et n'est pas plus vrai pour le propriétaire que pour le premier venu. Seulement, la loi a voulu insister et dire, surabondamment, que ce nu-propriétaire, quoique propriétaire, n'était pas, sous ce rapport, distingué des autres, et devait, comme tout autre, ne rien faire contre le droit de l'usufruitier.

Il est donc bien certain qu'il ne pourrait pas, en principe, commencer une exploitation qui nuirait à l'usufruitier. Il faut cependant faire une précision : s'il s'agissait d'exploiter une mine, puisque l'exploitation peut être concédée à un tiers à l'encontre du propriétaire lui-même, elle peut à plus forte raison être concédée à l'encontre de l'usufruitier. Or, si elle peut être concédée à un tiers à l'encontre de l'usufruitier, il n'y a pas de raison pour que le tiers-concessionnaire ne soit pas le nu-propriétaire lui-même.

Mais s'il s'agissait d'une exploitation libre, pour laquelle aucune concession n'est nécessaire, par exemple, de l'exploitation d'une carrière découverte après le commencement de l'usufruit, il est manifeste que le nu-propriétaire ne pourrait pas l'entreprendre malgré l'usufruitier, il devrait prendre des arrangements avec lui, et l'intérêt de ce dernier lui commanderait de se mettre d'accord avec le nu-propriétaire.

202. Le nu-propriétaire, qui doit s'abstenir de tout acte contraire ou nuisible aux droits de l'usufruitier, peut au contraire faire tous les actes ayant pour objet la conservation

de la chose. Ces actes profitent indirectement à l'usufruitier. Néanmoins, le nu-propriétaire ne pourra rien réclamer de ce chef à l'usufruitier.

ART. 599 § 2. De son côté, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruitier, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. — Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état (*).

Il n'y a pas de difficulté pour l'application du dernier paragraphe, mais il n'en est pas de même en ce qui concerne le précédent qui donne lieu à une question fort débattue.

Nous voyons que l'usufruitier ne peut prétendre à aucune indemnité au sujet des *améliorations*, c'est l'expression dont se sert le législateur, qu'il aurait faites à la chose. La question est de savoir s'il faudrait adopter la même solution dans le cas où il aurait fait, non pas de simples améliorations, mais des *constructions*.

203. Certains auteurs n'hésitent pas à adopter l'affirmative, car le mot *amélioration*, employé dans son sens large, leur paraît comprendre même les constructions, comme le prouve l'art. 2133; tant pis pour l'usufruitier qui savait à quoi il s'exposait en construisant. Le propriétaire a donc le droit de garder, sans indemniser l'usufruitier, les constructions que celui-ci a faites, et l'usufruitier, de son côté, n'a pas le droit de les enlever, même en rétablissant les lieux dans leur premier état. La jurisprudence paraît vouloir se prononcer dans ce sens (1).

Mais d'autres jurisconsultes pensent au contraire que les constructions faites par un usufruitier sont régies, non par

(*) Art. 599. — L. 16 § 6, 7; L. 16, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 12, D. 33, 2, *De usu et usuf. leg.*

(1) PROUDHON, *De l'usufruit*, t. III, nos 1435, 1451; DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, nos 190, 192; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, no 1337; Cass. 4 nov. 1885, S. 86, 1, 113; Comp. Besançon, 5 avr. 1887, S. 89, 2, 62.

l'art. 559, mais par l'art. 555, et que, par suite, le propriétaire ne peut les conserver qu'à la condition de payer à l'usufruitier, assimilé à un possesseur de mauvaise foi, ce qu'elles lui ont coûté. En effet, dit-on, l'équité proteste contre le refus de toute indemnité à l'usufruitier qui a élevé des constructions peut-être considérables; il est puéril d'insister sur le mot *amélioration* fort improprement employé par l'art. 2133 pour prétendre que ce mot comprend même les constructions. Enfin, on ne peut pas dire que l'usufruitier est censé avoir voulu faire une libéralité au nu-propriétaire, puisque le droit moderne n'admet plus les présomptions de donation (1).

Une troisième opinion enseigne que les constructions faites par l'usufruitier ne peuvent tomber sous l'application de l'art. 599, parce que ce ne sont pas des améliorations, et que l'art. 555 est inapplicable parce que l'usufruitier n'est pas le possesseur de mauvaise foi évincé dont parle cet article. Par conséquent, si le propriétaire l'exige, il devra démolir les constructions et rétablir les choses dans leur ancien état; il a même le droit de démolir pour rétablir l'état ancien. Par conséquent, si le propriétaire tient à conserver les constructions, il devra s'entendre à l'amiable avec l'usufruitier (2).

204. Nous croyons ce dernier système préférable. Mais il doit être amendé en ce qu'il s'applique, sans distinction, à toutes les constructions. Voici donc celui que nous proposons :

Le principe de solution nous paraît devoir se trouver dans la combinaison des deux points suivants qui sont au-dessus de toute controverse :

1° L'usufruitier doit conserver la substance; s'il la dénature, la cessation de l'usufruit peut être prononcée pour abus de jouissance, en vertu de l'art. 618;

(1) DUVERGIER sur TOULLIER, t. II, n° 427 ; DEMOLOMBE, t. X, n° 643; t. XI, n°s 695, 696. Cass. Belge, 27 janv. 1887, S. 87, 4, 29.
(2) LAURENT, t. VI, n°s 487 à 490.

2° L'usufruitier a incontestablement le droit d'améliorer le fonds, en respectant la substance.

Or, de quelles améliorations parle l'art. 599 § 2 ? N'est-il pas évident qu'il parle uniquement des améliorations que l'usufruitier a eu le droit de faire parce qu'elles ne portaient pas atteinte à la substance ? Evidemment, et personne n'oserait soutenir le contraire.

Mais on suppose que l'usufruitier a fait des constructions... Et d'abord avait-il le droit de les faire?

Oui, si ces constructions constituent une amélioration du fonds ; non, dans le cas contraire.

C'est qu'en effet, il y a deux espèces de constructions ; il y en a qui ont le caractère d'améliorations, il en est d'autres qui n'ont pas ce caractère. La distinction était faite par le droit romain ; ainsi Ulpien déclare que l'usufruitier n'a pas le droit d'élever des constructions sur le fonds, à l'exception de celles qui seraient nécessaires pour loger la récolte : *nec ædificium quidem positurum in fundo, nisi quoad fructum percipiendum necesse sit* (1).

N'est-il pas manifeste que les constructions nécessaires pour loger les récoltes sont une amélioration du fonds, puisque l'usufruitier avait le droit de les faire. Or, c'est aux constructions de cette nature que nous appliquerons l'art. 599 et nous dirons : L'usufruitier ne peut prétendre aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, quand même ces améliorations consisteraient dans des constructions qu'il avait le droit d'établir en sa qualité d'usufruitier (2). De plus il ne pourra pas enlever ces constructions, c'est-à-dire détruire une amélioration qu'il a entendu procurer au fonds d'une manière définitive et irrévocable. Il sera d'ailleurs largement indemnisé, si l'usufruit dure assez long-

(1) L. 13 § 6, D. 7, 1, *De usuf.*
(2) Comp. Besançon, 5 avr. 1887, S. 89, 2, 62.

temps, par l'augmentation obtenue dans la jouissance, l'utilité, l'agrément, l'économie, etc.

Supposons maintenant qu'il s'agisse de constructions ayant pour effet de détruire ou tout au moins de modifier la substance de la chose; l'usufruitier avait-il, en cette qualité, le droit de les élever? Evidemment non; ainsi, par exemple, un usufruit a été constitué sur un champ cultivé en potager; l'usufruitier arrache les plantations et élève une maison sur le champ dont il s'agit. Il a, par le fait, détruit la substance; le nu-propriétaire agissant en vertu de l'art. 618 peut faire prononcer contre lui la cessation de l'usufruit pour abus de jouissance. Qui oserait soutenir qu'une construction ayant détruit la substance de la chose peut être considérée comme une amélioration de cette même chose? La situation ne peut donc être régie par l'art. 599. Sera-t-elle régie par l'art. 555? Mais si on assimile ainsi l'usufruitier au possesseur de mauvaise foi, il en résultera que l'usufruitier qui a détruit la substance par une construction, sera mieux traité que l'usufruitier qui l'a améliorée au moyen d'une construction puisqu'il obtiendra une indemnité.

La vérité est que l'usufruitier qui a construit en changeant ainsi la substance de la chose, n'a pas construit pour le fonds, mais pour lui-même, pour jouir à sa fantaisie pendant la durée de l'usufruit, et sous la réserve de remettre la chose en son état ancien en reprenant les matériaux. Le nu-propriétaire a en quelque sorte accepté cette réserve implicite en n'agissant pas immédiatement pour faire prononcer la déchéance de l'usufruit.

La condition du possesseur de mauvaise foi est différente; il a construit pour le fonds, définitivement, dans la pensée qu'il en deviendrait peut-être propriétaire. Il n'a donc pas le droit d'enlever la construction si le propriétaire veut le garder, mais il peut alors obtenir une indemnité, car on ne peut s'enrichir à ses dépens.

La conclusion, c'est que le propriétaire et l'usufruitier auront intérêt à s'entendre à l'amiable, sinon l'usufruitier démolira les constructions pour profiter des matériaux, et rétablira les lieux dans leur ancien état.

Cette nécessité d'un accord amiable sera surtout manifeste si l'usufruitier a édifié les constructions partie sur le fonds soumis à son usufruit, et partie sur un sol lui appartenant. Dans ce cas il n'y a pas d'indivision et par conséquent, à la fin de l'usufruit, il n'y aura pas lieu à licitation. Une Cour a jugé qu'alors il y aurait lieu de prescrire la vente simultanée des constructions avec le sol sur lequel elles reposent pour, le prix de la vente, être attribué aux intéressés proportionnellement à leurs droits (1). Rien de mieux si les parties sont d'accord pour recourir à un tel expédient, mais il n'est pas possible de le leur imposer et de faire subir au nu-propriétaire une véritable expropriation pour légitimer en quelque sorte l'empiètement commis par l'usufruitier.

Enfin, quel que soit le système qu'on adopte sur l'application de l'art. 599 aux constructions, il faut remarquer que cet article régit uniquement les rapports du nu-propriétaire avec l'usufruitier lui-même et non avec les tiers. Ainsi le mari d'une femme usufruitière qui a élevé des constructions sur le sol dont sa femme avait l'usufruit, est un tiers au regard du nu-propriétaire, lors même qu'il aurait agi en qualité de chef de la communauté, et il pourra se prévaloir de l'art. 555 (2).

§ 3. — Droit d'administration et de disposition de l'usufruitier ; actions qui lui appartiennent.

205. — Droit d'administration appartenant à l'usufruitier ; baux des immeubles, art. 595.

(1) Besançon, 5 avr. 1887, S. 89, 1, 62.
(2) Dijon, 1er mars 1891, D. 91, 2, 332.

206. — Autres actes passés par l'usufruitier.
207. — Droit de disposition appartenant à l'usufruitier.
208. — Conséquences de l'aliénation de l'usufruit.
209. — Actions appartenant à l'usufruitier.
210. — Dans quelle mesure l'usufruitier universel peut exercer les actions qui appartenaient au constituant.

205. Le droit de jouissance appartenant à l'usufruitier implique naturellement le droit d'administration. L'usufruitier administre pour son compte et non pour celui du nu-propriétaire qu'il ne représente pas, si ce n'est pour les actes relatifs à la conservation de la chose.

Dans le cas où l'usufruit est constitué par testament, le testateur ne pourrait pas séparer l'administration de la jouissance pour l'attribuer à une personne autre que l'usufruitier; quand même ce dernier serait mineur. Au nom de qui, en effet, cet administrateur administrerait-il? Au nom du testateur défunt? Cela n'est pas possible. Au nom de l'usufruitier majeur? Mais une personne ne peut être représentée que par un mandataire constitué par elle-même. Quant à l'usufruitier mineur il n'a d'autres représentants que ceux que la loi lui donne (1).

L'usufruitier a donc nécessairement le droit d'administrer; il a par conséquent le droit de passer des baux :

ART. 595. L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme à un autre, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit. S'il donne à ferme, il doit se conformer, pour les époques où les baux doivent être renouvelés, et pour leur durée, aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de la femme, au titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux* (*).

Autrefois les baux passés par l'usufruitier prenaient fin en même temps que son usufruit. Le locataire ou fermier pouvait seulement exiger qu'on le laissât achever l'année

(*) Art. 595. — GAI. II, § 30; L. 12, § 2, L. 67, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 9, § 1, D. 19, 2, *Loc. cond.*; L. 25 § 4, D. 24, 3, *Solut. matrim.*
(1) Voy. Cass. 10 mai 1867, D. 67, 1, 200.

courante, et réciproquement on pouvait exiger de lui qu'il l'achevât (1).

Le Code civil est allé plus loin et peut-être trop loin. Pour faciliter la conclusion des baux à des conditions plus avantageuses, il a autorisé l'usufruitier à passer des baux n'excédant pas neuf ans. Un nouvel acte de bail ne pourra pas intervenir plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux et plus de deux ans avant la même époque s'il s'agit de maisons. De cette manière le nu-propriétaire, ce qui est encore excessif, ne peut jamais être lié pour plus de douze ans, s'il s'agit d'une ferme et de onze ans s'il s'agit d'une maison.

En principe le nu-propriétaire ne peut attaquer qu'à la cessation de l'usufruit les baux faits par l'usufruitier en violation des dispositions de la loi. Cependant le nu-propriétaire pourrait agir immédiatement si les clauses du bail lui causaient d'ores et déjà un préjudice actuel, et constituaient de la part de l'usufruitier bailleur un véritable abus de jouissance (2).

Dans tous les cas, la nullité des baux fondés sur la fraude ou la violation de la loi, en ce qui touche leur durée et l'époque de leur renouvellement est purement relative, le nu-propriétaire seul peut l'invoquer (3).

206. Il a fallu une disposition formelle pour qu'un bail d'immeubles passé par l'usufruitier pût être opposé au nu-propriétaire pour une période quelconque postérieure à la cessation de l'usufruit. Cette solution ne pourrait être étendue à aucune autre hypothèse. De ce que l'usufruitier administre uniquement pour son compte, et ne représente pas le nu-propriétaire, il suit que tous les actes par lui passés doi-

(1) POTHIER, *Douaire*, n° 270 ; *Louage*, n°s 312 et 315.
(2) Poitiers, 22 mars 1881, D. 81, 2, 150.
(3) Douai, 18 mars 1852, D. 53, 2, 20 ; Trib. civ. Seine, 8 déc. 1885, *Gaz Pal.*, 86, Suppl. 66.

vent forcément, sauf l'unique exception admise par la loi, cesser de produire leurs effets au moment même où l'usufruit prend fin.

Ainsi, le contrat par lequel l'usufruitier d'un immeuble en a assuré la récolte contre la grêle pour une période fixe, est néanmoins subordonné à la condition d'une durée égale de son usufruit, et par conséquent se trouve virtuellement résolu par le décès de l'usufruitier arrivé avant l'expiration du terme de cette période (1).

Ainsi encore les baux ou locations que l'usufruitier pourrait consentir sur des objets mobiliers, cesseront en même temps que cessera l'usufruit. La même solution sera applicable aux baux des animaux. Cependant s'il s'agissait d'un troupeau donné à bail avec un bien rural, le bail de ce troupeau étant un accessoire du bail du bien rural devra durer aussi longtemps que ce dernier bail (2). C'est la loi territoriale et non la loi nationale de l'usufruitier étranger qui doit être appliquée pour tout ce qui concerne la nature et la durée des baux (3).

207. Le droit d'usufruit faisant partie du patrimoine de l'usufruitier peut être aliéné par lui, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, de même qu'il peut être saisi par ses créanciers et vendu à leur requête.

Il n'est plus nécessaire aujourd'hui de faire remarquer que ce n'est pas seulement l'exercice du droit, mais le droit lui-même qui entre dans le patrimoine de l'acquéreur, tel qu'il existait dans celui de l'aliénateur et toujours soumis par conséquent aux mêmes chances originaires d'extinction.

L'aliénation ou vente de l'usufruit peut résulter soit d'une convention formelle insérée dans un contrat ordinaire, soit d'une procédure impliquant nécessairement l'intention de

(1) Cass. 9 nov. 1887, S. 89, 1, 273.
(2) LAURENT, t. VI, n° 473.
(3) LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. VII, p. 411.

l'aliéner. Ainsi l'usufruitier d'une maison qui a conféré hypothèque, conjointement avec le nu-propriétaire, sur la pleine propriété de cette maison, qui l'a laissé saisir, qui a ensuite provoqué la conversion de la vente forcée en vente volontaire, et qui finalement l'a laissé adjuger sans réclamation, doit être considéré comme ayant mis en vente et vendu son droit d'usufruit (1).

208. L'usufruitier qui a vendu son droit a fait réellement sortir de son patrimoine le droit aliéné; il n'est plus usufruitier et demeure désormais complétement étranger à l'usufruit; sa personne ne sera plus envisagée que pour apprécier les chances d'extinction de l'usufruit.

Il suit de là que le ci-devant usufruitier qui a cédé son droit ne répond pas, vis-à-vis du nu-propriétaire à qui, personnellement, il ne devait rien, de la mauvaise gestion du cessionnaire (2).

C'est le cessionnaire qui est véritablement devenu usufruitier, c'est-à-dire investi d'un droit dont les chances d'extinction continuent de reposer sur la tête de l'ancien usufruitier; il transmettra ce droit à ses propres héritiers, il pourra l'aliéner à son tour dans les mêmes conditions, et l'hypothéquer s'il porte sur un immeuble.

Il pourra en outre intenter toutes les actions qui appartenaient à l'usufruitier et destinées à assurer l'usage et la jouissance de la chose objet du droit transmis.

209. Quelles sont ces actions?

La principale est d'abord l'action confessoire ayant pour but spécial de faire reconnaître le droit d'usufruit et d'en procurer le libre exercice, peu importe que l'obstacle ou le trouble apporté à ce libre exercice provienne du nu-propriétaire ou d'un tiers.

(1) Cass. 28 mai 1877, D. 77, 2, 496.

(2) LAURENT, t. VI, n° 476; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. X, n° 363; AUBRY et RAU, § 230.

Le défendeur à cette action devra restituer les fruits et autres profits dont le trouble ou l'empêchement a pu priver l'usufruitier. L'action confessoire, en effet, doit procurer à l'usufruitier les mêmes avantages que la revendication au propriétaire.

Cette action peut être intentée, même après l'extinction de l'usufruit, par exemple quand elle a pour but, de la part des héritiers de l'usufruitier, de faire constater l'existence au profit de leur auteur d'un droit d'usufruit dont ce dernier a été privé de son vivant, et dont ils réclament l'émolument.

La possession de l'usufruit, quand il porte sur un immeuble, est également garantie par les actions possessoires. Ces actions peuvent être dirigées non seulement contre les tiers, mais aussi contre le propriétaire. Presque toujours le même fait constituera un trouble vis-à-vis de l'usufruitier quant à la possession de son droit d'usufruit et vis-à-vis du nu-propriétaire quant à la possession corporelle de la chose dans laquelle il est représenté par l'usufruitier. Voilà pourquoi l'art. 614 oblige l'usufruitier à dénoncer toute espèce d'usurpation au propriétaire; mais ce n'est pas pour lui refuser l'exercice des actions possessoires (1).

On a soutenu que l'usufruitier a un mandat tacite du propriétaire pour poser tous les actes conservatoires de la chose sujette à l'usufruit, qu'il est en quelque sorte le représentant légal du nu-propriétaire et qu'à ce titre il aurait qualité pour intenter même une action en revendication (2).

Nous croyons aussi que l'usufruitier pourrait intenter une action en revendication au sujet, par exemple, d'un terrain usurpé, mais en tant que cette action se confondrait avec son action confessoire. Il peut aussi faire tous les actes conservatoires, mais uniquement pour assurer l'intégrité de son droit. Il ne représente le nu-propriétaire ni en vertu d'un

(1) MOLITOR, *Possession*, p. 172.
(2) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 599, n° 4.

mandat tacite qui ne résulte de rien, ni en vertu d'un mandat légal qu'on ne trouve nulle part dans la loi (1).

Par conséquent la décision intervenue entre lui et les tiers au sujet de la chose soumise à l'usufruit, n'aura jamais force de chose jugée à l'égard du nu-propriétaire qui n'aurait pas été mis en cause. Ainsi, par exemple, l'usufruitier a l'action en bornage contre le propriétaire ou l'usufruitier du fonds voisin, le bornage sera obligatoire pour lui, mais ne pourra l'être pour le nu-propriétaire (2).

210. L'usufruit constitué sur un objet particulier porte également sur toutes les actions attachées à cet objet, mais l'usufruit universel constitué sur tous les biens d'une personne ne comprend pas toutes les actions appartenant au *de cujus*.

L'usufruitier, même universel, n'est en effet qu'un successeur particulier. Par conséquent il ne peut, à ce titre, exercer généralement les actions diverses dépendant de la succession du *de cujus* (3), mais seulement celles qui ont pour objet la réalisation des droits compris dans l'usufruit, avec tous leurs accessoires, tels que privilèges, hypothèques ou cautionnements ; il pourra notamment intenter l'action en résolution d'une vente pour non paiement du prix (4).

Quant aux actions qui tendraient à faire rentrer dans l'hérédité du constituant des biens qui ne s'y trouvaient plus au moment de l'ouverture de la succession, elles appartiennent uniquement à l'héritier qui seul a le droit de prendre un parti à cet égard. Ainsi l'usufruitier ne saurait exercer l'action en rescision pour cause de lésion en matière d'immeubles, ni les actions en nullité pour vices du consentement, d'un contrat

(1) LAURENT, t. VII, nos 46, 48.
(2) L. 4 § 9, D. 10, 1, *Fin. reg.*; GENTY, *Usufruit*, p. 192.
(3) PROUDHON, II, nos 475, 476 ; AUBRY et RAU, t. VII, § 716.
(4) Voy. PROUDHON, t. III, no 1415 ; Limoges, 9 avr. 1862, D. 62, 2, 95.

d'aliénation passé par le constituant, ni l'action en reméré (1).

Il ne pourrait pas non plus agir contre l'héritier nu-propriétaire pour le forcer à intenter ces actions, dans le but d'obtenir ensuite la jouissance du fonds qui serait ainsi recouvré (2).

SECTION II.

Des obligations de l'usufruitier.

§ 1er. — Obligations de faire inventaire et de fournir caution.

211. — Deux époques à distinguer en matière d'usufruit, art. 600.
212. — Nécessité d'un inventaire des meubles et d'un état des immeubles.
213. — Le titre constitutif peut-il contenir une dispense à cet égard?
214. — Nécessité d'une caution, art. 601.
215. — De la dispense de fournir caution.
216. — Dans quelle mesure cette dispense peut être révoquée.
217. — Jurisprudence sur ce point.
218. — Cas où l'usufruitier, non dispensé, ne trouve pas une caution, art. 602; conséquences générales.
219. — Conséquences spéciales quant aux meubles sujets à dépérissement, art. 603.
220. — Du retard de donner caution, art. 604.

211. En matière d'usufruit, il importe de distinguer deux époques : 1° Le moment où le droit prend naissance; 2° le moment où, en fait, il peut être utilisé, exercé par le titulaire. Ces deux époques sont nettement indiquées dans le texte suivant :

ART. 600. L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont; mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit (*).

(*) Art. 600. — L. 65 § 1, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 12, D. 33, 2, *De usu et usuf. leg.*

(1) Voy. PROUDHON, n° 1414; AUBRY et RAU, t. II, § 231.

(2) Comp. Nancy, 22 mars 1887, D. 87, 2, 177.

Le paragraphe premier se réfère à la première époque; il signifie que le droit d'usufruit fait impression sur la chose telle qu'elle se trouvait au moment où naît le droit. Tant mieux pour l'usufruitier si la chose, à ce moment, se trouve en bon état et en plein rapport; tant pis pour lui si, au même moment, elle est au contraire en mauvais état. Il n'a pas à se plaindre s'il a acquis l'usufruit à titre onéreux, car il a vérifié la chose et l'a acceptée telle qu'elle était (art. 1614); il a moins encore à se plaindre s'il a recueilli l'usufruit à titre gratuit et dans aucun cas il n'a action contre le nu-propriétaire, pour l'obliger à mettre la chose en bon état. Il en serait autrement, bien entendu, si le nu-propriétaire avait dégradé la chose postérieurement à la constitution du droit, car alors il aurait violé l'art. 599, § 1, et aurait engagé sa responsabilité.

L'usufruitier doit subir les baux passés par le propriétaire dans les conditions de l'art. 1743, mais il peut les résilier au cours de l'usufruit pour passer un bail nouveau (1).

212. Voilà pour ce qui concerne la position de l'usufruitier envisagée au moment précis de l'ouverture de son droit. Il s'agit de savoir, maintenant, si, en fait, sa jouissance effective pourra commencer au même moment.

Le deuxième paragraphe de notre article répond négativement; il subordonne l'entrée en jouissance à la confection d'un inventaire.

Cet acte sert à établir la consistance des choses que l'usufruitier a reçues, et qu'il doit conserver, entretenir et plus tard restituer.

Le nu-propriétaire a le droit d'exiger que l'inventaire soit fait en la forme authentique. Mais si les parties sont majeures elles peuvent s'accorder pour y procéder par acte sous-seing privé rédigé en double original. Dans tous les cas, les frais

(1) Douai, 28 nov. 1885, *Gaz. Pal.*, 86, 33.

sont à la charge de l'usufruitier, car c'est lui, d'après le texte, qui doit *faire dresser* l'inventaire.

Le défaut d'inventaire n'entraîne pas, par lui-même, déchéance du droit d'usufruit. L'art. 1442 qui prononce une déchéance pénale ne saurait être généralisé. Si l'usufruitier n'est pas déjà en possession, le propriétaire sera fondé à refuser la délivrance jusqu'à ce que l'inventaire soit fait, mais l'usufruitier ne perdrait pas pour cela son droit aux fruits. Enfin, à défaut d'inventaire, la consistance des choses soumises à l'usufruit pourra être prouvée par tous les moyens, titres, témoins, présomptions et même la commune renommée (1).

L'omission de l'état des immeubles produit le même effet, c'est-à-dire que le propriétaire prouvera, comme il le pourra, que les immeubles restitués à la fin de l'usufruit étaient dans un état meilleur quand l'usufruitier les a pris. L'omission de l'état ne le dispense pas de faire cette preuve en élevant contre l'usufruitier une présomption que ce dernier les aurait reçus en bonne état. L'argument d'analogie que, dans l'opinion contraire, on prétend tirer de l'art. 1731 n'existe pas. Il n'y a en effet aucune similitude de situation entre le locataire à qui la chose louée a dû être livrée en bon état (art. 1720), et l'usufruitier qui doit la prendre dans l'état où elle se trouve (2).

L'inventaire ne doit pas nécessairement contenir l'estimation des biens meubles qui y sont décrits ; le texte ne l'exige pas (3), à moins que l'usufruit n'ait été établi par donation (art. 948), ou qu'il ne comprenne des choses consomptibles par le premier usage. Il n'est dû qu'au moment de l'entrée

(1) Pau, 28 mai 1887, S. 88, 2, 117; DEMOLOMBE, t. X, n° 472; AUBRY et RAU, § 229 ; *Contrà*, LAURENT, t. VI, n° 503.

(2) LAURENT, t. VI, n° 504.

(3) *Contrà*, PROUDHON, *Usufruit*, t. II, n° 789.

en jouissance, en présence du nu-propriétaire, ou lui dûment appelé. Les juges du fait pourront apprécier si le nu-propriétaire est fondé à réclamer ultérieurement un récolement avec l'estimation des meubles (1). C'est ce qui pourra avoir lieu lorsque le nu-propriétaire ou toute autre partie intéressée n'aura pas pu assister à l'inventaire. Mais alors les frais du second inventaire seront supportés par celui qui l'aura rendu nécessaire.

Le nu-propriétaire n'est pas le seul qui doive être appelé à l'inventaire. Toutes les personnes intéressées doivent aussi être mises à même d'y assister, par exemple les cohéritiers, les colégataires d'usufruit, et même, dans le cas où l'usufruit a été établi sur plusieurs têtes, les légataires en second ou troisième ordre dont le droit n'est qu'éventuel.

213. On se demande si le titre constitutif de l'usufruit pourrait valablement contenir, dans l'intérêt de l'usufruitier, une dispense de procéder à l'inventaire ou à l'état des immeubles. Il est d'abord certain qu'une telle dispense serait dépourvue de tout effet à l'égard des héritiers réservataires du disposant si elle devait avoir pour résultat de porter atteinte à la réserve (art. 1094) (2). A l'égard de tous autres héritiers la clause sera valable ; en ce sens que l'usufruitier ne sera pas tenu de faire procéder lui-même et à ses frais à un inventaire ; mais le nu-propriétaire pourrait y faire procéder à ses frais personnels.

Quid si le donateur ou testateur défend au nu-propriétaire de réclamer l'inventaire, même à ses frais, et ajoute une clause pénale portant qu'il donne à l'usufruitier la pleine propriété dans le cas où le propriétaire voudrait méconnaître sa volonté et exiger l'inventaire?

On dit qu'une telle clause est nulle parce qu'elle tendrait

(1) Cass. 22 mai 1883, D. 84, 1, 272.
(2) Voy. Bordeaux, 12 avr. 1851, S. 51, 2, 527.

à favoriser la mauvaise foi et le vol (1). Mais c'est là une évidente exagération; une telle clause n'enlève pas au nu-propriétaire son droit d'action contre l'usufruitier; elle le place absolument dans une situation identique à celle où il se serait placé lui-même, s'il avait permis à l'usufruitier d'entrer en jouissance sans inventaire préalable. A défaut d'inventaire, il pourra établir, comme il le pourra, la consistance des objets compris dans l'usufruit, et l'ordre public parait complétement désintéressé dans une semblable question.

Il faut enfin remarquer que dans le cas où le légataire de la nue-propriété serait obligé de demander la délivrance ou l'envoi en possession de son legs, conformément aux art. 1004, 1006 et 1014, rien ne l'empêcherait, malgré la défense de faire inventaire, de détailler et énumérer dans sa demande tous les objets sur lesquels porte l'usufruit de manière à avoir ainsi tous les éléments d'un véritable inventaire.

214. L'inventaire des meubles et l'état des immeubles sont utiles pour déterminer la nature et l'importance des restitutions que doit opérer l'usufruitier, mais il fallait trouver une garantie pour le paiement des indemnités pécuniaires qui peuvent être mises à sa charge.

En conséquence,

ART. 601. Il donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit; cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution (*).

La caution doit être fournie par tout usufruitier, à tous ceux qui ont actuellement ou qui pourront avoir un jour un droit de propriété sur la chose grevée d'usufruit; quelle que soit d'ailleurs la nature de cette chose, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles;

La responsabilité de la caution quant à la gestion de l'usu-

(*) Art. 601. — L. 2, 7, 9, D. 7, 9, *De usuf. quemad. cav.*
(1) LAURENT, t. VI, nos 497, 498.

fruitier dure autant que l'usufruit. Toute cause qui mettra fin à l'usufruit considéré en lui-même, entraînera, par cela seul, l'extinction du cautionnement pour l'avenir.

C'est la loi sous l'empire de laquelle a été passé l'acte constitutif de l'usufruit qui détermine les obligations de l'usufruitier au point de vue de la nécessité de fournir caution (1); nous n'avons ici à nous occuper que de la loi française.

D'un autre côté, l'engagement de la caution étant déterminé par la considération de la personne de l'usufruitier prendra fin pour l'avenir, si la personne de l'usufruitier vient à changer. C'est ce qui arrivera si l'usufruitier, usant de la faculté que lui reconnaît l'art. 595, aliène son droit au profit d'un tiers. Mais, pour être ainsi libérée, la caution devra notifier le nouvel état de choses au nu-propriétaire, afin que ce dernier puisse réclamer une nouvelle caution du nouvel usufruitier.

L'obligation de fournir caution comporte les trois exceptions suivantes résultant du texte de l'art. 601; sont dispensés :

1° Le père ou la mère ayant la jouissance légale des biens de ses enfants; mais nous savons que cette jouissance n'est pas un véritable usufruit (t. III, n° 188);

2° Le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit, par suite d'une interprétation de la volonté probable des parties;

3° Le mari usufruitier des biens dotaux (art. 1550).

4° Celui à qui cette dispense a été accordée par l'acte constitutif de l'usufruit. Il n'est pas nécessaire que cette dispense soit expresse; elle peut être tacite et résulter de l'ensemble de la disposition. Les juges du fait apprécient souverainement, par interprétation de la volonté du disposant, la signi-

(1) WEISS, *loc. cit.*, p. 779.

fication, l'étendue et la portée de la clause contenant la dispense de fournir caution (1).

215. Le droit d'accorder une telle dispense est une conséquence de la faculté de libre disposition appartenant à celui qui a constitué l'usufruit; son exercice implique donc que rien ne limite la disponibilité de la chose entière. Or cette disponibilité est certainement limitée par la présence d'héritiers réservataires (art. 1094), il est donc légitime de décider que la dispense de donner caution ne peut être valablement appliquée à l'usufruit établi sur des biens dont la nue-propriété forme la réserve des héritiers du constituant (2). Mais la Cour de cassation juge invariablement le contraire à cause des termes absolus de l'art. 601, et par cette considération que si la dispense de fournir caution peut avoir pour conséquence de diminuer en fait la garantie du nu-propriétaire, elle ne porte cependant, au point de vue du droit, aucune atteinte à la réserve qu'elle laisse elle-même parfaitement intacte (3). Mais il n'est pas vrai de dire que la réserve demeure intacte quand la dispense de fournir caution aura pour effet de la réduire à l'état de droit purement nominal, si l'usufruitier est insolvable.

216. L'usufruitier dispensé de fournir caution demeure néanmoins tenu de jouir en bon père de famille. Donc, s'il commet des abus de jouissance, puisqu'il pourrait alors être déclaré déchu de son droit (art. 618), à plus forte raison pourra-t-il être soumis à la nécessité de fournir caution.

Il en sera de même en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique de tout ou partie du bien grevé d'usufruit. Dans

(1) Cass. 28 oct. 1889, D. 90, 1, 67.

(2) DEMOLOMBE, t. X, n° 493; LAURENT, t. VI, n° 515; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1365.

(3) AUBRY et RAU, t. VII, § 229, note 6; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. II, n° 442 *bis*, III; Cass. 5 juill. 1876, S. 77, 1, 345; Toulouse, 1er fév. 1877, S. 78, 2, 261.

ce cas en effet : *une seule indemnité est fixée par le jury, eu égard à la valeur totale de l'immeuble. Le nu-propriétaire et l'usufruitier exercent leurs droits sur le montant de l'indemnité, au lieu de l'exercer sur la chose.* C'est ce que déclare la loi du 3 mai 1841 dont l'art. 39 ajoute encore :

« L'usufruitier sera tenu de donner caution ; les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants en seront seuls dispensés. »

La dispense de fournir caution est révoquée dans ce cas, parce que l'expropriation crée une situation que le disposant ne peut avoir envisagée au moment où il accordait cette dispense. Mais pour qu'il en soit ainsi, il a fallu un texte formel.

En dehors des cas prévus ci-dessus par des textes limitatifs, il nous paraît impossible que la dispense de fournir caution puisse être judiciairement révoquée, soit à raison de changements survenus dans la position de l'usufruitier, soit à raison de changements survenus dans l'état de la chose grevée d'usufruit.

Une telle dispense est en effet irrévocable. Il en est certainement ainsi quand il s'agit de la dispense stipulée par un vendeur ou donateur avec réserve d'usufruit ; cette dispense constitue la loi du contrat, et d'après l'art. 1134, le contrat aussi bien que la clause tacite qu'il renferme est irrévocable. Il en est de même de la dispense contenue dans un contrat de mariage ou une donation, actes irrévocables de leur nature. Enfin, quand la clause est contenue dans un testament, la mort du testateur la rend irrévocable (1).

Voilà pour le droit ; rationnellement, les changements ultérieurs ne sauraient venir modifier cette solution.

En effet : la dispense de fournir caution implique nécessairement que ces changements ont été prévus. Du moment que le disposant s'est demandé s'il était opportun de dis-

(1) LAURENT, t. VI, nos 516 et suiv.

penser l'usufruitier de la nécessité de fournir une caution, c'est qu'il a envisagé les éventualités qui pouvaient se produire dans l'avenir. En réduisant le recours du nu-propriétaire à l'action personnelle contre l'usufruitier seul, il a voulu que ce dernier portât le risque de ces éventualités, et affranchir l'usufruitier de l'ennui de trouver une caution, sauf, bien entendu, les cas où ces éventualités périlleuses seraient le résultat d'actes personnels imputables à l'usufruitier lui-même, et à la condition que ces actes personnels portent sur la chose même grevée d'usufruit. On trouve des décisions rendues dans ce sens et inspirées par les vrais principes. Ainsi, il a été jugé que le donataire en usufruit n'est pas déchu de la dispense à lui accordée par cela seul que les immeubles originairement soumis à cet usufruit ont été aliénés et convertis en capitaux en dehors de son fait personnel, dans l'espèce, par suite de la nécessité de sortir d'indivision (1).

217. En regard de ces décisions on peut en citer d'autres qui sont véritablement exorbitantes. Ainsi la Cour de Nancy avait décidé que les tribunaux peuvent ordonner malgré la bonne gestion reconnue de l'usufruitier, que, par les soins d'un notaire, les valeurs au porteur seraient converties en titres nominatifs au nom du nu-propriétaire et de l'usufruitier, chacun pour leur droit, et que celles des valeurs qui ne sont pas susceptibles d'une telle immatriculation seraient déposées à la Banque de France (2). Cet arrêt a d'ailleurs été cassé (3).

(1) Orléans, 2 juin 1888, D. 89, 2, 247; *Contrà*, PROUDHON, t. II, n° 865; Comp. DEMOLOMBE, t. X, n° 500; AUBRY et RAU, t. II, p. 478, note 31.

(2) Nancy, 21 mai 1886, S. 86, 1, 214; Voy. dans le même sens, Dijon, 6 déc. 1886, S. 87, 2, 60.

(3) Cass. 11 juill. 1888, S. 88, 1, 368, arrêt conforme de la Cour de renvoi, Besançon, 6 juin 1889, D. 90, 2, 92.

La Cour suprême, en effet, se borne à faire une distinction dont elle ne s'écarte jamais :

Elle déclare que la dispense de fournir caution concédée à l'usufruitier par le titre constitutif de l'usufruit a pour objet et doit avoir pour conséquence de lui assurer la libre jouissance des valeurs comprises dans cet usufruit, suivant leur forme au moment où il vient de s'ouvrir, et sans que cette jouissance puisse, dès l'origine, être modifiée ou transformée par des mesures conservatoires prises dans l'intérêt du nu-propriétaire (1). De telles mesures peuvent intervenir au cours de l'usufruit, dans le cas seulement où il est établi que l'usufruitier met en péril par ses actes ou par un changement survenu dans sa situation personnelle les droits du nu-propriétaire (2) ou encore lorsque l'usufruitier en possession des valeurs sur lesquelles porte son droit, leur donne une destination dangereuse et abusive (3).

En ce qui concerne les faits personnels pouvant amener un changement dans la position de l'usufruitier, la Cour de cassation est très large; ainsi elle admet que le légataire universel en usufruit peut, nonobstant la dispense de caution et d'emploi, être astreint à faire emploi en rentes sur l'État, lorsque à raison du désordre régnant dans ses affaires, et de certaines ventes d'immeubles héréditaires à lui léguées en propriété, *ventes dont il n'a pas rendu un compte satisfaisant quant à l'usage par lui fait du prix*, et qui d'ailleurs n'étaient pas dans les prévisions du testateur, il a notablement diminué sa solvabilité, et a mis en péril les intérêts du nu-propriétaire. La Cour ajoute qu'à cet égard les constatations des juges du fait sont souveraines (4).

(1) Comp. DEMOLOMBE, t. X, n° 497.

(2) Cass. 7 déc. 1891, D. 92, 1, 68; 26 mars 1889, D. 89, 1, 463; 11 juill. 1888, S. 88, 1, 368.

(3) Paris, 15 juin 1877, D. 78, 2, 168.

(4) Cass. 22 oct. 1889, S. 90, 1, 153.

On trouvera peut-être que la Cour de cassation, quand il s'agit de changements survenus au cours de l'usufruit, sacrifie trop facilement à l'intérêt du nu-propriétaire, les droits accordés à l'usufruitier, non seulement par un texte formel, mais encore par la volonté expresse du disposant.

218. On remarquera toutefois que, dans les hypothèses ci-dessus examinées, l'usufruitier n'est pas nécessairement soumis à la nécessité de donner caution, mais seulement à certaines garanties jugées suffisantes pour le nu-propriétaire.

Il n'est pas en effet toujours facile de trouver une caution, et le législateur devait prévoir une telle éventualité :

Il s'occupe d'abord des immeubles et des choses consomptibles :

ART. 602. Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre; — Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées; — Les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareillement placé; — Les intérêts de ces sommes et les prix des fermes appartiennent, dans ce cas, à l'usufruitier (*).

L'usufruitier qui ne trouve pas une caution, c'est-à-dire une personne disposée à garantir sa gestion, pourra la remplacer par un gage en nantissement suffisant (art. 2041).

Mais le gage pourra être aussi difficile à trouver qu'une caution. Dans ce cas les immeubles seront donnés à ferme ou à loyer. En attendant le nu-propriétaire pourra retenir l'immeuble, et il conservera le droit de rétention quand même il aurait consenti antérieurement à la délivrance du legs, et alors même qu'un jugement aurait envoyé en possession le légataire de l'usufruit (1).

Le bail devra être passé d'un commun accord entre l'usufruitier et le nu-propriétaire puisqu'ils y sont intéressés l'un et l'autre. Il a même été jugé que le bail passé aux enchères publiques, sur l'initiative du propriétaire, après que l'usu-

(*) Art. 602. — L. 5 § 1, D. 36, 3, *Ut leg. vel fidei. servand.*
(1) Cass. 22 janv. 1878, 1, 316.

fruitier a été mis en demeure de fournir caution, sera opposable à ce dernier (1).

S'il n'est pas facile de trouver un fermier, ce qui pourra se produire dans le cas d'une grande exploitation, l'immeuble sera *mis en séquestre*. Il ne s'agit pas ici d'un séquestre dans le sens propre de l'expression, car la chose n'est pas litigieuse (art. 1956), mais d'un gérant salarié qui versera les revenus entre les mains de l'usufruitier.

Les sommes comprises dans l'usufruit, dit l'art. 602, sont placées. Mais l'article ne dit pas par qui. Les intéressés doivent naturellement s'entendre à cet égard. Dans ce cas ils supporteront l'un pour le capital, l'autre pour les intérêts, les conséquences de l'insolvabilité du débiteur commun, sauf le cas de faute personnelle à l'un d'eux, si l'usufruitier, par exemple, tenu de conserver la chose, avait négligé d'interrompre la prescription.

Si les parties ne peuvent se mettre d'accord pour le placement à effectuer, les tribunaux détermineront la nature, les conditions et les délais de l'emploi que devra faire l'usufruitier, mais sans pouvoir l'obliger à subir le concours d'une tierce personne pour l'assister dans ses opérations (2). Les créances comprises dans l'usufruit ne seront pas vendues puisqu'elles constituent des placements tout trouvés.

L'usufruitier ayant le droit de percevoir directement l'intérêt des sommes placées, devra demeurer nanti des titres. Le nu-propriétaire agira donc prudemment en faisant signifier aux débiteurs de n'avoir pas à payer le capital entre les mains de l'usufruitier.

219. La loi s'occupe ensuite des meubles non fongibles qui dépérissent par l'usage normal qu'on peut en faire :

(1) *Ibid.*
(2) Cass. 8 nov. 1881, D. 83, 1, 174.

ART. 603. A défaut d'une caution de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus, pour le prix en être placé comme celui des denrées ; et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son usufruit : cependant l'usufruitier pourra demander, et les juges pourront ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée, sous sa simple caution juratoire, et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit (*).

Il résulte de là que les meubles dont la vente n'aura pas été exigée, et qui n'auront pas été confiés à l'usufruitier, parce qu'ils ne lui étaient pas nécessaires, doivent être laissés à la garde du nu-propriétaire. Il s'agira le plus souvent d'objets de luxe plutôt que d'utilité réelle ; le nu-propriétaire ne devra donc, en principe, de ce chef, aucune indemnité à l'usufruitier, excepté dans le cas où le propriétaire avait l'habitude d'en retirer lui-même un profit pécuniaire pour le louage, le spectacle ou autrement (1).

Les juges auront donc à apprécier quels sont les meubles que l'usufruitier pourra garder sous sa simple *caution juratoire*, c'est-à-dire en promettant sous la foi du serment d'en jouir en bon père de famille ; *mais à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit* c'est-à-dire, pour employer la formule de l'art. 589, *dans l'état où ils se trouveront, non détériorés par son dol ou par sa faute.*

220. L'usufruitier qui manque de ressources et par conséquent de crédit, ne doit pas souffrir des difficultés qu'il éprouvera pour trouver une caution ; par suite

ART. 604. Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert (**).

Mais ce texte doit se combiner avec l'art. 1014, et par suite le légataire d'usufruit n'aura droit aux fruits qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, qu'il s'agisse d'un legs

(*) Art. 603. — L. 5 § 1, D. 36, 3, *Ut leg. vel fidei. servand.*
(**) Art. 604. — L. 65, § 1, D. 7, 1, *De usuf.*
(1) PROUDHON, t. II, p. 440 ; Comp. AUBRY et RAU, t. II, p. 476, note 21 ; LAURENT, t. VI, n° 523.

d'usufruit sur une chose déterminée, ou sur une universalité ou quote-part d'universalité.

§ 2. — Obligations de l'usufruitier relativement aux réparations.

221. — Distinction entre les grosses réparations et les réparations d'entretien, art. 606.
222. — Obligations respectives de l'usufruitier et du nu-propriétaire à cet égard, art. 605.
223. — Le nu-propriétaire est-il obligé de faire les grosses réparations ?
224. — Etat de la doctrine sur cette question.
225. — Système proposé : explication et justification de l'art. 607.
226. — Etat de la jurisprudence.
227. — La distinction entre les grosses réparations et les réparations d'entretien s'applique aux immeubles par destination,
228. — Ainsi qu'aux meubles ordinaires.
229. — Le même principe s'étend aux animaux, art. 615 et 616; question du croît;
230. — Il s'étend aussi aux meubles meublants.

221. Supposons maintenant l'usufruitier en plein exercice de son droit de jouissance. Il doit conserver la substance de la chose (art. 578), donc il doit l'entretenir, car les choses non entretenues périssent plus ou moins rapidement. Il doit donc tenir la chose en bon état de réparations.

Les réparations à faire peuvent concerner les meubles aussi bien que les immeubles, et dans l'un comme dans l'autre cas on doit les distinguer en grosses réparations et en réparations d'entretien.

En ce qui concerne les immeubles, la loi pose nettement la distinction :

ART. 606. Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières; — Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier. — Toutes les autres réparations sont d'entretien.

Par gros murs, il ne faut pas entendre seulement les quatre murs formant le périmètre du bâtiment, mais tous les murs

de refend qui s'élèvent à partir du sol jusqu'au sommet de l'édifice et qui supportent les poutres, les charpentes et les cheminées. Les murs de cloison, en briques, bois ou autres matières, ayant pour objet la distribution de l'intérieur ou la séparation des bâtiments, ne sont pas des gros murs.

L'adjectif *entier* qu'on trouve dans le texte, ne s'applique pas à toutes les réparations qui y sont indiquées, et même en ce qui concerne les réparations auxquelles il s'applique, il ne doit pas être pris géométriquement à la lettre.

Ainsi il s'applique aux couvertures ; le rétablissement des couvertures devient donc une grosse réparation, quand il s'agit de la totalité ou de la presque totalité de la couverture. Les réparations de détail, telles que le remplacement des tuiles ou des ardoises, ou des lattes hors de service par des matériaux neufs, sont des réparations d'entretien.

Toute reconstruction à neuf, totale ou même simplement partielle d'un gros mur, ordinaire ou mitoyen (1), est une grosse réparation. S'il n'y a pas reconstruction, c'est une simple réparation d'entretien ; il en est ainsi dans le cas de simple récrépiment.

Par poutre, il faut entendre non seulement les pièces de charpente ainsi spécialement désignées, mais encore les sommiers, les poutrelles et autres pièces de la charpente des combles de l'édifice.

La substitution d'une seule poutre neuve à la place d'une poutre pourrie est une grosse réparation. Les solives et les traverses ne donnent lieu qu'à des réparations d'entretien.

Quant au rétablissement des digues, des murs de soutènement et de clôture, il ne saurait y avoir de difficulté.

Toutes les autres réparations, dit l'art. 606, sont des réparations d'entretien.

Cela veut-il dire qu'il n'existe pas ou ne puisse pas exister

(1) Cass. 25 juin 1877, D. 78, 1, 362.

d'autres grosses réparations que celles énoncées dans le texte qui serait ainsi restrictif? Nous ne le pensons pas. Ainsi un plancher qui menace ruine par suite du mauvais état des solives sur lesquelles il repose, nous paraît donner lieu à une grosse réparation quoique l'hypothèse ne soit pas spécialement prévue par l'art. 606.

Cet article s'occupe uniquement des réparations à faire aux bâtiments; mais le principe de la distinction qu'il établit entre les réparations d'entretien, et d'autres d'une nature plus grave est général, et nous verrons qu'il y a lieu de l'appliquer, même quand il ne s'agit pas de bâtiments.

Enfin nous remarquerons :

1° Que les réparations d'entretien sont une conséquence de la jouissance de la chose;

2° Que les grosses réparations ne sont jamais rendues nécessaires que par un accident, un cas fortuit, ou par la vétusté.

222. Cela posé, à la charge de qui les réparations ont-elles été mises selon leur nature?

ART. 605. L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. — Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu (*).

Parlons d'abord des réparations d'entretien.

L'usufruitier en est *tenu*... Donc, s'il ne les fait pas le nu-propriétaire peut l'actionner en justice pour l'y contraindre en vertu de l'art. 618. Mais dans quelle mesure ?

Il faut distinguer : en ce qui concerne les réparations d'entretien dont la nécessité existait avant la naissance de l'usufruit, il est certain que l'usufruitier ne saurait en être tenu. D'après l'art. 600 il doit prendre en effet la chose dans l'état où elle est, et il ne doit la rendre que dans le même état.

(*) Art. 605. — L. 7 § 2, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 29, D. 39, 2, *De damno inf.*; L. 32 § 5, 33, 2, *De usu et usuf. leg.*

S'il veut la réparer, il le fera; mais il en résultera une amélioration pour laquelle nous savons qu'il ne pourra pas réclamer d'indemnité. Il n'est donc réellement tenu que des réparations d'entretien dont la cause est postérieure à l'ouverture de son droit.

De ce que l'usufruitier n'est grevé d'aucune obligation personnelle; de ce qu'il est seulement investi d'un droit réel, il suit que, pour les réparations d'entretien, il est seulement tenu *propter rem*. Pourrait-il s'exonérer de ces réparations en renonçant à son droit?

En ce qui concerne les réparations à venir dont la nécessité n'a pas encore apparu, même en germe, il le pourrait certainement.

Mais en ce qui touche les réparations qui ont leur cause dans la jouissance personnelle qu'il a eu de la chose, il ne le pourrait pas. On a soutenu, il est vrai, qu'il pourrait obtenir ce résultat en offrant de restituer les fruits par lui perçus depuis le jour où sa jouissance a commencé à rendre ces réparations nécessaires. Mais cette solution arbitraire, qui donnerait lieu à d'inextricables difficultés pour déterminer ce moment avec précision, est repoussée formellement par les termes de l'art. 605, portant d'une manière générale et sans distinction que l'usufruitier est *tenu*.

223. Parlons maintenant des grosses réparations.

En principe l'usufruitier n'en est pas tenu, excepté dans un seul cas : celui où ces réparations seraient rendues nécessaires par le défaut de réparations d'entretien.

Les grosses réparations *demeurent à la charge* du nu-propriétaire, dit l'art. 605. Cela signifie simplement que si le propriétaire veut faire ces réparations, il doit en supporter seul la dépense, et ne peut rien réclamer à l'usufruitier, quelque grand que soit pour celui-ci l'accroissement de revenu qui en résulte.

Mais si le nu-propriétaire ne veut pas faire ces grosses réparations, l'usufruitier aura-t-il action contre lui pour l'y contraindre? En un mot, le nu-propriétaire en est-il tenu? Il y a sur ce point une vive controverse; les uns disent oui, les autres disent non; il nous semble que le tort des uns et des autres est d'avoir voulu trouver un principe de solution dans l'art. 605.

224. En effet, les partisans de l'affirmative raisonnent ainsi : Qu'a voulu faire le législateur en rédigeant l'art. 605? Trancher par un seul article, vis-à-vis de l'usufruitier comme vis-à-vis du nu-propriétaire, la question d'obligation relative aux réparations à faire. Or, il a tranché cette question par une distinction entre les réparations d'entretien et les grosses réparations; il a déclaré que l'usufruitier était *tenu* des premières, et pareillement il a voulu dire que le propriétaire était *tenu* des secondes. L'idée qu'il s'agissait d'exprimer pour le propriétaire, est évidemment la même que celle qui avait déjà été exprimée pour l'usufruitier; seulement le législateur ne l'a pas rendue dans les mêmes termes; il a dit que les grosses réparations étaient *à la charge* du propriétaire. Cela signifie qu'il en est tenu, et que s'il n'y fait pas procéder, l'usufruitier a une action pour l'y contraindre (1).

Les partisans de la négative acceptent le même point de départ, et reconnaissent que le législateur a voulu trancher d'un seul coup la même question d'obligation vis-à-vis de l'usufruitier et vis-à-vis du nu-propriétaire. Mais ils soutiennent qu'elle n'a pas été tranchée de la même manière. En effet, à l'égard de l'usufruitier, la loi dit qu'il est *tenu*. A l'égard du nu-propriétaire, la loi dit-elle qu'il est tenu des grosses réparations? non; la loi dit seulement

(1) DELVINCOURT, t. I, p. 150, note 8; TOULLIER, t. II, p. 327; LAURENT, t. VI, nº 548 et les auteurs cités.

qu'elles sont *à sa charge;* donc elle dit implicitement qu'il n'est pas tenu (1).

225. En ce qui nous concerne, nous pensons que ce n'est pas l'art. 605 qui doit fournir le principe de solution. Voici, en effet comment il faut comprendre cet article : La loi commence par s'occuper des réparations d'entretien et elle dit que l'usufruitier en est *tenu.* Cela signifie deux choses : 1° que ces réparations sont à la charge de l'usufruitier; 2° que s'il ne les fait pas, le nu-propriétaire a action contre lui pour l'y contraindre. Ces deux propositions sont rendues par un seul mot : l'usufruitier est *tenu.*

Pour les grosses réparations, la loi avait à s'expliquer sur les deux mêmes propositions; or elle ne s'est expliqué que sur une seule. Elle se borne à dire que les grosses réparations sont à la charge du propriétaire ; et même remarquons qu'elle *ne les met pas* à la charge du nu-propriétaire ; elle dit qu'elles *demeurent* à sa charge. Cette formule rend bien clairement cette idée, que la loi ne s'explique pas encore sur la question de savoir s'il en est tenu. La loi se borne à dire que, l'usufruit étant constitué, les grosses réparations demeurent ce qu'elles étaient avant, mais la loi laisse entière la question de savoir si le nu-propriétaire en sera tenu vis-à-vis de l'usufruitier.

Dans la question envisagée, les auteurs ont donc eu tort de chercher un principe de solution dans un article qui ne le contient pas.

Où trouverons-nous donc ce principe?

Dans l'article suivant :

ART. 607. Ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit (*).

(*) Art. 607. — L. 6 § 1, L. 8, L. 65 § 1, L. 46 § 1, L. 47, 49 § 1, D. 7, 1, *De usuf.*

(1) DEMOLOMBE, t. X, n° 584; DEMANTE, t. II, n° 449 *bis* IV; DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, n° 204; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1376.

Nous allons démontrer que l'art. 607 contient la réponse à la question posée, et que, par suite, il n'est pas aussi inutile qu'on l'a dit.

Les auteurs en effet, en donnant à l'art. 605 une portée qu'il n'a pas, ont été conduits à déclarer ouvertement que l'art. 607 n'avait aucune espèce de sens, et que, par quelque bout qu'on le prenne, il était impossible d'en rien tirer.

Voici leur raisonnement : Cet article ne peut pas s'appliquer à la perte totale de la chose, car dans ce cas l'usufruit est éteint, et il n'y a plus de question. Il ne peut donc s'appliquer qu'à la perte partielle. Or, il ne peut être question que de grosses réparations, puisqu'il s'agit de *rebâtir* ce qui est tombé. Mais nous savons déjà que l'usufruitier n'est pas tenu des grosses réparations ; donc, en tant qu'il s'occupe de l'usufruitier, l'art. 607 ne fait que répéter fort inutilement ce qui est déjà dit dans l'art. 605. En tant qu'il s'occupe du nu-propriétaire, l'art. 607 n'a pas plus de sens ; car si on décide que, d'après l'art. 605, le propriétaire n'est pas tenu, l'art. 607 contient une répétition inutile, et si on adopte l'opinion que, d'après l'art. 605, le nu-propriétaire est tenu, il y a contradiction flagrante, puisque l'art. 607 dit qu'il ne l'est pas. Aussi tous les auteurs sont-ils d'accord pour rayer cet article du Code.

Dans notre système d'interprétation, au contraire, cet article est important ; et pour en apprécier la signification, il faut se rappeler les deux points suivants que nous avons déjà mis en relief :

1° Les grosses réparations à faire à un immeuble ne peuvent être nécessitées que par la vétusté ou les cas fortuits ; donc l'art. 607 concerne les grosses réparations ;

2° La question de savoir si le nu-propriétaire est tenu des grosses réparations est laissée entière par l'art. 605.

Voyons donc si elle n'est pas tranchée par l'art. 607.

Or, elle l'est formellement, car l'article décide en propres termes que le nu-propriétaire n'est pas tenu, etc. Ainsi donc,

l'art. 607, en tant qu'il concerne le nu-propriétaire, n'est pas inutile, puisqu'il tranche une grosse difficulté que ne résolvent pas d'autres textes.

Mais alors quel est le sens de cet article en tant qu'il s'occupe de l'usufruitier? Le voici :

Nous avons vu qu'en principe, l'usufruitier n'est pas tenu des grosses réparations ; que cependant, et par exception, il peut en être tenu lorsqu'elles sont la suite d'un défaut d'entretien de sa part. Ce point étant rappelé, voici ce qui arrivera : le nu-propriétaire actionnera l'usufruitier pour le contraindre à faire des grosses réparations rendues nécessaires par son défaut d'entretien ; en fait il est constant que jamais l'usufruitier n'a fait la moindre dépense d'entretien ; néanmoins, en vertu de l'art. 607, l'usufruitier pourra repousser la demande, en prouvant que ce n'est pas le défaut d'entretien, mais la vétusté ou le cas fortuit qui a rendu ces grosses réparations nécessaires. Sans doute, la loi n'avait peut-être pas besoin de s'exprimer à cet égard puisque cela pouvait suffisamment résulter de l'art. 605, mais la loi a bien fait d'insister sur ce point afin que les juges vérifient avec soin le point de savoir si l'état défectueux de l'édifice ne dérive pas plutôt de la vétusté que d'un défaut d'entretien.

Il y a même un cas où l'art. 607 était indispensable : c'est celui où l'usufruitier s'est mis en possession sans avoir fait dresser un état de l'immeuble. Dans ce cas la doctrine et la jurisprudence (1) que nous avons cru, il est vrai, ne pas devoir suivre (ci-dessus, n° 212), admettent que l'usufruitier est présumé l'avoir reçu en bon état ; on veut lui appliquer l'art. 605, § 2; il opposera l'exception tirée de l'art. 607.

226. Sans entrer dans toutes ces distinctions la jurisprudence s'est nettement prononcée en faveur du nu-propriété-

(1) Voy. les autorités citées par LAURENT, t. VI, n° 504.

taire. Il est invariablement jugé que le nu-propriétaire ne peut être contraint par l'usufruitier, ni directement, ni indirectement, à faire les grosses réparations dont peut avoir besoin la chose grevée d'usufruit (1). Mais lors de la cessation de l'usufruit, l'usufruitier ou ses ayants-cause peuvent répéter ces impenses, à concurrence de la plus-value résultant à cette époque des travaux effectués (2).

227. Tout ce que nous venons de dire ne concerne que les immeubles par nature. Il faudra appliquer les mêmes règles aux immeubles par destination. Ainsi, par exemple, il s'agira d'une charrette; si l'usufruitier n'est pas exact à l'entretenir elle périra bientôt. S'il l'entretient avec soin, elle durera plus longtemps, mais voilà tout. Il arrivera un moment où il ne sera plus possible de la réparer, où il faudra la mettre au rebut. L'usufruitier devra-t-il la remplacer ? Evidemment non, elle a péri par vétusté ; l'art. 607 qu'on a voulu déclarer inutile sera applicable par analogie, les débris devront être rendus.

228. Pour les meubles il sera très facile de distinguer entre les grosses réparations et les réparations d'entretien quand il s'agira de navires, bateaux à vapeur, bains sur bateaux, etc. Ainsi seront de grosses réparations celles qui seront faites aux ponts, fonds de cale et parois qui remplissent dans le vaisseau les mêmes fonctions que les voutes et les murs d'une maison. Quant aux calfatage, enduits et réparations partielles, l'usufruitier devra les supporter jusqu'au moment où la vétusté de la chose les rendra inutiles (3).

229. Il faudra adopter une solution analogue s'il s'agit d'un animal; et même le cas est prévu par la loi :

(1) Cass. 1er avr. 1889 (rés. par la Cour d'appel), S. 89, 1, 217; Toulouse, 23 mai 1881, D. 82, 2, 273.

(2) V. les arrêts précités. *Contrà*, Liège, 30 janv. 1884, *Pas.*, 84, 2, 173; Bruxelles, 22 déc. 1881, *Pas.*, 82, 2, 171.

(3) PROUDHON, t. IV, p. 728.

ART. 615. Si l'usufruit n'est établi que sur un animal qui vient à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas tenu d'en rendre un autre, ni d'en payer l'estimation (*).

On suppose que l'animal est mort de vieillesse, de maladie ou par accident; c'est la vétusté ou le cas fortuit de l'art. 607.

S'il y a plusieurs animaux considérés *ut singuli*, il y a autant d'usufruits distincts que d'animaux; la mort de chaque animal entraîne l'extinction de l'usufruit correspondant.

Quand les animaux sont considérés dans leur ensemble, *ut universitas*, ils forment un troupeau :

ART. 616. Si le troupeau sur lequel un usufruit a été établi périt entièrement par accident ou par maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs ou de leur valeur. — Si le troupeau ne périt pas entièrement, l'usufruitier est tenu de remplacer, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui ont péri (**).

C'est encore la distinction entre les réparations d'entretien et les grosses réparations qui domine la matière. La loi veut en effet que les têtes mortes soient remplacées par le *croît*, c'est-à-dire en nature, par des têtes vivantes et par conséquent à l'aide du croît actuel et futur, et non du croît passé qui a été ou est censé avoir été vendu et n'existe plus (1). Voilà ce qui s'appelle *entretenir* un troupeau. S'il fallait pour le compléter recourir au croît antérieur, ce ne serait plus entretenir le troupeau, ce serait le *reconstituer*, le rebâtir en quelque sorte. Ce serait une grosse réparation dont l'usufruitier n'est pas tenu. Voilà comment nous résolvons la question controversée qui s'élève au sujet du croît.

On a soutenu que l'usufruitier doit employer tout le croît, même le croît passé. « Il est certain qu'un bon père de famille le ferait, dit M. Laurent, donc l'usufruitier doit aussi le

(*) Art. 615. — L. 70 § 3, D. 7, 1, *De usuf.*

(**) Art. 616. — JUST. *Inst.*, II, 1, § 38; L. 68 § 2, L. 69, 70, D. 7, 1, *De usuf.*

(1) Comp. DEMOLOMBE, t. X, n° 315; AUBRY et RAU, t. II, p. 529, note 15.

faire (1). » C'est absolument comme si l'on disait : Il est certain que dans tel cas un bon père de famille ferait telle grosse réparation, donc l'usufruitier doit aussi la faire ! On oublie que la loi a limité les obligations de l'usufruitier aux réparations d'entretien uniquement pour ne pas le soumettre à l'obligation de faire tout ce qu'un bon père de famille serait porté à faire lui-même ; autrement la limitation n'aurait pas de sens.

230. En ce qui concerne les meubles meublants, il faut encore admettre les mêmes principes que pour les immeubles, en observant que l'art. 589 n'a pas pour effet de dispenser l'usufruitier des petites réparations d'entretien.

§ 3. — Contribution de l'usufruitier aux charges, dettes et frais de procès.

231. — Charges annuelles dont l'usufruitier est tenu, art. 608.
232. — Contribution de l'usufruitier et du nu-propriétaire pour les charges extraordinaires, art. 609.
233. — Leur contribution aux dettes, d'abord dans le cas d'un usufruit particulier, art. 611 ;
234. — Ensuite dans le cas d'un usufruit universel, art. 612.
235. — Application aux legs de rente viagère, etc., art. 610.
236. — Moyens d'exécution.
237. — Champ d'application des art. 610 et 612.
238. — Contribution aux frais de procès, art. 613 ;
239. — Spécialement dans le cas d'actions possessoires, art. 614.

231. Les réparations d'entretien sont généralement susceptibles d'être acquittées avec les revenus courants, et elles présentent un certain caractère de régularité et de périodicité. Il y a encore d'autres charges que l'usufruitier doit supporter seul :

ART. 608. L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui dans l'usage sont censées charges des fruits (*).

(*) Art. 608. — L. 7 § 2, L. 27 § 4, L. 52, D. 7, 1, *De usuf.*
(1) T. VI, n° 536.

Il s'agit des charges qui pèsent sur le revenu : ce sont l'impôt foncier, la contribution des portes et fenêtres, etc.

Le texte assimile aux contributions les autres charges qui, dans l'usage, doivent être acquittées avec les fruits. Cela doit s'entendre de certaines impositions particulières qui frappent une ville ou un département, en dehors même des centimes additionnels qui, bien que destinés à une commune, sont compris dans les contributions publiques et versés en même temps qu'elles dans la caisse des receveurs de l'État.

Il y a d'autres charges que l'héritier devra supporter, quoiqu'elles ne soient pas annuelles, parce qu'elles sont imposées sur les revenus ; elles ont trait : au passage des troupes, aux réquisitions de denrées en temps de guerre, au curage des cours d'eau non navigables ni flottables (L. du 14 floréal an XI), à l'entretien et à la réparation des chemins, aux centimes additionnels imposés dans une circonstance extraordinaire, et généralement à toutes les charges imposées sur le revenu.

L'usufruitier étant *tenu* des charges publiques, en devient débiteur personnel vis-à-vis de l'Etat, et est inscrit comme tel sur les rôles des contributions.

Indépendamment des charges publiques, l'usufruitier est encore tenu de celles qui résultent du titre constitutif de l'usufruit, ou des conventions qui ont établi des droits réels sur les fonds soumis à l'usufruit, ou d'une disposition de la loi : il doit par exemple contribuer au paiement de la clôture forcée exécutée au cours de l'usufruit (1).

232. A côté des charges frappant exclusivement sur le revenu, et devant à ce titre être supportées par l'usufruitier seul, on peut concevoir qu'il en survienne d'autres *pendant la durée de l'usufruit*, et grevant par leur nature la propriété tout entière. Il en sera ainsi, par exemple, dans le cas d'un emprunt

(1) Paris, 27 mai 1878, D. 78, 1, 362.

forcé, d'une subvention de guerre imposée par une armée ennemie, d'une indemnité due aux entrepreneurs qui, sur l'ordre du gouvernement, ont procédé au dessèchement de marais insalubres (L. 16 sept. 1807), etc.

Ces charges extraordinaires, se traduisant par une diminution portant à la fois sur la jouissance et sur la propriété, doivent être réparties entre l'usufruitier et le nu-propriétaire :

ART. 609. A l'égard des charges qui peuvent être imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier et le propriétaire y contribuent ainsi qu'il suit : — Le propriétaire est obligé de les payer, et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts. — Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétition du capital à la fin de l'usufruit.

C'est le nu-propriétaire qui est débiteur personnel des charges dont il s'agit. Il est donc tenu d'en acquitter le paiement sur tous ses biens personnels. Il ne pourrait donc soulever la prétention de se libérer par la vente d'une partie du fonds soumise à l'usufruit, comme il pourrait le faire dans le cas différent prévu dans l'art. 612. Il ne pourrait procéder ainsi que dans le cas de dessèchement de marais, à cause de la disposition exceptionnelle de l'art. 21 de la loi du 16 septembre 1807. Par conséquent, s'il ne peut acquitter en entier le montant de la charge, et si l'usufruitier refuse d'en faire l'avance, le nu-propriétaire devra remplir son obligation avec ses propres biens. S'il n'en possède pas, il vendra son droit de nue-propriété (1).

Le principe de l'art. 609 doit également recevoir, le cas échéant, son application aux charges d'intérêt privé qui intéressent à la fois la propriété et la jouissance. Ainsi, par exemple, il est question d'exercer, après la mort de celui qui a constitué l'usufruit, une faculté de rachat par lui stipulée. Il faudra donc rembourser le prix à l'acheteur, si les intéressés

(1) LAURENT, t, VII, n° 10 ; Comp. DEMANTE, t. II, n° 451 *bis*, et DEMOLOMBE, t. X, n° 615.

sont d'accord pour faire cette opération. Dans ce cas, l'héritier nu-propriétaire contribuera au remboursement pour le capital, et l'usufruitier y contribuera pour les intérêts.

233. Dans l'hypothèse particulière où un usufruit a été constitué par *legs*, il est facile de comprendre que le constituant pouvait avoir des dettes, et, alors naît la question de savoir si le légataire de l'usufruit peut être tenu de contribuer, dans une mesure quelconque, au paiement de ces dettes.

D'abord, un legs d'usufruit ne contenant pas une vocation, même éventuelle, à la propriété, ne paraît pouvoir être qu'un legs particulier.

Or, il est de principe qu'un légataire particulier n'est pas astreint à payer les dettes (art. 871 et 1024).

Donc un légataire quelconque d'usufruit, ne devrait jamais être tenu des dettes. Mais cela n'est vrai que lorsque l'usufruit porte sur un ou plusieurs biens déterminés :

ART. 611. L'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothéqué : s'il est forcé de les payer, il a son recours contre le propriétaire, sauf ce qui est dit à l'article 1020, au titre *des Donations entre-vifs et des Testaments*.

Si le nu-propriétaire est en même temps le débiteur personnel de la dette, l'usufruitier qui l'a payée aura contre le nu-propriétaire l'action en répétition qu'il pourra exercer immédiatement (1). Si, au contraire, le nu-propriétaire n'est pas débiteur personnel, l'usufruitier qui a payé étant subrogé aux droits du créancier, a son recours immédiat contre le débiteur, aussi bien pour les intérêts que pour le capital. Il pourra aussi agir contre le nu-propriétaire comme *negotiorum gestor*, mais seulement à la fin de l'usufruit, et pour le capital seulement, car en payant, il a géré l'affaire du nu-propriétaire, quant à la nue-propriété seulement, en sauvant la chose de l'expropriation.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1885.

L'art. 1020 auquel renvoie notre texte, porte que le testateur peut imposer à ses héritiers l'obligation de désintéresser le créancier hypothécaire avant de délivrer l'immeuble à l'usufruitier. Il est évident qu'en pareil cas il ne peut être question de recours à exercer.

Si les biens libres de la succession sont insuffisants pour acquitter les dettes, les legs particuliers d'usufruit subiront, comme les legs particuliers en nue-propriété, une réduction proportionnelle. De même, si le disposant a porté atteinte à la réserve par ses libéralités, les legs d'usufruit, comme les legs de propriété, seront soumis à l'action en réduction, sauf à appliquer, s'il y a lieu, l'art. 927.

234. La situation ne sera plus la même si l'usufruit, au lieu de porter seulement sur un ou plusieurs biens déterminés, porte généralement sur tous les biens, ou sur une quote-part des biens. Il y aura dans ce cas legs particulier d'un *usufruit universel* ou à *titre universel*. Les difficultés portant sur le point de savoir si le legs de l'usufruit de tous les meubles ne peut pas être considéré comme un legs à titre universel, ne présentent aucun intérêt quant aux points qui ont été réglés par la loi (1). Quelle que soit l'opinion admise à cet égard, l'usufruitier a le droit de percevoir tous les revenus du patrimoine, ou d'une quotité de patrimoine. Quant à la jouissance, il ressemble à un légataire universel ou à titre universel, il a donc paru équitable de le faire contribuer au paiement des dettes, quant aux intérêts, dans la proportion de sa vocation à la jouissance. C'est cette contribution que la loi a réglé de la manière suivante :

ART. 612. L'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le propriétaire au paiement des dettes, ainsi qu'il suit : — On estime la valeur du fonds sujet à usufruit; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur. — Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans

(1) Toulouse, 16 mars 1882, S. 83, 2, 73, note de M. Labbé.

aucun intérêt. — Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit.

On voit que le législateur, en ce qui concerne la contribution à laquelle il soumet l'usufruitier universel ou à titre universel, l'assimile au légataire universel ou à titre universel de la propriété, il déclare le premier tenu pour les intérêts dans la même proportion que le second est tenu pour le capital. Or, les légataires universels doivent supporter non seulement les dettes proprement dites, nées dans la personne du défunt et transmises à ses successeurs, mais encore les charges de la succession nées après la mort du testateur, telles que legs, frais funéraires, frais de scellés ou d'inventaire. Donc les légataires d'un usufruit universel ou à titre universel devront également contribuer au paiement de ces charges, quoique l'art. 612 ne parle que des dettes. L'art. 1024 prouve bien que le mot *dettes* comprend quelquefois *les charges*.

L'estimation du *fonds*, dont parle l'art. 612, c'est-à-dire de l'*ensemble des biens* sur lesquels porte l'usufruit, est nécessaire dans quatre cas :

1° Lorsque le testateur a légué l'usufruit de tous ses immeubles;

2° Lorsqu'il a légué l'usufruit de tous ses meubles;

3° Lorsqu'il a légué l'usufruit d'une quote-part de ses immeubles;

4° Lorsqu'il a légué l'usufruit d'une quote-part de ses meubles.

Dans ces quatre cas l'estimation est indispensable pour faire apparaître la part contributoire de l'usufruitier dans le service des intérêts.

Une telle estimation est au contraire inutile, quand cette part contributoire apparaît d'elle-même, comme dans les deux cas suivants :

Lorsque le testateur a légué l'usufruit de l'universalité de son patrimoine; l'usufruitier doit alors payer les intérêts de toutes les dettes;

Lorsque le testateur a légué l'usufruit d'une quote-part de tous ses biens; l'usufruitier doit alors payer une part correspondante d'intérêts.

Notons encore que l'estimation des biens soumis à l'usufruit, dans les cas où elle est nécessaire, n'est pas à elle seule suffisante. Il faudra encore évaluer les autres biens de la succession. Il faut savoir en effet ce que représente la valeur des biens soumis à l'usufruit comparée à la valeur de tous les autres biens.

L'usufruitier universel ou à titre universel sera donc tenu de contribuer au service des intérêts des dettes dans la proportion résultant des opérations qui viennent d'être indiquées. C'est à-dire que les créanciers auront le droit de le poursuivre directement dans ces limites. Mais cette contribution qui a trait aux rapports des héritiers avec l'usufruitier, ne modifie aucunement l'obligation aux dettes dont se trouvent tenus les héritiers vis-à-vis des créanciers. En conséquence ces derniers demeurent toujours autorisés à agir directement contre les héritiers, sauf tel recours que de droit de la part de ceux-ci (1).

235. La loi fait une application spéciale des règles que nous venons d'exposer au service des rentes viagères et des pensions alimentaires :

ART. 610. Le legs fait par un testateur, d'une rente viagère ou pension alimentaire, doit être acquitté par le légataire universel de l'usufruit dans son intégrité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de leur part.

Cette disposition doit s'appliquer également à toute autre rente ou pension semblable dont le testateur aurait été lui-même chargé, et qui se trouverait passivement dans sa succession.

Il arrive assez souvent que la même personne soit à la fois

(1) Cass. 23 avr. 1888, S. 89, 1, 25.

attributaire d'un usufruit universel ou à titre universel et en même temps légataire d'une rente. Ainsi par exemple le conjoint survivant peut être en vertu de son contrat de mariage gratifié d'une rente viagère, et en vertu d'un testament fait par le prémourant, légataire d'un usufruit universel ou à titre universel. Dans ce cas il devra se payer à lui-même les arrérages de la rente, à l'égard desquels il se produira comme une sorte de confusion (1).

236. Chaque fois que l'usufruitier devra en vertu des règles ci-dessus pourvoir au service des intérêts de dettes non exigibles, ou dont le capital n'est pas exigé, il n'y aura aucune difficulté, et il paiera tous les intérêts ou la part d'intérêts mise à sa charge.

Lorsqu'il s'agira de payer le capital, la loi indique trois moyens différents :

1° L'usufruitier peut avancer le capital qui devra alors lui être restitué sans intérêts à la fin de l'usufruit; à ce moment les intérêts ne courront pas de plein droit, mais seulement du jour de la demande (2);

2° Si l'usufruitier ne peut ou ne veut faire cette avance, le propriétaire pourra payer lui-même le capital, et dans ce cas l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit;

3° Le nu-propriétaire, qui peut-être n'a pas de capitaux disponibles, pourra, s'il le préfère, faire vendre jusqu'à due concurrence la pleine propriété des biens soumis à l'usufruit. Le nu-propriétaire et l'usufruitier devront se mettre d'accord pour le choix des biens à vendre; en cas de dissentiment les tribunaux décideront (3).

(1) Cass. 14 août 1889, S. 91, 1, 372; Caen, 15 juill. 1890, *Rec. arrêts de Caen et Rouen*, 90, 175.

(2) Note sous Trib. Anvers, 14 déc. 1883, *Pas.*, 84, 3, 131; Comp. LAURENT, t. VII, n°s 30, 95.

(3) Bruxelles, 15 avr. 1881, *Pas.*, 81, 2, 231.

Dans tous les cas l'usufruitier aura finalement la jouissance seulement de ce que le testateur aura laissé d'actif. Du reste, les parties majeures et maîtresses de leurs droits, sont libres de déroger aux règles contenues dans les art. 609, 610 et 612 et leurs conventions à cet égard seront souverainement interprétées par les juges du fait (1).

237. Enfin les règles des art. 610 et 612 concernant les cas d'un usufruit constitué par testament, doivent être étendues à tout usufruit universel ou à titre universel résultant :

1° De la loi, dans les divers cas d'usufruit légal ci-dessus indiqués (n° 166);

2° D'une institution contractuelle ou donation de biens à venir (art. 1082 et suiv.).

Dans le cas d'un usufruit établi à titre onéreux, il ne peut évidemment être question de contribution aux dettes. L'acheteur paie le prix au vendeur qui reste chargé des dettes et arrérages dont il était tenu et qu'il pourra éteindre désormais avec l'argent versé entre ses mains ou avec les intérêts que cet argent produira.

238. De même, dans les cas de constitution d'usufruit à titre onéreux, il ne saurait, en principe, être question de la contribution de l'usufruitier aux frais des procès concernant la jouissance. Le constituant, en effet, est alors garant des troubles et évictions dont l'usufruitier aurait à souffrir, et par conséquent c'est à lui de répondre aux actions relatives à cette jouissance, et à en supporter tous les frais.

Mais il peut au contraire être tenu de contribuer aux frais quand il s'agit d'usufruit constitué à titre gratuit, sans clause de garantie, puisque dans cette hypothèse le constituant ne doit pas la garantie.

C'est dans cet ordre d'idées que se place le législateur en décidant :

(1) Cass. 20 oct. 1890, D. 91, 1, 271.

ART. 613. L'usufruitier n'est tenu que des frais des procès qui concernent la jouissance, et des autres condamnations auxquelles ces procès pourraient donner lieu.

Il faut considérer trois hypothèses :

1° La première et la plus fréquente est celle où le procès porte sur la pleine propriété de la chose; il intéresse donc à la fois la jouissance et la nue-propriété. En principe la mesure de la contribution de l'usufruitier et du nu-propriétaire sera déterminée par l'importance de leurs intérêts respectifs dans la contestation.

Quand y aura-t-il lieu à cette contribution?

Si le propriétaire seul a figuré dans l'instance, par exemple dans un procès en revendication de la chose, s'il gagne son procès et que, pour un motif quelconque, il ne puisse obtenir de son adversaire le paiement des frais, il aura un recours contre l'usufruitier dans la proportion de ses droits à la chose, car ce dernier profite du jugement et peut s'en prévaloir pour la jouissance (1).

Si le propriétaire succombe, l'usufruitier, qui n'était pas en cause, ne saurait être tenu des frais, car le jugement qui donne gain de cause au tiers ne peut lui être opposé.

Si l'usufruitier a seul figuré dans l'instance, ce qui peut arriver, le jugement rendu en sa faveur profitant au nu-propriétaire, celui-ci devra contribuer aux frais dans la mesure de son intérêt. Si l'usufruitier succombe, il supportera seul les frais, car il est en faute de n'avoir pas dénoncé le trouble au propriétaire, ainsi que le prescrit l'art. 614 expliqué plus loin.

La contribution sera réglée par analogie avec ce qui est prescrit par l'art. 609 : c'est-à-dire que le propriétaire fera l'avance du capital des frais et autres condamnations dont parle l'art. 613, telles que dommages, etc., et l'usufruitier lui en paiera les intérêts annuels, à moins que celui-ci en

(1) PROUDHON, t. IV, n° 1760.

fasse les avances, sauf à les recouvrer au terme de sa jouissance.

2° La seconde hypothèse est celle où le procès concerne uniquement la nue-propriété; tel est le cas où le testateur ayant légué l'usufruit d'un fonds à une personne, et la nue-propriété à une autre, l'héritier légitime soutient que le legs de la nue-propriété n'est pas valable. Le nu-propriétaire étant seul intéressé, doit seul supporter les frais.

3° Enfin la troisième hypothèse est celle où le procès concerne seulement la jouissance, dans le cas, par exemple, d'un litige entre deux légataires prétendant, chacun, à un droit d'usufruit sur la même chose. Le propriétaire étant désintéressé dans un tel procès n'a pas à contribuer aux frais.

Il en sera de même du procès que l'usufruitier, à l'occasion de sa jouissance, pourra avoir avec des tiers ne soulevant d'ailleurs aucune prétention sur le fonds lui-même.

239. La solution sera encore la même si l'usufruitier intente une action possessoire ou défend seul à une telle action; il ne pourra répéter contre le propriétaire les frais et dommages auxquels il sera condamné.

Pour éviter ce résultat, l'usufruitier pourra ne pas user lui-même de son droit et se conformer aux prescriptions suivantes :

ART. 614. Si, pendant la durée de l'usufruit, un tiers commet quelque usurpation sur le fonds, ou attente autrement aux droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de le dénoncer à celui-ci : faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait de dégradations commises par lui-même (*).

L'usufruitier doit en effet veiller à la garde de la chose. Si donc un tiers se livre à une entreprise quelconque sur le fonds soumis à l'usufruit, l'usufruitier, quoique pouvant intenter lui-même les actions possessoires, doit en avertir le nu-propriétaire le plus tôt possible. Les délais de dénonciation

(*) Art. 614. — L. 15 § 7, D. 7, 1, *De usuf.*

relatifs au fermier (art. 1768) ne sont pas applicables; les tribunaux apprécieront s'il est en faute.

Le nu-propriétaire averti, agira ou n'agira pas pour faire cesser le trouble.

Si le propriétaire agit et obtient gain de cause, l'usufruitier devra contribuer avec lui, de la manière ci-dessus indiquée, en cas d'insolvabilité du tiers, car l'action possessoire les intéressait tous deux.

Si le propriétaire succombe, l'usufruitier, qui a accompli son devoir, ne sera soumis à aucun recours.

Si l'usufruitier n'avait pas satisfait aux prescriptions de l'art. 614, il devra rembourser les dépens à titre de dommages-intérêts.

SECTION III.

Comment l'usufruit prend fin.

240. — Enumération des causes d'extinction de l'usufruit, art. 617.
241. — Mort de l'usufruitier.
242. — Durée de l'usufruit appartenant aux personnes morales, art. 619.
243. — Echéance du terme, art. 620.
244. — Consolidation.
245. — Non-usage; comparaison avec la propriété.
246. — Renonciation, art. 621, art. 622.
247. — Perte de la chose, art. 623 et 624.
248. — Abus de jouissance, art. 618.
249. — Autres causes d'extinction de l'usufruit et du quasi-usufruit.
250. — Conséquences de l'extinction de l'usufruit; restitutions à effectuer.
251. — Responsabilité de l'usufruitier; — spécialement en cas d'incendie.

240. Tout démembrement de la propriété portant sur le *jus utendi* et le *jus fruendi* est essentiellement temporaire, car s'il était perpétuel il serait destructif du droit lui-même de propriété, ainsi réduit à n'être qu'un vain mot. La loi devait donc consacrer cette idée que l'usufruit est temporaire. Mais

comment fallait-il la traduire dans le droit pratique? Fallait-il décider que l'usufruit durerait uniformément un nombre d'années invariablement fixé? Cela eût été dangereux et aurait pu donner lieu à de graves inconvénients. La loi a préféré consacrer purement et simplement le principe de l'intransmissibilité du droit d'usufruit aux héritiers de l'usufruitier. En conséquence elle a déclaré que l'usufruit constitué sur la tête d'une personne périrait avec elle, tout en admettant d'autres causes d'extinction pouvant se produire avant le décès du titulaire :

ART. 617. L'usufruit s'éteint: — Par la mort naturelle et par la mort civile de l'usufruitier; — Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé; — Par la consolidation ou la réunion, sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire; — Par le non-usage du droit pendant trente ans; — Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi (*).

C'est d'ailleurs à la loi territoriale qu'il appartient de gouverner d'une manière générale les modes d'extinction de l'usufruit (1).

241. La mort naturelle de l'usufruitier, (il n'y a plus de mort civile), est donc la première cause d'extinction prévue par la loi. A cause de cela, on peut dire que l'usufruit est attaché à la personne. Mais, remarquons-le bien, ce n'est pas, comme on le dit trop souvent, parce que l'usufruit est attaché à la personne qu'il périt avec elle; c'est au contraire parce que la loi a voulu qu'il périsse avec elle qu'il est permis de le dire attaché à la personne. La loi qui a créé l'usufruit, aurait pu lui assigner en effet une tout autre durée.

L'usufruit cesse donc à la mort naturelle de l'usufruitier, quelle que soit d'ailleurs l'époque de cette mort et la manière dont elle arrive; quand même elle serait le résultat d'un assassinat commis par le nu-propriétaire sur la personne de

(*) Art. 617. — GAI., II, § 30; PAUL, *Sent.*, III, 6 § 33; JUST. *Inst.*, II, 4, § 3; L. 16 pr. § 1, 2, C. 3, 33, *De usuf. et hab.*

(1) LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. VII, p. 418.

l'usufruitier. Ce n'est qu'en matière de succession qu'une condamnation pour meurtre enlève son droit de propriété au meurtrier (art. 727).

242. Il peut arriver que l'usufruit soit constitué sur la tête d'une personne n'ayant pas d'existence physique, mais seulement une existence juridique. Les personnes de cette catégorie peuvent ne mourir jamais, telles que les communes, les départements, les établissements d'utilité publique. Il fallait donc limiter à un nombre fixe d'années, la durée de l'usufruit qui pourrait être constitué à leur profit :

C'est du reste la loi territoriale qui fixe la durée *maxima* de l'usufruit appartenant à des personnes morales (1).

ART. 619. L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans (*).

Il va sans dire que si l'établissement usufruitier venait à être supprimé avant l'expiration des trente ans, l'usufruit cesserait. Il en serait de même dans le cas où une congrégation religieuse autorisée cesserait de jouir de l'autorisation nécessaire.

Pour que l'art. 619 reçoive son application, il faut qu'il soit démontré que l'intention du disposant a été de constituer un véritable usufruit; ainsi le legs d'une certaine quantité de denrées, ou d'une somme d'argent à verser annuellement dans les caisses d'un établissement public, ne constituerait pas un droit d'usufruit, mais engendrerait un simple droit de créance pouvant être perpétuel (2).

De même, la jouissance d'un terrain remis par une ville à une congrégation enseignante autorisée pour devenir l'assiette d'un établissement d'enseignement à élever par cette

(*) Art. 619. — L. 56, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 68, D. 35, 2, *Ad leg. Falcid.*

(1) LAURENT, *Droit civ. intern.*, t. VII, p. 418.
(2) LAURENT, t. VII, n° 53.

dernière, ne saurait constituer un usufruit limité à la durée assignée à l'usufruit des êtres moraux (1).

La combinaison de la règle envisagée avec les principes sur la prescription acquisitive trentenaire peut donner lieu à une situation singulière. Nous avons vu ci-dessus (n° 167) que l'usufruit peut s'établir par la prescription trentenaire. Si donc une personne morale a possédé un droit d'usufruit *ad usucapionem*, elle ne l'aura acquis qu'à la dernière minute de la trentième année. Mais alors elle sera considérée comme l'ayant depuis trente ans, et devra par conséquent le perdre par application de l'art. 619; par conséquent le droit d'usufruit n'aura pris naissance que pour mourir dans le même instant. Cela est tout à fait rationnel; en fait la jouissance a duré trente ans, et la loi ne veut pas que la jouissance exercée à titre d'usufruit par les êtres de raison dure plus de trente ans. L'observation conduit à un résultat pratique important. Les personnes morales, et surtout les communes, qui exercent l'action confessoire au sujet d'un usufruit par elles prétendu, souvent n'ont pas de titre et invoquent la prescription trentenaire. Il faut les prendre au mot : puisqu'elles invoquent la prescription trentenaire, c'est qu'elles ont joui pendant trente ans au moins; donc l'usufruit revendiqué est éteint.

243. La deuxième cause d'extinction prévue par l'art. 617 est tirée de l'expiration du temps pour lequel l'usufruit a été constitué. Le constituant ne pourrait pas s'arranger de manière à ce que l'usufruit durât plus longtemps que la vie du titulaire, mais il peut l'établir pour un moindre temps, et par conséquent si le terme fixé arrive avant la mort de l'usufruitier, l'usufruit prendra fin du vivant de ce dernier.

Le terme envisagé peut être un âge atteint par une tierce personne :

(1) Cass. 24 juill. 1882, D. 84, 1, 185.

ART. 620. L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe, dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé (*).

Mais il ne faut voir dans cette disposition qu'une règle d'interprétation faite pour le juge, au cas où l'acte ne contiendrait aucun éclaircissement sur la volonté du disposant ; ce dernier aurait pu manifester une volonté différente.

244. Une troisième cause d'extinction est la *consolidation*, résultant, dit l'art. 617, de la réunion, sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire.

En principe, la consolidation doit s'opérer sur la tête de l'usufruitier, car autrement tout mode extinctif serait une consolidation. Néanmoins, si le nu-propriétaire devenait acquéreur ou donataire de l'usufruit, il y aurait aussi consolidation.

Il résulte de là une métamorphose de l'usufruit *formel* en usufruit *causal*.

Il y a des cas cependant où, malgré la réunion des deux qualités opérée sur la même tête, l'usufruit continuera de conserver son caractère d'usufruit *formel*, lorsqu'il s'agira, par exemple, d'appliquer l'art. 612 relatif à la contribution aux dettes : ainsi, le légataire d'un droit d'usufruit universel ou à titre universel achète à l'héritier la nue-propriété ; l'usufruit cesse par consolidation, et néanmoins il sera considéré comme durant encore, en ce sens que l'usufruitier devra continuer à ce titre, et sa vie durant, le service de sa part contributoire d'intérêts.

Il en sera de même, si un tiers devient par suite de ventes successives acquéreur de l'usufruit et de la nue-propriété. La situation juridique créée par la constitution de l'usufruit ne continuera pas moins d'exister dans les rapports de l'usufruitier et du nu-propriétaire jusqu'à l'expiration de la durée légale de l'usufruit, indépendamment du fait des ventes in-

(*) Art. 620. — L. 12, C. 3, 33, *De usu et hab.*

tervenues. Par suite, l'usufruitier ne sera pas fondé à réclamer, dès l'époque de ces ventes, le remboursement des capitaux par lui avancés pour le paiement des dettes de la succession (1).

245. Le non-usage du droit pendant trente ans est encore une cause d'extinction de l'usufruit. Les trente ans commencent à courir à partir du dernier acte de possession fait par l'usufruitier lui-même, ou de son chef et en son nom par un intermédiaire. Il s'opère alors, au profit de la propriété, comme une sorte de prescription extinctive à laquelle il convient d'appliquer les principes qui régissent la suspension de la prescription en cas de minorité, interdiction, etc.

Il n'en est pas ainsi de la propriété qui, de sa nature, est perpétuelle. Il serait contradictoire qu'il en fût ainsi, puisqu'il faudrait au bout de trente ans faire rentrer la chose dans la propriété collective, c'est-à-dire dans le domaine de l'Etat (art. 539).

Cependant, en matière de concessions, on peut concevoir que le non-usage ou l'abandon de la concession puisse faire perdre le bénéfice du droit concédé ; c'est ainsi que dans le cas où une mine est réputée abandonnée, le retrait de la concession peut être prononcé (L. 27 avril 1838, art. 6). De même en matière de brevets d'invention, le breveté qui n'aura pas mis en exploitation sa découverte ou son invention, en France, dans le délai de deux ans à dater du jour de la signature du brevet, ou qui aura cessé de l'exploiter pendant deux années consécutives, sauf excuses admises par les tribunaux, sera déchu de tous ses droits (L. 5 juillet 1844, art. 32). Ces solutions s'expliquent à cause de la persistance des droits de la collectivité.

Pour l'usufruit la raison est différente ; elle tient à cette circonstance qu'il s'agit d'un démembrement civil de la

(1) Cass. 7 nov. 1887, S. 90, 1, 442.

propriété, laquelle, par le seul effet de sa nature, tend toujours à se reconstituer.

Il n'y a pas lieu, sous ce rapport, à distinguer entre les meubles et les immeubles, sauf, en matière de meubles, l'application au profit des tiers de l'art. 2279. Que décider quant aux intérêts d'une créance grevée d'un droit d'usufruit? La question doit surtout être envisagée au regard du débiteur à qui on les réclame. Aussi pensons-nous qu'ils doivent être soumis à la prescription quinquennale de l'art. 2277, et non à la prescription trentenaire résultant de l'art. 617 (1).

246. Au lieu d'un abandon résultant du non-usage, on peut concevoir une renonciation de la part de l'usufruitier.

Cette renonciation peut être expresse ou tacite, et n'est soumise à aucune forme, elle peut résulter d'un simple acte unilatéral. Mais elle ne saurait tacitement résulter de ce fait que le nu-propriétaire et l'usufruitier se seraient entendus pour procéder ensemble à la vente de la chose soumise à l'usufruit :

ART. 621. La vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier; il continue de jouir de son usufruit, s'il n'y a pas formellement renoncé (*).

C'est-à-dire que, dans ce cas, l'usufruitier continue de jouir de son usufruit sur le prix de la chose.

La renonciation ayant pour résultat de diminuer le patrimoine,

ART. 622. Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice (**).

Vis-à-vis des créanciers une telle renonciation faite gratuitement, doit être traitée comme un acte de libéralité pour

(*) Art. 621. — L. 29, D. 7, 5, *Quib. mod. ususf. amitt.*; L. 17 § 2, D. 7, 1, *De usuf.*

(**) Art. 622. — L. 1, L. 3 § 2, D. 32, 8, *Quæ in fraud.*

(1) Nîmes, 24 mars 1890, S. 90, 2, 80; *Contrà*, Cass. 9 janv. 1867, S. 67, 1, 50.

l'annulation duquel il suffit d'établir la fraude du renonçant (1).

Mais envisagée au regard du nu-propriétaire, cette renonciation n'est pas une véritable donation, soumise pour sa validité aux formalités ordinaires des donations ; elle constitue seulement la libération anticipée d'une servitude (2).

247. Enfin l'usufruit s'éteint encore, comme le déclare le paragraphe final de l'art. 617, par *la perte totale de la chose sur laquelle il est établi.*

La destruction ou changement de la substance, entraînant le changement du *nomen appellativum*, pourra être considérée comme une perte totale entraînant l'extinction de l'usufruit. Mais il faut entendre cela avec modération, et rechercher avant tout l'intention qui a présidé à la constitution de l'usufruit. Ainsi il ne faudrait pas, sauf clause formelle dans l'acte constitutif, admettre la solution romaine concernant *le quadrige*, d'après laquelle, par la mort d'un seul des chevaux composant l'attelage, l'usufruit était perdu sur les autres (3). Nous ne voyons là qu'une perte partielle.

ART. 623. Si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste (*).

ART. 624. Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux. — Si l'usufruit était établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux (**).

On se demande si l'usufruit renaît quand la chose est ramenée à son état primitif.

On distingue, en général, entre le cas où la chose n'a fait

(*) Art. 623. — L. 34 § 2, L. 53, D. *De usuf.*

(**) Art. 624. — L. 5 § 2, L. 9, 10, D. 7, 4, *Quib. mod. ususf. amitt.*

(1) Cass. 11 nov. 1878, D. 79, 1, 416.

(2) BELTJENS, *Encyclop.*, sur l'art. 622, art. 5; *Contrà*, LAURENT, t. VII, n° 75.

(3) L. 10 § 8, D. 7, 4, *Quib. mod. ususf. amitt.*

que changer de nature, et celui où elle a été réellement détruite. Dans le premier cas l'usufruit revit si la chose recouvre son ancienne forme avant l'expiration du laps de trente ans; dans le second l'usufruit ne revit jamais. L'art. 704, qui donne une solution différente en matière de servitudes réelles, ne saurait être étendu par analogie (1). Ces distinctions n'ont guère qu'une importance scolastique; la pratique les ignore.

Si la chose périt par le fait d'un tiers dans des conditions de nature à engager la responsabilité de ce tiers, l'usufruit sera toujours éteint, mais l'usufruitier aura action contre celui par la faute de qui l'usufruit aura été perdu.

Dans le cas d'incendie, l'usufruitier qui a fait assurer son droit percevra l'indemnité correspondante. Il a aussi le droit de recevoir, sans l'intervention du nu-propriétaire, l'indemnité due au locataire qui a fait assurer le risque locatif, et dans ce cas la société d'assurances ne peut imposer à l'usufruitier, comme condition du paiement de l'indemnité, l'obligation de reconstruire le bâtiment incendié (2).

248. Les circonstances que nous venons de prévoir ne sont pas les seules qui peuvent entraîner l'extinction du droit d'usufruit :

ART. 618. L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien. — Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations, pour la conservation de leurs droits; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir. — Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayants-cause, une somme déterminée jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser (*).

(*) Art. 618. — JUST., *Inst.*, II, 4 § 3; L. 38, D. 6, 1, *De rei vind.*

(1) DEMOLOMBE, t. X, nos 713 *ter* et 714; AUBRY et RAU, § 234; DEMANTE, t. II, n° 472 *bis* IV; LAURENT, t. VII, nos 70 et suiv.

(2) Trib. Bruxelles, 23 nov. 1881, *Pas.*, 82, 3, 15 et la note.

Les faits d'abus de jouissance signalés par le texte sont des exemples purement énonciatifs. Tout fait causant un dommage non réparable matériellement, comme la dévastation d'une haute futaie, constitue un abus de jouissance, quand même il n'y aurait pas eu dol ou mauvaise foi de la part de l'usufruitier.

Théoriquement, et d'après la lettre du texte, tout abus de jouissance permet de prononcer l'extinction absolue, et sans indemnité, de l'usufruit au profit du nu-propriétaire, qui trouvera ainsi, dans la prévarication de l'usufruitier, l'occasion de réaliser un gain.

En fait, les tribunaux, appréciateurs souverains des circonstances, prononceront rarement l'extinction de l'usufruit.

La déchéance absolue appliquée par les juges a évidemment les caractères d'une peine civile; de là il suit :

Qu'elle ne peut être prononcée que pour des actes personnels à l'usufruitier (1).

Qu'elle ne peut atteindre l'usufruitier mineur;

Qu'elle ne peut anéantir rétroactivement les droits réels et hypothèques consentis par l'usufruitier sur la chose, comme le ferait une condition résolutoire tacite (2).

Au lieu de prononcer la déchéance, les juges pourront se borner aux autres mesures moins graves dont parle le texte, ou même, ainsi que nous l'avons déjà dit (n° 216), révoquer la dispense de fournir caution (3).

Si un jugement étranger constate des abus de jouissance sur des biens situés à l'étranger, et soumis à l'usufruit avec des biens situés en France, ce jugement pourra servir d'élément d'appréciation en France, en ce qui concerne les biens

(1) Cass. 6 août 1872, Rev. not. 4244.

(2) PROUDHON, t. II, n°s 2476, 2492; LAURENT, t. VII, n° 86; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. X, n° 750; DEMANTE, t. II, n° 465 *bis;* DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, n° 228.

(3) Liège, 7 août 1886, *Pas.*, 87, 2, 134.

qui y sont situés, sans qu'il soit nécessaire de le rendre exécutoire (1).

249. Aux causes spéciales d'extinction que nous venons d'examiner, il faut ajouter, conformément au droit commun, celles qui peuvent résulter :

1° De l'accomplissement de la condition résolutoire sous laquelle l'usufruit aurait été établi ;

2° De la résolution du droit du constituant, lorsque cette résolution a une cause antérieure à la constitution de l'usufruit ;

3° De la réalisation de la prescription acquisitive au profit d'un tiers, possédant soit à titre d'usufruitier, soit à titre de propriétaire.

Dans les cas de quasi-usufruit, il n'y a de possibles que les quatre causes d'extinction suivantes :

La mort de l'usufruitier,

La consolidation,

L'arrivée du terme,

L'événement de la condition résolutoire.

250. L'usufruit ayant pris fin, la chose qui y était soumise doit être restituée au nu-propriétaire, dans l'état où elle se trouve après qu'il en a joui en bon père de famille, par conséquent non dégradée ou détériorée par le fait ou la faute de l'usufruitier.

Le nu-propriétaire rentre de plein droit dans la possession et la jouissance légale de sa chose, à partir du moment où l'usufruit est éteint. Le nu-propriétaire ne saurait, en effet, être soumis à la nécessité de former une demande en justice pour recouvrer une possession qu'il n'a jamais perdue, puisque l'usufruitier ne détenait la chose qu'à titre précaire. Le nu-propriétaire peut donc intenter immédiatement les actions possessoires et percevoir les fruits naturels ou civils.

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 618, n° 21.

Ceci revient à dire que le nu-propriétaire rentrant de plein droit dans la possession et la jouissance de la chose, l'usufruitier est, dès le même jour, débiteur des fruits, soit naturels, soit civils, et doit en faire compte au propriétaire sans que celui-ci ait besoin de former une demande en justice. Il n'y a pas lieu en effet d'appliquer l'art. 1153 fait pour les obligations conventionnelles, à l'occasion desquelles le créancier pouvait stipuler des intérêts, à une matière où il s'agit d'un droit réel (1). A partir du moment où l'usufruit a pris fin, l'usufruitier ou ses héritiers détiennent indûment la chose; donc, s'ils perçoivent des intérêts, ces intérêts comme tous les fruits appartiennent au propriétaire et lui sont dus ; s'ils n'en perçoivent pas, ils empêchent le propriétaire d'en percevoir et lui doivent des dommages.

S'il s'agit de l'usufruit d'une maison, le propriétaire devra, à l'extinction de l'usufruit, laisser à l'usufruitier ou à ses héritiers un délai suffisant pour le déguerpissement. Ce délai sera apprécié par le juge, car il ne serait pas possible de prendre pour règle les délais indiqués en l'art. 1736 fait uniquement pour les locations verbales (2). Le juge fixera également l'indemnité qui devra être accordée au propriétaire pour privation de jouissance pendant le délai dont il s'agit.

251. C'est quand le moment de la restitution est venu, qu'il y a lieu de mesurer l'étendue de la responsabilité qui pèse sur l'usufruitier.

D'abord il n'est pas tenu des cas fortuits, c'est ce qui résulte des art. 615, 616, 617 déjà expliqués. Mais, spécialement, que faut-il décider si l'immeuble soumis à l'usufruit a péri par un incendie? La question est de savoir si, dans ce cas, il suffit à l'usufruitier, pour être libéré, de prouver qu'il y a eu incendie, sauf au nu-propriétaire à établir que l'incendie a été occa-

(1) LAURENT, t. VII, n° 96; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. X, n° 637.
(2) *Contrà*, DEMOLOMBE, t. X, n° 628.

sionné par la faute de l'usufruitier, ou bien au contraire, l'usufruitier ne doit-il pas être déclaré responsable, à moins qu'il ne prouve que l'incendie a eu lieu sans sa faute?

La question est tranchée au titre du *bail* pour les rapports entre propriétaire et locataire. L'art. 1733 dispose que le preneur est responsable de l'incendie à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit, force majeure ou vice de construction. Or, l'art. 1733 n'est pas une disposition exceptionnelle, spéciale au bail; il n'est au contraire que l'application rationnelle des principes de droit commun en matière de responsabilité civile et de preuve. C'est à celui qui allègue le cas fortuit, à en fournir la preuve (art. 1302 et 1315). Or, l'incendie ne constitue pas par lui-même un cas fortuit. Par conséquent il ne suffit pas, pour que l'usufruitier dégage sa responsabilité vis-à-vis du nu-propriétaire, qu'il prouve que l'immeuble objet de l'usufruit a péri dans un incendie, il faut de plus qu'il démontre que cet incendie a eu lieu sans sa faute (1).

Mais l'usufruitier ne saurait être déclaré responsable de l'incendie arrivé par la faute d'un locataire insolvable qu'il aurait placé dans l'immeuble. L'usufruitier a en effet le droit de louer (art. 595), et il ne peut encourir aucune responsabilité à l'occasion d'un légitime exercice de son droit, à moins qu'il n'y ait eu de sa part faute ou négligence.

Comment faut-il, à cet égard, mesurer sa responsabilité? L'usufruitier est tenu de jouir *en bon père de famille*, c'est-à-dire qu'il est tenu d'apporter dans sa gestion les soins qu'on peut attendre du type abstrait d'un bon père de famille (art. 1137); c'est-à-dire qu'il est tenu de la faute légère appréciée *in abstracto*, selon la théorie générale qui sera exposée sur l'art. 1137.

(1) Cass. 4 juill. 1887, D. 89, 1, 322; *Contrà*, PROUDHON, t. IV, n° 1551 et suiv.; DEMOLOMBE, t. X, n° 628.

CHAPITRE II.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

252. — Caractères juridiques de l'usage et du droit d'habitation.
253. — Leur constitution, extinction, etc., art. 625, 626, 627.
254. — Droit d'habitation appartenant à certains ministres du culte.
255. — Étendue du droit d'usage, art. 628, 629 et 630.
256. — Prohibition de le céder, art. 631, 634, 635.
257. — L'Usage est-il indivisible?
258. — Étendue du droit d'habitation, art. 632, 633.
259. — Usages forestiers, art. 636, compétence.

252. On peut théoriquement concevoir que l'*usus* seul soit détaché de la propriété, à titre de servitude personnelle.

Selon la pure doctrine du droit romain primitif, l'usager avait le droit de retirer de la chose tous les services, mais il devait laisser tous les fruits. Ce n'est que par une interprétation bienveillante de la volonté du constituant (*benigna interpretatio*), qu'on finit par lui accorder dans certains cas une portion de fruit limitée à ses besoins personnels.

De ce que l'usage n'était, en soi, que le droit de se servir, *jus utendi*, il en résultait :

1° Qu'il était personnel et ne pouvait être cédé;

2° Qu'il était indivisible.

Voyons maintenant comment il a été envisagé en droit français.

D'abord le droit d'usage comprend en lui-même l'habitation qui n'est autre chose que l'usage d'une maison. Quant à son étendue, nous allons voir que c'est un droit d'usufruit limité aux besoins de la personne. De sorte que, chez nous, l'usage contient quelque chose de plus qu'en droit romain, c'est-à-dire dans tous les cas un certain droit aux fruits proportionné aux besoins, et quelque chose de moins en ce sens que le droit aux *services*, qui était sans limite en droit ro-

main, se trouve en droit français limité aux besoins personnels.

253. Le droit d'usage étant ainsi devenu un petit usufruit, il était naturel de le soumettre, pour sa constitution, aux mêmes règles que l'usufruit lui-même.

ART. 625. Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit (*).

ART. 626. On ne peut en jouir, comme dans le cas de l'usufruit, sans donner préalablement caution, et sans faire des états et inventaires (**).

ART. 627. L'usager, et celui qui a un droit d'habitation, doivent jouir en bons pères de famille.

L'usage laissant, ou pouvant laisser, une certaine utilité actuelle à la propriété aurait pu, à la rigueur, avoir une durée indéfinie. Mais cela aurait produit des inconvénients à cause de son caractère de servitude établie au profit de la personne ; on aurait pu l'employer à créer une espèce particulière d'aristocratie. Il a donc été déclaré temporaire comme l'usufruit.

Mais la perpétuité d'un tel droit n'aurait pas d'inconvénient si on pouvait le concevoir uniquement comme droit réel. Il existe certains droits d'usage qui ont ce caractère et qui sont perpétuels : ce sont les droits d'usage *prédiaux*, appartenant principalement aux communes, et auxquels se réfère l'art. 636. Mais le Code n'avait à s'occuper que de l'usage, servitude *personnelle*, et par conséquent *temporaire*.

Il faut que l'intention des parties d'établir cette servitude personnelle à titre de démembrement de la propriété soit certaine. Les juges du fait sont investis à cet égard d'un droit souverain d'appréciation. Ainsi ils peuvent décider que la convention aux termes de laquelle des enfants s'obligent à fournir à leurs parents un logement « dans une certaine maison, ou auprès de cette maison », ne crée pas au profit

(*) Art. 625. — L. 3 § 3, D. 7, 1, *De usuf.*; L. 1, D. 7, 8, *De usu et hab.*

(**) Art. 626. — L. 13 pr., L. 65 § 1, D. 7, 1, *De usuf.*

de ceux-ci un droit réel d'habitation, mais seulement un droit de créance (1).

254. On dit souvent qu'il n'y a pas d'usage établi par la loi. Cela est vrai, en ce sens qu'il n'y a pas de cas d'usage légal créé au profit de certaines personnes. Mais on rencontre de véritables cas d'usage ou plutôt d'habitation établis par la loi dans l'intérêt d'une fonction.

Ainsi nous avons déjà eu l'occasion de remarquer (n° 167) que le droit accordé aux curés sur les presbytères et aux évêques sur les palais épiscopaux ne peut être considéré comme un usufruit mais constitue au contraire un droit d'usage ou d'habitation :

« Les palais épiscopaux qui appartiennent à l'État, sont, suivant une décision du tribunal des conflits, affectés administrativement à l'évêque *pour son habitation personnelle*, et l'autorité judiciaire est incompétente pour connaître des droits et obligations qui résultent de cette affectation spéciale (2). » Quelques décisions avaient admis sur ce point la compétence des tribunaux judiciaires (3). Il n'y a, du reste, aucune distinction à faire à cet égard entre le curé et l'évêque (4).

Le droit dont il s'agit est, disons-nous, attaché au titre de la fonction. Il ne doit pas être considéré comme un émolument rentrant dans le traitement. Par conséquent le titulaire est fondé à en réclamer l'exercice quoiqu'il n'ait pas encore été installé. Il peut, en vertu de son droit privatif, actionner directement le tiers qui occupe indûment le logement qui lui est dévolu (5).

L'étendue du droit d'habitation dont nous parlons est

(1) Cass. 21 déc. 1887, S. 88, 1, 412.
(2) Trib. Conflits, 14 avr. 1883, D. 83, 3, 85.
(3) Angers, 25 janv. 1883, D. 83, 2, 174.
(4) *Ibid.*
(5) Toulouse, 24 déc. 1885, D. 86, 2, 265.

déterminé et limité par le caractère de sa destination. L'État ou la commune, propriétaires de l'édifice, peuvent donc, à ce titre, faire les actes de propriété qui ne sont pas de nature à diminuer les droits de l'habitant.

Ainsi, les affiches contenant les lois et autres actes de l'autorité peuvent être apposées à l'extérieur des presbytères (1). Les préfets ont le droit de faire pavoiser les palais épiscopaux, et les maires peuvent ordonner la décoration extérieure des presbytères à l'occasion des fêtes nationales (2). Les arrêtés pris à cet effet constituent des actes administratifs dont il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de connaître (3).

255. Les particuliers jouissent de la plus grande latitude pour établir les limites du *jus utendi* séparé de la propriété :

ART. 628. Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue.

ART. 629. Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ces droits, ils seront réglés ainsi qu'il suit.

ART. 630. Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds, ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. — Il peut en exiger pour les besoins même des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage (*).

De ce qu'en droit romain l'usager pouvait retirer de la chose tous les services, il en résultait, comme nous l'avons remarqué, que l'usager, à l'inverse de l'usufruitier, devait exercer son droit par lui-même; d'où la conséquence qu'il ne pouvait ni le louer ni le céder.

256. En droit français, l'usage n'est plus personnel dans le même sens; cependant la conséquence a été maintenue :

ART. 631. L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre (**).

ART. 634. Le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué (***).

(*) Art. 630. — L. 12, 19, D. 7, 8, *De usu et habit.*

(**) Art. 631. — L. 2, 8, 11, D. 7, 8, *De usu et hab.*

(***) Art. 634. — L. 8, D. 7, 8, *De usu et hab.* — *Contrà*, JUST. *Inst.*, II, 5 § 5; L. 13, C. 3, 33, *De usuf. et habit.*

(1) Cass. 16 fév. 1883, D. 83, 1, 361.

(2) Trib. Conflits, 15 déc. 1883, D. 85, 3, 57.

(3) *Ibid.*

Nous disons qu'en droit français, l'usage n'est plus personnel; il l'est si peu qu'on discute une question qu'il était impossible de poser en droit romain : celle de savoir si l'usager d'un fonds a le droit de jouir par lui-même, ou s'il ne peut qu'exiger du propriétaire la portion de fruits qui lui revient. Cette dernière opinion a été produite, à cause de l'expression *exiger* employée par l'art. 630, sauf quand il s'agit de meubles, auquel cas seulement s'appliquerait l'obligation de donner caution et de jouir en bon père de famille. On a encore proposé de distinguer selon que l'usager absorbe ou n'absorbe pas la presque totalité des fruits. Mais toutes ces distinctions sont arbitraires et méconnaissent le caractère réel du droit appartenant à l'usager et qu'il peut exercer par lui-même en occupant le fonds, comme le suppose manifestement le texte suivant :

ART. 635. Si l'usager absorbe tous les fruits du fonds, ou s'il occupe la totalité de la maison, il est assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien, et au paiement des contributions, comme l'usufruitier. — S'il ne prend qu'une partie des fruits, ou s'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata de ce dont il jouit (*).

L'hypothèse prévue par ce dernier paragraphe donnera lieu à une sorte d'usage en commun qui pourra engendrer bien des difficultés. Si la jouissance respective est devenue impossible à raison des sentiments d'inimitié existant entre les parties, et des querelles incessantes qui en sont la suite, les juges pourront nommer des experts chargés de rechercher les mesures à prescrire pour accorder aux parties une jouissance déterminée et divise (1).

257. En droit romain, l'usage considéré comme restreint aux services (*uti*) était indivisible, car on ne peut se servir d'une chose pour une partie aliquote, un tiers, un quart, etc.

Il résultait de là :

(*) Art. 635. — L. 18, D. 7, 8, *De usu et hab.*

(1) Cass. 7 nov. 1888, S. 89, 1, 169.

1° Que le legs d'une partie de l'usage d'une chose était impossible : *usus pars legari non potest* (1) ;

2° Que lorsque l'usage d'une chose était concédé à plusieurs personnes, les divers usagers n'obtenaient pas un seul et même usage *pro indiviso*, mais il y avait autant d'usages distincts sur la totalité qu'il y avait d'usagers. Mais par la force des choses, on pouvait concevoir un partage de fait : *concursu partes fiunt*. Donc, si l'un des titulaires venait à faire défaut n'importe à quel moment, sa disparition profitait aux autres *jure non decrescendi*, et non au propriétaire.

Faudrait-il admettre la même doctrine en droit français? On décide généralement que l'usage est chez nous pareillement indivisible. Mais on oublie que la loi moderne en a fait un petit usufruit. Donc rien n'empêcherait de léguer l'usage de la moitié d'une chose, d'une maison, par exemple. En vertu de quoi viendrait-on limiter à cet égard les pouvoirs du disposant? L'usage pourrait donc être constitué de manière que l'accroissement profitât toujours au propriétaire, contrairement à la décision du droit romain. Donc l'usage, en lui-même, n'est plus indivisible ; mais le constituant pourrait l'envisager sous un aspect indivisible.

258. Les besoins de l'usager comprennent ceux de sa famille et de ses commensaux. C'est surtout en ce qui concerne le droit d'habitation qu'il est intéressant de le constater :

ART. 632. Celui qui a un droit d'habitation dans une maison, peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné (*).

ART. 633. Le droit d'habitation se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit est concédé, et de sa famille (**).

La famille comprend même les enfants survenus depuis la constitution du droit, mais non les enfants adoptifs qui demeurent dans leur famille naturelle.

(*) Art. 632. — L. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, D. 7, 8, *De usu et hab.*
(**) Art. 633. — *Ibid.*
(1) L. 19, D. 7, 8, *De usu et hab.*

Faut-il comprendre dans la famille les gendres, les petits-enfants, etc.? La solution doit dépendre de l'usage du pays, et des circonstances qui peuvent éclairer le juge sur l'intention probable du constituant. En général il y aurait abus à l'admettre, à moins que toutes ces personnes n'habitassent ensemble au moment de la constitution du droit.

Les ministres du culte, quoique n'ayant droit qu'à un logement personnel dans les édifices qui leur sont affectés, doivent cependant avoir le droit d'y recevoir non seulement leurs serviteurs ordinaires, mais encore les membres de leurs familles demeurant habituellement avec eux, sœurs, neveux, etc.

259. Le droit d'usage dont il vient d'être parlé ne doit pas être confondu avec les *droits d'usage*, pouvant appartenir aux habitants d'une ou plusieurs communes ou sections de communes, soit sur les bois et forêts de l'État, soit sur les bois de la commune ou d'autres communes, soit sur des bois appartenant à des particuliers :

ART. 636. L'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières.

Le Code forestier contient les principales dispositions applicables à la matière (art. 63, 64, 111, 112, 118, 120).

Les droits d'usage dont il s'agit sont en principe perpétuels. Le propriétaire qui les subit est cependant autorisé, s'il s'agit d'usage en bois, à s'en affranchir par le *cantonnement*, c'est-à-dire en abandonnant en toute propriété une partie de son fonds pour libérer le reste, et, s'il s'agit d'un usage qui ne puisse être converti en cantonnement, à le racheter moyennant indemnité. Il y a exception quand il s'agit de pâturage qui serait devenu d'une absolue nécessité pour les habitants d'une ou de plusieurs communes.

Les lois du 28 ventôse an XI et du 14 ventôse an XII ont ordonné aux communes et aux particuliers qui se prétendaient fondés par titres ou possession en droits de pâturage,

passage, chauffage et autres usages de bois, de produire leurs titres et actes possessoires dans un certain délai, sous peine de déchéance. Mais cette déchéance n'est pas encourue de plein droit et doit avoir été prononcée par l'autorité administrative. Ce droit de frapper les usagers de déchéance ne passe pas aux acquéreurs de biens domaniaux; il s'éteint définitivement par suite de l'aliénation de ces biens (1).

Toutes les questions de propriété concernant les droits d'usage, la possibilité et la défensabilité des bois des particuliers, sont de la compétence des tribunaux civils ordinaires. Il en est de même des contestations sur le règlement d'indemnité pour rachat d'un droit d'usage, ou sur le refus des usagers de consentir au cantonnement.

(1) Liège, 4 avr. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, Suppl. 1.

TITRE QUATRIÈME.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

Généralités.

260. — Définition des servitudes prédiales, art. 637, 638.
261. — Classification résultant de l'art. 639.

260. Il s'agit des servitudes *prédiales*, constituées au profit d'un fonds, par opposition aux servitudes personnelles constituées au profit de la personne.

ART. 637. Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire (*).

Ce sont des démembrements plus ou moins considérables du *dominium* portant exclusivement sur le *jus utendi;* c'est donc avec raison que la loi leur a donné la dénomination de *services fonciers.*

Ces services fonciers constituent une *charge*, dit le texte; cela est vrai au point de vue passif, c'est-à-dire en envisageant le fonds qui en est grevé et qu'on appelle fonds servant. Mais il vaudrait mieux se placer au point de vue actif, au regard du fonds qui en profite, et dire que la servitude est un droit. C'est d'ailleurs ce qu'on fait toujours quand on définit l'usufruit ou l'usage; on s'occupe toujours de ce qui entre dans la composition du patrimoine.

La loi ajoute que la charge dont il s'agit est imposée sur *un héritage*. La locution est équivoque en ce sens qu'elle tendrait à faire croire que, dans le rapport de droit

(*) Art. 637. — GAI., II, 14; L. 15 § 1, D. 8, 1, *De serv.;* L. 1 § 1, D. 8, 4, *Comm. præd.*

appelé *servitude*, la personne, c'est-à-dire le sujet du droit, n'apparaît pas; or, dans tout rapport il faut bien qu'il y ait une personne. En outre, il n'est pas exact de dire qu'un héritage, en d'autres termes un objet matériel, subit une charge, ou profite d'un avantage. Ce qui est vrai, c'est que la charge est imposée sur *quiconque* sera propriétaire d'un héritage, au profit de *quiconque* sera propriétaire de tel autre héritage. Tel est le sens de l'art. 637.

Il faut donc qu'il y ait nécessairement deux héritages, voisins l'un de l'autre. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient contigus, mais ils doivent appartenir à des propriétaires différents.

En effet, l'avantage résultant pour le fonds dominant de l'existence d'une servitude, constitue, ainsi que nous l'avons remarqué, un démembrement de la propriété du fonds servant, qui vient augmenter la propriété du fonds dominant auquel il s'ajoute. Or, si les deux héritages étaient réunis dans le patrimoine du même propriétaire, il est manifeste que ce dernier en exerçant son droit de propriété pourrait appliquer l'un à l'utilité de l'autre. Mais en le faisant, il n'opérerait pas un démembrement de la propriété. Aussi, d'après l'art. 705, toute servitude est-elle éteinte quand le fonds dominant et le fonds servant se trouvent réunis dans la même main. Tout cela s'exprime par l'adage : *nemini res sua servit*.

L'art. 637 emploie franchement le mot servitudes dont le législateur n'avait pas voulu se servir pour caractériser l'usufruit et l'usage. Mais pour calmer les susceptibilités persistantes, la loi s'empresse d'ajouter que :

ART. 638. La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.

Elle ne peut donc avoir pour origine ou pour but la constitution d'une sorte d'aristocratie foncière.

261. Elle ne peut en réalité avoir pour but que l'utilité des héritages; à ce point de vue :

ART. 639. Elle dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires.

Cette classification n'est pas heureuse; d'abord on ne voit pas la différence qui pourrait exister entre les servitudes dérivant de la situation des lieux, et les servitudes établies par la loi, puisque c'est en définitive la loi qui fixe et détermine les servitudes dérivant de la situation des lieux. On a prétendu qu'il y avait entre ces deux classes de servitudes cette différence que, pour les servitudes dérivant de la situation des lieux, les magistrats auraient, en général, un pouvoir d'appréciation plus large qu'en ce qui concerne les servitudes établies par la loi. Mais cela est tout à fait arbitraire; où serait la mesure de cette latitude d'interprétation? La loi a formulé, dans l'un et l'autre cas, des règles qui s'imposent au juge avec la même autorité. Nous ne voyons donc pas de différence entre ces deux prétendues classes de servitudes; elles nous paraissent toutes dériver en réalité de la volonté raisonnée de la loi.

Nous commençons donc par réduire à deux les classes de servitudes indiquées par l'art. 639.

Maintenant, est-il vrai de dire qu'il y a des servitudes établies par la loi? Est-il vrai de prétendre que les limitations tracées par la loi à la propriété individuelle, constituent de véritables démembrements de la propriété?

Théoriquement, la négative est certaine. La propriété est en effet un droit limité par la loi (art. 544). Les limitations légales de la propriété ne peuvent pas être considérées comme des démembrements de cette même propriété. C'est la propriété entière qui, tout en étant limitée, demeure intacte et non démembrée. Par conséquent les diverses limitations dont la propriété a été l'objet constituent le *régime légal* de la propriété, et non des servitudes.

Mais le législateur s'est laissé influencer par l'idée chimérique d'un prétendu droit naturel d'après lequel chaque

homme aurait, chez lui, le droit illimité de tout faire. Quand il a fallu limiter ce droit, il a semblé qu'on le démembrait en lui imposant une véritable servitude.

La confusion créée par ce faux point de vue a eu pour résultat d'introduire dans le titre IV, sous la rubrique *des servitudes* ou *services fonciers*, un certain nombre de dispositions ne concernant pas en réalité les véritables servitudes, mais contenant des règles sur l'exercice du droit de propriété, ou de simples obligations de voisinage ayant un caractère purement personnel.

Il faut remarquer, en effet, que presque toutes les prétendues servitudes dérivant de la situation des lieux ou établies par la loi, se réduisent finalement à l'obligation de payer une somme d'argent, comme, par exemple, lorsqu'il s'agit de réparations à faire à un mur mitoyen. C'est pour ce motif que l'art. 1370 les qualifie d'engagements, d'obligations personnelles et non de servitudes. Cet aperçu parait plus exact que celui qui est autorisé par l'art. 639. Cependant il ne faudra pas méconnaître que ces obligations semblent reposer activement et passivement sur la tête des possesseurs *quelconques* des héritages, et ne faire qu'un avec la chose elle-même. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir amplement sur l'examen de ces difficultés qu'il nous suffit ici d'indiquer.

CHAPITRE PREMIER.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

§ 1er. — De l'écoulement des eaux.

262. — Plan. — De l'écoulement naturel des eaux ; règle de l'art. 640.
263. — Modifications résultant de la convention ou de la prescription.
264. — Le propriétaire du fonds supérieur doit s'abstenir de tout ce qui pourrait aggraver la servitude ; notamment à l'égard des eaux pluviales.
265. — *Quid* des sources découvertes par l'effet de travaux effectués sur le fonds supérieur? Eboulements, avalanches.
266. — Modifications résultant des lois sur les irrigations et le drainage. — Syndicats.

262. C'est une partie du régime légal de la propriété que nous allons étudier dans ce chapitre, sous la dénomination de règles concernant les *servitudes dérivant de la situation des lieux*. Ces règles ont pour objet :

Les charges et avantages résultant des eaux, art. 640 à 645 (1) ;

Le bornage, art. 646 ;

La clôture, art. 647 et 648 ;

Le législateur s'est d'abord occupé de la condition respective des fonds qui, ne se trouvant pas sur le même plan, sont, à cause de la déclivité du terrain, supérieurs ou inférieurs les uns par rapport aux autres.

ART. 640. Les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. — Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. — Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur (*).

(*) Art. 640. — L. 1 § 10, 13, L. 2 pr. et § 1, D. 39, 3, *De aquâ et aquæ pluv.*

(1) Voir, sur cette matière, *Traité des eaux de source*, etc., par M. NADAULT DE BUFFON, Paris, 1870.

Il s'agit d'abord des eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur sans que la main de l'homme y ait travaillé.

Cet article s'applique :

1° Aux eaux pluviales tombées directement sur le fonds, ou provenant des fonds supérieurs, ou même de la voie publique ;

2° Aux eaux provenant de la fonte des neiges ;

3° Aux eaux de source.

L'art. 640 a pour but unique d'imposer au fonds inférieur une charge, et non de lui attribuer un droit.

Par conséquent le propriétaire du fonds supérieur pourrait retenir et absorber les eaux pluviales arrivant naturellement sur son fonds, et dont il est devenu le propriétaire par accession, de même qu'il pourrait absorber l'eau d'une source qui lui appartient. En agissant ainsi durant de longues années, il ne perdrait pas le droit de changer encore son mode de jouissance et de laisser les eaux à leur cours naturel.

Le propriétaire du fonds inférieur se trouve donc, par la disposition des lieux, à la discrétion du propriétaire du fonds supérieur. Il pourra être privé des eaux pluviales, quel que soit son intérêt à en profiter ; il pourra être obligé de les subir quelque désagrément qui en résulte pour lui. Mais il ne saurait être tenu à aucun acte positif, par exemple à faire disparaître les obstacles qui, s'étant formés naturellement sur son fonds et sans sa participation, rendent plus ou moins difficile l'écoulement des eaux (1).

263. Cette situation pourra être modifiée soit par une convention, soit par l'effet de la prescription.

Le propriétaire du fonds inférieur pourra en effet acquérir par prescription un droit de servitude sur les eaux pluviales découlant du fonds supérieur au moyen de travaux apparents exécutés par lui sur ce dernier fonds (2). Mais pourra-t-il se

(1) Cass. 9 juill. 1883, D. 84, 1, 277.
(2) Cass. 10 nov. 1886, S. 90, 1, 447.

libérer de la servitude légale qui l'oblige à recevoir ces mêmes eaux, en faisant obstacle pendant trente ans à l'écoulement de ces eaux au moyen, par exemple, d'un barrage qui, établi sur son fonds, a pour résultat de les faire refluer sur le fonds supérieur?

La Cour de cassation a jugé l'affirmative (1) en considérant qu'il s'agit ici de la prescription extinctive d'une servitude légale.

Théoriquement, on peut soutenir que la charge résultant de l'art. 640 n'est pas une véritable servitude, mais une conséquence nécessaire de l'exercice normal du droit de propriété (2). Donc, en agissant comme on vient de le dire, le propriétaire du fonds inférieur prétendait plutôt acquérir une servitude, au préjudice du fonds supérieur, consistant à ne pas recevoir les eaux en provenant, que se libérer d'une servitude proprement dite. A ce point de vue, les travaux destinés à faire obstacle à l'écoulement des eaux auraient dû être faits, au moins en partie, sur le fonds supérieur. Mais nous savons que le législateur a considéré, par erreur, les charges résultant de la situation des lieux comme constituant un démembrement de l'intégrité naturelle du droit de propriété (n° 261). A ce point de vue il s'agit bien d'une prescription extinctive, et il suffit que le propriétaire du fonds inférieur fasse sur son propre fonds les travaux destinés à empêcher l'écoulement des eaux (3).

Ces travaux seront quelquefois effectués sur le fonds inférieur par l'autorité publique. Le propriétaire pourra en profiter, et arriver ainsi, après trente ans de possession, à affranchir son terrain de la servitude établie par l'art. 640. En

(1) *Ibid.*

(2) DEMOLOMBE, t. XI, n^{os} 48 et 49.

(3) AUBRY et RAU, t. III, § 240, texte et note 26; LAURENT, t. VII, n° 373.

attendant, il pourra agir au possessoire en cas de nouvel œuvre émané du propriétaire supérieur (1).

264. La disposition naturelle des lieux étant la seule cause de la charge imposée au fonds inférieur, le propriétaire du fonds supérieur doit s'abstenir de tous travaux qui auraient pour résultat d'augmenter la pente du terrain ou de rendre l'écoulement des eaux plus rapide ou plus considérable (2), de manière à causer au fonds inférieur un préjudice appréciable (3). Il doit de plus conserver aux eaux leur état naturel; il ne saurait obliger le voisin à recevoir des eaux contaminées ou viciées, par son fait, soit parce qu'elles auraient reçu le contenu de fosses d'aisance (4), soit parce qu'elles auraient traversé des dépôts artificiels de matières nuisibles (5).

En un mot, la main de l'homme ne doit en rien contribuer à rendre plus onéreux l'écoulement des eaux.

Donc, l'art. 640 n'est pas fait pour les eaux pluviales qui tombent directement de la toiture sur le fonds inférieur (6). Cette situation fait l'objet d'une disposition spéciale (art. 681).

Quant aux eaux pluviales qui tombent du toit sur le fonds supérieur lui-même, et coulent ensuite, selon la pente du terrain, sur le fonds inférieur, le propriétaire de ce dernier fonds est obligé de les recevoir, pourvu que l'écoulement naturel ne soit pas aggravé par leur chute de la toiture. Ainsi, il pourrait arriver qu'à raison de la largeur restreinte du terrain sur lequel s'effectue la chute des eaux, cette chute occasionne au propriétaire du fonds inférieur un préjudice équivalant à celui de la chute directe des eaux du toit sur son propre terrain (7).

(1) Cass. 2 avr. 1878, D. 78, 1, 381.
(2) Bordeaux, 10 juill. 1888, S. 90, 2, 205.
(3) Cass. 19 avr. 1886, S. 90, 1, 467.
(4) Cass. 5 déc. 1887, D. 88, 1, 205.
(5) Pau, 12 déc. 1887, D. 89, 2, 230.
(6) Besançon, 21 juin 1889, S. 90, 2, 205.
(7) Besançon, 21 juin 1889, S. 90, 2, 205.

Dans les limites qui viennent d'être indiquées, tout propriétaire doit donc répondre de la direction que prennent ses eaux pluviales sur les terrains inférieurs appartenant à des particuliers. Mais il a le droit de déverser ces eaux sur la voie publique, même en y ajoutant les eaux ménagères. Dans ce cas, il n'a pas à répondre de la direction que donne ensuite la commune aux eaux par elle reçues (1).

265. De ce que la main de l'homme doit tout à fait demeurer étrangère à l'écoulement des eaux, il suit encore que l'art. 640 ne peut être invoqué pour les sources qui ont été découvertes par suite de travaux exécutés dans ce but. On a soutenu une opinion différente pour le cas où la source aurait été découverte par l'effet de travaux exécutés dans un but tout autre, par exemple en creusant un fossé. Mais le texte résiste à cette distinction. Dans tous les cas l'influence de la main de l'homme s'est fait sentir, et d'ailleurs comment prouver que les travaux n'avaient pas eu pour but réel la découverte de l'eau?

Par conséquent, et sans qu'il y ait à procéder à une recherche d'intention, lorsque par des travaux quelconques, fouilles, exploitation d'une carrière, etc., le propriétaire d'un fonds a fait surgir à la surface des eaux souterraines qui n'avaient pas jusqu'alors d'issue extérieure, le propriétaire du fonds inférieur n'est pas obligé de les recevoir. Il en est de même des eaux brusquement accumulées par un événement de force majeure, par exemple par les inondations provenant des torrents; chacun a le droit de s'en préserver.

En cas d'afflux d'eaux artificielles, l'action négatoire peut être dirigée contre le maître du fonds supérieur contigu, lors même qu'il ne ferait que les recevoir de plus haut (2).

Ce que l'art. 640 dit de la chute naturelle des eaux, est éga-

(1) Cass. 15 mars 1887, S. 87, 1, 157.
(2) Cass. belge, 28 fév. 1889, *Pas.*, 90, 1, 139.

lement vrai des éboulements de toute sorte et avalanches pouvant descendre des fonds supérieurs. Néanmoins la contravention à un arrêté prescrivant l'enlèvement de matériaux obstruant un fossé dépendant de la voie publique, ne pourrait être excusée sous prétexte que ces matériaux proviennent d'un mur écroulé sous l'action des pluies, et constituant un fonds supérieur par rapport au fossé (1).

266. Les lois du 29 avril 1845 sur les *irrigations*, et du 10 juin 1854 sur le *drainage* ont apporté certaines modifications à l'art. 640.

L'art. 2 de la loi du 29 avril 1845, donne à tout propriétaire le droit de faire écouler sur les fonds inférieurs *les eaux qu'il a amenées artificiellement sur son fonds pour l'arroser*, à la condition que les fonds inférieurs ne soient pas des maisons ou des cours, jardins, parcs ou enclos attenant à l'habitation.

L'art. 3 de la même loi permet au propriétaire dont le fonds est submergé *par quelque cause que ce soit*, de se faire concéder le droit de passage à travers les fonds voisins pour conduire les eaux encombrantes, soit à une rivière, soit sur la voie publique. Cela peut s'appliquer aux eaux provenant d'un puits artésien (2).

La Cour de cassation a décidé avec raison qu'il y avait lieu à l'établissement de cette servitude par cela seul que les eaux dont elle est destinée à faciliter l'écoulement doivent être employées à l'irrigation (de jardins ou vergers) quand même elles serviraient aussi à alimenter des usines (3) et que celui qui subit le passage des eaux n'est pas fondé à se plaindre de ce que les eaux, après avoir traversé sa propriété, sont employées, sans aggravation de la servitude, à l'arrosement de fonds autres que ceux primitivement envisagés (4).

(1) Cass. 6 mai 1887, D. 88, 1, 332.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, 1429.
(3) Cass. 29 juin 1859, S. 60, 1, 766.
(4) Cass. 23 avr. 1856, S. 56, 1, 575.

La loi du 10 juin 1854 porte également que tout propriétaire qui veut assainir son fonds par le drainage ou autre mode d'assèchement, peut moyennant une juste et préalable indemnité, en conduire les eaux souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les propriétés qui séparent ce fonds d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement.

Les dispositions des lois sur les irrigations et le drainage ayant pour but de procurer le passage à des eaux qui sont comme enclavées, on décide qu'elles doivent être interprétées d'après les mêmes principes que ceux de l'art. 682 relativement à la servitude de passage pour cause d'enclave (1).

Les divers intéressés peuvent se réunir pour former des associations syndicales en vue d'un système d'irrigation commune ou de drainage. Ces associations, quand elles avaient été approuvées par un arrêté préfectoral, étaient reconnues, quoiqu'étant de simples sociétés civiles, comme ayant la faculté de plaider par leurs syndics (2).

Les associations formées sans l'intervention de l'autorité publique ne jouissaient pas de cet avantage. Mais en vertu de la loi du 21 juin 1865, elles sont reconnues comme personnes morales, si leur formation a été entourée de la publicité voulue. Ces associations libres ne sont pas cependant des établissements d'utilité publique, et leurs travaux n'ont pas le caractère de travaux publics appartenant aux syndicats formés avec la participation de l'administration.

Ces associations jouissent, comme les particuliers, des facilités accordées pour l'irrigation par les lois du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847, sur lesquelles d'ailleurs nous aurons à revenir plus loin (nos 283 à 285).

§ 2. — Des sources.

267. — Droits du propriétaire sur les sources jaillissant dans son fonds, art. 641.

(1) Cass. 1er juin 1863, D. 64, 1, 186.
(2) Cass. 6 juill. 1864, D. 64, 1, 424.

268. — Modifications pouvant résulter de la convention ou de la prescription, art. 642.
269. — Les ouvrages dont parle l'art. 642 peuvent-ils n'être effectués que sur le fonds inférieur?
270. — Application aux fonds non contigus.
271. — Le propriétaire d'une source peut-il en céder les eaux en toute propriété?
272. — Cas où les eaux d'une source vont se confondre avec une eau courante.
273. — Restriction aux droits du propriétaire quand l'eau de la source est nécessaire à un groupe d'habitants, art. 643.
274. — De l'indemnité qui lui est due en ce cas; difficultés relatives à la prescription de cette indemnité.
275. — Des sources d'eau thermale, etc., périmètre de protection résultant de la loi du 22 juillet 1856.

267. L'art. 640 et les lois qui le complètent, ayant réglé comme on vient de le voir la situation respective des voisins, il s'agit maintenant de déterminer les avantages que le propriétaire peut retirer d'une source qui se trouve chez lui.

ART. 641. Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription (*).

Les eaux de source sont celles qui sortent du sein de la terre, et peuvent, suivant leur importance, devenir l'origine d'une fontaine, d'un ruisseau, ou d'un cours d'eau quelconque.

On dit quelquefois que les eaux souterraines sont *res nullius* jusqu'à leur apparition à l'intérieur. C'est là une équivoque : une *res nullius* est une chose qui pourrait appartenir à quelqu'un, mais qui, accidentellement ou par une disposition de la loi, n'appartient actuellement à personne. Mais les choses qui n'ont pas assez de consistance pour former l'objet d'un droit sont comme n'existant pas. On ne peut pas dire qu'elles sont *nullius*, ce ne sont même pas des *res*. Telles sont les molécules isolées, tenues en suspension dans les eaux, et devant contribuer à la formation des alluvions;

(*) Art. 641. — L. 1 § 12, L. 21, 26, D. 39, 3, *De aquâ et aquæ pluv.*

telles sont les eaux souterraines tant qu'elles circulent dans le sous-sol sans qu'il soit possible de les capter. Elles n'existent pas encore à l'état de source, et ne pourront devenir l'objet d'un droit que lorsqu'elles constitueront une source.

La propriété du sol emporte alors naturellement la propriété de la source soit que les eaux y émergent naturellement, soit que leur apparition résulte de travaux spéciaux.

Dans les deux cas, si les eaux proviennent de veines se trouvant toutes dans le même fonds, il ne peut y avoir aucun doute sur l'individualité du propriétaire. Si les eaux jaillissant dans un fonds proviennent au contraire de veines situées dans un fonds supérieur, le véritable propriétaire de la source sera celui du fonds dans lequel se trouvent les veines alimentaires supérieures.

Par conséquent les eaux qui, après avoir jailli pour la première fois sur un fonds supérieur, rentrent sous terre et ressortent plus loin sur un fonds inférieur, au moyen d'une canalisation artificielle, appartiennent exclusivement à titre de source au propriétaire du terrain où elles naissent, et le propriétaire du fonds inférieur ne peut prétendre qu'elles se sont unies ou incorporées à son fonds par accession (1).

Il y a un grand intérêt à savoir qui est propriétaire de la source, car celui-là peut *en user à sa volonté*, c'est-à-dire l'absorber en entier, ou la détourner quand même elle donnerait naissance à un cours d'eau sur lequel des usines ou des prises pour l'irrigation seraient établies de temps immémorial (2).

Cette solution ne se discute plus ; différemment, ce serait faire prévaloir, sans motifs légitimes, l'avantage des usiniers ou usagers sur les droits du propriétaire, armer les particuliers

(1) Aix, 14 déc. 1882, D. 84, 2, 92.
(2) Cass. 18 févr. 1858, *J. P.* 58, 287.

des mêmes privilèges que l'autorité, et introduire dans la loi une sorte d'expropriation dans un intérêt privé (1).

Enfin, pour l'application de ces principes, il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où la source est détournée par le propriétaire lui-même, et celui où elle est détournée par une compagnie expropriant pour cause d'utilité publique, le terrain où jaillit la source (2). Si, en effet, l'expropriant est tenu d'une indemnité pour tous les dommages résultant directement de l'expropriation, il n'en est pas de même pour les actes qu'il pose comme substitué à l'exproprié, et à l'égard desquels l'exproprié lui-même n'en devrait pas.

Les règles qui précèdent n'ont été édictées que dans l'intérêt des fonds où naît une source. Elles sont donc inapplicables au cas où les eaux formant l'objet du litige dérivent de sources situées sur des fonds dont ni le demandeur ni le défendeur ne se prétendent propriétaires. Dans ce cas, celui qui se prétend troublé dans sa possession plus qu'annale des eaux d'une source par de nouveaux ouvrages ayant moins d'une année de date, peut être admis à prouver, suivant les règles ordinaires, les faits de nature à établir sa possession légale (3). Les faits ainsi établis et la décision qui interviendra ne seront pas opposables au propriétaire de la source s'il veut, en la détournant, user du droit que lui reconnaît l'art. 641.

268. Ce droit peut être l'objet de conventions particulières ayant pour effet d'en restreindre l'étendue ou l'exercice, et qu'il appartient aux tribunaux d'interpréter (4). Ainsi la convention intervenue entre les propriétaires de deux fonds pour régler entre eux d'une certaine manière l'usage des eaux d'une source, a pour résultat d'enlever à celui dans le fonds

(1) NADAULT DE BUFFON, *loc. cit.*, p. 32.
(2) *Contrà*, Trib. civ. Boulogne, 17 déc. 1885, *Gaz. Pal.*, 86, 428.
(3) Cass. 11 juill. 1883, D. 83, 1, 452.
(4) Cass. 8 mars 1887, S. 88, 1, 109.

duquel jaillit la source, le droit d'y pratiquer des fouilles et de couper les veines d'eau qui le traversent (1).

Quel que soit le laps de temps durant lequel le propriétaire de la source aura laissé couler les eaux sur le fonds des propriétaires inférieurs, ces derniers n'auront acquis aucun droit sur ces eaux, à moins d'avoir prescrit dans les conditions suivantes :

ART. 642. La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété (*).

Il faut donc pour que la prescription s'accomplisse :

1° Qu'il y ait des travaux *terminés;* des travaux non encore terminés révèleraient plutôt un simple projet, que l'intention réalisée d'empiéter sur les droits du propriétaire de la source;

2° Que ces travaux aient été faits par le propriétaire du fonds inférieur.

En principe, les travaux sont toujours présumés faits par celui sur le fonds duquel ils existent (art. 553). Donc, s'il s'agit de travaux existant sur le fonds supérieur, ils sont présumés avoir été faits par le propriétaire de ce fonds, et, par conséquent, ils ne peuvent servir à fonder la prescription au profit du propriétaire inférieur, absolument comme dans le cas où il serait établi qu'ils ont été faits par la seule et libre volonté du propriétaire supérieur (2).

Mais cette présomption peut céder devant la preuve contraire qui pourra être faite par témoins. Or, quand la preuve testimoniale est admissible, les présomptions de l'homme le sont également (art. 553).

Donc on a pu décider, notamment pour les rigoles (3),

(*) Art. 642. — L. 10, D. 8, 5, *Si servit. vind.*
(1) Cass. 25 oct. 1886, S. 87, 1, 373.
(2) Cass. 27 nov. 1888, S. 89, 1, 101.
(3) Cass. 3 mai 1880, D. 81, 1, 76.

qu'en l'absence de preuves positives, les travaux de ce genre sont présumés avoir été faits par celui qui en profite ou par ses auteurs (1). D'où il suit que celui-là peut se prévaloir de la prescription trentenaire pour revendiquer une servitude sur les eaux, quoiqu'il ne prouve pas directement avoir fait lui-même les travaux servant de point de départ à cette prescription (2).

3° Il faut de plus que ces ouvrages soient *apparents;* il faut, en effet, que le propriétaire du fonds supérieur ait pu en avoir connaissance, sinon, son inaction prolongée, même pendant plus de trente ans, n'aurait aucune signification.

4° Enfin, d'après le texte de l'art. 642, qui en fait une condition spéciale distincte des trois autres, il faut que les travaux faits par le propriétaire du fonds inférieur soient *destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.* Or, comme il faut être sur un fonds pour faciliter la chute devant se produire de ce fonds, il en résulte que les travaux dont il s'agit doivent être exécutés sur le fonds supérieur lui-même. Cela est vrai surtout quand les deux fonds sont en plaine, et qu'il y a lieu de modifier le *niveau* commun pour accentuer la *pente* et faciliter le *cours* de l'eau. L'observation contraire (3) ne se comprend pas.

269. La règle qui précède est l'application pure et simple des principes généraux en matière de prescription acquisitive. La prescription ne peut se produire que si le fait qui lui sert de base, constitue un empiètement direct sur le fonds au préjudice duquel elle va courir.

Mais on a prétendu que, précisément dans le cas examiné, la loi a voulu autoriser une prescription *sans empiètement!* Que la propriété des eaux est une propriété à part, *un bien-*

(1) Cass. 4 mars 1885, S. 88, 1, 108.
(2) Cass. 16 déc. 1879, D. 80, 1, 153.
(3) LAURENT, t. VII, n° 204.

fait de la nature, que par suite la loi a eu le droit de l'organiser en dehors des règles générales, etc. En conséquence, et tout en déclarant la loi mal faite, contraire aux vrais principes, beaucoup d'auteurs, sur le fondement des travaux préparatoires, persistent à soutenir que les travaux effectués uniquement sur le fonds inférieur, qui par suite faciliteront la chute probablement par la seule attraction moléculaire, seront suffisants pour fonder la prescription (1).

La jurisprudence n'a jamais admis cette solution; la Cour de cassation juge invariablement que pour pouvoir acquérir par prescription la jouissance des eaux d'une source existant sur le fonds supérieur, il faut nécessairement que, sur ce fonds, le propriétaire inférieur ait fait exécuter des ouvrages apparents (2) sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire que les travaux aient été faits au point même où naît la source, ou sur un point inférieur, pourvu qu'ils existent positivement sur le fonds supérieur (3).

Mais de ce que, en l'absence de semblables ouvrages, l'acquisition par prescription d'une servitude de prise d'eau est impossible, rien n'empêche cependant le propriétaire inférieur d'intenter la complainte, lorsqu'il possède légalement cette servitude, depuis au moins un an, en vertu d'un titre. Il n'y a pas, en ce cas, cumul du pétitoire avec le possessoire, lorsque le juge de la complainte ne prend connaissance de l'acte constitutif de la servitude que pour vérifier si la possession de cette servitude est, ou non, à titre précaire (4).

(1) MARCADÉ, sur l'art. 642; DEMANTE, t. II, n° 493 *bis;* AUBRY et RAU, § 244, texte et note 17; LAURENT, t. VII, n° 203; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1436.

(2) Cass. 19 juin 1889, S. 90, 1, 292; Cass. 27 nov. 1888, S. 89, 1, 101; 24 janv. 1888, D. 88, 1, 246; dans le même sens : DURANTON, t. V, n° 181; DEMOLOMBE, t. XI, n° 80; PROUDHON, *Domaine public*, n° 1372; NADAULT DE BUFFON, n°s 53, 54 et 55.

(3) Cass. 4 mars 1885, S. 88, 1, 108.

(4) Cass. 12 mars 1890, D. 90, 1, 447.

270. Le système qui vient d'être exposé peut trouver son application même dans le cas où le fonds inférieur devant profiter de la prescription ne serait pas immédiatement contigu au fonds supérieur. On a opposé, il est vrai, que la loi parlait *des* fonds inférieurs, ce qui paraissait désigner le fonds contigu, et non *d'un* fonds inférieur quelconqne ; et que cette interprétation restrictive est confirmée par l'expression *faciliter la chute dans sa propriété*, ce qui implique aussi la contiguité. Mais il faut remarquer que si la loi parle de la *chute* elle parle aussi du *cours* de l'eau. Voici d'ailleurs comment il faut comprendre l'hypothèse envisagée : Un champ ayant partout à peu près le même niveau est immédiatement contigu à un fonds supérieur dans lequel jaillit une source. Nous avons soutenu que les travaux destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau devaient, pour fonder la prescription, être effectués sur le fonds supérieur. Or nous prétendons que si le champ inférieur est divisé en deux portions de manière que l'une de ces portions soit séparée par l'autre du fonds supérieur, la situation ne changera pas. Le propriétaire de la portion qui a cessé d'être contigue, pourra prescrire s'il fait les travaux nécessaires sur le fonds supérieur. S'il en est ainsi dans le cas où une division récente a divisé en deux le fonds inférieur, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement du cas où la division remonte à une époque si éloignée que le souvenir en a été perdu, hypothèse qui se confond avec celle où les parcelles dont il s'agit ont appartenu de tout temps à des propriétaires différents. Nous ferons remarquer que parmi les auteurs qui se contentent en général de travaux apparents exécutés sur le fonds inférieur, certains, dans le cas particulier qui nous occupe, se rangent à notre avis et exigent que les travaux soient alors effectués sur le fonds supérieur (1).

Il importe peu, dans notre système, que le fonds inférieur

(1) Voy. LAURENT, t. VII, n° 204.

soit séparé du fonds supérieur par un chemin public, si ce chemin reçoit les eaux du fonds supérieur. La Cour de cassation s'est implicitement prononcée dans ce sens (1).

271. Le titre et la prescription peuvent donc faire acquérir au propriétaire d'un fonds inférieur un droit à l'usage de l'eau. Ce droit constituera une servitude continue et apparente. Donc la destination du père de famille pourra produire le même résultat (art. 692), et ne pourra produire que celui-là.

Mais le titre ne pourrait-il pas produire un résultat plus considérable en attribuant au propriétaire du fonds inférieur la propriété même des eaux de la source? En d'autres termes : le propriétaire de la source peut-il céder en toute propriété les eaux de cette source?

Cette question a donné lieu à des difficultés théoriques qu'il nous est impossible de comprendre.

Équivoquant sur les expressions de l'art. 641, reconnaissant au propriétaire d'une source *le droit d'en user à sa volonté*, M. Laurent soutient que le propriétaire n'a sur la source qu'un *droit d'usage* dont il ne peut disposer, car « hors de son fonds, il n'y a plus de source, donc il ne peut être question du droit de disposer de la source (2). » Mais il dispose des eaux alors qu'elles sont encore sur son fonds ; tout le monde reconnaît qu'il peut absorber pour lui-même la totalité de ces eaux ; qu'il peut les détourner de leur cours naturel pour en faire profiter un voisin autre que celui auquel semblait les destiner la pente naturelle du terrain; qu'il peut même *aveugler* la source (3), et on lui conteste le droit de l'aliéner en toute propriété ! Il pourra, dit-on, transmettre à un voisin le droit d'user de l'eau à

(1) Cass. 19 juin 1889, S. 90, 1, 292; Cass. 4 mars 1885, S. 88, 1, 108.

(2) T. VII, n° 191.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1433.

titre de servitude, mais ce voisin ne pourra pas disposer lui-même de son droit au profit d'un autre fonds, *servitus servituti esse non potest.* Car s'il le pouvait « une semblable cession aurait pour résultat de transférer la propriété des eaux de la source au fonds inférieur lui-même, *car c'est bien évidemment en sa faveur que ce droit est stipulé.* Or, nous ne croyons pas que nos lois offrent un seul exemple d'un droit de propriété appartenant ainsi à un fonds sur une partie d'un autre fonds (1). » L'objection est vraiment singulière; quand la vente des eaux d'une source aura été stipulée *au profit d'un fonds,* il ne peut y avoir de doute; malgré l'expression *vente* mal employée, l'hypothèse rentre dans la définition des servitudes telle qu'elle est donnée par l'art. 637; il est certain que les parties ont eu en vue la constitution d'une servitude et pas autre chose. Mais si les parties se sont clairement expliqué pour bien constater que l'une entendait vendre et l'autre acquérir, non à titre de servitude, mais à titre de propriété, tout ou partie des eaux d'une source, nous ne voyons pas sur quoi on pourrait se fonder pour nier le droit de propriété de l'acquéreur qui pourra être le propriétaire d'un fonds contigu, ou d'un fonds plus éloigné, qui pourra même n'être pas propriétaire du tout et être le premier venu, locataire d'une usine, d'un lavoir, d'une école de natation, etc.

La Cour de cassation ne s'est pas laissé arrêter par des arguties qui ne sont pas de notre époque, elle décide que : « Dans leur rapport avec le droit de propriété, les eaux sont, à leur source, dans le domaine du propriétaire du fonds sur lequel elles coulent, et que le maitre du fonds a le droit d'en jouir et disposer de la manière la plus absolue; que ce droit de propriété des eaux comprend nécessairement celui de les transmettre aux tiers, en tout ou en partie; qu'il importe peu

(1) *Ibid.*, n° 1437.

que l'acquéreur ou le cessionnaire soit ou non voisin immédiat du propriétaire de la source, pourvu, dans ce dernier cas, que l'acquéreur obtienne le passage sur le fonds intermédiaire ; que le premier acquéreur ainsi nanti du domaine plein des eaux, peut, à son tour, les transmettre à un second acquéreur, et ainsi de suite (1). »

Si le titre peut ainsi faire acquérir non seulement un droit de servitude au profit des fonds placés de façon à pouvoir en profiter, mais, d'une manière plus générale, un droit de pleine propriété au profit de quiconque a intérêt à l'acquérir, il ne saurait y avoir de difficulté à admettre la même solution pour le cas de prescription. La Cour de cassation dit encore en effet :

« La jouissance trentenaire et exclusive des eaux d'une source par les propriétaires inférieurs au moyen d'ouvrages apparents pratiqués sur le fonds où naît la source, confère à ces propriétaires sur les eaux dont il s'agit, non pas seulement une servitude d'arrosage, mais une véritable propriété, et par conséquent le droit d'en disposer au profit d'un tiers, par exemple au profit de la commune (2). »

Le propriétaire de la source peut donc librement disposer des eaux en toute propriété au profit d'un tiers déterminé, et il devra alors s'abstenir de tout acte portant atteinte au droit par lui concédé.

272. Faudrait-il admettre la même solution, lorsque le propriétaire de la source, au lieu d'attribuer les eaux à un tiers déterminé, les laisse volontairement se confondre avec une eau courante sur laquelle les riverains peuvent exercer et exercent en effet un droit d'irrigation ?

On lit dans un arrêt de la Cour de cassation que le droit de

(1) Cass. 22 mai 1854, D. 54, 1, 3.

(2) Cass. 25 mars 1867, D. 67, 1, 220; Comp. Aix, 14 déc. 1882, D. 84, 2, 93.

disposition absolue des eaux n'existe plus « lorsque les eaux ont été volontairement abandonnées à la *communauté irrigative* (c'est-à-dire aux propriétaires inférieurs qui s'en servent pour l'irrigation de leurs fonds); qu'elles prennent alors le caractère d'eaux publiques et courantes, et que la loi crée, en ce cas, des droits qui modifient ceux du propriétaire primordial (1). » Ce dernier, par conséquent, sous prétexte d'abandon volontaire, ne pourrait plus disposer des eaux qui jaillissent sur son fonds, et que, suivant son droit, il avait d'abord laissées à leur cours naturel. Cette décision a été justement critiquée (2), car il n'est pas possible de créer arbitrairement des exceptions en dehors des termes formels de la loi. La Cour suprême paraît l'avoir d'ailleurs reconnu plus tard. Elle a décidé sans doute que les eaux d'une source alimentant un cours d'eau perdent leur caractère de propriété privée lorsqu'elles sont tombées dans un cours d'eau commun à divers propriétaires. Mais la seule conséquence qu'elle en tire, c'est: « qu'une action possessoire peut être dirigée contre le propriétaire, dans l'espèce une commune, qui, *sur un point où il est constaté que les eaux de la source n'avaient plus le caractère de propriété privée, mais devaient être considérées comme une chose commune*, a capté les eaux pour les détourner de leur cours naturel (3). » La solution eût donc été différente si le propriétaire primordial avait agi chez lui, *sur un point où les eaux*, abandonnées d'ailleurs à leur cours naturel, n'avaient pas encore perdu leur caractère de propriété privée.

273. Sauf les restrictions résultant d'un titre ou de la prescription, le propriétaire d'une source demeure donc libre soit d'absorber la totalité des eaux, comme il l'entend, soit d'en

(1) Cass. 22 mai 1854, D. 54, 1, 301; *adde*, Rouen, 16 juill. 1857, D. 57, 2, 181.

(2) LAURENT, t. VII, n° 183; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1441 *bis*.

(3) Cass. 28 déc. 1880, D. 81, 1, 152.

changer le cours, soit de les abandonner à leur cours naturel. Et même lorsqu'il a commencé par les laisser à leur cours naturel, il peut revenir sur sa détermination première et en changer le cours.

Néanmoins

ART. 643. Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais, si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.

Il s'agit ici d'une véritable restriction apportée à la faculté de disposer dans l'intérêt d'une collectivité.

Il importe de bien déterminer la situation envisagée par la disposition qui précède.

La loi suppose que les eaux de la source abandonnées à leur cours normal sont sorties du fonds dans lequel elles ont pris naissance, et vont couler sur un terrain accessible aux habitants d'une commune ou hameau. Le propriétaire a-t-il encore le droit de changer le cours des eaux? Il faut distinguer : si ce cours fournit aux habitants une eau *nécessaire*, le propriétaire ne peut apporter aucune modification au cours actuel des eaux. Si l'eau fournie par ce cours actuel n'est pas nécessaire, le propriétaire demeure libre d'agir à sa volonté.

De là il suit que notre article n'a pas d'application :

1° Aux eaux qui n'ont pas de cours, retenues dans des citernes, mares, etc.;

2° Aux eaux qui ne sortent pas de l'héritage dans lequel elles ont pris naissance;

3° Aux eaux qui ne se rendent pas sur un point accessible aux habitants.

Il va sans dire que si, pour arriver sur ce point, les eaux traversent des fonds intermédiaires, la même servitude pèse sur ces fonds intermédiaires. Mais de même que les habitants n'ont pas le droit de pénétrer sur le fonds où la source prend naissance (1),

(1) Cass. 1er juill. 1890, D. 90, 1, 365.

de même ils n'ont pas le droit de passer sur les fonds intermédiaires situés entre la source et le village ou hameau (1).

Le bénéfice de l'art. 643 ne peut être invoqué que dans l'intérêt d'une communauté d'habitants, constituant au moins un hameau, et non dans celui d'un particulier, lors même qu'il prétendrait que son exploitation forme à elle seule un hameau (2). Mais si les diverses habitations constituant le hameau venaient, dans la suite, à être possédées par une seule personne, les droits antérieurement acquis seraient maintenus (3).

Il ne peut pas y avoir de difficulté sur le point de savoir si l'agglomération intéressée est une commune ; il ne peut y en avoir que sur le point de savoir si les habitations plus ou moins éloignées du chef-lieu de la commune peuvent être considérées comme constituant un hameau. C'est, dit-on, à l'autorité administrative qu'il appartiendra, le cas échéant, de se prononcer sur ce point (4). Nous pensons que les tribunaux civils ont seuls qualité pour apprécier un telle difficulté, et que leur compétence résulte des termes mêmes de l'art. 643.

Il faut que l'eau soit nécessaire à la consommation personnelle des habitants et de leurs bestiaux. Il ne saurait être question, ni des besoins de l'irrigation, ni des avantages que pourrait en retirer l'industrie.

L'action en réclamation de l'usage des eaux, en cas de nécessité, n'appartient pas aux intéressés en leur nom individuel. L'action devrait donc être intentée au nom de la commune dont ils font partie (5). Il a même été jugé qu'il devait en être ainsi de l'action en maintien du droit à l'usage de la

(1) Cass. 25 mars 1891, S. 91, 1, 245.
(2) Limoges, 13 mai 1840, D. 41, 2, 25.
(3) Bordeaux, 4 déc. 1867, S. 68, 2, 115.
(4) DEMOLOMBE, t. XI, n° 93.
(5) Limoges, 13 mai 1840, D. 41, 2, 25.

source (1). Cependant, quand le droit a été reconnu dans son principe, il semble que chaque habitant puisse agir en justice (2), non pour représenter ses co-intéressés, mais pour réclamer, en ce qui le concerne, son admission à l'usage de l'eau.

Le droit, fondé sur la nécessité, attribué à certains habitants par l'art. 643, a uniquement pour effet d'empêcher le propriétaire de la source *d'en détourner le cours*. Mais comme il n'a pas cessé d'en être propriétaire, il peut consommer entièrement les eaux, faire dans son fonds des fouilles dont le résultat pourra en intercepter les veines alimentaires, etc. (3), et par conséquent anéantir le droit des habitants. Ce droit dérivant uniquement de la situation des lieux, doit cesser d'exister quand cette situation est modifiée.

274. Comme compensation de la charge qui lui est imposée de ne pouvoir plus changer le cours de l'eau, le propriétaire peut réclamer une indemnité si les habitants *n'ont pas acquis ou prescrit l'usage de l'eau*.

Suivant l'opnion générale « le mot *acquis* fait allusion au cas où le droit à l'usage de l'eau a été conféré aux habitants par un titre (convention ou testament). Le titre fait alors la loi des parties. Mais que signifie le mot *prescrit ?* La loi n'a pas pu vouloir dire que les habitants peuvent acquérir par la prescription le droit d'user de l'eau ; elle le leur accorde de plein droit. Ils n'ont donc pas besoin de l'acquérir. Il s'agit donc uniquement de la prescription de l'indemnité due au propriétaire de la source pour le préjudice que la servitude lui cause (4). »

(1) Justice de paix de Vielsalm, 7 fév. 1886, *Pas.*, 87, 3, 239.

(2) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 643, n° 1.

(3) Cass. 4 déc. 1849, S. 50, 1, 33; Montpellier, 16 juill. 1866, D. 67, 2, 518.

(4) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1441; DEMOLOMBE, t. XI, n° 98; LAURENT, t. VII, n° 222.

Ce raisonnement consiste à dire que la loi attribuant *de plein droit* aux intéressés l'usage des eaux, ne doit pas signifier qu'ils peuvent avoir eu besoin de l'acquérir par la prescription. Mais si cela est vrai de la prescription, il doit en être de même de la convention ou du testament. La loi attribuant *de plein droit* aux intéressés l'usage des eaux ne doit pas vouloir dire qu'ils peuvent avoir eu besoin d'acquérir cet usage par la convention ou le testament. Cependant tous les auteurs dont nous exposons la doctrine admettent « *que le mot* ACQUIS *fait allusion au cas où le droit à l'usage de l'eau a été conféré aux habitants par un titre* (*convention ou testament*) ; » les auteurs admettent, en d'autres termes, sans trouver cela absurde, que les habitants, quoique investis *de plein droit* de l'usage des eaux, ont cependant obtenu cet usage par convention ou testament ! Pourquoi serait-il plus absurde d'admettre que, dans la même hypothèse, c'est-à-dire quoiqu'investis de plein droit de l'usage de l'eau ils l'ont cependant acquis par prescription ?

Il est donc certain que l'interprétation généralement donnée de l'art. 643 repose sur une contradiction manifeste et ne traduit pas la véritable pensée de la loi qui paraît être la suivante :

L'application de l'art. 643, quand les parties ne sont pas d'accord, soulève deux questions bien distinctes : la première a trait uniquement au point de savoir si l'usage est *nécessaire* à une agglomération d'habitants. Si cette première question est résolue affirmativement, alors seulement se produira la seconde qui a trait au règlement de l'indemnité.

Mais il peut y avoir contestation sérieuse sur la première. Cette contestation peut être terminée par un jugement ; elle peut aussi être terminée par une transaction, ou par une convention mettant hors de toute contestation ce point désormais reconnu que l'eau dont il s'agit est nécessaire aux habitants. On peut pareillement admettre qu'un testateur, pour

éviter tout procès ultérieur, aura tenu à reconnaître au profit d'une agglomération d'habitants leur droit à une eau dont l'usage leur était nécessaire.

Donc les habitants, quoique investis *de plein droit* de l'usage des eaux, peuvent avoir intérêt à obtenir un titre qui rende impossible toute contestation sur le point de savoir si ces eaux leur sont nécessaires.

Mais il est de principe qu'on peut acquérir par prescription ce que l'on peut acquérir par titre. Donc les habitants peuvent avoir intérêt à invoquer la prescription qui les dispensera de prouver que l'eau leur était nécessaire ; ce qui n'aurait pas lieu s'ils se bornaient à invoquer le titre écrit pour eux dans l'art. 643. Telle est la pensée de la loi qui va encore plus loin en déclarant que lorsque les habitants ont prescrit l'usage de l'eau, ils sont en même temps libérés de l'obligation de payer une indemnité.

Mais il y a encore d'autres précisions à faire :

La prescription dont parle l'art. 643 suppose que les habitants ont joui des eaux pendant trente ans *ut universi, non ut singuli,* et il a été reconnu, lors de la discussion du texte, que pour une telle prescription aucun ouvrage n'était nécessaire (1).

En second lieu cette prescription ne met pas obstacle à la prescription ordinaire fondée sur des ouvrages établis sur le fonds supérieur et s'accomplissant au profit soit d'une commune, soit de quelques habitants ayant possédé *ut singuli.*

Dans cette dernière hypothèse, il n'y a aucune limitation ayant sa mesure dans la nécessité ; il n'est dû aucune indemnité, le propriétaire ne pourra épuiser les eaux, et la servitude continuera de subsister, telle qu'elle aura été établie par la prescription, quand même les eaux ne seraient plus *nécessaires* aux habitants.

(1) DEMOLOMBE, t. XI, n° 98.

275. Enfin nous devons rappeler que, dans l'intérêt de la conservation des sources d'eau thermale, le droit pour tout propriétaire de faire des fouilles dans son fonds, se trouve limité par l'établissement d'un périmètre de protection plus ou moins étendu (ci-dessus, n° 128).

Pour qu'il en soit ainsi, il faut, d'après la loi du 14-22 juillet 1856 que la source soit déclarée d'*intérêt public* par un décret délibéré en Conseil d'État.

Le périmètre de protection dans l'enceinte duquel aucun sondage ou travail souterrain ne peuvent avoir lieu sans autorisation, n'est pas fixé d'une manière invariable, mais se modifie suivant les circonstances et la nature du sol.

Le propriétaire d'une source d'eaux minérales ou thermales déclarée d'intérêt public a le droit d'exécuter sur son terrain tous les travaux de conservation, de captage et d'aménagement qu'il juge opportun sous la condition de déposer ses plans à la préfecture. En cas d'opposition du préfet, il a son recours devant le ministre. — Un arrêté ministériel sera nécessaire pour les ouvrages que, dans les mêmes conditions, il voudra entreprendre sur le terrain d'autrui, mais dans l'intérieur du périmètre. Le propriétaire du terrain doit être entendu dans l'instruction.

La servitude résultant de l'établissement de ce périmètre, entraîne donc pour les propriétaires voisins d'une source thermale une double contrainte : 1° celle de subir sur leurs fonds des travaux jugés nécessaires ou seulement utiles; 2° celle de ne pouvoir eux-mêmes entreprendre certains ouvrages sans une autorisation administrative.

L'établissement du périmètre ne donne lieu par lui-même à aucune indemnité, tant que la servitude reste à l'état latent (1). Mais chaque fois qu'il interviendra de la part du détenteur de la source des travaux dont la conséquence serait

(1) Cass. 30 janv. 1878, D. 79, 1, 75.

de priver le propriétaire voisin de son revenu au-delà d'une année, ou lorsque son fonds ne sera plus propre à l'usage auquel il le destinait, ou lorsqu'il se sera vu contraint d'interrompre ou d'abandonner les ouvrages qu'il aurait entrepris, il aura le droit d'exiger son expropriation, sans que le propriétaire de la source puisse dans aucun cas la provoquer (L. 14 juillet 1856, art. 9).

§ 3. — Des eaux courantes.

276. — Droit des riverains d'une eau courante, art. 644.
277. — Caractère de ce droit; il est commun à tous les riverains.
278. — L'art. 644 n'est pas limitif en ce qui concerne l'emploi de l'eau courante,
279. — Ni en ce qui touche les propriétés à qui l'usage de l'eau peut être utile.
280. — Conséquences; *quid* à l'égard des parcelles détachées d'un fonds riverain par l'effet d'un partage?
281. — *Quid* de la division provenant uniquement de la différence des cultures?
282. — L'usage de l'eau peut être acquis à des tiers non riverains à titre de servitude, notamment par l'effet de la prescription.
283. — De la servitude d'aqueduc créée par la loi du 29 avril 1845 sur les irrigations, art. 1er.
284. — Autres dispositions de cette loi.
285. — De la servitude d'écoulement créée par la loi du 10 juin 1854 sur le drainage.

276. Les eaux d'une source conservent leur caractère de propriété privée dans toute l'étendue du domaine où elles ont pris naissance. Mais elles perdent ce caractère lorsqu'elles tombent dans un cours d'eau qu'elles servent à alimenter.

Tous les cours d'eau sont en effet alimentés soit par des eaux de source, qui ont pu d'abord appartenir à de simples particuliers, soit par des eaux pluviales qui n'ont pas été l'objet d'une appropriation particulière.

Si le cours d'eau envisagé constitue une rivière navigable

ou flottable, les riverains n'ont absolument aucun droit sur les eaux, et les concessions qu'ils pourront obtenir seront toujours révocables.

Mais s'il s'agit d'un cours d'eau non navigable ni flottable, laissé comme nous l'avons vu dans la classe des choses communes (ci-dessus, nos 157 et 158), on comprend que la loi puisse accorder aux riverains certains droits exclusifs, en vue, notamment, de l'irrigation :

ART. 644. Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'art. 538 au titre *de la Distinction des biens*, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. — Celui dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire (*).

Constatons d'abord que le texte s'applique spécialement :

Aux cours d'eau qui ne sont flottables qu'à bûches perdues ;

Aux cours d'eau non navigables ni flottables ;

Aux parties non navigables ni flottables des rivières qui n'ont pas été déclarées navigables et flottables dans toute leur étendue,

Et généralement à toutes les eaux naturelles mises en mouvement par l'effet de leur abondance et de la déclivité de leur lit ;

Mais il ne s'applique pas aux rivières navigables et flottables, lesquelles appartiennent au domaine public ;

Ni aux eaux pluviales qui, avant de tomber dans le cours d'eau, ont été appréhendées par un premier occupant ;

Ni aux canaux creusés de main d'homme, lacs, étangs ou autres réservoirs qui sont une propriété privée.

Il pourra donc y avoir une difficulté préalable à résoudre, celle de savoir si les eaux envisagées peuvent ou non, d'après leur nature, donner lieu à l'application de l'art. 644. L'appré-

(*) Art. 644. — L. 3 pr., D. 39, 3, *De aquâ et aquæ pluv.*, L. 26, D. 39, 2, *De damno infecto*.

ciation d'une telle question constituant le fonds même du litige, il y aurait cumul du possessoire et du pétitoire, si le juge saisi d'une complainte fondée sur la possession annale d'un étang, sans s'attacher au fait matériel et aux caractères légaux de la possession invoquée par le demandeur, admettait le défendeur à prouver que, s'agissant d'une eau courante et non d'un étang, le défendeur pouvait, comme riverain, prétendre à l'exercice du droit consacré par l'art. 644 (1).

277. Sont riverains tous ceux dont le fonds contigu est bordé ou traversé par le cours d'eau. N'ont pas cette qualité ceux dont le fonds est séparé du cours d'eau par une voie publique.

Remarquons maintenant en quoi consiste le droit attribué aux riverains par le texte de l'art. 644; c'est le droit de se servir de l'eau courante pour l'irrigation de leurs propriétés. C'est donc un droit d'usage.

Considéré en soi, le droit d'usage dont il s'agit reste commun entre tous les riverains qui en sont attributaires, et n'est pas susceptible d'un véritable partage. Mais les intéressés pourront obtenir un résultat analogue à celui que procurerait un partage en procédant ensemble au règlement amiable de l'exercice de leur droit. A défaut de règlement amiable, l'autorité compétente interviendra, comme nous le verrons plus loin, pour réglementer cet exercice.

Enfin ce droit d'usage est attribué à *celui* dont la propriété *borde* une eau courante... ou à *celui* dont la propriété est *traversée* par une eau courante, c'est donc un attribut de la propriété riveraine (2), puisqu'il appartient uniquement à celui qui peut justifier de sa qualité de propriétaire riverain.

Il faut donc distinguer suivant que le cours d'eau borde seulement d'un côté une propriété, ou qu'il la traverse.

(1) Cass. Ch. réun. 15 déc. 1890, D. 91, 1, 165; Comp. Cass. 25 fév. 1889, D. 90, 1, 478.

(2) Bruxelles, 20 juin 1890, D. 91, 2, 217.

Dans le premier cas, lorsque le cours d'eau sépare deux héritages appartenant à des propriétaires différents, les deux riverains opposés ont un droit égal, c'est-à-dire que le droit de chaque riverain est limité, d'abord par le droit égal du riverain opposé, ensuite par le droit des riverains inférieurs. Nous aurons à indiquer comment cette égalité doit être entendue par les tribunaux à qui appartient le droit de réglementer, le cas échéant, l'usage de l'eau entre les intéressés. Mais nous pouvons immédiatement constater que cette égalité de droits empêche l'un des riverains de détourner le cours de l'eau au préjudice du riverain opposé; chacun a seulement le droit de se servir de l'eau à son passage, en pratiquant à cet effet des fossés ou rigoles.

Dans le second cas, au contraire, lorsque l'eau traverse un héritage, le propriétaire, dont le droit n'est plus limité, comme dans le cas précédent, par le droit semblable d'un co-riverain, peut détourner les eaux, à la condition de les rendre à leur cours normal à la sortie de son fonds.

278. Dans tous les cas, chaque riverain peut se servir de l'eau soit pour arroser ses terres, soit pour tout autre usage. La loi n'a pas voulu faire, sous ce rapport, à celui dont la propriété borde une eau courante, une condition moins favorable qu'à celui dont la propriété est traversée par cette eau. La différence qui existe entre les deux alinéas de l'art. 644 est suffisamment expliquée par l'historique de sa rédaction, et il est reconnu, sans difficulté, que pour celui dont la propriété borde une eau courante, comme pour celui dont la propriété est traversée, l'art. 644 ne limite l'usage de l'eau ni quant à l'emploi qu'on peut en faire, ni même quant aux propriétés dans lesquelles on peut l'utiliser (1).

En ce qui concerne l'usage de l'eau, l'art. 644 n'est donc pas limitatif. Les eaux peuvent être employées à un usage indus-

(1) Cass. 17 janv. 1888, D. 88, 1, 75; 4 mai 1887, S. 87, 1, 321.

triel aussi bien qu'à un usage agricole; elles peuvent servir aussi aux usages domestiques qui sont le lavage, le puisage pour les besoins de la vie, et l'abreuvage pour les bestiaux (1).

Il suit de là que l'usage des eaux courantes doit être considéré comme susceptible de possession, et que la jouissance plus qu'annale des eaux doit être protégée contre toute entreprise nuisible à son exercice, sauf le règlement au pétitoire des droits respectifs des riverains (2); peu importe qu'il s'agisse d'un usage agricole ou industriel, ou d'un usage simplement domestique résultant du lavage, du puisage, de l'arrosage, etc. (3).

279. L'usage de l'eau n'est pas davantage limité quant aux propriétés dans lesquelles on peut l'utiliser (4).

Remarquons d'abord que les propriétés riveraines peuvent être de très inégale étendue. Celle de droite peut avoir seulement quelques mètres de profondeur; celle de gauche peut se développer au contraire sur plusieurs kilomètres. La première peut augmenter d'étendue par des acquisitions successives, la seconde peut être réduite par des morcellements. La loi a-t-elle indiqué une époque fixe à laquelle il faudrait se reporter pour savoir dans quelles limites chaque fonds riverain aurait droit à l'irrigation? Non; la loi a-t-elle tracé une zone d'irrigation? Pas davantage. Donc, la solution admise par la jurisprudence s'impose : les droits des riverains,

(1) LAURENT, t. VII, n° 283; Comp. DEMOLOMBE, t. XI, n°s 138, 156, 156 *bis;* un arrêt de la Cour de cassation, où on lit que le droit d'abreuvage n'est pas compris dans l'art. 644, n'est pas en réalité contraire, voy. Cass. 4 déc. 1888, D. 89, 1, 193, et la note; il s'agit dans cet arrêt des riverains d'un canal privé.

(2) Cass. 14 mars 1882, D. 83, 1, 156.

(3) Cass. 16 janv. 1866, D. 66, 1, 206; Cass. 10 déc. 1862, D. 63, 1, 45.

(4) Cass. 17 janv. 1888, D. 88, 1, 75.

en cas de contestation, doivent être réglés d'après l'état des propriétés au moment même du litige (1).

280. De là il suit :

1° Que le bénéfice de l'irrigation peut s'étendre aux parcelles nouvellement acquises venant s'ajouter au fonds contigu (2);

2° Que ce même bénéfice est perdu pour les parcelles séparées de ce fonds par l'effet d'une division ou d'un partage.

On soutient cependant que ce bénéfice sera conservé, si l'acte de partage, etc., contient une réserve au profit des parcelles séparées, ou s'il existe un travail apparent impliquant cette réserve (3). Mais comment une réserve quelconque pourrait-elle porter sur un droit d'usage demeuré commun à tous ceux qui ont la qualité de riverains, et profiter à des propriétaires non riverains (4)? — « Ce qui nous détermine, dit Demolombe, qui adopte la solution que nous repoussons, c'est que le droit à l'irrigation était acquis au fonds riverain tout entier et à chacune de ses parties (5). »

Mais s'il en était ainsi une réserve quelconque serait inutile. De plein droit les parcelles détachées conserveraient le bénéfice de l'irrigation, et aujourd'hui un propriétaire quelconque, non riverain, pourrait, malgré les termes de l'article 644, réclamer son droit à l'irrigation, en offrant de prouver qu'autrefois, il y a plusieurs siècles, la parcelle qu'il détient actuellement faisait partie du fonds riverain !

Concluons donc que le bénéfice résultant de l'art. 644 est perdu pour les parcelles séparées du fonds riverain par suite d'une division ou d'un partage.

281. Faudrait-il attribuer le même effet aux séparations

(1) LAURENT, t. VII, n° 274 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1446.
(2) DEMOLOMBE, t. XI, n° 452.
(3) DEMOLOMBE, t. XI, n°s 453, 454.
(4) LAURENT, n° 275.
(5) *Loc. cit.*, n° 454.

purement matérielles résultant de la différence des cultures pratiquées sur des parcelles appartenant au même propriétaire riverain ?

La question ainsi posée semble bizarre et oiseuse ; elle aboutit à se demander si celui qui possède le long d'un cours d'eau une prairie séparée, par une terre labourable, d'une autre prairie qui lui appartient également, peut pratiquer des rigoles au travers de sa terre en labour, afin de diriger l'eau sur sa prairie non riveraine (1) ? M. Laurent le conteste : « Ce n'est pas aux propriétaires, dit-il, que *la nature donne le bienfait des eaux;* c'est aux *fonds* qui bordent l'eau courante... Celui qui possède deux *fonds*, l'un riverain, l'autre non riverain, a deux qualités : comme riverain, il peut invoquer le bénéfice de l'art. 644 ; comme non riverain il ne le peut pas (2). »

C'est l'emploi du mot *fonds* mis à la place de l'expression *parcelle* qui masque un peu la singularité de la décision. Mais le mot *fonds* et celui d'*héritage* qui le remplace souvent, n'offrent aucun sens défini quant à l'étendue superficiaire dont ils suggèrent l'idée. L'esprit de la loi est certainement de reconnaître le droit d'irrigation à toutes les terres si étendues qu'elles soient qui se rattachent, sans solution de continuité, à la propriété riveraine. Peu importe que le propriétaire ait adopté pour les diverses parcelles des modes de culture tantôt impliquant, tantôt n'impliquant pas le besoin de l'irrigation ; et comment d'ailleurs peut-on s'occuper de la diversité des fonds quand on a commencé par admettre que les parcelles nouvellement acquises peuvent participer à l'irrigation !

282. C'est donc seulement par l'effet d'un véritable partage ou division intervenu entre les copropriétaires d'un domaine

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 148.
(2) T. VII, n° 280.

riverain d'un cours d'eau, que le droit à l'irrigation sera perdu pour les parties du domaine ayant cessé d'être riveraines. Mais cette solution ne signifie pas que le droit à l'irrigation ne puisse en aucune manière appartenir à une propriété non riveraine.

Rien ne s'oppose, en effet, à ce que le droit d'usage qui est consacré par la loi dans l'intérêt privé des riverains, sur l'eau courante qui borde leur héritage, ne soit transporté à des tiers non riverains. Mais alors ces derniers ne pourront exercer ce droit qu'à titre de servitude (1).

Une semblable servitude pouvant être accordée à des tiers par des conventions particulières peut aussi leur être acquise par l'effet de la prescription, pourvu que la possession de cette servitude revête les caractères exigés par la loi. Ainsi des propriétaires non riverains pourront obtenir par prescription un droit sur les eaux pour l'arrosage de leurs propriétés, à l'encontre d'un riverain, lorsqu'ils auront opposé à l'exercice des droits de ce dernier une contradiction manifestée par des ouvrages extérieurs et apparents (2).

Un riverain pourrait aussi acquérir, dans les mêmes conditions, l'usage exclusif des eaux (3).

Une précision doit cependant être faite: il est facile de comprendre qu'un riverain supérieur puisse exécuter des travaux impliquant contradiction effective des droits du riverain inférieur contre lequel il veut prescrire. Mais les travaux effectués par un riverain inférieur, même sur le fonds supérieur, ne peuvent, en général, empêcher le propriétaire de ce dernier fonds d'user des eaux. Ils n'impliquent donc pas une contradiction effective des droits du riverain supérieur.

(1) Bruxelles, 20 juin 1890, D. 91, 2, 217; Comp. LAURENT, t. VII, nos 299 et 301.

(2) Cass. 5 juill. 1881, D. 81, 1, 402; Comp. Cass. 25 nov. 1884, D. 85, 1, 318.

(3) Cass. 11 janv. 1881, D. 81, 1, 134.

En conséquence pour que la possession résultant des travaux effectués fût utile, il faudrait de plus un acte judiciaire ou extra-judiciaire par lequel le riverain inférieur déclarerait formellement s'opposer à ce que le riverain supérieur usât des eaux comme l'art. 644 lui en donne le droit (1).

283. Nous pouvons maintenant constater que l'usage des eaux courantes peut appartenir soit à des propriétaires riverains en vertu de l'art. 644; soit à des non riverains qui l'auront acquis par titre ou par prescription. Dans tous les cas, sous l'empire du Code, celui qui, ayant le droit de disposer des eaux, aurait voulu s'en servir pour irriguer un terrain non contigu au cours d'eau, ne pouvait pas contraindre les propriétaires des fonds intermédiaires à lui céder, même moyennant indemnité, le droit de faire passer ces eaux sur leurs fonds.

La loi du 29 avril 1845, dont nous avons déjà vu l'application aux eaux de source (n° 260) a également modifié cet état de choses pour les eaux courantes, mais seulement en vue de l'irrigation :

« Tout propriétaire, dit l'art. 1er de cette loi, qui voudra se servir *pour l'irrigation de ses propriétés,* des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ces eaux sur le fonds intermédiaire à la charge d'une juste et préalable indemnité. Sont exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations. »

Il n'y a donc plus, désormais, de difficultés sur le point de savoir si un propriétaire riverain peut établir un aqueduc sur les fonds intermédiaires pour conduire l'eau à la propriété plus éloignée qu'il veut irriguer.

La faculté résultant de l'art. 1er précité peut d'ailleurs être exercée à l'occasion de toute espèce d'eaux, quelles qu'en soit

(1) LAURENT, t. VII, n° 309.

la nature et la provenance, et de quelque manière qu'elles soient recueillies, qu'il s'agisse d'eaux provenant de la canalisation d'une ville et devant être conduites, en traversant un fonds intermédiaire, d'une propriété bâtie à une propriété non bâtie (1), ou qu'il s'agisse des eaux d'égout, bien qu'elles contiennent des matières impures (2).

Enfin, le même article 1er de la loi du 29 avril 1845 peut être invoqué non seulement par les propriétaires riverains d'un ruisseau, mais encore par tous ceux qui ont, à un titre quelconque, le droit de disposer de l'eau pour l'irrigation, par exemple un simple concessionnaire (3).

A défaut d'un arrangement amiable entre les intéressés, la servitude d'aqueduc n'existera qu'en vertu d'une autorisation donnée par le tribunal civil de la situation. Mais le tribunal n'est pas obligé d'accorder le passage; il pourrait le refuser, par exemple si les terrains qu'il s'agit d'irriguer sont d'une étendue insignifiante, ou si l'aqueduc à établir doit présenter plus d'inconvénients que d'avantages.

Les juges auront à décider comment s'exercera la servitude d'aqueduc, si elle doit avoir lieu au moyen d'une conduite souterraine, ou au moyen de rigoles à ciel ouvert employées déja par le propriétaire du fonds traversé; ils pourront même, le cas échéant, laisser le choix à ce dernier (4).

Quel que soit le mode d'exercice adopté, la servitude d'aqueduc constitue toujours une sorte d'expropriation, et les juges ne sont autorisés à prononcer cette expropriation qu'aux dépens de la propriété privée. Ils seraient donc incompétents pour accorder le passage des eaux sur ou sous une dépendance du domaine public (5).

(1) Orléans 27 nov. 1885, D. 86, 2, 251.
(2) Paris, 29 janv. 1878, D. 79, 2, 254.
(3) Cass. 29 mai 1877, S. 78, 1, 30; Paris, 29 janv. 1878, D. 79, 2, 254.
(4) Cass. 16 juin 1884, D. 85, 1, 151.
(5) Limoges, 1er mars 1881, D. 83, 2, 192.

284. Le propriétaire qui a été autorisé à amener l'eau sur son terrain pour l'arroser, doit nécessairement, s'il n'absorbe pas cette eau en entier, pouvoir se débarrasser de l'excédent. En conséquence, d'après l'art. 2 de la loi précitée :

« Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due. — Seront également exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations. »

L'indemnité, dans ce cas, ne sera pas toujours due; les tribunaux auront à apprécier si l'écoulement de l'eau ne procure pas aux propriétaires des fonds traversés une utilité dont il faudra tenir compte et qui pourra peut-être compenser le dommage.

Il nous suffira de reproduire les autres articles de la loi :

« Art. 3. La même faculté de passage sur les fonds intermédiaires pourra être accordée au propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie, à l'effet de procurer aux eaux nuisibles leur écoulement. »

« Art. 4. Les contestations auxquelles pourront donner lieu l'établissement de la servitude, la fixation du parcours de la conduite d'eau, de ses dimensions et de sa forme, et les indemnités dues, soit au propriétaire du fonds traversé, soit à celui du fonds qui recevra l'écoulement des eaux, seront portées devant les tribunaux qui, en prononçant, devront concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété. Il sera procédé devant les tribunaux comme en matière sommaire et, s'il y a lieu à l'expertise, il pourra n'être nommé qu'un seul expert. »

« Art. 4. Il n'est aucunement dérogé par les présentes aux lois qui régissent les eaux. » (V. *Ord.* 1669, *art.* 41 à 44; *Arrêté* 9 ventôse an VI; *Instruct.* 17 thermidor an VI; *Loi* 9 floréal an X; *Décret* 12 février 1813).

285. On vient de voir que l'art. 3 de la loi précitée n'accorde

expressément le droit à une servitude d'écoulement des eaux nuisibles qu'au propriétaire d'un fonds submergé. La loi du 10 juin 1854 dont il a déjà été question (n° 266) l'accorde à tout propriétaire qui veut assécher son fonds par le drainage ou tout autre moyen. La même faculté comprend tout aussi bien les bâtiments situés sur un domaine agricole et spécialement la maison d'habitation que les autres fonds où séjournent les eaux nuisibles (1), mais elle ne saurait s'étendre à une maison d'habitation ordinaire pour favoriser l'écoulement des eaux existant dans une cave (2).

L'art. 5 de la loi du 10 juin 1854 donne compétence en premier ressort au juge de paix pour les contestations relatives à l'établissement et à l'exercice de la servitude, à la fixation du parcours des eaux, à l'exécution des travaux, aux indemnités et aux frais d'entretien. Les autres actions, quoique se rattachant au drainage, doivent donc être portées devant les tribunaux civils de première instance. Une Cour a décidé qu'il devait en être ainsi de l'action négatoire de la servitude d'écoulement (3). Cela nous paraît inadmissible. L'action confessoire et l'action négatoire soulèvent toujours la même question, celle de l'établissement de la servitude, envisagée à deux points de vue distincts.

§ 4. — Application des règles précédentes.

286. — Prise des eaux à leur passage; nécessité d'une autorisation administrative pour les ouvrages à établir dans ce but. — Indemnités en cas de dommage.
287. — Servitude d'appui créée par la loi du 11 juillet 1847.
288. — Du non-usage.
289. — Prises d'eau pour établissements industriels ou usines. — Distinction à établir sur ce point entre les cours d'eau non navigables ni flottables et les autres.

(1) DUCROCQ, *Cours de Dr. adm.*, t. II, n° 1007.
(2) Dijon, 5 déc. 1877, D. 80, 2, 39.
(3) Arrêt précité.

290. — Effet des autorisations accordées sur les cours d'eau non navigables ni flottables.
291. — De la restitution des eaux à leur cours naturel.

286. Il faut voir maintenant comment se traduira dans l'application le droit de prise d'eau, dont nous venons d'indiquer les caractères.

L'art. 644 déclare d'abord qu'on peut se servir des eaux *à leur passage*. Cela ne veut pas dire que le riverain est tenu de prendre l'eau vis-à-vis du fonds qu'il veut arroser et sur un point de la rive compris dans les limites de ce fonds. Le riverain, si l'état de la rive l'exige, pourra pratiquer une prise d'eau sur un fonds supérieur au sien, avec le consentement du propriétaire de ce fonds. C'est un point sur lequel il n'y a plus aujourd'hui de difficulté (1).

La prise d'eau ne peut s'établir qu'à l'aide de saignées ou rigoles si le niveau des eaux se trouve à la hauteur du fonds à irriguer. S'il n'en est pas ainsi, il faudra recourir à des écluses, barrages ou autres ouvrages d'art pour élever les eaux à une hauteur suffisante.

Avant le décret du 25 mars 1852, on pouvait discuter sur le point de savoir si, pour l'établissement des ouvrages dont il vient d'être question, une autorisation administrative était nécessaire; mais depuis ce décret, toute controverse est impossible (Voy. art. 4, tableau D § 3 du décret).

L'administration, représentée par le préfet, intervient dans ce cas, non pour accorder une concession, comme cela a lieu quand il s'agit du domaine public, mais uniquement pour assurer la bonne répartition des eaux. Les arrêtés d'autorisation pris dans l'intérêt et sur la demande d'un riverain n'expriment qu'une seule chose, à savoir que l'intérêt public n'a pas à souffrir du travail autorisé (2).

(1) Lyon, 26 janv. 1881, D. 82, 2, 16.
(2) Cass. 18 oct. 1886, S. 87, 1, 24.

Ces arrêtés d'autorisation ne sont d'ailleurs jamais accordés que sous la réserve du droit des tiers, et il est indifférent que cette réserve soit ou ne soit pas exprimée dans le texte (1).

Il est certain en effet que le droit d'user des eaux courantes et de faire les travaux destinés à faciliter cet usage ne peut jamais nuire aux droits des autres riverains. Par conséquent les permissions ou autorisations obtenues ne peuvent jamais être opposées à ces derniers qui ont toujours le droit de demander aux tribunaux la réparation du dommage subi, et la prescription de mesures nécessaires pour l'empêcher à l'avenir (2). Ils n'ont pas besoin, pour être recevables dans leur action, de justifier d'un droit spécial, leur qualité de riverain suffit (3) : mais pour obtenir gain de cause ils devront établir la réalité d'un dommage actuel, et non pas seulement l'éventualité d'un dommage futur (4). Les juges du fait constatent souverainement le caractère dommageable des travaux effectués (5).

287. Pour être pleinement efficaces, les barrages destinés à élever le niveau des eaux devraient être appuyés sur les deux rives. Dans la théorie du Code civil, cette disposition ne peut être prise que par celui dont la propriété est traversée par l'eau courante. Celui qui est riverain d'un seul côté ne peut appuyer aucun ouvrage sur la rive opposée qu'avec le consentement, souvent refusé, du propriétaire de cette rive. Pour obvier à cet inconvénient, et dans l'intérêt de l'agriculture, la loi du 11 juillet 1847 a rendu possible l'établissement forcé d'une servitude d'appui.

Aux termes de l'art. 1er de cette loi : « Tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des

(1) *Ibid.*, Cass. 19 mars 1890, D. 90, 1, 360.
(2) Cass. 18 oct. 1886, S. 87, 1, 24.
(3) Cass. 26 août 1882, D. 83, 1, 237.
(4) Grenoble, 5 avr. 1881, D. 81, 2, 64.
(5) Cass. arrêt précité du 19 mars 1890.

eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir la faculté d'appuyer sur la propriété du riverain les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau, à la charge d'une juste et préalable indemnité. — Sont exceptés de cette servitude les bâtiments, cours et jardins attenant aux habitations. »

Nous remarquerons d'abord que si les bâtiments, cours et jardins attenant aux habitations sont affranchis de cette servitude, il n'en est pas de même des parcs et enclos.

En outre la servitude d'appui, de même que la servitude d'aqueduc autorisée par la loi du 29 avril 1845, ne peut être accordée par le juge que pour les besoins de l'irrigation. Elle ne pourrait être permise pour l'établissement d'une usine. Même quand il s'agit d'irrigation, les tribunaux doivent repousser toute demande qui ne reposerait pas sur un intérêt suffisamment sérieux, ou qu'il ne serait possible de satisfaire qu'en causant un dommage considérable aux propriétés riveraines (1).

Voici les autres dispositions de la loi du 11 juillet 1847 :

« Art. 2. Le riverain sur le fonds duquel l'appui sera réclamé pourra toujours demander l'usage commun du barrage, en contribuant pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien; aucune indemnité ne sera respectivement due dans ce cas, et celle qui aurait été payée devra être rendue. — Lorsque cet usage commun ne sera réclamé qu'après le commencement ou la confection des travaux, celui qui le demandera devra supporter seul l'excédent de dépense auquel donneront lieu les changements à faire au barrage pour le rendre propre à l'irrigation des deux rives. »

« Art. 3. Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des deux articles ci-dessus seront portées devant les tribunaux. — Il sera procédé comme en matière som-

(1) Cass. 11 août 1880, D. 81, 1, 205.

maire, et s'il y a lieu à expertise, le tribunal pourra ne nommer qu'un seul expert. »

« Art. 4. Il n'est aucunement dérogé, par les présentes dispositions, aux lois qui réglent la police des eaux. »

288. Enfin il convient d'observer que le droit d'usage sur les eaux courantes non navigables ne périt pas pour n'avoir pas été mis en action durant un temps plus ou moins long (1), sauf, ainsi que nous l'avons déjà vu (n° 282), la jouissance exclusive qui peut être acquise à des tiers par l'effet de la prescription.

289. Il résulte donc des explications qui précèdent que la servitude d'aqueduc et la servitude d'appui résultant soit des dispositions de la loi du 29 avril 1845, soit de la loi du 11 juillet 1847 ne peuvent être accordées par les tribunaux civils que pour les besoins de l'irrigation, alors qu'il est reconnu que l'art. 644, quoique parlant seulement de l'irrigation, a une portée plus générale, et ne limite pas l'usage de l'eau quant à l'emploi qu'on peut en faire (2).

L'eau considérée comme force motrice peut donc être utilisée pour des établissements industriels ou usines, pourvu que les propriétaires opposés ou inférieurs n'en éprouvent aucun dommage, et conservent la même quantité d'eau que si leur voisin ne faisait que des irrigations (3).

Il y a à cet égard quelques différences à signaler entre les cours d'eau du domaine public, et les cours d'eau non navigables ni flottables.

Sur les premiers les décrets ou arrêtés de concession peuvent stipuler au profit de l'État une redevance proportionnelle à l'importance de la force motrice (L. 16 juillet 1840,

(1) Lyon, 26 janv. 1881, D. 82, 2, 16; Caen, 16 déc. 1876, D. 77, 2, 19.

(2) Cass. 17 janv. 1888, D. 88, 1, 75; 4 mai 1887, S. 87, 1, 321.

(3) Cass. 17 janv. 1888, D. 88, 1, 75; Cass. 4 mai 1887, S. 87, 1, 321.

art. 8). Il n'en est pas ainsi sur les seconds dont les riverains tiennent leur droit directement de l'art. 644.

Les concessions sur les cours d'eau navigables et flottables, postérieures à l'ordonnance de Moulins de 1566, peuvent être retirées en tout ou en partie sans indemnité. C'est une conséquence de l'inaliénabilité du domaine public.

Sur les cours d'eau non navigables ni flottables, l'administration en vertu de son droit de police peut également prononcer la suppression des ouvrages ou établissements existants, mais une indemnité est due au propriétaire dont l'usine a une *existence légale*, c'est-à-dire qui représente soit l'acte administratif qui en a autorisé l'établissement, soit des documents prouvant qu'elle existait antérieurement à la loi des 12-20 août 1790, qui a chargé les administrations de département de procurer le libre cours des eaux, etc. (1).

290. Il suit de là que les autorisations données en matière de petits cours d'eau ont conféré à ceux qui, les premiers, les ont obtenues, de véritables droits que les usiniers, comme les arrosants, qui se prétendraient lésés, pourront faire valoir devant l'autorité judiciaire.

Par conséquent aucune atteinte ne peut être portée aux usines ou prises d'eau régulièrement autorisées, sauf pour l'administration le droit de faire de nouveaux règlements généraux dont nous parlerons plus bas, ou de prendre des mesures spéciales réclamées pour la sûreté ou la salubrité publiques, comme par exemple s'il s'agit d'enlever du lit de la rivière des dépôts qui pourraient causer des inondations ou répandre des exhalaisons insalubres. En dehors de ces deux cas, tout arrêté préfectoral qui serait pris dans un autre but, par exemple pour mettre un terme à un débat qui se serait élevé entre les riverains au sujet de la jouissance du cours

(1) Voy. DUCROCQ, *loc. cit.*, nos 982 et 1003.

d'eau, serait entaché d'excès de pouvoir et devrait être annulé par le Conseil d'Etat (1).

On ne peut donc supprimer sans indemnité, par voie de mesure individuelle, les usines autorisées, pas plus qu'on ne peut les modifier de cette manière.

L'administration avait d'abord cherché à éluder cette règle en imprimant dans tous les arrêtés préfectoraux portant autorisation soit d'usine, soit de prise d'eau d'irrigation, une clause de non-indemnité en cas de privation temporaire ou définitive. Mais cette clause, trop absolue dans ses termes, a été condamnée par le Conseil d'Etat. L'administration, en effet, n'accorde rien en réalité (n° 286); elle se borne à constater que la prise d'eau nouvelle peut se concilier avec une bonne répartition des eaux. Mais elle peut avertir le permissionnaire, par une clause spéciale, qu'il ne pourra prétendre à aucune indemnité si plus tard elle reconnaît nécessaire de prendre, *dans l'intérêt de la police et de la répartition des eaux*, des mesures qui le privent d'une manière temporaire ou définitive de tout ou partie des avantages de l'autorisation obtenue (2). Cette clause est maintenant insérée dans tous les arrêtés d'autorisation, en vertu d'une circulaire du Ministre des travaux publics du 20 avril 1865.

291. Comment se fera la restitution des eaux reçues dans un fonds? D'abord une partie des eaux destinées à l'irrigation sera nécessairement absorbée par le sol; les eaux employées comme force motrice seront rendues à leur cours naturel.

S'il s'agit d'un fonds simplement bordé par l'eau courante, le droit de se servir de l'eau à son passage pour des besoins industriels, implique naturellement le droit de faire entrer

(1) Cons. d'Etat, 18 avr. 1866, D. 69, 3, 63; Voy. GAUTIER, *loc. cit.*, p. 190 et suiv.

(2) Cons. d'Etat, 21 juin 1866, D. 67, 5, 153.

les eaux dans le fonds et de les y retenir momentanément dans un réservoir ou fossé (1).

S'il s'agit d'un fonds traversé par une eau courante, l'eau pourra être détournée dans l'intérieur du fonds, mais devra être restituée à son cours naturel à sa sortie. Il ne faut pas confondre cette obligation avec le droit qui appartient à tout propriétaire voisin d'un cours d'eau public, d'y conduire les eaux sortant de son héritage, pourvu qu'elles ne soient pas corrompues (2). Les intéressés auraient donc action pour obliger le riverain à rendre la rivière à son cours au point où il cesse d'être propriétaire de ses deux bords, sauf au juge à déterminer, par voie de règlement, la quantité d'eau qui doit être laissée dans le lit de la rivière (3).

Il ne sera pas toujours possible, dans les cas où l'eau doit être restituée, de la ramener au point où elle a été prise. Cette circonstance ne mettra pas obstacle à l'usage de l'eau. Ainsi il a été jugé que le riverain d'une eau courante, avait le droit de s'en servir, dans l'espèce, pour la submersion d'un vignoble phylloxéré, quoique, par suite de la configuration des lieux, les eaux ainsi employées ne puissent être ramenées au lit de la rivière qu'en un point situé en aval d'usines appartenant au propriétaire immédiatement inférieur (4).

§ 5. — Des règlements d'eau.

292. — Règlements généraux administratifs.
293. — Règlements judiciaires, art. 645.
294. — Principes à appliquer par les juges civils; pouvoirs des tribunaux.
295. — Effets des jugements portant règlement d'eau.

(1) Cass. 4 mai 1887, S. 78, 1, 321.
(2) Cass. 31 déc. 1879, D. 80, 1, 109.
(3) Cass. 16 janv. 1877, D. 78, 1, 260.
(4) Nîmes, 22 févr. 1886, D. 86, 2, 155.

296. — Les art. 644 et 645 ne sont pas applicables aux canaux artificiels.

297. — Les riverains n'ont aucun droit sur ces canaux, même pour les usages domestiques.

292. L'art. 644 reconnaît à tous les riverains d'un cours d'eau non navigable ni flottable, un droit égal et semblable quant à l'usage des eaux. Or il est facile de comprendre que l'exercice simultané de ce droit par tous les intéressés pourrait donner lieu à beaucoup d'abus et notamment à la déperdition des eaux.

La loi des 12-20 août 1790 (chap. VI § 3) avait déjà chargé les administrations de département : « de rechercher et d'indiquer les moyens de procurer le libre cours des eaux, d'empêcher que les prairies ne soient submergées par la trop grande élévation des écluses, des moulins et par les autres ouvrages d'art établis sur les rivières ; de diriger enfin, autant qu'il sera possible, toutes les eaux de leur territoire vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation.» Le Code rural des 28 septembre-5 octobre 1791 (tit. 2, art. 15 et 16) porte également que personne ne pourra inonder l'héritage de son voisin, ni lui transmettre volontairement les eaux d'une manière nuisible. Enfin les lois précitées sur les irrigations de 1846 et 1847 réservent formellement à l'administration la police et la surveillance des eaux.

L'administration a donc le droit de faire, en vue de l'utilité publique, des règlements généraux pour l'usage des eaux, règlements obligatoires pour les riverains comme pour les tribunaux, et qu'elle peut édicter, modifier ou abroger sans avoir besoin d'être saisie par une demande des intéressés.

Les établissements anciens devront se soumettre, pour la jouissance des eaux, aux conditions imposées par les règlements administratifs, nonobstant toute possession antérieure. Le fait d'un seul ne peut faire obstacle à des dispositions pri-

ses dans l'intérêt de tous, et on ne peut par prescription acquérir un droit contraire à l'ordre général (1).

De ce que l'administration ne peut agir qu'en vue de l'utilité publique, il suit que seraient entachés d'excès de pouvoir les arrêtés préfectoraux pris dans l'unique but de faire cesser une contestation particulière, ou de sauvegarder un intérêt purement privé (2).

293. Les contestations de cette nature portant sur l'usage des eaux courantes, sont essentiellement de la compétence des tribunaux judiciaires.

ART. 645. S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés.

A défaut de règlements administratifs, les tribunaux civils pourront donc régler l'usage des eaux. Mais ils ne pourront pas statuer d'office, ni par voie de disposition générale et réglementaire; ils pourront seulement prononcer sur les contestations particulières s'élevant entre riverains et dont ils seront régulièrement saisis.

Par le mot règlement, l'art. 645 entend, non seulement les ordonnances et actes de l'autorité publique, mais encore les conventions privées, et même les simples usages établis par le consentement commun de tous les intéressés (3).

Les juges civils sont donc liés, d'abord par les règlements administratifs, généraux ou locaux antérieurs ou postérieurs à la promulgation du Code, pris dans un intérêt public; mais non par les arrêtés ne présentant pas ce caractère et constituant de simples autorisations (4). Dans ce dernier cas, les tribunaux pourraient bien accorder des dommages, mais non

(1) Cass. 5 mars 1868, D. 68, 1, 183.
(2) Cons. d'Etat, 3 août 1866, D. 67, 3, 84; 18 avr. 1866, D, 69, 3, 63.
(3) Cass. 16 mai 1876, D. 77, 1, 78.
(4) Cass. 10 mars 1879, D. 80, 1, 31.

ordonner la destruction des ouvrages autorisés. La jurisprudence est en ce sens (1).

S'il n'y a pas de règlements administratifs, les juges peuvent encore être liés par les conventions ou règlements particuliers intervenus entre les intéressés, concernant les eaux litigieuses (2) et constituant le titre des parties à appliquer sans changement ni modification (3).

La destination du père de famille équivaut à un titre (4) de même que la prescription (5), mais non la simple possession. L'état de fait qui en résulte n'empêchera pas le juge de répartir équitablement les eaux dans la mesure des droits de chacun (6).

294. D'après quelles bases les juges procéderont-ils à cette répartition?

Il faut d'abord qu'il soit établi que la masse des eaux disponibles est insuffisante pour les besoins des divers intéressés, sinon un règlement d'eau serait inutile (7).

La masse fluide étant reconnue insuffisante, sa répartition doit être faite proportionnellement aux besoins de chaque fonds appréciés suivant l'étendue de la propriété, son genre de culture, la nature du sol et autres circonstances. Les juges ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire (8). Les parties ne sont pas obligées de mettre tous les riverains en cause, mais les tribunaux pourraient ordonner cette mesure (9). L'égalité

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. XI, n° 193; LAURENT, t. VII, n° 347.
(2) Cass. 31 mars 1886, S. 90, 1, 395; Limoges, 2 janv. 1888, D. 88, 2, 284.
(3) Cass. 19 déc. 1887, S. 88, 1, 149.
(4) Arrêt précité du 19 déc. 1887.
(5) Cass. 7 déc. 1885, S. 87, 1, 295.
(6) Cass. 10 mars 1879, D. 80, 1, 31.
(7) Nîmes, 22 févr. 1886, D. 86, 2, 155.
(8) Cass. 19 juin 1877, D. 77, 1, 483.
(9) BELTJENS, *Encyclop.*, sur l'art. 645, n° 10; LAURENT, t. VII, n° 342.

proportionnelle doit être maintenue non seulement entre les riverains opposés, mais encore entre les riverains supérieurs et les riverains inférieurs, car la loi ne fait entre eux aucune distinction (1).

Le texte se borne à déclarer que : *les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété.*

Quel est le sens de ces dernières expressions? On a prétendu qu'elles font allusion à la propriété *du sol sur lequel l'eau coule*, et on a voulu en tirer argument en faveur de l'opinion qui attribue le lit des petites rivières aux riverains (2). De toutes les interprétations possibles, celle-là est certainement la plus inexacte. Il faut convenir du reste que la formule précitée est assez malheureuse. Elle paraît supposer que les juges pourraient, *à titre de conciliation*, ne pas accorder à la propriété tout ce qui lui est dû. Mais alors que devient le respect de la propriété? Le véritable sens de la loi paraît être le suivant :

Si parmi les riverains en cause aucun ne peut alléguer un droit spécial, autre que celui qui dérive de l'art. 644 lui-même, les juges useront de leur pouvoir d'appréciation, sans restriction, conformément à ce qui a déjà été dit. Mais si l'une des parties invoque un droit acquis sur les eaux, ce droit doit être respecté dans son intégrité, et ne saurait, sous prétexte de conciliation, être amoindri. Ce point de vue paraît avoir été adopté par la Cour de cassation quand elle a décidé que : les juges saisis d'une contestation relative à l'usage des eaux entre un usinier et des agriculteurs peuvent imposer aux agriculteurs, pour l'arrosage de leurs prairies, le respect des droits acquis à l'usinier sur les eaux, et charger des experts d'indiquer les travaux nécessaires pour assurer la conciliation

(1) LAURENT, t. VII, n° 278.

(2) LAURENT, t. VI, n°s 15 et suiv. ; Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1447.

des droits acquis à l'usinier avec les intérêts de l'agriculture (1).

Il s'agit en définitive, pour les tribunaux, d'organiser un *modus vivendi* entre les intéressés. Ils pourront donc prescrire le mode de jouissance qui leur paraîtra le plus convenable ; ordonner la construction d'ouvrages destinés à garantir aux parties le libre exercice de leurs droits (2), enjoindre la destruction des ouvrages nuisibles, l'établissement de canaux d'irrigation, fixer les jours et heures pendant lesquels chaque propriétaire pourra irriguer (3). Ils pourront même, quand la contestation aura pour objet l'usage abusif des eaux, par suite de leur trop grand exhaussement, fixer la hauteur *maxima* des eaux, sauf d'ailleurs à l'administration à prendre, dans l'intérêt public, telles mesures qu'elle jugera convenables. La doctrine est en ce sens ainsi que la jurisprudence (4).

295. Les décisions rendues en cette matière par les juges civils, mal à propos qualifiées quelquefois de *règlement*, sont de véritables jugements produisant, entre les parties en cause, les effets ordinaires des jugements. Néanmoins comme elles statuent sur des intérêts et des situations variables, elles peuvent toujours être modifiées sur la demande des parties intéressées (5), de sorte que, à ce point de vue, elles n'ont pas force de chose irrévocablement jugée. A cause de cela les jugements rendus sur le règlement des eaux, ainsi que l'interprétation qu'ils peuvent être appelés à faire des règlements par eux précédemment édictés, échappent au contrôle de la Cour de cassation (6).

(1) Cass. 7 déc. 1885, S. 87, 1, 295; Comp. Cass. 19 juin 1877, D. 77, 1, 483.

(2) Cass. 11 mai 1868, D. 68, 1, 468.

(3) Cass. 8 janv. 1868, D. 68, 1, 116; Montpellier, 12 janv. 1870, D. 71, 2, 70, etc.

(4) Voy. LAURENT, t. VII, n° 339.

(5) Cass. 16 juin 1884, D. 85, 1, 151.

(6) Cass. 29 mai 1876, D. 77, 1, 78.

296. Les art. 644 et 645 ne sont pas applicables aux canaux artificiels créés par la main de l'homme, et dans lesquels coulent des eaux empruntées en amont et rendues en aval à une rivière ordinaire ; ces canaux constituent une propriété privée. Par conséquent les riverains, quand même ils seraient exceptionnellement propriétaires des francs-bords, ne peuvent employer au passage les eaux de ces canaux (1).

Cette solution reçoit une application particulièrement importante à l'égard des usines, presque toujours établies à quelque distance de la rivière et recevant les eaux à l'aide d'un canal d'amener. Nous avons vu en effet que, d'après une jurisprudence constante (ci-dessus, n° 109), le propriétaire d'un moulin ou d'une usine est, jusqu'à preuve contraire, présumé propriétaire du canal d'amener et de ses francs-bords ; donc il pourra empêcher les riverains d'user pour l'irrigation de l'eau qu'il contiendrait en sus de celle dont il a besoin. De plus il a seul le droit de navigation et de pêche, seul il peut profiter des herbes qui poussent sur les bords, etc. Sous ces rapports la situation est la même qu'il s'agisse d'une usine établie sur un grand cours d'eau ou sur une petite rivière. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le canal d'amener soit réellement distinct de la rivière. S'il avait été créé seulement pour rectifier la direction de la rivière dont il absorberait toute l'eau, il se confondrait alors avec la rivière elle-même, et les riverains pourraient user de l'eau à son passage à concurrence du trop plein non utilisé (2). Les riverains pourraient d'ailleurs acquérir par prescription sur les eaux d'un canal privé les mêmes droits que sur les eaux d'une source (3).

Les canaux de fuite, comme les canaux d'amener sont éga-

(1) Cass. 5 juin 1872, D. 74, 1, 86 ; Toulouse, 28 fév. 1877, D. 77, 2, 60.

(2) Paris, 20 fév. 1875, D. 77, 2, 151.

(3) Cass. 26 janv. 1880, D. 80, 1, 152.

lement considérés par la jurisprudence comme formant l'accessoire du moulin ou de l'usine. Toutefois par un manque de logique qu'expliquent des considérations utilitaires, elle ne reconnaît pas à l'usinier propriétaire du canal de fuite, le pouvoir d'empêcher les riverains d'arroser, l'irrigation qui a lieu en aval ne pouvant porter atteinte au jeu de l'usine (1).

297. On a prétendu que les riverains pouvaient réclamer sur les canaux privés, la faculté d'user de l'eau pour le lavage, le puisage, l'abreuvage, qui sont, non des droits résultant de l'art. 644, mais des facultés naturelles. Cela est inadmissible; la propriété ne peut être restreinte sous prétexte des besoins naturels de l'homme (2). Les droits de lavage, abreuvage, etc., ne pourraient donc exister qu'à titre de servitude, et cette servitude serait discontinue; c'est probablement ce qu'a voulu dire la Cour de cassation dans un arrêt dont la formule n'est pas toujours exacte (3).

§ 6. — Du bornage.

298. — De l'obligation réciproque relative au bornage, art. 646; ce qui caractérise l'obligation du bornage.
299. — Quand peut être exercée l'action en bornage.
300. — Compétence, L. du 25 mai 1838.
301. — Hypothèses diverses.
302. — Exercice de l'action en bornage.
303. — Opérations se rattachant au bornage; mesurage des fonds.
304. — Application des titres.
305. — Délimitation.
306. — Plantation des bornes.
307. — Partage des frais.
308. — Effets et formes du bornage.
309. — Du déplacement des bornes.

298. L'établissement de la propriété individuelle a eu pour

(1) Voy. GAUTIER, *loc. cit.*, p. 163.
(2) LAURENT, t. VII, nos 260, 263.
(3) Cass. 4 déc. 1888, D. 89, 1, 193, et la note.

conséquence immédiate de créer au profit de chaque propriétaire :.

1° Le droit de se clore consacré par l'art. 647;

2° Le droit de réclamer le bornage aux voisins constaté par le texte suivant :

ART. 646. Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.

La clôture, même en la supposant rigoureusement établie sur la ligne divisoire, sans empiétement d'aucune sorte, ne présente aucun rapport avec le bornage.

Le bornage, en effet, est une opération contradictoire ayant pour but de déterminer, d'une manière certaine et obligatoire, la limite qui sépare deux fonds contigus.

Ce qui caractérise le bornage, c'est qu'il est *contradictoire*, et que dès lors ses résultats s'imposent aux parties intéressées, alors qu'il n'y a rien de semblable dans l'établissement unilatéral d'une simple clôture.

Par conséquent l'existence de haies, barrières ou constructions formant clôture ne saurait mettre obstacle à l'action en bornage (1).

299. L'action en bornage est un attribut permanent de la propriété; mais le droit d'y recourir étant facultatif, l'action en elle-même est imprescriptible. D'un autre côté, cette action ayant pour but d'assurer le libre fonctionnement de la propriété individuelle et d'empêcher entre deux fonds une confusion analogue à celle qui résulterait d'une indivision, doit être régie par les mêmes principes que ceux de l'action en partage. La convention intervenue entre deux propriétaires de fonds contigus de ne jamais faire procéder au bornage serait donc nulle. Quand toute confusion entre deux fonds contigus est impossible, le bornage est inutile. C'est ce qui a lieu quand les deux fonds sont limités par des bâti-

(1) Cass. 4 mars 1879, D. 79, 1, 183.

ments qui se touchent. Mais c'est le seul cas dans lequel l'action en bornage cesse de pouvoir s'exercer. Elle pourrait donc avoir lieu pour des jardins et fonds de terre dépendant de bâtiments situés dans l'intérieur des villes, et dans les cas où l'un des héritages contigus, ou même tous les deux, seraient, en partie, couverts de constructions séparées par un terrain libre (1).

300. Devant quel tribunal l'action en bornage doit-elle être portée?

La loi du 25 mai 1838 en a attribué la connaissance au juge de paix, lorsque *la propriété* ou *les titres* qui l'établissent *ne sont pas contestés*. L'application de cette règle donne lieu à des difficultés.

Quelques praticiens ont une tendance à admettre que chaque fois que les parties ne sont pas d'accord sur les points de repère devant servir à la détermination des limites, le juge de paix cesse d'être compétent. Cette doctrine n'est pas soutenable; elle tendrait, en effet, à ne reconnaître la compétence du juge de paix que dans les cas où les parties seraient absolument d'accord en tout et pour tout; de sorte que le juge de paix n'aurait plus en réalité dans ce cas aucune attribution contentieuse, et se trouverait réduit au rôle d'un simple expert appelé à rédiger un procès-verbal.

La difficulté consiste donc à interpréter les termes de la loi du 25 mai 1838 portant qu'en matière de bornage le juge de paix est toujours compétent lorsque *la propriété ou les titres ne sont pas contestés*.

Voici comment il faut entendre cette formule : Le juge de paix cesse d'être compétent, chaque fois qu'à l'occasion d'une action en bornage, il est soulevé de part ou d'autre une véritable revendication de propriété portant sérieusement sur une partie déterminée des terrains à délimiter.

(1) Cass. 4 mars 1879, D. 79, 1, 183; LAURENT, t. VII, n° 418.

301. Quelques exemples vont élucider la difficulté :

1re hypothèse : Les limites sont devenues incertaines entre deux fonds ; les bornes ont disparu ou ont été renversées ; il s'agit uniquement de les rétablir, chacune des parties prétend en retrouver les traces sur des points différents ; le juge de paix est compétent ; il n'y a de contestation ni sur le titre, ni sur la propriété (1).

2e hypothèse : La contestation entre les parties porte sur les points où les bornes doivent être plantées ; l'une des parties invoque la possession annale d'une portion de terrain au-delà de son titre pour soutenir que les bornes doivent être reculées à son profit. Le juge de paix est encore compétent (2) car le bornage a précisément pour but de faire rentrer les possessions respectives dans les limites déterminées par les titres. L'allégation de la possession actuelle ou annale ne peut en effet servir de base à une revendication.

3e hypothèse : L'une des parties soutient que les bornes doivent être reculées jusqu'à une certaine limite, attendu qu'elle aurait acquis par prescription toute la portion du terrain contesté. Le juge de paix cesse alors d'être compétent, car il y a véritablement revendication, contestation sur la propriété (3), et le juge de paix ne peut apprécier si la possession dont se prévaut une partie réunit les conditions voulues pour la prescription (4).

4e hypothèse : Enfin les parties ne sont pas d'accord sur les limites respectives de leurs héritages, ou sur la portée de leurs titres de propriété. L'une prétend que, d'après son titre, elle est propriétaire jusqu'à tel point, et que c'est sur ce point que les bornes doivent être établies ; l'autre soutient qu'il n'en est pas ainsi, on conteste l'application à la cause

(1) Cass. 15 déc. 1885, D. 86, 1, 367.
(2) Cass. 12 fév. 1879, D. 79, 1, 463.
(3) Cass. 15 juin 1880, D. 80, 1, 262 ; Cass. 24 juin 1879, 1, 288.
(4) Cass. 25 août 1880, D. 81, 1, 64.

des titres qu'il s'agit d'apprécier, le juge de paix cesse d'être compétent (1), pourvu, bien entendu, que la contestation soit sérieuse (2), et porte sur une portion déterminée de terrain et non sur la partie variable dont l'assiette doit être fixée par le bornage lui-même (3).

L'incompétence du juge de paix, chaque fois qu'il y a une véritable contestation sur la propriété ou sur les titres, est radicale et ne peut être couverte par le consentement des parties à ce que sa juridiction soit prorogée sur ce point (4). Il doit donc se déclarer incompétent, même d'office (5) et ne pas se borner à ordonner un sursis. C'est alors le tribunal saisi de la question de propriété qui pourra opérer, s'il y a lieu, l'abornement du terrain dont il déclare une partie propriétaire (6).

302. La faculté réciproque, entre propriétaires voisins, d'exiger le bornage paraît se rattacher principalement au droit des obligations. Mais cette faculté constitue un attribut permanent de la propriété, et le Code en classant le bornage parmi les servitudes lui a reconnu un caractère de réalité.

L'action en bornage est donc une action réelle qui doit être portée devant le juge de la situation des lieux (7), et non une action mixte, comme le déclarent certaines décisions (8). Si les héritages sont situés dans divers arrondissements ou cantons, mais font partie d'une même exploitation, le juge

(1) Cass. 29 juill. 1884, D. 85, 1, 52; Cass. 15 juin 1888, D. 80, 1, 262; Cass. 26 mars 1879, D. 81, 1, 83; Cass. 24 juin 1879, D. 79, 1, 288.

(2) Cass. 2 janv. 1884, D. 84, 5, 104; Cass. 16 mars 1880, D. 80, 1, 232.

(3) Bruxelles, 12 janv. 1888, S. 89, 4, 23.

(4) Cass. 20 juin 1877, D. 77, 1, 392.

(5) Cass. 4 fév. 1885, S. 86, 1, 212, et 87, 1, 8.

(6) Cass. 18 juin 1884, D. 85, 1, 213.

(7) DEMOLOMBE, t. XI, nos 243 et 244; LAURENT, t. VII, no 428.

(8) J. Paix Avallon, 20 avr. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 56.

compétent sera celui du chef-lieu de l'exploitation. A défaut de ce chef-lieu, ce sera celui dans le ressort duquel se trouve la partie des biens qui présente le plus grand revenu d'après la matrice du rôle (arg. art. 2210, C. C.) (1).

Cette action appartient au propriétaire; elle appartient aussi à l'usufruitier, à l'usager, mais non au fermier qui n'a pas un droit réel. Quand on dit qu'elle appartient au propriétaire, elle signifie qu'étant un attribut de la propriété, elle peut être intentée par celui qui prétend être investi de la propriété, et par conséquent par celui qui possède *animo domini*.

Sans doute, celui qui agit doit prouver qu'il a qualité pour agir, mais il ne suit pas de là que le demandeur doit établir sa qualité de propriétaire, comme il le ferait dans une action en revendication (2), sauf au défendeur à mettre en cause celui qu'il considère comme le vrai propriétaire, ce qui sera d'ailleurs toujours prudent quand l'action sera introduite par un usufruitier ou un usager.

L'introduction d'une telle action quand les limites sont certaines et non contestées, tendant uniquement à la conservation de l'intégrité d'un immeuble, est un acte d'administration rentrant dans les pouvoirs du tuteur et du mari, sans autorisation spéciale (3).

La demande en bornage doit être formée contre le propriétaire contigu, mais il est quelquefois nécessaire d'étendre l'opération jusqu'aux arrière-voisins et d'y comprendre tout le tènement dont elles dépendent. L'arrière-voisin peut être aussi bien assigné directement par le demandeur originaire que par le défendeur (4). Le juge pourrait aussi ordonner d'office sa mise en cause.

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, t. I, q. 285 *bis*.

(2) POTHIER, *Société*, n° 232; AUBRY et RAU, t. II, p. 223, note 10; *Contrà*, LAURENT, t. VII, n° 423.

(3) Rouen, 19 fév. 1880, D. 84, 2, 61.

(4) Cass. 9 nov. 1857, D. 58, 1, 31.

303. Nous arrivons ainsi aux opérations même du bornage.

Il faudra le plus souvent procéder au préalable à un mesurage ou arpentage par des experts géomètres. S'il s'agit de mesurer une parcelle bordée par un chemin, il faudra rechercher si, d'après les titres ou l'état des lieux, le sol de la voie a été ou non compris dans la superficie. Les chemins créés pour la commodité d'une communauté d'exploitants ne devraient jamais être défalqués, car ils sont l'objet d'un droit de copropriété par suite duquel chaque riverain est présumé avoir consacré une partie de son propre terrain à la desserte de tous les héritages voisins.

Quant aux chemins vicinaux de toute espèce, de deux choses l'une, ou ils ont été établis sur l'emplacement des anciens chemins ruraux, et dès lors n'ont pas appartenu aux parcelles riveraines; ou ils ont été pris ou élargis aux dépens de ces parcelles, et alors les riverains ont reçu ou dû recevoir les indemnités voulues, et doivent seuls supporter la perte de contenance résultant de l'établissement du chemin. Cette opération faite, on passera à l'application des titres.

L'application des titres aux résultats de l'arpentage pourra donner lieu à une première difficulté. La plupart des héritages ont été divisés, en effet, d'après les anciennes mesures. Il faudra d'abord en opérer la conversion en mesures métriques, et la contenance des parcelles à borner devra être calculée non d'après la mesure du lieu où les actes ont été passés, mais d'après la mesure du lieu où sont situés les biens. Ce n'est pas en effet le cas d'appliquer l'art. 1159, car il ne s'agit pas de l'interprétation d'une clause ambiguë.

304. Les experts, pour trouver les points où doivent être placées les bornes, devront encore consulter les titres, surtout ceux qui sont communs aux parties en cause, et qui sont les plus anciens. Ce sont surtout ces derniers qui pourront prémunir les intéressés contre un genre de fraude assez fréquent.

Quelquefois, en effet, les actes de vente, donation ou autres portent une contenance supérieure à celle qui est exprimée dans les actes précédents et à celle que présente réellement l'héritage. Le nouveau possesseur se livre alors à des anticipations imperceptibles, se succédant sans interruption, de sorte qu'il finit par rendre sa possession conforme à son titre, et à conquérir ainsi une position prépondérante lors du bornage. La production des anciens titres pourra démontrer cette fraude.

305. Si les héritages à délimiter ont le même niveau, la délimitation sera relativement facile. Elle le sera encore si le niveau change brusquement, le champ inférieur étant séparé du champ supérieur par une paroi presque verticale. Mais le plus souvent la paroi sera inclinée et formera un talus ou rideau avec une pente plus ou moins prolongée. Il faudra, si les titres ne fournissent aucuns renseignements, suivre les usages du lieu.

Dans certains pays, le rideau est considéré comme appartenant au propriétaire du fonds supérieur dont il sert ainsi à soutenir les terres. — Ailleurs on attribue le rideau au propriétaire inférieur, en ne réservant au propriétaire supérieur que les *jambes pendantes*, c'est-à-dire l'espace qu'il peut occuper avec les jambes lorsqu'il est assis sur le haut de la crête (1).

Les anciennes traces de délimitation qui seront découvertes seront encore d'un grand secours. Enfin il faudra tenir compte aussi du fait de la possession qui est souvent de nature à expliquer et à interpréter les titres.

306. Quand la délimitation est ainsi arrêtée, il faut la rendre sensible par des signes extérieurs. Ces signes sont les bornes.

Les bornes sont, en général, des pierres disposées de telle

(1) M. CLÉMENT, *loc. cit.*, n° 56, indique encore d'autres usages.

manière qu'en allant en ligne droite de l'une à l'autre, on suive exactement la ligne séparative des deux héritages.

Suivant les divers pays on emploie des procédés plus ou moins primitifs pour rendre sensible tout déplacement de bornes. Mais ces procédés introduits surtout par l'ignorance de l'écriture tendent aujourd'hui à disparaître.

L'opération géométrique, dite de l'*enchaînement*, donne aux bornes une fixité bien autrement certaine. Cette opération consiste à relever la distance qui existe entre chaque borne et toutes les autres. Si une borne vient à être enlevée ou déplacée, il sera facile de trouver son ancienne place en mesurant les distances qui la séparaient de ses voisines. Le point sur lequel se réuniront toutes les lignes sera l'emplacement de la borne disparue. Toutes les bornes numérotées seront ainsi reliées entre elles; un procès-verbal et un plan seront dressés, et désormais tout sera immuable.

307. D'après l'art. 646 le bornage doit être effectué à frais communs. Mais il faut distinguer :

1° Les frais de mesurage ou arpentage doivent être proportionnels à l'étendue de chaque fonds :

2° Les frais du bornage proprement dit : prix des pierres-bornes, plantation, posage, coût du procès-verbal, doivent être partagés également entre les intéressés;

3° Les frais des procès mus à l'occasion du bornage sont supportés par la partie qui succombe, art. 130, C. pr. c.

308. Le bornage est purement déclaratif, car il a pour but et pour effet de faire rentrer chaque partie dans l'intégrité de son héritage, sans lui attribuer rien de nouveau. Le juge en effet ne peut pas, dans le but de rectifier la ligne séparative, imposer aux voisins un échange de terrain.

Le bornage sera-t-il encore déclaratif s'il y a eu redressement de la ligne divisoire et si les parties ont consenti à ce redressement? — On a soutenu : 1° que le redressement et l'échange qui en résulte portant sur des quantités de médio-

cre importance ne dépasse pas les limites d'une bonne administration, et que les maris, tuteurs, etc., peuvent donner un consentement valable sans autorisation spéciale; 2° que l'opération ne cessant pas d'être un bornage, et étant par conséquent déclarative, les créanciers hypothécaires ont été valablement représentés par le propriétaire, et ne peuvent plus exercer le droit de suite. Il est vrai que l'opération peut constituer finalement un acte de bonne administration, mais un acte se traduisant par une aliénation immobilière. Or, en matière d'aliénation de cette nature, il est arbitraire de subordonner une solution à l'importance plus ou moins réduite d'une aliénation.

On dit que le bornage régulièrement fait, soit d'un commun accord, soit en vertu d'une décision judiciaire devient *un titre réciproque entre les parties* (1). Un titre de quoi? Ce ne peut être un titre de propriété, car le juge qui ordonne de planter des bornes sur la limite séparative de deux héritages ne juge pas une question de propriété. Le bornage, d'ailleurs, n'empêche pas la partie qui succombe d'agir en revendication, et le défendeur ne pourrait opposer à cette demande l'exception de chose jugée. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le bornage fait la loi des parties quant à la délimitation seulement (2); il est présumé avoir été fait en vertu d'une juste application des titres, mais il ne devient pas un titre, il ne peut servir de base à la prescription, et n'est pas soumis à la transcription.

Dans ces limites, le bornage est définitif et irrévocable, sauf les voies de recours ordinaire quand il a été fait en justice, et les actions en nullité pour cause d'erreur, etc., s'il a été fait à l'amiable.

Le bornage est généralement constaté par un procès-ver-

(1) DEMOLOMBE, t. XI, n°s 279, 280.
(2) LAURENT, t. VIII, n° 436.

bal ou document écrit pour lequel aucune forme particulière n'est requise (1). Il pourra même être reçu en la forme administrative, si une commune, à raison de son domaine privé, est intéressée dans l'opération, sans que cette forme empêche l'autorité judiciaire d'être compétente pour apprécier, interpréter et appliquer cet acte (2); car les travaux de bornage de biens communaux ne sauraient, à aucun point de vue, avoir le caractère de travaux publics (3). La même solution doit être admise pour les bornages intéressant une propriété particulière et le domaine privé de l'Etat. Il y sera procédé dans les formes ordinaires. Néanmoins, pour les bois et forêts de l'Etat, l'art. 9 du Code forestier accorde à l'administration, contre toute action en bornage, une exception dilatoire qui lui permet de faire surseoir à statuer pendant le délai de six mois, pourvu qu'elle offre, dans ce délai, de faire procéder à une délimitation générale. Les règles de cette délimitation générale sont tracées par le titre III du Code forestier et les art. 57 et suiv. de l'ordonnance forestière du 1er août 1827.

S'il s'agissait d'une délimitation à opérer entre le domaine public et une propriété particulière, nous avons déjà vu que l'action ordinaire en bornage n'est pas admise en pareil cas, et que c'est l'administration qui détermine elle-même les limites du domaine public, en tenant compte des nécessités auxquelles elle est tenue de pourvoir (*Suprà*, nos 59 et 60).

Entre les États, les frontières sont fixées par des traités ou des procès-verbaux de délimitation dressés en exécution de traités de paix ou d'annexion.

309. Le bornage, quand il a été régulièrement fait, rend ir-

(1) Enregistrement : droit fixe de 3 fr.; ainsi que pour le dépôt du rapport, avec adhésion des parties quel que soit leur nombre (L. 28 fév. 1873, art. 4).

(2) Cass. 19 avr. 1880, D. 80, 1, 416.

(3) Cons. d'État, 14 déc. 1877, D. 78, 3, 44.

recevable toute nouvelle action en bornage, sauf le cas de disparition ou de déplacement de bornes.

Le déplacement de bornes établies après un bornage volontaire ou judiciaire constitue un délit puni par l'art. 456, C. P., d'un emprisonnement d'un mois à un an. L'art. 389 du même Code punit d'un emprisonnement qui peut s'élever jusqu'à cinq ans, tout individu qui, pour commettre un vol, aura enlevé ou tenté d'enlever des bornes servant de séparation aux propriétés.

Au civil, l'action résultant du déplacement de bornes est en réalité l'action possessoire devant être intentée dans l'année du trouble, et portée devant le juge de paix (art. 3, 23, C. pr. civ.).

§ 7. — Du droit de clore son héritage.

310. — Du droit de clôture, art. 647; sa signification.
311. — Du parcours et de la vaine pâture.
312. — L. du 6 oct. 1791.
313. — Abolition du droit de parcours, L. du 9 juill. 1889.
314. — Maintien possible de la vaine pâture, L. du 22 juill. 1890.
315. — Règlementation de la vaine pâture.
316. — Effets de la clôture quant à la vaine pâture, art. 648; quant au ban des vendanges, au droit de chasse et à la servitude d'extraction des matériaux.
317. — Restrictions diverses apportées au droit de clore son héritage.

310. Le droit de clore son héritage est inhérent à la propriété individuelle qui n'existerait pas sans lui. Aussi paraît-il d'abord surprenant que la loi du 6 octobre 1791 (tit. I^er^, sect. 4, art. 4), ait cru nécessaire d'édicter la disposition suivante :

« Le droit de clore et de déclore son héritage résulte essentiellement de celui de propriété et ne peut être contesté à aucun propriétaire. »

Et que plus tard le Code civil ait jugé utile d'affirmer la même vérité :

ART. 647. Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'art. 682.

Mais l'utilité de la loi de 1791 apparaît surtout dans la déclaration de l'art. 4 précité, ainsi conçue :

« L'Assemblée nationale déclare abroger toutes lois et coutumes qui pourraient contrarier ce droit. »

C'est qu'en effet, avant la Révolution la propriété individuelle, quoique reconnue dans son principe, était à chaque instant meurtrie par la législation la plus inique, la plus monstrueuse qui fût jamais.

La jurisprudence féodale qui fut en vigueur jusqu'à la nuit du 4 août, avait consacré, en matière de clôture, les dispositions les plus oppressives en sens contraire.

Dans certaines coutumes, la clôture des héritages privés était défendue pour faciliter au seigneur l'exercice du droit de chasse en vertu duquel il avait le droit de pénétrer jusque dans les parcs et jardins attenant aux maisons d'habitation.

Dans d'autres coutumes, au contraire, la clôture était forcée dans l'unique but d'empêcher le gibier du seigneur d'entrer dans certaines propriétés particulières.

Enfin, les droits de parcours pour les troupeaux, de paroisse à paroisse, et celui de vaine pâture étaient encore des obstacles légaux apportés au droit de se clore.

Le but de la loi du 6 octobre 1791 était précisément de faire disparaître ces obstacles, et de donner ainsi sa dernière forme à la propriété individuelle.

Il n'y a plus à se préoccuper aujourd'hui des excès du droit de chasse, mais seulement du droit de parcours et de vaine pâture.

311. Il fallait autrefois distinguer entre les pâtures vives ou grasses et les vaines pâtures.

Les pâtures grasses étaient les landes, marais, patis et

bruyères appartenant à la communauté d'habitants, ou asservies envers ces communautés à un droit d'usage, de manière qu'elles seules pouvaient y faire pénétrer leurs bestiaux.

Les vaines pâtures étaient au contraire les grands chemins, les prés après la fauchaison, les guérets et terres en friche, les bois de haute futaie, les bois taillis après le troisième ou le cinquième bourgeon, et généralement tous les héritages où il n'y a ni semences ni fruits, et qui par la loi ou l'usage du pays ne sont pas en défens.

La distinction, toujours vraie dans son principe, peut varier dans l'application. Il faut donc admettre qu'un terrain quelconque, pourvu qu'il produise un revenu non à négliger par le propriétaire, ne pourra donner lieu qu'à une pâture vive et non à la vaine pâture.

Il faut donc définir le droit de vaine pâture, celui qu'ont les habitants d'une commune de conduire leurs troupeaux sur les champs non clos des particuliers après que les récoltes ont été enlevées, ou sur les prairies naturelles, après que les premières herbes ont été fauchées ou consommées. Les prairies artificielles étant toujours en état de produit, ne sont jamais assujetties à la vaine pâture.

Lorsque le droit dont nous parlons était renfermé dans les limites d'une paroisse, il conservait le nom de *vaine pâture;* lorsque ce même droit s'exerçait d'une commune à une autre, par voie de réciprocité, il prenait le nom de *parcours.*

Il faut voir, dans ce droit, un vestige de l'ancienne forme de la propriété collective, sous le régime de laquelle les troupeaux avaient un pâturage commun. Après la constitution de la propriété individuelle, l'usage se conserva d'utiliser, comme auparavant, les parties du sol ne donnant que des produits insignifiants.

312. Quoi qu'il en soit, la question de savoir si un tel droit devait être maintenu, se posa dès le début de la Révolution.

La loi du 6 octobre 1791 le maintint provisoirement (tit. 1er, art. 2 et 3).

Il résulte de cette loi :

1° Que le droit de parcours ne peut appartenir qu'à une commune;

2° Qu'il s'exerce toujours sur le territoire d'une commune autre que celle qui en jouit;

3° Qu'il entraîne toujours la réciprocité; d'où il suit que la commune qui en jouit, se trouve par cela même soumise à l'obligation de souffrir que, sur son territoire, l'autre commune jouisse du même avantage.

En ce qui concerne la vaine pâture toute seule, l'art. 3 précité dispose qu'elle ne pourra exister que dans les lieux où ce droit est fondé sur un titre particulier, ou autorisé par la loi, ou par un usage local immémorial.

313. L'état de choses créé par la loi de 1791 devait être *temporaire;* il a néanmoins subsisté jusqu'en 1889.

Une loi du 9 juillet 1889, issue de l'élaboration du Code rural, dont elle forme les titres II et III, est enfin venue, après des vicissitudes diverses dont nous n'avons point à parler ici, réaliser, dans la matière qui nous occupe, une réforme encore incomplète.

Il importe de reproduire le texte de cette loi :

« Art. 1er. Le droit de parcours est aboli. La suppression de ce droit ne donne lieu à indemnité que s'il a été acquis à titre onéreux. Le montant de l'indemnité est réglé par le conseil de préfecture, sauf renvoi aux tribunaux ordinaires en cas de contestation sur le titre. »

Cette disposition ne doit s'appliquer qu'à la servitude réciproque existant entre deux communes ou sections de commune. La servitude analogue créée entre particuliers, continue de subsister dans son intégrité, tout comme le droit à titre privé établi au profit exclusif d'une commune sur une autre commune.

314. L'art. 2 supprimait également la vaine pâture, en permettant cependant aux intéressés d'en réclamer le maintien dans l'année de la promulgation de la loi. Mais sur des réclamations intéressées, le législateur s'est déjugé à quelques mois de distance. Une loi du 22 juin 1890 est venu modifier d'une façon regrettable et généralement blâmée (1) les art. 2, 5 et 12 de la loi du 9 juillet 1889.

Le nouvel art. 2 est ainsi conçu :

« Art. 2. — Le droit de vaine pâture, appartenant à la généralité des habitants et s'appliquant en même temps à la généralité du territoire d'une commune, cessera de plein droit un an après la promulgation de la présente loi. — Toutefois, dans l'année de cette promulgation, le maintien du droit de vaine pâture, fondé sur une ancienne loi ou coutume, sur un usage immémorial ou sur un titre, pourra être réclamé au profit d'une commune ou d'une section de commune, soit par délibération du conseil municipal, soit par requête d'un ou plusieurs ayants-droit adressée au préfet. — En cas de réclamation particulière, le conseil municipal sera mis en demeure de donner son avis dans les six mois, à défaut de quoi il sera passé outre. — Si la réclamation, de quelque façon qu'elle se soit produite, n'a pas été, dans l'année de la promulgation, l'objet d'une décision, conformément aux dispositions du paragraphe 1er de l'art. 3 de la loi du 9 juillet 1889, la vaine pâture continuera à être exercée jusqu'à ce que cette décision soit intervenue. »

La décision définitive pourra se faire longtemps attendre. Ici, comme en matière de parcours, les titres privés au profit des particuliers ou des communes continueront à sortir effet, sauf toujours la faculté de les éteindre à l'aide du cantonnement ou du rachat.

(1) Voy. DAGUIN, *Annuaire de législ. franç.*, 1890, p. 146, note 3; Ferd. JACQUES, *Revue critique*, 1891, p. 123.

« Art. 3. — La demande de maintien, qu'elle émane d'un conseil municipal ou qu'elle émane d'un ou plusieurs ayants-droit, sera soumise au conseil général, dont la délibération sera définitive si elle est conforme à la délibération du conseil municipal. S'il y a divergence, la question sera tranchée par décret rendu en Conseil d'Etat. — Si le droit de vaine pâture a été maintenu, le conseil municipal pourra seul ultérieurement, après enquête *de commodo et incommodo*, en proposer la suppression sur laquelle il sera statué dans les formes ci-dessus indiquées. »

« Art. 4. — La vaine pâture s'exercera soit par troupeau séparé, soit au moyen du troupeau en commun, conformément aux usages locaux, sans qu'il puisse être dérogé aux dispositions des art. 647 et 648 du Code civil et aux règles expressément établies par la présente loi. »

Les prairies naturelles avaient été heureusement soustraites au vain pâturage par l'art. 5 de la loi de 1889; elles y ont été assujetties de rechef par le nouvel art. 5 de la loi de 1890 ainsi conçu :

Art. 5. — Dans aucun cas et dans aucun temps, la vaine pâture ne peut s'exercer sur les prairies artificielles. — Le rétablissement de la vaine pâture sur les prairies naturelles, supprimée de plein droit par la loi du 9 juillet 1889, pourra être réclamé dans les conditions où elle s'exerçait antérieurement à cette loi, et en se conformant aux dispositions édictées par les articles précédents. — Elle ne peut avoir lieu sur aucune terre ensemencée ou couverte d'une production quelconque faisant l'objet d'une récolte, tant que la récolte n'est pas enlevée. »

On fait remarquer, non sans raison, que le fardeau devient plus lourd pour les prairies naturelles, puisque le mot *provisoirement* qui se trouvait dans la loi rurale a disparu dans le texte moderne (1).

(1) JACQUES, *loc. cit.*

« Art. 6. — Le droit de vaine pâture, établi comme il est dit en l'article 2, ne fait jamais obstacle à la faculté que conserve tout propriétaire soit d'user d'un nouveau mode d'assolement ou de culture, soit de se clore. — Est réputé clos tout terrain entouré soit par une haie vive, soit par un mur, une palissade, un treillage, une haie sèche d'une hauteur d'un mètre au moins, soit par un fossé d'un mètre vingt centimètres à l'ouverture et de cinquante centimètres de profondeur, soit par des traverses en bois ou des fils métalliques distants entre eux de trente-trois centimètres au plus et s'élevant à un mètre de hauteur, soit par toute autre clôture continue et équivalente faisant obstacle à l'introduction des animaux. »

L'article suivant s'occupe du troupeau commun dont il a déjà été parlé dans l'art. 4 :

« Art. 7. — L'usage du troupeau en commun n'est pas obligatoire. — Tout ayant-droit peut renoncer à cette communauté et faire garder par troupeau séparé le nombre de têtes de bétail qui lui est attribué par la répartition générale. »

Ce texte ne tranche aucune des difficultés que le sujet fait surgir, et laisse toute leur valeur aux décisions antérieures de la jurisprudence. Ainsi, dans les communes soumises à l'usage d'un troupeau en commun, les propriétaires domiciliés ou forains peuvent bien avoir un troupeau séparé, mais il leur est interdit de réunir leurs bestiaux en un troupeau collectif, distinct du troupeau commun, et confié à un berger de leur choix. Le berger qui conduit ainsi un troupeau à la vaine pâture, commet la contravention de garde à vue, sans droit, sur le terrain d'autrui (1).

315. Les articles suivants ont trait à la réglementation de la vaine pâture sur les bases de la législation antérieure :

« Art. 8. — La quantité de bétail proportionnée à l'étendue

(1) Cass. 28 nov. 1879, D. 80, 1, 89.

du terrain de chacun est fixée dans chaque commune ou section de commune entre tous les propriétaires ou fermiers exploitants, domiciliés ou non domiciliés, à tant de têtes par hectare, d'après les règlements et usages locaux. En cas de difficulté, il y est pourvu par délibération du conseil municipal soumise à l'approbation du préfet. »

« Art. 9. — Tout chef de famille domicilié dans la commune, alors même qu'il n'est ni propriétaire ni fermier d'une parcelle quelconque des terrains soumis à la vaine pâture, peut mettre sur lesdits terrains, soit par troupeau séparé, soit dans le troupeau commun six bêtes à laine et une vache et son veau, sans préjudice des droits plus étendus qui lui seraient accordés par l'usage local ou le titre. »

« Art. 10. — Le droit de vaine pâture doit être exercé directement par les ayants-droit et ne peut être cédé à personne. »

« Art. 11. — Les conseils municipaux peuvent toujours, conformément aux art. 68 et 69 de la loi du 5 avril 1884, prendre des arrêtés pour réglementer le droit de vaine pâture, notamment pour en suspendre l'exercice en cas d'épizootie, de dégel ou de pluies torrentielles, pour cantonner les troupeaux de différents propriétaires ou les animaux d'espèces différentes, pour interdire la présence d'animaux dangereux ou malades dans les troupeaux. »

Ces dispositions prêtent à équivoque : si les prescriptions dont elles parlent doivent figurer dans un arrêté général, elles semblent inutiles, la loi ordinaire étant suffisante. Si elles signifient que, au cas de maladie ou de contagion dans le bétail, il faut, avant d'agir, recourir au conseil municipal, l'action du maire pourra se trouver entravée dans un cas d'urgence n'admettant aucun retard (1).

Le nouvel art. 12 a également soulevé des critiques :

(1) JACQUES, *loc. cit.*, p. 124.

« Art. 12. — Néanmoins, la vaine pâture fondée sur un titre et établie sur un héritage déterminé, soit au profit d'un ou de plusieurs particuliers, soit au profit de la généralité des habitants d'une commune, est maintenue et continuera à s'exercer conformément aux droits acquis. Mais le propriétaire de l'héritage grevé peut toujours s'affranchir, soit moyennant indemnité fixée à dire d'experts, soit par voie de cantonnement. »

On se demande à ce sujet :

1° Si l'article doit être pris au pied de la lettre, et s'il faut décider que soit le cantonnement, soit le rachat ne subsisteront plus qu'en vaine pâture entre particuliers. Cette prétention, si elle était émise, serait, sans doute, péremptoirement repoussée (1).

2° Qui pourra provoquer le cantonnement ou le rachat? La distinction aujourd'hui existante entre les bois soumis au régime forestier et les simples usages ruraux est-elle respectée et maintenue? En s'en tenant à l'art. 12 on devrait conclure qu'à l'avenir l'initiative serait dans tous les cas réservée au seul propriétaire en sorte que le droit conféré aux usagers par les lois intermédiaires se trouverait définitivement supprimé. Cette solution trop contraire aux idées qui ont actuellement cours aura de la peine à prévaloir (2).

3° Le propriétaire est-il absolument libre de choisir à son gré entre le cantonnement et le rachat?

On admettra difficilement que cette question très discutée avant la loi nouvelle se trouve tranchée par quelques mots jetés au milieu de l'art. 12 (3).

Enfin, il importe de remarquer que l'art. 12 maintient énergiquement les droits acquis, spécialement quand ils sont fon-

(1) JACQUES, *loc. cit.*
(2) *Ibid.*
(3) *Ibid*, p. 125.

dés sur un titre. Or, d'après la loi du 6 octobre 1791, c'est seulement dans le cas où la servitude de vaine pâture est fondée sur un titre, que le propriétaire du fonds qui y est assujetti ne peut exercer le droit de clôture, et il a été jugé que l'art. 690 ne permettant pas d'attaquer les servitudes discontinues déjà acquises par la possession dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière, n'a point dérogé à cette loi spéciale (1).

316. Par conséquent, et sauf cette hypothèse, à côté du rachat et du cantonnement, le mode le plus usuel de se soustraire aux inconvénients de la vaine pâture sera encore la faculté de se clore. Cet effet ne se produira que tout autant que la parcelle clôturée se trouvera en état de défense au moyen d'une clôture conforme aux prescriptions de l'art. 6.

ART. 648. Le propriétaire qui veut se clore, perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait.

Mais réciproquement,

La clôture aura encore ce résultat de placer les vignobles clos en dehors de l'application des arrêtés concernant le maintien du ban des vendanges.

En effet, d'après l'art. 13 de la loi du 9 juillet 1889 :

« Le ban des vendanges ne pourra être établi ou même maintenu que dans les communes où le conseil municipal l'aura ainsi décidé par délibération soumise au conseil général et approuvée par lui. — S'il est établi ou maintenu, il est réglé chaque année par arrêté du maire. — Les prescriptions de cet arrêté ne sont pas applicables aux vignobles clos de la manière indiquée par l'article 6. »

La clôture aura pour effet, aux termes de l'art. 2 de la loi du 3 mai 1844, de donner au propriétaire ou possesseur la faculté de chasser ou faire chasser en tout temps, sans permis de chasse, dans ses possessions attenant à une habitation,

(1) Cass. 8 août 1882, D. 83, 1, 356.

et entourées d'une clôture continue faisant obstacle à toute communication avec les héritages voisins.

L'art. 2 de la loi de 1844 n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par clôture. Au contraire l'art. 6 de la loi de 1889 a donné à cet égard des indications précises. Mais le point de vue des deux lois n'est pas le même : l'art. 6 de la loi de 1889 ne s'occupe de la clôture qu'au point de vue de l'obstacle qu'elle peut apporter à l'introduction des animaux. La loi sur la chasse paraît au contraire l'envisager au point de vue de l'obstacle qu'elle peut mettre à l'introduction de l'homme. C'est donc aux tribunaux qu'il appartiendra de déterminer le sens du mot *clôture* quand il s'agira d'appliquer la loi sur la chasse en s'inspirant de la pensée qui a présidé à la rédaction de l'art. 2 de la loi de 1844, et du *but* que le législateur a voulu atteindre (1).

Enfin la clôture aura pour résultat d'affranchir de la servitude d'extraction de matériaux, les terrains attenant à des habitations. Mais il faut pour cela que la clôture consiste dans un mur ou ouvrage équivalant à un mur (arrêt du Conseil du 7 septembre 1755). Il s'agira en définitive de savoir si la propriété est ou n'est pas accessible en l'état de telle ou telle clôture. Ainsi une haie vive pourra être suffisante, ainsi qu'un fossé établi dans certaines conditions (2).

317. Le droit de se clore subit certaines restrictions, soit dans un intérêt particulier, soit dans un intérêt public.

L'art. 647 mentionne une première exception pour le cas prévu par l'art. 682, c'est-à-dire pour le cas où on est obligé de livrer un passage à un propriétaire voisin dont le fonds est enclavé. Mais l'art. 647 signifie seulement qu'on ne peut pas, au moyen de la clôture, se soustraire à la servitude légale de passage ; il en est de même d'une servitude conven-

(1) Aix, 26 fév. 1875, D. 78, 5, 92.
(2) Cons. d'État, 8 août 1872, D. 73, 3, 14.

tionnelle. Mais le propriétaire du fonds grevé d'une servitude de passage, conserve cependant le droit de se clore, pourvu qu'il ne porte pas atteinte au droit de passage et n'en rende pas l'exercice plus incommode (1).

Une autre restriction au droit de se clore a été édictée à l'égard des fonds qui sont dans le voisinage des places de guerre.

D'après l'art. 7 du décret du 10 août 1853, il ne peut, dans l'étendue de la première zone, être fait aucune construction, à l'exception de clôtures ou haies, sèches ou en planches, à claire-voie, sans pans de bois ni maçonneries. Donc, les clôtures en pierres sèches, même simplement superposées, les haies vives et plantations d'arbres ou d'arbustes sont interdites. Dans les autres zones, les exhaussements quelconques au-dessus du sol doivent être autorisés.

Mentionnons encore que le propriétaire d'un fonds grevé de la servitude de halage, ne peut y planter des arbres ou haies qu'à la distance voulue par l'ord. de 1669 (tit. 27, art. 42; tit. 28, art. 7) (Voy. *infrà*, n° 428).

Enfin, d'une manière générale, celui qui veut élever une clôture doit respecter toutes les servitudes de vue, d'aspect ou de prospect auxquelles se trouve assujetti le fonds à clôturer.

(1) Caen, 20 janv. 1891, S. 91, 2, 202.

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

Généralités. — Servitudes légales d'utilité publique.

318. — Classification résultant des art. 649 à 652.
319. — Servitude de halage.
320. — Autres servitudes d'utilité publique ; support des plaques portant le nom des rues, des reverbères, etc. ; prohibition de construire dans certaines zones.

318. Dans les art. 649 à 652, les rédacteurs du Code civil ont tout à fait abandonné le style législatif pour adopter une formule doctrinale et presque dogmatique :

ART. 649. Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers.

ART. 650. Celles établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux. — Tout ce qui concerne cette espèce de servitude, est déterminé par des lois ou des règlements particuliers (*).

ART. 651. La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention.

ART. 652. Partie de ces obligations est réglée par les lois sur la police rurale ; — Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage.

La classification résultant de ces textes ne présente rien de particulier.

Nous dirons seulement quelques mots sur la servitude de halage et de marchepied dont nous avons eu quelquefois l'occasion de parler, et sur quelques autres.

319. Cette servitude a été réglementée par l'ordonnance du 13 août 1669, qui porte (tit. 28, art. 7) :

« Les propriétaires des héritages aboutissant aux rivières navigables, laisseront le long des bords 24 pieds au moins de place en largeur pour chemin royal et trait de chevaux ; sans

(*) Art. 650. — L. 1, D. 43, 10, *De via publica et si quid.*

qu'ils puissent planter arbres, ni tenir clôtures ou haies plus près que 30 pieds du côté que les bateaux se tirent, et 10 pieds de l'autre bord, à peine de 500 livres d'amende, confiscation des arbres, et d'être les contrevenants condamnés à réparer et à remettre les chemins en état à leurs frais. »

Les deux bords des rivières navigables sont donc grevés d'une servitude dans l'intérêt de la navigation. La servitude de halage sert aux chevaux qui halent et tirent les bateaux à la remonte, et la servitude de marchepied, destinée aux piétons, facilite le flottage des trains et radeaux.

L'art. 650 se sert du mot *marchepied* lequel comprend le halage et le marchepied proprement dit, et s'applique tout aussi bien aux rivières navigables qu'aux rivières flottables. Sur ces dernières il n'y aura qu'un marchepied; les trains de bois ne remontant jamais le courant n'ont pas besoin d'être halés.

Le droit de passage sur le marchepied et le chemin de halage ne doit pas être restreint à la simple traction des bateaux, il faut l'étendre à tous les actes se rattachant nécessairement aux services que le public a le droit de retirer des rivières tels que bain, abordage, déchargement, pêche; il peut donc être réclamé par les adjudicataires du droit de pêche, et même par les pêcheurs à la ligne flottante tenue à la main, quoique ce dernier point soit contesté (1).

Pour les rivières flottables à bûches perdues il existe une servitude analogue sous le nom de *servitude de passage pour la conduite du flot*. L'ord. du 23 déc. 1672 porte à cet égard (tit. 17, art. 7) que : « Les propriétaires riverains des rivières flottables à bûches perdues, seront tenus de laisser un chemin de 4 pieds pour le passage des ouvriers préposés par les marchands pour pousser aval de l'eau les dits bois. »

320. Nous pouvons mentionner encore, au nombre des servitudes établies pour l'utilité publique et communale, la

(1) Voy. Cass. belge, 17 fév. 1890, S. 91, 1, 21.

charge imposée aux propriétaires d'immeubles urbains longeant la voie publique, par des règlements municipaux régulièrement pris, de supporter les plaques indicatives du nom des rues. L'inexécution de ces règlements constitue une contravention de petite voirie tombant sous le coup de l'art. 471, C. P. Au lieu d'agir en simple police pour obtenir d'un propriétaire le rétablissement sur le mur de sa maison d'une plaque qu'il en avait enlevé, un maire avait eu la singulière idée d'intenter une action possessoire. Il considérait la rue comme étant le fonds dominant, et la servitude alléguée comme une servitude continue et apparente. La Cour de cassation a naturellement repoussé un pareil système (1).

Les autres servitudes d'utilité publique auxquelles fait allusion l'art. 650 ont trait :

A l'alignement pour la construction et la hauteur des maisons. Pour Paris, la hauteur des constructions est limitée à vingt mètres au *maximum* et le nombre des étages à sept (Décret du 23 juillet 1884).

Au support des reverbères, fils électriques pour la correspondance ou pour les horloges municipaux;

Au droit de faire des fouilles pour l'extraction des matériaux nécessaires aux travaux publics, etc.

Aux prohibitions d'élever certaines constructions ou d'effectuer certains travaux soit dans les zones militaires dont il a déjà été question, soit dans le périmètre de protection des sources thermales, soit à moins de deux mètres des chemins de fer.

Les règles établies par l'art. 5 de la loi du 15 juillet 1845 pour déterminer à partir de quelle ligne doit être mesurée la distance de deux mètres que les riverains sont tenus de laisser entre leurs constructions et le chemin de fer, sont générales et s'appliquent notamment au cas où, dans la traversée

(1) Cass. 8 juill. 1890, D. 90, 1, 365; Voy. observ. contr. de M. BRÉMOND, *Revue critique*, 1891, p. 142.

d'une ville, la compagnie a fait établir un mur de clôture (1); elles sont opposables à tout tiers détenteur (2).

SECTION PREMIÈRE.

Du mur et du fossé mitoyens.

§ 1er. — Caractère de la mitoyenneté; conditions de son existence; charges qui en résultent; de l'usage du mur mitoyen.

321. — Position du problème à résoudre; solution adoptée par la loi.
322. — Notion exacte de la mitoyenneté qui n'est pas une communauté avec indivision forcée.
323. — Quand y a-t-il mitoyenneté?
324. — Présomptions de mitoyenneté, art. 653; étendue et applications.
325. — Cessation de la présomption résultant, 1° d'un titre;
326. — 2° De marques de non mitoyenneté, art. 654.
327. — Entretien et réparation du mur mitoyen à la charge des deux propriétaires, art. 655.
328. — Faculté de s'exonérer de cette charge par l'abandon de la mitoyenneté, art. 656.
329. — La faculté d'abandon existe-t-elle à l'égard d'un mur situé à la ville ou dans un faubourg? Controverse.
330. — Solution proposée.
331. — De l'usage du mur mitoyen par chaque propriétaire, art. 657. Cet usage peut donner lieu à trois catégories de travaux.
332. — De la faculté d'exhausser le mur mitoyen, art. 658.
333. — Conséquences, art. 659; — Suites de l'exhaussement.
334. — Acquisition de la mitoyenneté de l'exhaussement.

321. La ligne divisoire qui sépare deux héritiges est quelquefois rendue sensible à l'extérieur par des ouvrages présentant une certaine continuité, tels qu'un mur ou une haie. Un mur ou une haie doivent nécessairement avoir une épaisseur quelconque, et il est impossible de les concevoir réduits aux proportions d'une pure ligne géométrique. Or, chaque fois qu'il existe un mur, une haie ou toute autre clôture en-

(1) Cons. d'État, 21 janv. 1881, D. 82, 3, 41.
(2) Cass. Belgique, 18 avr. 1889, S. 90, 4, 21.

tre deux héritages, il pourra être fort important de savoir si ce mur ou cette haie s'élève exclusivement sur le sol d'un seul de ces héritages, auquel cas le mur ou la clôture appartiendrait en entier au propriétaire de cet héritage qui pourrait seul s'en servir, ou bien si le mur ou la clôture se trouve en quelque sorte à cheval sur les deux héritages à la fois, de sorte que la ligne divisoire des deux héritages se trouverait alors passer par le milieu même du mur ou de la haie.

Dans cette seconde hypothèse, la question est de savoir comment il fallait régler la position respective des voisins.

Fallait-il dire que chaque voisin serait propriétaire exclusif de la moitié du mur ou de la clôture qui regarde son héritage, la ligne divisoire continuant dès lors de régner au milieu du mur? Si on avait adopté cette solution, il aurait fallu considérer le mur de séparation comme étant composé de deux murs plus minces, collés en quelque sorte l'un contre l'autre; même solution pour la haie ou toute autre clôture. Or, cela eût été la cause de difficultés nombreuses entre les voisins, attendu, qu'en fait, le mur ou la haie forment un tout parfaitement homogène.

Fallait-il décider que ce mur et cette haie deviendraient communs entre les deux voisins qui s'en trouveraient ainsi propriétaires par indivis!... Cela eût entraîné des inconvénients d'un autre genre. La loi n'a pas voulu entrer dans cette voie et a préféré prendre un tiers parti; elle a créé une situation intermédiaire entre la propriété exclusive de chaque moitié du mur et la propriété commune. C'est cette situation intermédiaire qui a reçu le nom de *mitoyenneté*.

322. Les auteurs ne l'entendent pas ainsi : sous prétexte que le mot mitoyenneté pourrait venir du vieux mot *mitan* qui signifiait la moitié, les uns ont soutenu que les deux voisins étaient, chacun, propriétaires d'une moitié. Cela est faux, car nous verrons qu'à certains points de vue, ils ont chacun un droit sur la totalité du mur. D'autres, au contraire, sous

prétexte que le mot mitoyenneté pourrait venir de *moi* et *toi*, et voudrait dire que le mur séparant mon enclos du vôtre, est à *moi* et à *vous*, c'est-à-dire commun, n'ont voulu voir dans la mitoyenneté que l'idée de communauté appliquée à un mur de séparation. Or, cela est encore faux, car nous fournirons bientôt la preuve que la mitoyenneté n'est pas une communauté.

C'est néanmoins l'idée de communauté qui prévaut dans la doctrine. « La mitoyenneté, disent les auteurs, est une communauté avec indivision forcée (1). » Demolombe ajoute, pour rendre la chose plus claire : c'est une communauté *sui generis* (2). Or l'expression *sui generis*, qui ne correspond à aucune idée, n'est jamais employée que lorsqu'il s'agit d'éluder une difficulté en ne disant rien, tout en ayant l'air de dire quelque chose.

Nous préférons donc adopter pour la mitoyenneté la définition suivante :

C'est le régime légal d'un mur ou d'une clôture séparant deux héritages appartenant à des maîtres différents, à l'égard duquel les deux propriétaires peuvent exercer tantôt des droits individuels et exclusifs, tantôt des droits indivis.

La justification de cette définition résultera des explications de détail que nous allons fournir.

323. Pour que la mitoyenneté soit possible, il faut d'abord que les deux héritages envisagés appartiennent à des propriétaires différents. Cette condition sera remplie quand même le propriétaire exclusif de l'un des deux héritages aurait en même temps des droits indivis sur l'autre (3). Les deux héritages doivent, en outre, être contigus, la cessation de la contiguité fait disparaître la mitoyenneté (4).

(1) LAURENT, t. VII, n° 494; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1470.
(2) T. XI, n° 309.
(3) Chambéry, 8 mars 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 508.
(4) Cass. 17 mars 1891, D. 92, 1, 25.

Enfin, les droits et charges de la mitoyenneté sont des accessoires rattachés activement et passivement à la propriété des deux héritages contigus.

Ces principes posés, la première question à résoudre est alors celle de savoir quand il y aura mitoyenneté. Nous poserons la question d'abord en ce qui concerne seulement un mur ; nous nous occuperons plus tard des autres clôtures.

Les Romains n'avaient pas eu à se poser une semblable question, on sait en effet, qu'ils n'avaient pas, en général, l'habitude de construire, même dans les villes, des maisons contigues; ils préféraient des édifices isolés (*insulæ*).

Tout en reconnaissant ce point, les auteurs ne manquent pas d'ajouter que, néanmoins, la mitoyenneté pouvait, en droit romain, résulter d'une convention, et on invoque à ce sujet quelques textes relatifs à la *paries communis*. Cela n'est pas exact; la convention quand elle intervenait entre deux voisins, n'aboutissait qu'à créer un mur commun, c'est-à-dire une copropriété régie par les principes de la communauté, et pas du tout un mur mitoyen. La mitoyenneté proprement dite est une création du droit coutumier d'où elle est passée dans notre Code.

C'est donc uniquement dans notre droit français que nous trouverons la réponse à la question posée : quand y a-t-il mitoyenneté?

Il y a mitoyenneté, d'abord quand il existe un titre qui le déclare. Le titre forme toujours la meilleure des preuves.

324. A défaut de titres, la question de mitoyenneté est réglée par des présomptions :

ART. 653. Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

Remarquons d'abord que lorsqu'il s'agit d'un mur entre bâtiments, ce mur est toujours présumé mitoyen dans les *villes et campagnes*, c'est-à-dire partout. La raison fait pen-

ser que les deux propriétaires ont fait en réalité ce qu'ils avaient intérêt à faire, c'est-à-dire qu'ils ont bâti un mur à frais communs, chacun ayant fourni la moitié du sol, afin d'économiser l'espace et les frais de main-d'œuvre et de maçonnerie; ou bien que, si le mur a d'abord été construit par l'un d'eux, celui qui a eu l'intention de bâtir en dernier lieu, a voulu profiter du mur déjà existant et en a acheté et payé la mitoyenneté. Le mur doit donc être présumé mitoyen. Remarquons toutefois qu'il faut limiter cette première présomption de l'art. 653, au mur qui s'élève entre deux maisons ou bâtiments, et non pas entre toute espèce d'héritage. Ainsi il n'y a point de présomption de mitoyenneté pour le mur séparatif lorsqu'il n'existe de bâtiments que d'un seul côté. Le mur qui se trouve entre une maison et une cour est réputé appartenir en totalité au propriétaire de la maison (1). La présomption de mitoyenneté n'existe d'ailleurs que jusqu'à l'*héberge*, c'est-à-dire jusqu'au point où le mur cesse de servir aux deux propriétaires, c'est-à-dire jusqu'à la hauteur du toit le moins élevé (2).

Cependant, si ce toit *le moins élevé* supporte des cheminées qui montent contre le mur du bâtiment supérieur, la présomption de mitoyenneté existera pour les parties de ce mur contre lesquelles seront appliquées ou encastrées ces cheminées, qui ne sont en réalité que l'exhaussement du bâtiment inférieur. Mais des tuyaux de cheminée en fonte appuyés contre le mur ne pourraient être considérés comme un véritable exhaussement, et pourraient donner lieu tout au plus à un droit de servitude pouvant s'acquérir par la prescription (3).

La chute ou démolition de l'un des édifices contigus pourra laisser subsister des vestiges suffisants pour maintenir et

(1) Cass. 12 mai 1886, S. 88, 1, 206.
(2) Pau, 9 janv. 1888, D. 89, 2, 224.
(3) Pau, 9 janv. 1888, D. 89, 2, 224.

conserver au profit du propriétaire du bâtiment détruit la présomption de mitoyenneté du mur qui ne soutient plus que le bâtiment du voisin. Par conséquent, même en l'absence de tout titre ou de tout autre élément de preuve, notamment de la prescription, ce mur pourra être déclaré mitoyen d'après l'état des lieux et les constatations des experts (1).

L'art. 653 étend la même présomption de mitoyenneté au mur servant de séparation entre *cours* et *jardins*, peu importe que le mur existe entre deux cours ou entre deux jardins, ou entre une cour et un jardin; peu importe encore que les deux héritages soient ou ne soient pas en état de clôture.

Enfin, la loi termine son énumération par ces mots: *et même entre enclos dans les champs;* ce qui peut se traduire ainsi: *et même dans les champs entre enclos*. Donc, lorsqu'on n'est pas dans les champs il n'est pas nécessaire, pour que la présomption de mitoyenneté existe, que les cours ou jardins entre lesquels se trouve un mur soient clôturés des autres côtés. Cependant quelques auteurs soutiennent qu'il faut que les cours ou jardins soient clos de tous leurs côtés. Il paraît difficile d'adopter ce sentiment, car si telle avait été la pensée de la loi, le texte eût dit tout simplement: *entre enclos*.

Il y a encore une dernière hypothèse non prévue par le texte, celle d'un bâtiment contigu à un terrain non bâti. On décide en général que le mur faisant façade à ce terrain ne saurait être présumé mitoyen (2), il n'est pas en effet permis d'étendre les présomptions en dehors des cas prévus.

Enfin les règles ci-dessus ne concernent pas les immeubles dépendant du domaine public. Ainsi les murs d'une église ne sont pas susceptibles de mitoyenneté (3).

Pour qu'il y ait lieu d'appliquer les présomptions de mitoyenneté, il faut que le mur envisagé ait été établi pour sé-

(1) Cass. 15 juin, 1881, D. 83, 1, 259.
(2) Cass. 19 janv. 1886, S. 86, 1, 248.
(3) Trib. Bruxelles, 20 janv. 1886, *Pas.*, 86, 3, 275.

parer les deux héritages. Donc le mur de soutènement ou de terrasse construit seulement pour retenir les terres d'un héritage supérieur contigu à un héritage d'un niveau inférieur, est censé appartenir en entier au propriétaire de la terrasse. Il serait au contraire présumé mitoyen si, plus élevé que le niveau du fonds supérieur, il constituait une véritable clôture (1).

325. Les présomptions de mitoyenneté ci-dessus indiquées, cessent, d'après l'art. 653, s'il y a *titre ou marque du contraire.*

Le titre dont il s'agit ici est le fait juridique (vente, donation, échange), en vertu duquel l'un des voisins se prétend propriétaire exclusif du mur (2), et non, comme on l'a soutenu, un acte écrit excluant la preuve testimoniale (3). Le fait juridique allégué, par exemple une vente verbale, avec réserve au profit du vendeur de la propriété exclusive du mur, pourra donc être établi conformément au droit commun (art. 1341 et suiv.) et par conséquent, si la matière n'excède pas 150 francs, par la preuve testimoniale.

Il n'est pas nécessaire que le titre produit soit commun aux deux parties (4). La loi n'a pas exigé et ne pouvait exiger que le propriétaire qui, dans le plein exercice de son droit, bâtit sur son fonds, à l'extrême limite, fût dans la nécessité de se procurer un document commun avec son voisin.

326. Quant aux marques de non mitoyenneté, elles sont ainsi décrites par la loi :

ART. 654. Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné; — Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur. — Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre.

(1) DEMOLOMBE, t. XI, n° 330; LAURENT, t. VII, n° 529.
(2) LAURENT, t. VII, n° 532; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1477.
(3) DEMOLOMBE, t. XI, n° 333.
(4) Cass. 11 août 1884, S. 86, 1, 196; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1477; comp. DEMOLOMBE, t. XI, n°s 334, 335; *Contrà*, LAURENT, t. VII, n° 533.

On appelle *chaperon* la couverture du mur ; les *filets* ou *larmiers* sont la partie de cette couverture qui déborde le mur. Les *corbeaux* sont des pierres en saillie destinées à recevoir des poutres.

Ces diverses marques sont les seules auxquelles la loi ait attaché la force probante d'une présomption. Mais cette présomption n'a de valeur qu'autant que ces marques datent de la construction du mur, ou qu'elles y ont été ajoutées après coup, au vu du voisin, depuis plus de trente ans. Cette observation nous conduit à remarquer que la prescription pourra être invoquée contre les présomptions de mitoyenneté ou de non mitoyenneté, car la prescription est aussi un titre. La possession annale assurera aussi, au possessoire, le maintien en possession soit de la mitoyenneté, soit de la non mitoyenneté, sauf à l'adversaire à établir au pétitoire la preuve de son droit (1).

327. Voyons maintenant quelle est la condition respective des deux propriétaires d'un mur mitoyen.

Au point de vue des frais d'entretien, etc., la loi les traite comme s'ils étaient copropriétaires :

ART. 655. La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun (*).

Il faut cependant remarquer que la réparation des gros murs étant, d'une manière générale, rangée au nombre des grosses réparations, l'usufruitier ne peut être tenu de contribuer à la refection d'un mur de cette espèce qui serait mitoyen avec une propriété voisine (2). Mais en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'expropriant succède aux obligations de l'exproprié en ce qui concerne la réfection du mur mitoyen (3).

(*) Art. 655. — PAUL, *Sent.*, L. 5, t. 10 § 2 ; — L. 28 § 1, L. 39, D. 39, 2, *De damno infecto*.

(1) Voy. LAURENT, t. VII, nos 538 à 540, et les autorités citées.

(2) Cass. 25 juin 1877, D. 78, 1, 362.

(3) Cass. 3 janv. 1876, D. 77, 1, 230.

Pour que l'art. 655 soit applicable, il faut qu'il soit contradictoirement constaté que le mur mitoyen est insuffisant pour répondre à sa destination. Si les parties ne sont pas d'accord pour admettre ce point, il faudra le faire établir en justice à l'aide d'une expertise qui pourra, en cas d'urgence, être ordonnée en référé.

L'un des propriétaires ne pourrait donc, sans le consentement préalable de l'autre, faire procéder à la réparation du mur dont l'état n'a pas été établi, et moins encore à sa démolition pour le reconstruire. En agissant ainsi de son chef, il se rendrait irrecevable à réclamer au voisin une contribution pécuniaire aux frais de réparation ou de construction, et ne serait pas admis à prouver par témoins le mauvais état du mur (1).

Pour que les frais de réparation ou reconstruction soient une charge commune, il faut que le mauvais état du mur provienne de sa vétusté, d'un vice de construction originaire ou d'un accident.

Si le mauvais état provenait du fait de l'un des propriétaires qui aurait dégradé ou ébranlé le mur, lui seul devrait supporter les frais de reconstruction ou de réparation (2). C'est ce qui aurait lieu dans le cas où, faute d'avoir placé des bornes pour protéger le mur de son côté, il l'aurait laissé exposé au choc de ses charettes (3), ou encore dans le cas où s'agissant d'un mur mitoyen entre deux fonds d'inégal niveau, le propriétaire du fonds supérieur n'aurait pris aucune précaution pour empêcher la poussée des terres de son côté.

Si le mur est simplement en mauvais état, il sera réparé; s'il est en ruine, il devra être démoli et reconstruit. En cas de difficulté des experts décideront. Un mur est censé en

(1) LAURENT, t. VII, n° 545, Bourges, 14 janv. 1834, D. *Répert.*, v° *Servitude*, n° 492.

(2) Paris, 24 mars 1879, D. 80, 2, 17; Paris, 27 nov. 1877, D. 79, 2, 21.

(3) POTHIER, *Société*, n° 219.

ruine lorsqu'il est hors de son aplomb de plus de la moitié de son épaisseur.

Dans les cas où la reconstruction est reconnue nécessaire elle devra être effectuée eu égard uniquement à la destination que le mur avait antérieurement, et non eu égard à une destination quelconque nouvelle. Le locataire ne pourra s'opposer à l'exécution des travaux. C'est un cas de *réparation urgente* régi par l'art. 1724.

328. Les divers propriétaires de mur devront, chacun dans la proportion de son droit, rembourser à celui qui en a fait l'avance, les frais de construction ou de réparation. Et ils ne pourraient pas soulever la prétention d'en être exonérés en renonçant à la mitoyenneté. Il s'agit en effet, d'une dépense effectuée. Or, cette dépense n'a pu être faite qu'en vertu du consentement de tous les intéressés, ou d'une décision de justice devenue définitive. L'obligation de contribuer a donc régulièrement pris naissance, et ne peut être éteinte que par le paiement.

Mais supposons que la dépense ne soit pas encore faite. L'un des propriétaires estime qu'il y a lieu de reconstruire ou tout au moins de réparer le mur mitoyen. Il s'adresse en conséquence à tous les co-intéressés pour régler ce point avec eux. L'obligation qui résulte pour eux des termes de l'art. 655 n'est pas douteuse en principe;

ART. 656. Cependant tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne.

Dans ce dernier cas, l'abandon de la mitoyenneté ne pourrait avoir lieu, quand même il serait accompagné de l'engagement de démolir le bâtiment, les obligations résultant de la mitoyenneté ne pouvant cesser qu'après cette démolition (1).

(1) Cass. 16 déc. 1863, D. 64, 1, 109; LAURENT, t. VII, n° 548.

Il ne peut se produire davantage quand la reconstruction ou les réparations sont devenues nécessaires par le fait ou la faute de celui qui veut faire l'abandon, car ce dernier est personnellement tenu (1).

Il a été jugé dans cet ordre d'idées que l'administration ne peut s'affranchir de l'obligation d'indemniser le propriétaire des frais de reconstruction d'un mur mitoyen entre sa maison et une maison démolie pour l'exécution d'un travail public, en abandonnant le droit de mitoyenneté de ce mur; lorsque la nécessité de la reconstruction dérive, non de la démolition de la maison, mais des conditions nouvelles où se trouve placée la maison du réclamant, par suite de l'exécution du travail public (2).

L'abandon peut n'être que partiel. Celui qui a fait l'abandon ne peut désormais, sauf convention contraire, appuyer sur ce mur aucune construction (3). Si, après l'abandon, le voisin au lieu de réparer le mur le laisse tomber en ruine ou le démolit sans le reconstruire, l'abandon cesse d'avoir ses effets; le renonçant reprend ses droits, c'est-à-dire son terrain et sa part des matériaux.

L'abandon doit de plus être formel, et ne saurait, ni au point de vue des charges qu'impose la mitoyenneté, ni au point de vue des avantages qu'elle procure, être considérée comme pouvant résulter des circonstances. Ainsi, le mur mitoyen qui, par suite d'un nouvel alignement donné à une maison, a cessé de servir à la séparation de cette maison d'avec l'immeuble voisin, ne cesse pas pour cela de demeurer mitoyen (4).

L'abandon a pour effet de transporter au voisin la propriété exclusive du mur. Mais cette transmission, qui se pro-

(1) Paris, 27 nov. 1877, D. 79, 2, 21.
(2) Cons. d'État, 11 mai 1883, D. 84, 3, 122.
(3) Cass. 24 mars 1884, D. 84, 1, 387.
(4) Trib. civ. Seine, 11 déc. 1875, D. 77, 3, 51.

duit comme étant une conséquence nécessaire de l'abandon, est l'œuvre de la loi, et le consentement du nouveau propriétaire, s'il intervient quoiqu'il soit inutile, ne saurait y rien ajouter. L'abandon seul est donc passible d'un droit d'enregistrement qui est fixe (3 fr.), celui d'une déclaration pure et simple en matière civile (L. 28 avril 1816, art. 45, n° 9) (1). Mais il est perçu 5 fr. 50 0/0 sur l'évaluation portée à l'acte, quand l'abandon est accepté par l'autre partie.

329. C'est maintenant le cas d'examiner une question fort débattue que les auteurs posent en général de la manière suivante (2):

La faculté de s'affranchir par l'abandon de son droit des obligations qu'entraîne la mitoyenneté, s'applique-t-elle *même au cas où il s'agit d'un mur situé à la ville ou dans un faubourg?* Les coutumes de Paris et d'Orléans ne l'appliquaient qu'aux murs situés *à la campagne*. Pothier donne la raison de cette distinction. Dans les villes et faubourgs où la clôture est forcée « Le voisin ne peut point, dit-il, s'exempter des charges de la mitoyenneté en offrant d'abandonner sa part du mur et de la terre sur laquelle il est assis; *car il pourrait être contraint d'en faire un neuf, s'il n'y en avait point.* A la campagne, *où cette raison n'existe point*, le voisin peut s'exempter de la réfection du mur, en abandonnant sa part (3). »

Il s'agit de savoir si cette distinction a été écartée ou maintenue par le Code.

La question ainsi posée est fort controversée :

Pour les uns, l'art. 656 est conçu en termes généraux et absolus et ne comporte que la seule exception mentionnée dans le texte, celle où le mur soutient un bâtiment appartenant à celui qui voudrait abandonner la mitoyenneté. Cer-

(1) Voy. RIGAUD et CHAMPIONNIÈRE, t. I, n°s 585 et 586.
(2) Voy. MOURLON, t. I, n° 1739.
(3) *Cout. d'Orl.*, art. 284; *Société*, 1er append., art. 5 § 3.

taines déclarations faites au cours de la discussion peuvent être invoquées dans ce sens (1). C'est le système de la Cour de cassation et de la majorité des Cours d'appel (2).

Mais dans l'opinion contraire on fait remarquer que l'art. 663 est également conçu en termes généraux et absolus, et qu'il serait en quelque sorte annulé si l'art. 656 devait prévaloir; qu'en réalité l'art. 656 n'est applicable qu'à la clôture volontaire, alors que l'art. 663 doit s'appliquer à la clôture forcée (3).

En définitive on soutient dans le premier système que l'art. 656 modifie l'art. 663, alors que, dans le deuxième système, on soutient que l'art. 663 doit modifier la règle posée en l'art. 656.

330. Nous croyons au contraire que l'abandon autorisé par l'art. 656, lequel est absolu et général, comme le déclare la Cour de cassation, peut bien être fait dans les villes et faubourgs, mais qu'il aura uniquement pour résultat d'affranchir le renonçant des obligations ayant leur source dans la mitoyenneté, et non des obligations dérivant de la clôture forcée édictée par l'art. 663.

En d'autres termes celui qui renonce à la mitoyenneté d'un mur est affranchi de l'obligation de contribuer à la reconstruction du mur si cette reconstruction est ou devient nécessaire, mais il n'est pas affranchi de l'obligation de contribuer à la construction d'une clôture commune dans le sens de l'art. 663. Ces deux obligations sont loin d'être sem-

(1) LOCRÉ, t. IV, p. 168; Voy. TOULLIER, t. III, n° 218; AUBRY et RAU § 200, texte et note 6; MARCADÉ, sur l'art. 663.

(2) Cass. 26 juill. 1882, S. 84, 1, 79; Orléans, 24 mai 1873, S. 74, 2, 171.

(3) DEMOLOMBE, t. XI, n° 379; DEMANTE, t. II, 517 *bis*; DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, n° 297; LAURENT, t. VII, n° 502; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1499; Trib. de l'Empire d'Allemagne, 8 avr. 1885, S. 88, 4, 15.

blables, et c'est la confusion qui a été faite entre elles qui a rendu possible la controverse dont nous venons de parler.

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le mur mitoyen doit être reconstruit, quand cela est reconnu nécessaire, dans les conditions mêmes de sa destination originaire. Ainsi le mur mitoyen a été construit pour séparer et soutenir deux maisons à deux étages. L'un des propriétaires a retardé, n'importe pour quel motif, la construction de sa maison; ou bien, ayant construit sa maison, il l'a fait démolir pour donner une destination différente à l'emplacement sur lequel elle s'élevait. Dans les deux cas le mur continue d'exister avec la qualité de mitoyen dans toute sa hauteur. S'il y a nécessité de le reconstruire, les deux propriétaires devront contribuer chacun pour moitié, même celui qui, n'ayant pas de maison édifiée, ne tire aucun parti de la mitoyenneté. Les frais d'une telle reconstruction pourront être fort élevés, car le mur devra être refait en entier. Pour s'affranchir d'une telle charge, celui à qui le mur est inutile abandonnera la mitoyenneté en vertu de l'art. 656. Mais il demeurera tenu de contribuer à perpétuité, conformément à l'art. 663, à l'établissement et à l'entretien d'une clôture conforme aux prescriptions du même art. 663, c'est-à-dire d'une clôture dont la dépense est insignifiante si on la compare à la dépense qu'exigerait la reconstruction du mur mitoyen. Par conséquent, dans les villes et faubourgs, les deux art. 656 et 663 peuvent recevoir l'un et l'autre leur application d'une manière générale et absolue sans que l'un vienne modifier l'autre.

Ainsi, en reprenant l'hypothèse déjà produite, l'un des voisins renonce à la mitoyenneté. L'autre fait reconstruire le mur qui devient sa propriété exclusive. Mais ce nouveau mur est bientôt détruit par l'effet d'un accident, quelle sera alors la situation des deux propriétaires vis-à-vis l'un de l'autre?

Si les immeubles sont situés à la campagne, ils pourront demeurer indéfiniment sans clôture; chacun des propriétaires

fera ce que bon lui semblera ; aucun ne pourra contraindre l'autre à établir une clôture commune, la clôture étant dans ce cas volontaire.

Si les deux immeubles sont situés à la ville ou dans un faubourg, l'un des voisins pourra contraindre l'autre à contribuer à la construction d'une clôture établie dans les conditions de l'art. 663 et celui qui a renoncé à la mitoyenneté ne pourra, pour s'en dispenser, opposer une renonciation qui a bien pu l'affranchir des charges de la mitoyenneté, mais non des charges moins onéreuses dérivant de la clôture forcée.

331. Au point de vue de la réparation et de l'entretien du mur mitoyen, les art. 655 et 656 traitent les deux voisins comme s'ils étaient copropriétaires d'une chose indivise. Mais quand il s'agit de l'usage effectif du mur, il ne peut plus en être ainsi, et la loi traite les deux propriétaires comme s'ils n'avaient chacun que la propriété divise de la moitié du mur qui regarde leur héritage.

En effet :

ART. 657. Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée (*).

Ce sont là des changements apportés à la condition du mur qu'un communiste ordinaire ne pourrait pas faire sans le consentement de ses copropriétaires. Mais comme la mitoyenneté n'est pas une communauté avec indivision forcée, chacun des propriétaires pourra faire procéder à certains travaux sans avoir besoin d'en avertir l'autre, et sans avoir besoin, par conséquent, de lui demander son assentiment.

Cette première catégorie de travaux comprend ceux qui sont prévus par l'art. 657 précité, et par l'art. 658.

Il y a une seconde catégorie de travaux qui, pouvant nuire

(*) Art. 657. — L. 12, D. 10, 3, *Communi divid.*

au mur considéré dans son ensemble ne peuvent être effectués par l'un des voisins qu'avec le consentement de l'autre, ou, sur son refus, d'après un règlement d'experts. Le cas est prévu par l'art. 662.

Enfin il y a des travaux qui intéressent le mur dans la totalité de son épaisseur ; la loi, qui traite les deux propriétaires comme s'ils n'avaient chacun que la propriété divise de la moitié du mur qui regarde leur héritage, ne pouvait pas leur permettre de se livrer à des entreprises sur l'autre moitié. Par conséquent celui qui voudra se livrer à des entreprises de cette nature, devra nécessairement obtenir le consentement de l'autre (art. 675).

Ainsi donc l'économie de la loi, en ce qui touche l'usage effectif du mur mitoyen, repose sur cette idée que chaque propriétaire peut agir comme s'il était seul propriétaire de la moitié du mur en façade sur son héritage.

Il pourra donc, comme le dit l'art. 637, faire bâtir *contre le mur*, c'est-à-dire élever sur son propre sol des constructions qui n'auront pas leur point d'appui sur le mur, ou qui ne s'y appliqueront pas pour ne faire qu'un avec lui. La faculté d'*appliquer* ou d'*appuyer* est réglée par l'art. 662.

Il pourra encore se servir du mur pour y placer des poutres dans les conditions fixées par le texte, y planter des clous, y appuyer des plantes grimpantes ou des espaliers (art. 671 nouveau).

332. Il pourra même, s'il le juge nécessatre, ajouter à la hauteur du mur :

ART. 658. Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen ; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur.

Le droit d'exhausser est absolu, et son exercice n'est subordonné à la justification d'aucun motif d'agrément, d'utilité ou de nécessité. Chaque voisin peut en user à la charge de ne porter aucune atteinte aux droits que l'autre voisin

tient de la mitoyenneté. Celui-ci ne peut pas se plaindre du préjudice que l'exhaussement peut lui occasionner dans ses autres biens. En vain prétendrait-il que l'exhaussement sans utilité réelle et actuelle pour le constructeur n'a d'autre but que de lui nuire ; la Cour de cassation répondrait avec raison que celui qui use d'un droit reconnu par la loi est seul juge de son intérêt (1).

« Le sens moral, dit M. Laurent, se révolte contre une pareille décision !... La copropriété impose aux communistes des restrictions et des ménagements que la propriété exclusive ignore. Le communiste dépasse son droit dès qu'il cause un préjudice à son copropriétaire, sans qu'il en résulte un avantage pour lui-même (2). »

Nous comprenons une telle indignation de la part des auteurs qui ne voient dans la mitoyenneté qu'une *communauté avec indivision forcée*. Mais comme il s'agit de l'usage effectif du mur mitoyen, et qu'à ce point de vue la loi considère chaque voisin comme étant propriétaire exclusif de la moitié du mur faisant face à son fonds, il faut appliquer purement et simplement, comme le fait la Cour de cassation, les principes de la propriété exclusive.

Le propriétaire qui fait exhausser le mur doit supporter seul :

1° La dépense de l'exhaussement ;

2° Les frais de l'entretien ultérieur de la partie exhaussée ;

3° Une indemnité de surcharge.

Cette indemnité d'après le texte sera fixée *en raison de l'exhaussement et suivant la valeur*, c'est-à-dire eu égard à l'importance de l'exhaussement.

333. Le droit d'exhausser le mur implique naturellement celui de le démolir pour lui donner, si c'est nécessaire, une épaisseur plus grande.

(1) Cass. 11 avr. 1864, D. 64, 1, 219.

(2) T. VII, n° 555; comp. DEMOLOMBE, t. VI, n° 398; AUBRY et RAU, t. II, p. 425, notes 35 et 36.

Donc :

ART. 659. Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté.

Le voisin, dans ce cas, ne peut demander aucune indemnité de surcharge.

Mais de ce que la mitoyenneté est une servitude réciproque donnant à chacun des droits égaux et lui imposant des obligations semblables, il suit :

1° Qu'il n'est dû aucun dédommagement au voisin pour la gêne momentanée et les embarras de toute espèce que lui ont occasionnés la démolition et la reconstruction du mur; ni pour la perte ou diminution de clientèle résultant de l'interruption de son commerce ou de son industrie; pourvu qu'il n'y ait eu de sa part ni faute, ni négligence (1);

2° Ni pour la perte de jouissance subie par ses locataires, quand même il leur devrait lui-même une indemnité de ce chef, ou subir la résiliation du bail par application de l'article 1724 (2);

3° Que l'auteur de l'exhaussement n'est tenu d'effectuer aucuns travaux pour coordonner la chose du voisin avec le nouvel état du mur; ainsi il n'est pas tenu de prolonger jusqu'à la sommité de l'exhaussement les cheminées que l'autre voisin a encastrées dans le mur, sauf à celui-ci à acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement, et à prolonger lui-même ses cheminées (3);

4° Mais l'auteur de l'exhaussement doit au contraire une indemnité pour toutes les atteintes portées aux droits que la mitoyenneté confère. Ainsi, il devra rétablir à ses frais les espaliers qu'on a été obligé de détruire (4), les treillages,

(1) Paris, 24 mars 1879, D. 80, 2, 17.
(2) *Ibid.*
(3) Orléans, 6 déc. 1881, S. 82, 2, 32.
(4) Paris, 24 nov. 1874, S. 76, 9, 109.

berceaux, ornements et autres objets adossés au mur du côté du voisin. Si ce dernier avait appliqué au mur des ouvrages précieux, tels que : cadran solaire, peintures, sculptures, etc., il pourra réclamer une indemnité qui n'excède pas la valeur d'ornements ordinaires, car c'est seulement dans cette limite qu'ont pu naître les obligations dérivant de la mitoyenneté;

5° Enfin, il est évident que l'auteur de l'exhaussement doit supporter seul tous les frais de l'opération elle-même et les dépenses accessoires qu'elle aura pu occasionner, par exemple les frais de l'expertise qui a pu être jugée nécessaire et ceux qu'il a fallu faire pour étayer la maison du voisin.

Si l'opération a été mal faite, celui qui a usé du droit d'exhausser peut être contraint de démolir le mur pour en reconstruire un autre dans des conditions meilleures (1), il devra alors indemnité au voisin pour tous les embarras et préjudices quelconques résultant de la reconstruction ; le voisin en effet n'est obligé de subir qu'une première fois l'exhaussement sans indemnité du mur mitoyen.

Les observations qui précèdent ne concernent pas les dégradations ou voies de fait commises sans droit par l'un des voisins sur le mur mitoyen. La responsabilité de leur auteur se trouve engagée vis-à-vis de tous ceux qui en souffrent un préjudice, notamment à l'égard des locataires qui peuvent, dans ce cas, agir personnellement pour faire cesser le trouble de fait apporté à leur jouissance (2).

334. Le voisin qui a subi les ennuis de la reconstruction du mur obtient par le fait certaines compensations, puisque désormais il aura la mitoyenneté d'un mur neuf et mieux établi que l'ancien. Mais il n'aura évidemment aucun droit sur la partie exhaussée, à moins qu'il ne veuille la rendre aussi mitoyenne :

(1) Cass. 16 mars 1881, D. 82, 1, 76.
(2) Cass. 28. août 1877, D. 78, 1, 213.

ART. 660. Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a.

Il faut donc distinguer entre la *dépense* et la *valeur*. La valeur créée est souvent inférieure à la dépense qui l'a produite. Le législateur a, dit-on, voulu déjouer le calcul de celui qui commencerait par refuser de contribuer à l'exhaussement dans la pensée de l'acquérir plus tard moyennant une somme inférieure à la dépense. Aussi beaucoup d'auteurs refusent-ils d'appliquer le texte lorsque l'exhaussement est de construction déjà ancienne au moment de l'acquisition de la mitoyenneté, en décidant qu'il suffit de faire payer la moitié de la valeur de la partie exhaussée (1). Mais il faut reconnaître que le texte se prête difficilement à une telle distinction (2).

Si l'auteur de l'exhaussement avait établi dans la partie exhaussée des jours à fer maillé et verre dormant, il devra les boucher si le voisin use de la faculté d'acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement. Ce sera même le plus souvent dans ce but que la mitoyenneté sera acquise (3).

§ 2. — Cession volontaire ou forcée de la mitoyenneté. Conséquences; droits égaux des deux propriétaires.

335. — Acquisition de la mitoyenneté entière, art. 661.
336. — Possibilité d'éviter l'aliénation forcée de la mitoyenneté en bâtissant en retraite de la ligne divisoire.
337. — La faculté d'acquérir la mitoyenneté peut-elle être perdue soit par le non-usage, soit par une renonciation?
338. — Cette acquisition de mitoyenneté peut-elle ne porter que sur une partie de l'épaisseur du mur?

(1) DEMOLOMBE, t, XI, n° 375 ; DEMANTE, t. II, n° 515 *bis*, I; comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1491.

(2) LAURENT, t. VII, n° 564; TOULLIER, t. II, n° 205; DURANTON, t. V, n° 334.

(3) Trib. civ. Seine, 10 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 122.

339. — Conséquences, quant aux servitudes, d'une acquisition de la mitoyenneté.
340. — De l'indemnité à la charge de l'acquéreur.
341. — La mutation de propriété, dans le cas de l'art. 661, a lieu à titre de vente volontaire ou forcée.
342. — Conséquences; le privilège et l'action résolutoire appartiennent au vendeur non payé de la mitoyenneté.
343. — En l'absence de tout règlement conventionnel ou judiciaire antérieur, le fait de prendre possession de l'usage d'un mur non mitoyen est une usurpation; le propriétaire a l'action en revendication.
344. — Dans le même cas le propriétaire a l'action en revendication contre tout tiers détenteur. Opinions diverses sur ce point.
345. — Le droit commun est contraire à tous ces systèmes.
346. — Le tiers détenteur et le constructeur n'étant pas codébiteurs, ne peuvent être tenus ni solidairement, ni conjointement.
347. — Enfoncements dans le mur mitoyen, appui, etc., art. 662.

335. La loi n'a pas limité au cas d'exhaussement la faculté d'acquérir la mitoyenneté :

ART. 661. Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti.

Cette disposition constitue une atteinte fort grave apportée à l'intégrité de la propriété individuelle. Elle est principalement fondée sur l'intérêt privé : un seul mur étant suffisant pour soutenir deux immeubles, il a paru expédient d'autoriser celui qui veut bâtir à se servir d'un mur qu'il trouve tout fait. L'intérêt général, mais seulement par voie de conséquence (1), y trouve également son compte, car il est bon que la dépense des terrains et des capitaux ne soit pas ainsi doublée en pure perte. La coutume de Paris n'autorisait, en effet, cette sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée, que pour le cas où le voisin voulait élever une construction (art. 194). Les rédacteurs du Code civil ont évidemment statué dans la même supposition. Mais l'art. 661 ne le dit

(1) DEMOLOMBE, t. XI, n° 313.

pas; le voisin par conséquent peut acquérir la mitoyenneté quand même il n'aurait pas l'intention de bâtir, quand même il agirait uniquement pour faire fermer les jours de souffrance existant dans le mur (1), et sans avoir besoin d'ailleurs de faire connaître ses motifs (2).

Le droit d'acquérir ainsi forcément la mitoyenneté n'est attribué qu'au propriétaire *joignant un mur*, dépendant d'ailleurs du domaine privé, et non d'un édifice appartenant au domaine public. C'est là une règle exorbitante, qui doit par suite être appliquée d'une manière rigoureuse et restrictive.

De là il suit :

1° Que l'expression *mur* doit être considérée comme employée dans un sens limitatif et non démonstratif; elle ne devrait donc pas s'appliquer aux clôtures composées de pieux, lisses, planches, etc. (3);

2° Que la faculté d'acquérir la mitoyenneté cesse, lorsqu'il existe un terrain intermédiaire de minime étendue, même insuffisant pour l'égout des eaux pluviales (4) et alors même qu'il aurait été laissé uniquement pour éviter, pour éluder si l'on veut, l'application de l'art. 661 (5). Il faut en effet qu'il y ait véritable contiguité entre les deux immeubles (6).

De bons auteurs se sont énergiquement prononcés dans un sens contraire. Ils estiment qu'un propriétaire ne saurait se soustraire ainsi, par une véritable fraude à la loi, à l'application d'une disposition fondée sur un motif d'utilité pu-

(1) Trib. civ. Seine, 10 nov. 1888, *Gaz. Pal.*, 89, 122.

(2) Bordeaux, 31 mai 1882, D. 86, 1, 79.

(3) Caen, 31 janv. 1877, D. 77, 2, 91; Cass. 15 déc. 1857, S. 58, 1, 271; Voy. aussi D. 82, 2, 8, note 2.

(4) Douai, 7 août 1845, D. 45, 2, 152.

(5) Cass. 26 mars 1862, S. 62, 1, 673; V. dans le même sens : AUBRY et RAU, § 222, texte et note 50; DEMANTE, t. II, n° 515 *bis;* BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1483.

(6) Bordeaux, 3 janv. 1888, S. 89, 1, 70.

blique et par conséquent d'intérêt général (1). Mais cela est manifestement exagéré. En pareille matière c'est l'intérêt privé qui est principalement en jeu. La loi n'impose pas aux propriétaires l'obligation de bâtir exactement sur la ligne divisoire et de n'avoir qu'un seul mur pour deux immeubles; chacun demeure libre d'agir dans la plénitude de son droit.

Si un propriétaire veut avoir un mur à lui dans lequel il pourra ouvrir des vues droites, il devra le construire à 19 décimètres au moins de la ligne divisoire (art. 678).

S'il veut se contenter de simples jours de souffrance, il pourra établir son mur exactement sur la ligne divisoire, en joignant immédiatement l'héritage du voisin (art. 676). Mais alors il demeure exposé à subir l'abandon forcé de la mitoyenneté au profit du voisin qui exigera la suppression des jours de souffrance.

336. Pour se soustraire à cette éventualité il n'a qu'à établir son mur de manière à ce qu'il *ne joigne pas immédiatement* l'héritage du voisin, les textes sont formels (art. 661 et 676). Quelque peu important que soit le terrain intermédiaire, il suffit pour maintenir le droit que le propriétaire a entendu se réserver. Mais peut-être qu'il a agi par malveillance, sans utilité réelle pour lui. La Cour de cassation répond d'une façon péremptoire *qu'on n'a pas le droit de s'enquérir des motifs qui le déterminent à agir ainsi;* il use de son droit de propriété et le juge n'a pas à rechercher les motifs pour lesquels il en fait tel ou tel usage (2). C'est là une vérité manifeste qui devrait suffire, dans tous les cas, pour écarter les actions ayant pour base unique une prétendue fraude à la loi (voy. t. I, n° 201).

Il faut donc que le mur joigne immédiatement l'héritage du voisin pour que ce dernier puisse le rendre mitoyen. Cette

(1) DEMOLOMBE, t. XI, n° 354; MARCADÉ, sur l'art. 661 ; LAURENT, t. VII, n° 507.

(2) Arrêt précité du 26 mars 1862.

faculté est attachée, comme accessoire, à la propriété du fonds contigu (n° 323); elle ne peut donc appartenir qu'à ceux qui ont la qualité de propriétaire, et non aux fermiers, usufruitiers, emphytéotes, superficiaires (1).

337. Cette faculté peut être exercée à toute époque, car elle ne saurait se perdre par le non-usage (art. 2232).

Elle n'est pas davantage perdue par l'abandon précédemment fait de la mitoyenneté de ce même mur par celui qui voudrait plus tard *rentrer en son premier droit*, comme disait l'art. 212 de la coutume de Paris. Dans ce cas il n'y a pas eu renonciation au droit d'acquérir la mitoyenneté. Il s'agit en effet d'un voisin à qui le mur mitoyen était complétement inutile, et qui, pour se dispenser de contribuer aux frais de reconstruction ou d'entretien, a abandonné la mitoyenneté. Plus tard, les conditions venant à changer, il a intérêt à rendre de nouveau mitoyen ce même mur qui a cessé de l'être; il pourra invoquer le bénéfice de l'art. 661 auquel il n'a pas le moins du monde renoncé (2), et il n'aura d'ailleurs aucune justification à faire quant aux motifs particuliers qui le déterminent à agir ainsi.

Mais il en serait autrement dans le cas d'une renonciation formelle. Ainsi le propriétaire de deux maisons contigües peut valablement, selon nous, se réserver, lors de la vente de l'une d'elles, la propriété exclusive des murs séparatifs, en stipulant que la mitoyenneté n'en pourra être acquise ultérieurement (3). Une semblable convention ne présente rien d'illicite (4), et il est excessif de prétendre que la faculté d'acquérir la mitoyenneté repose sur des considérations d'ordre public (5).

(1) Cass. 18 juin 1878, D. 79, 1, 5; LAURENT, t. VII, n° 514; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XI, n° 353.

(2) DEMOLOMBE, t. XI, n° 360.

(3) Caen, 31 janv. 1877, D. 77, 2, 91.

(4) DEMOLOMBE, t. XI, n° 361.

(5) Arrêt précité de Caen, du 31 janv. 1877; *Contrà*, LAURENT, t. VII, n° 506.

Cette faculté, comme nous l'avons déjà dit, repose principalement sur l'intérêt privé. Cela est si vrai que c'est l'étendue de cet intérêt qui déterminera la mesure dans laquelle il plaira au voisin de l'exercer. Il pourra rendre le mur mitoyen *en tout ou en partie*, selon qu'il le croira nécessaire à ses besoins. Il pourra donc ne le rendre mitoyen que dans une partie seulement, soit de sa hauteur, mais alors à partir des fondements proprement dits, distincts des parois d'une cave ou d'un souterrain, soit de sa longueur, soit à l'une des extrémités du mur seulement, soit aux deux extrémités, soit au milieu.

338. Pourrait-il n'acquérir la mitoyenneté que d'une partie de l'épaisseur du mur? Non, dit-on, car l'épaisseur d'un mur, c'est le mur lui-même, et celui qui n'achèterait qu'une partie de l'épaisseur profiterait en réalité, s'il voulait bâtir, de l'épaisseur entière (1). Il est cependant certain que le texte de l'art. 661 ne s'oppose pas à une cession partielle (2). On peut donc admettre que, dans certaines circonstances, le voisin soit reçu à acquérir la mitoyenneté du mur, dans une partie seulement de son épaisseur. Il a été jugé, par exemple, que s'il n'a pas contribué à l'exhaussement du mur qui a été reconstruit, et s'il veut se servir de cet exhaussement, il n'est pas nécessairement tenu d'en acquérir la mitoyenneté dans toute son épaisseur. Ainsi il peut restreindre son acquisition à la portion qui lui est nécessaire s'il s'agit d'un mur d'église d'une épaisseur exceptionnelle, qui avait, avant sa reconstruction, une épaisseur suffisante pour supporter l'exhaussement dont il veut acquérir la mitoyenneté (3).

339. L'acquisition de la mitoyenneté d'un mur laisse en

(1) DEMOLOMBE, t. XI, n° 362 et les autorités citées ; *adde*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1485.

(2) LAURENT, t. VII, n° 511.

(3) Bruxelles, 11 janv. 1883, *Pas.*, 83, 2, 69, et sur pourvoi, Cass. 27 mars 1884, *Pas.*, 84, 1, 87.

principe subsister les servitudes actives et passives dont ce mur pouvait être l'occasion ou l'objet. L'existence de ces servitudes ne saurait avoir pour effet d'empêcher l'acquisition de la mitoyenneté, lorsque leur exercice est conciliable avec le droit résultant de l'art. 661 (1). Aussi ces servitudes doivent-elles être respectées (2). Par conséquent l'acquéreur de la mitoyenneté pourra faire fermer les jours de souffrance existant dans le mur mitoyen (3), mais non les vues droites ou fenêtres d'aspect. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point à propos des art. 675 et 676.

340. Celui qui veut acquérir la mitoyenneté, dit l'art. 661, devra rembourser au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol. Il s'agit ici de la valeur et non de la dépense. La loi n'a eu en vue qu'un mur établi dans les conditions ordinaires. Il faut ajouter aux sommes à rembourser, les frais d'acquisition et ceux d'expertise.

La convention par laquelle deux voisins chargent deux experts d'évaluer la mitoyenneté d'un mur peut être considérée comme une véritable vente faite moyennant un prix dont la détermination est laissée à l'arbitrage des experts. Il est vrai qu'en général une simple désignation d'experts pour l'évaluation d'un immeuble ne saurait équivaloir à une vente, mais ce qui donne cette signification à une désignation d'experts pour l'évaluation d'une mitoyenneté, c'est que la vente de cette mitoyenneté étant forcée, d'après l'art. 661, la désignation d'experts implique logiquement, à moins de circonstances spéciales, la commune volonté d'opérer cette vente et d'en déterminer le prix (4).

(1) Cass. 13 janv. 1879, D. 79, 1, 118.
(2) Cass. 28 avr. 1890, D. 92, 1, 23; Bordeaux, 31 mai 1882, D. 86, 2, 79.
(3) Cass. 13 juin 1888, S. 88, 1, 413.
(4) Trib. Bruxelles, 13 janv. 1886, *Pas.*, 86, 3, 223 et la note.

En l'absence d'une convention contraire, le paiement de l'indemnité dont les bases viennent d'être indiquées, doit être préalable, c'est-à-dire que la mitoyenneté n'est acquise que par l'effet de ce paiement (1).

341. Il résulte donc des explications qui précèdent : 1° que l'acquisition de la mitoyenneté autorisée dans le cas de l'art. 661 emporte au profit de l'acquéreur une mutation de propriété ; 2° que cette mutation a lieu à titre de vente, de vente volontaire si les parties sont d'accord, de vente forcée dans le cas contraire (2). Cette solution, malgré son incontestable évidence, a néanmoins été contestée, et la Cour de cassation a d'abord refusé de voir une vente dans le règlement amiable ou judiciaire d'une mitoyenneté (3). Mais cette opinion n'a pas prévalu dans la doctrine, et la Cour de cassation semble portée à l'abandonner, car dans son dernier arrêt sur les difficultés auxquelles donne lieu l'art. 661, elle déclare que le maître du mur sur lequel le voisin a commis une entreprise sans qu'il y ait eu accord quelconque, *n'est pas dans la situation d'un vendeur originaire non payé* (4). Donc, il serait dans cette situation s'il y avait eu un accord préalable.

342. Celui qui cède la mitoyenneté, volontairement ou forcément, est donc un vendeur non payé, tant qu'il n'a pas reçu le paiement du prix qui lui est dû.

Il pourra à ce titre exercer le droit de rétention, et jouir du privilège de vendeur (5).

Le privilège sera utile, dans le cas où l'immeuble de celui qui doit la mitoyenneté serait vendu avec la mitoyenneté ac-

(1) Cass. 10 avr. 1889, S. 89, 1, 321, note de M. LABBÉ.

(2) LAURENT, t. VII, n° 521 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1486; Trib. civ. Seine, 18 fév. 1880, S. 81, 2, 23.

(3) Cass. 17 fév. 1884, D. 64, 1, 87 ; DEMOLOMBE, t. XI, n°s 374 *bis* et *ter;* Comp. Trib. civ. Seine, 25 fév. 1885, D. 85, 3, 54 ; Paris, 21 nov. 1885, D. 86, 2, 189.

(4) Cass. 10 avr. 1889, S. 89, 1, 401.

(5) Trib. civ. Seine, 12 nov. 1885, S. 86, 2, 25 ; note de M. LABBÉ.

quise, et son prix mis en distribution par voie d'ordre judiciaire. Une ventilation déterminerait la portion du prix correspondant à la mitoyenneté.

Différemment ce privilège, s'il est conservé par son inscription conformément à la loi du 23 mars 1855, n'aura d'autre effet utile que de conserver en même temps l'action résolutoire.

La mitoyenneté, en effet, étant un droit accessoire, n'ayant pas d'existence indépendante, celui qui l'a vendue et qui demeure créancier du prix, ne pourrait pas faire exproprier et vendre cette mitoyenneté toute seule. Mais on peut parfaitement concevoir qu'il puisse obtenir, faute de paiement du prix, la résolution de la vente de la mitoyenneté, et arriver ainsi à faire tomber tous les ouvrages appuyés sur le mur dont l'entière propriété aura été ainsi reconstituée à son profit. Or, le droit de résolution en matière immobilière peut être exercé contre un tiers détenteur. Par conséquent si le débiteur du prix de mitoyenneté a vendu son immeuble à ce tiers, ce tiers sera, le cas échéant, passible de l'action en résolution. Mais, la loi du 23 mars 1855 ayant subordonné la persistance du droit de résolution à la conservation du privilège, il en résulte, comme on l'a dit fort justement, que le créancier est obligé de veiller à la conservation d'un droit qui paraît inutile, le privilège, pour ne pas laisser périr un droit certainement utile, le droit de résolution (1).

La mitoyenneté n'ayant pas d'existence propre, indépendamment de l'immeuble dont elle forme un accessoire, il convient de remarquer que l'exercice du droit de résolution implique forcément de la part de celui qui y a recours, la qualité de propriétaire de l'immeuble lui-même. Donc, si celui qui a vendu la mitoyenneté, vend ensuite à un autre l'immeuble en entier, en se réservant la créance du prix de la

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*; note précitée de M. LABBÉ.

mitoyenneté, il ne pourra plus désormais, pour faire valoir cette créance, demander la résolution faute de paiement du prix de la mitoyenneté. Il serait absurde en effet de supposer qu'il pourrait, par l'effet de la résolution, devenir titulaire de la mitoyenneté d'un mur, alors qu'il n'est propriétaire d'aucun des deux immeubles séparés par le mur (1).

Par les mêmes motifs si le vendeur non payé du prix de la mitoyenneté cède sa créance à un tiers, le cessionnaire n'étant pas propriétaire de l'immeuble ne sera pas reçu à exercer l'action en résolution.

343. L'art. 661 suppose qu'il est intervenu entre les intéressés un accord amiable ou une décision de justice concernant le règlement de l'indemnité. Mais il peut arriver qu'en l'absence de toute convention, le voisin d'un mur non mitoyen en prenne purement et simplement possession, par exemple en y adossant des constructions. Comment faut-il envisager une telle situation?

D'abord quand même le mur par les dispositions de son parement extérieur semblerait présenter une sorte d'invitation à se servir de la mitoyenneté, quand même le propriétaire aurait vu sans protester les travaux exécutés par le constructeur voisin, il serait impossible de voir dans ces circonstances une sorte d'accord tacite équivalant à une entente expresse. La loi n'impose en effet au propriétaire dont la chose est usurpée aucun acte particulier de protestation, et ne saurait attacher une déchéance à son silence plus ou moins prolongé, sauf l'application des règles sur la prescription (2).

Donc, il n'y a pas à en douter, le constructeur qui utilise pour bâtir sur son terrain le mur d'une propriété contigüe, sans entente préalable avec le propriétaire pour l'évaluation

(1) V. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 24.

(2) V. note de M. LABBÉ, sous Cass. 10 avr. 1889, S. 89, 1, 401; Comp. LAURENT, t. VII, n° 521.

de la mitoyenneté et le paiement du prix, commet une usurpation (1). Le propriétaire aura l'action en revendication et pourra demander la destruction des ouvrages s'appuyant sur le mur. Il aura également l'action personnelle en dommages pour obtenir réparation de tout le préjudice déjà causé par l'entreprise illicite. Mais si le défendeur offre une somme suffisante, ou à déterminer par experts, pour indemniser le propriétaire du mur, celui-ci devra l'accepter, et, grâce à ce paiement, le mur deviendra mitoyen.

On a jugé que le propriétaire du mur avait le droit de demander à son choix le paiement d'une indemnité, ou la cessation de l'entreprise (2). Cela n'est pas exact: le propriétaire peut seulement demander la démolition; ce n'est pas lui qui a l'option. C'est l'auteur de la construction qui, en payant le prix de la mitoyenneté, peut éviter la démolition.

344. Si au lieu d'avoir affaire au constructeur lui-même, le propriétaire se trouve en présence d'un tiers détenteur, sa situation ne sera pas la même; conformément au droit commun il aura toujours à son service l'action en revendication, mais il n'aura plus l'action personnelle.

Cependant ces solutions ne sont pas admises sans difficulté, et des systèmes bien différents ont été produits sur la nature et les conditions d'exercice de l'action qui doit appartenir au maître du mur contre le tiers détenteur de l'immeuble dans lequel le mur a été incorporé (3).

Les uns estiment, contrairement à ce qui a été dit plus haut, que la seule occupation d'un mur séparatif établit entre les deux voisins les rapports de vendeur à acheteur. La charge d'indemnité réglée ou non réglée qui en est la conséquence forcée constitue une véritable créance de vendeur

(1) Paris, 14 janv. 1890, D. 90, 1, 75.

(2) *Ibid.*, et la note.

(3) Ces divers systèmes sont exposés dans une note de M. Brésillion sous Cass. 10 avr. 1889, D. 89, 1, 321.

subordonnée, quant aux tiers, à l'observation des conditions prescrites pour la conservation du privilège et de l'action résolutoire (1).

Les autres partant de cette idée à peu près abandonnée que l'établissement de la mitoyenneté, même opérée sous la forme d'un contrat ou avec l'intervention du juge, ne comporte pas l'existence d'une vente, remplacent le privilège du vendeur par une action réelle faisant peser sur tout détenteur de la mitoyenneté impayée, la charge d'en rembourser la valeur, et même d'en subir le règlement.

Dans ce système il y a divergence sur le point de savoir si la charge de l'indemnité doit ou non être soumise à la formalité de la transcription. Pour les uns la négative résulte de ce que cette charge ne tombe pas sous l'application de l'art. 1er de la loi du 23 mars 1855, concernant seulement les actes translatifs de droits susceptibles d'hypothèques, ni sous celle de l'art. 2 qui doit être limité aux services fonciers définis par l'art. 654 (2).

D'autres exigent la transcription du compte de mitoyenneté, en vertu de considérations générales pouvant avoir une certaine valeur s'il s'agissait d'une loi à faire, mais ne pouvant se rattacher à aucun texte de la loi actuelle (3).

Une autre opinion a inventé une action personnelle s'étendant exceptionnellement à tout nouveau détenteur considéré comme *perpétuant* l'entreprise illicite originaire, tant que la

(1) Voy. L. PINVERT, *Remarques sur l'origine, la nature et les effets de la cession de mitoyenneté*, *Gaz. Pal.*, nos des 30 nov. et 1er déc. 1888; LE COURTOIS, *Nature et garantie de la créance du prix de mitoyenneté*, *France judiciaire*, 1886, 1re partie, p. 365.

(2) Paris, 6 déc. 1871 et 11 déc. 1874, *Bull. C. de Paris*, 1871, p. 326.; *id.* 1874, p. 462; Trib. civ. Seine, 25 fév. 1885, D. 85, 3, 54.

(3) Paris, 25 nov. 1865, D. 86, 2, 189; DE RAMEL, *Nécessité de transcrire un compte de mitoyenneté*, *Journ. de Proc.* de ROUSSEAU et LAISNEY, 1886, p. 5.

charge d'indemnité qui incombe à son auteur continue de subsister (1). Mais s'il en est ainsi, une condamnation ne pourrait atteindre le nouveau détenteur que s'il était de mauvaise foi. Ce dernier ne pourrait pas davantage être recherché comme profitant actuellement du fait de l'entreprise. Il n'y a pas en effet enrichissement sans cause pour le tiers acquéreur qui, dans son prix total, a payé l'équivalent d'une mitoyenneté qu'on lui avait présentée comme établie (2).

345. Le tort de ces divers systèmes est d'avoir cherché et prétendu trouver un principe de solution en dehors du droit commun. Or c'est au droit commun qu'il faut revenir.

La Cour de cassation (3) et la Cour de Paris (4) ont fait un pas dans cette voie en reconnaissant qu'il ne saurait être question d'imposer au demandeur une publicité quelconque, car dans le système de notre loi les charges réelles grevant la propriété foncière ne doivent être révélées par une transcription ou une inscription que lorsqu'elles sont le résultat d'un changement volontaire dans l'état de la propriété (5). Mais, dans la situation envisagée, il n'y a rien de semblable; il s'est produit simplement une dépossession illégale de celui qui était propriétaire exclusif d'un mur situé entre deux héritages. Ce propriétaire a le droit d'intenter l'action en revendication, soumise simplement à la justification de son droit de propriété, et jamais à une condition quelconque de publicité. Mais le tiers détenteur ainsi actionné pourra se soustraire à l'obligation de détruire les ouvrages illégalement élevés, en invoquant l'art. 661 pour obtenir une acquisition

(1) Paris, 14 juin 1888, D. 89, 2, 245; Paris, 23 janv. 1888, S. 88, 2, 69.

(2) M. LABBÉ, note sous Cass. 10 avr. 1889, S. 89, 1, 401.

(3) Cass. 10 avr. 1889, S, 89, 1, 401.

(4) Paris, 23 janv. 1888, S. 88, 2, 69.

(5) *Contrà*, Pau, 3 mai 1888, D. 89, 2, 285.

régulière de la mitoyenneté. Ces principes ont été nettement affirmés par la Cour de Besançon (1).

Ce n'est qu'après une convention ou un règlement judiciaire que le maître originaire du mur, devenu créancier, sera investi d'un privilège sur la valeur de la portion du mur sortie de son patrimoine, et, s'il n'est pas payé, d'une action résolutoire, à la charge de conserver et d'exercer ce privilège conformément à l'art. 2108 complété par les art. 6 et 7 de la loi du 23 mars 1855 (2).

Les réclamations du propriétaire se produiront quelquefois dans des conditions qui ne rendront pas nécessaire l'examen de la difficulté qui vient d'être examinée :

Ainsi, l'adjudicataire d'un immeuble dans lequel se trouve compris comme mitoyen, un mur dont la mitoyenneté n'était, lors de la mise en vente, ni payée, ni même réglée, pourra retenir dans l'ordre ouvert sur son prix, le montant de l'indemnité qu'il a été condamné, comme tiers possesseur, à rembourser au propriétaire dépossédé, lorsque, en prévision de cette éventualité, une clause du cahier des charges porte que l'adjudicataire futur ne sera tenu de la subir qu'en déduction de son prix. En présence d'une telle clause, qui place les créanciers appelés à la procédure d'adjudication sous le régime de la saisie immobilière, la Cour de cassation a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si *la seule action* qui puisse appartenir au maître du mur dépossédé, même sans règlement préalable de l'indemnité, n'est pas une action privilégiée de vendeur, subordonnée à l'égard des tiers à une inscription (3); la Cour aurait pu ajouter : ou n'est pas tout simplement l'action en revendication accordée par le droit commun dans tous les cas de dépossession.

(1) Besançon, 12 mars 1890, D. 91, 2, 95.

(2) Voy. notes de MM. LABBÉ et BRÉSILLION sur l'arrêt précité de la Cour de cass. du 10 avr. 1889, S. 89, 1, 401; D. 89, 1, 321.

(3) Cass. 10 avr. 1889, S. 89, 1, 404; D, 89, 1, 371.

346. C'est cette action en revendication qui peut être dirigée contre le détenteur actuel de l'immeuble tenu seulement *propter rem*, sans préjudice de l'action personnelle en dommages dirigée contre le constructeur, à raison du délit civil ou du quasi-délit par lui commis. Mais comme le constructeur et le détenteur actuel ne sont pas *codébiteurs*, il ne saurait être question de prononcer contre eux une condamnation solidaire (1). Les arrêts qui ont prononcé la solidarité partent de cette idée inexacte, ci-dessus réfutée, que le détenteur actuel *perpétue* l'infraction commise par le constructeur originaire ou en profite (2).

D'après une autre opinion, le tiers acquéreur d'un immeuble comprenant une mitoyenneté non payée pourrait être, en cette qualité, condamné *conjointement* avec le débiteur originaire au remboursement du principal de l'indemnité, sans être tenu des frais de l'expertise qui a été nécessaire pour en fixer le chiffre (3). Mais il y a contradiction dans les termes : un tiers détenteur uniquement tenu *propter rem*, ne peut se trouver compris dans une condamnation de cette nature, le propre d'une obligation *conjointe* étant de se diviser en parts distinctes entre ceux qui en sont tenus.

Le tiers détenteur se trouve dans la même condition que l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué vis-à-vis du propriétaire antérieur qui a constitué l'hypothèque. Dans les deux cas l'acquéreur est tenu d'une action réelle à laquelle il échappe en payant la totalité de la dette personnelle d'un propriétaire antérieur. Quant aux acquéreurs intermédiaires entre le possesseur et le constructeur actuel, ils doivent être mis entièrement hors de cause, on ne voit pas sur quels prin-

(1) Paris, 14 juin 1888, D. 89, 2, 245.

(2) Paris, 14 janv. 1890, D. 90, 1, 75, et la note; Paris, 23 janvier 1888, S. 80, 2, 69; Cass. 10 avr. 1889, S. 89, 1, 401 et la note.

(3) Arrêt précité de Paris, 14 juin 1888.

cipes juridiques pourrait se fonder l'action dirigée contre eux (1), à moins qu'on ne veuille arbitrairement les considérer comme s'étant personnellement engagés en concourant à *perpétuer* l'infraction originairement commise.

347. L'établissement de la mitoyenneté, qu'il ait eu lieu à l'amiable ou de toute autre manière, a pour résultat de placer les deux voisins sur un pied d'égalité complète.

Chacun d'eux peut faire procéder aux travaux autorisés par les art. 657 et 658 sans avoir besoin d'obtenir l'assentiment de l'autre. Mais nous avons déjà remarqué (ci-dessus, n° 331), qu'il ne pouvait en être ainsi des travaux de nature à nuire au mur mitoyen considéré dans son ensemble.

Il était donc rationnel de décider que

ART. 662. L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre (*).

Ce texte venant limiter les droits de chaque propriétaire du mur mitoyen est de stricte interprétation, et ne saurait être étendu aux cas qu'il ne prévoit pas. Il s'applique exclusivement aux enfoncements et à l'appui de tout ouvrage à faire dans ou contre le mur mitoyen, à l'exception de ce qui concerne l'*exhaussement* dont les art. 658 et 659 ont complétement déterminé les conditions.

Il ne concerne pas davantage les simples constructions élevées par le propriétaire sur son propre sol *contre le mur mitoyen* mais qui n'ont pas un point d'appui sur ce mur, et qui ne s'y appliquent pas (ci-dessus, n° 331) ; ces constructions sont régies par l'art. 657.

Ces solutions sont cependant contestées. « Construire *con-*

(*) Art. 662. — L. 11, D. 8, 5, *Si serv. vind.*; L. 28, D. 10, 3, *Comm. divid.*

(1) Voy. note sur l'arrêt précité de Paris, 14 janv. 1888.

tre le mur mitoyen, dit-on, c'est bien *y appliquer un ouvrage*, et l'exhausser, c'est bien *y appuyer un ouvrage*. D'ailleurs il y aurait dans la loi une véritable contradiction si elle devait être entendue en ce sens que le consentement du voisin ou une expertise sera nécessaire pour adosser par exemple des espaliers au mur mitoyen, mais non pour construire contre ce mur ou pour le surhausser (1). »

Mais on peut répondre que construire contre le mur mitoyen ce n'est pas *y appliquer un ouvrage;* l'application d'un ouvrage comporte en effet une adhérence ou incorporation qui ne se retrouve pas dans la simple juxtaposition. Deux murs bâtis l'un contre l'autre seront toujours deux murs distincts et ne feront jamais un seul mur homogène. Enfin le droit d'appuyer des espaliers, reconnu par l'art. 671, n'est pas gouverné par l'art. 662. Reconnaissons donc que cet article ne concerne pas les travaux dont s'occupent les art. 657, 658 et 659 (2).

Il ne s'applique pas non plus aux objets mobiliers tels que des planches ou des bancs quelconques appuyés contre le mur pour le service ou l'utilité du voisin. Il ne concerne pas davantage les travaux simplement préservatifs de l'humidité.

Si les intéressés ne sont pas d'accord, celui qui veut faire exécuter les travaux pourra agir en référé à l'effet de faire régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. En cas de contestation sur les résultats de l'expertise, la justice décidera. L'intervention de la justice sera également nécessaire si, pour l'exécution des travaux projetés, il faut s'introduire chez le voisin qui refuse son consentement.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1493; Conf. DEMOLOMBE, t. XI, n° 416; AUBRY et RAU, t. II, § 22, texte et note 32; DEMANTE, t. II, n° 506 *bis*.

(2) Cass. 18 avr. 1866, D. 66, 1, 336; MOURLON, t. I, n° 1750; DURANTON, t. V, n° 335; LAURENT, t. VII, 551.

Celui qui fait l'entreprise devra en outre avertir son voisin par une mise en demeure, du jour où les travaux commenceront, sous peine de dommages-intérêts, afin que celui-ci puisse prendre les dispositions nécessaires pour protéger sa personne et sa propriété (1). S'il s'abstient de les prendre, il ne peut prétendre à aucune indemnité à raison du préjudice qu'il éprouve par son fait (2).

L'inobservation des prescriptions édictées par l'art. 662 pourrait entraîner la démolition ou suppression des ouvrages indûment pratiqués par le voisin. Néanmoins cette démolition ne serait pas ordonnée, s'il était démontré par l'examen des lieux qu'en réalité l'intégrité du mur et sa solidité n'ont nullement été compromises et que le réclamant n'a aucun intérêt à cette démolition ou suppression.

§ 3. — De la clôture forcée.

348. — Obligation relative à la clôture commune, art. 663.
349. — Comment elle doit être effectuée et en quels lieux.

348. D'après l'art. 661, tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen. Mais que décider s'il n'y a pas de mur entre les deux héritages ? Sans doute, chacun des deux voisins pourra, s'il le veut, construire un mur sur son propre fonds et lui donner les marques de non-mitoyenneté indiquées par l'art. 654 ; les deux voisins pourront également se mettre d'accord pour construire ensemble un mur mitoyen.

Mais la question que le législateur a dû se poser était celle de savoir s'il ne convenait pas d'autoriser un voisin à exiger de l'autre qu'il contribue avec lui à la construction d'un mur mitoyen, quand même cela ne rentrerait pas dans ses vues.

(1) Cass. 7 avr. 1858, S. 58, 1, 440.
(2) Bruxelles, 27 fév. 1885, *Pas.*, 85, 2, 219.

D'abord, en ce qui concerne les propriétés situées dans les villes et faubourgs, il existait de très bonnes raisons pour rendre obligatoire entre voisins une clôture à frais communs. La clôture en effet rend les vols plus difficiles, plus difficiles aussi les violations de domicile, et facilite singulièrement l'action préventive de la police.

Mais pour les propriétés rurales, l'absence de toute agglomération importante de population enlevait à ces considérations une grande partie de leur gravité. La voie était donc indiquée au législateur, il fallait distinguer, pour rendre la clôture obligatoire, entre les villes et faubourgs d'une part, et les campagnes de l'autre. C'est ce qui a été fait :

ART. 663. Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparations de leurs maisons, cours et jardins assis èsdites villes et faubourgs : la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus ; et, à défaut d'usages et de règlements, tout mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente-deux décimètres (dix pieds) de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres (*).

Les motifs qui ont déterminé l'adoption de cette disposition doivent faire admettre la nullité absolue de toute convention, principale ou accessoire, ayant pour but d'y déroger.

Par conséquent, et nonobstant une telle convention, chacun des voisins conserverait le droit d'exiger de l'autre qu'il contribuât avec lui à la construction d'un mur ayant la hauteur voulue.

Mais il résulte du texte qui doit être appliqué d'une manière restrictive, de la coutume de Paris qui en est l'origine, et des travaux préparatoires, que ce droit doit être exercé avant la construction du mur séparatif. Par conséquent, celui qui a bâti un mur de séparation sans le concours de son voi-

(*) Art. 663. — L. 35 à 39, D. 39, 2, *De damno infect.*

sin, n'est pas recevable à contraindre ce dernier à en acquérir la mitoyenneté (1); c'est qu'en effet, il est présumé, sauf convention contraire, l'avoir exonéré de toute obligation à cet égard (2).

La nécessité de se clore ou de contribuer à la clôture étant une charge de la propriété pèse d'abord sur le propriétaire lui-même; mais dans le cas d'usufruit, cette charge doit se diviser entre le nu-propriétaire et l'usufruitier dans la proportion fixée par l'art. 609 (3).

Nous avons déjà vu (ci-dessus, n° 329) qu'il n'est pas possible de se soustraire au moyen d'un abandon de la mitoyenneté, aux obligations résultant de l'art. 663. Nous n'avons pas besoin de revenir sur cette question. Nous ferons seulement remarquer que, dans les villes et faubourgs, chaque voisin est obligé de contribuer aux constructions et réparations de la clôture lorsque l'autre voisin l'exige. C'est une de ces obligations dont parle l'art. 651, portant que la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations, l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention. L'obligation relative à la clôture pourra donc être traitée comme une obligation de faire, et donnera lieu, en cas de résistance de l'un des voisins, à l'application de l'art. 1144.

349. En règle générale, la clôture doit consister en un mur dont la loi fixe la hauteur. Mais on peut admettre d'autres clôtures si tel est l'usage des lieux. Quant aux matériaux à employer, en cas de désaccord des parties ou à défaut d'usages des lieux, les tribunaux apprécieront.

En cas de différence de niveau entre les deux héritages contigus, il résulte de l'obligation créée par l'art. 663 que la

(1) Cass. Belge, 5 nov. 1886, *Pas.*, 85, 1, 269; S. 86, 4, 10; LAURENT, t. VII, n° 503.

(2) Trib. Bruxelles, 31 mars 1886, *Pas.*; 87, 3, 209.

(3) Paris, 27 mai 1876, D. 78, 1, 362.

hauteur légale doit être mesurée à partir du niveau le plus élevé (1).

La question de savoir jusqu'où s'étendent les faubourgs, et si une agglomération de maisons est assez importante pour mériter le nom de ville, est une question de fait abandonnée à l'appréciation du juge. Pour que le propriétaire d'un terrain puisse être contraint à en céder la partie nécessaire à l'assiette d'un mur mitoyen, il faut que l'arrêt qui prétend l'y obliger constate que ce terrain est situé dans un lieu où la clôture est obligatoire (2). Du reste, l'art. 663 doit recevoir son application alors même que le terrain à clôturer se trouve dans une rue ne se composant pas d'une suite non interrompue de maisons, s'il est établi que ce terrain est compris dans l'enceinte d'une ville ou d'un faubourg (3).

§ 4. — Division de la propriété en sections horizontales. — Accessoires immobiliers appartenant en commun à plusieurs voisins.

350. — Cas où la superficie et le tréfonds appartiennent à des propriétaires différents.
351. — Cas où les étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, art. 664; charges communes et particulières
352. — Le propriétaire d'un étage pourrait-il, pour s'affranchir des charges, abandonner la propriété de son étage?
353. — Des cours, ruelles, puits, etc., communs entre plusieurs propriétaires voisins.
354. — Peut-il exister en ce cas une servitude d'indivision?
355. — Persistance des servitudes en cas de reconstruction d'un immeuble, art. 665; — Renvoi à l'art. 704.

350. La mitoyenneté et la clôture obligatoire ont pour résultat de créer, non pas un état de *communauté avec indivision forcée*, mais, ce qui est bien différent, un état

(1) LAURENT, t. VII, n° 501, comp. DEMOLOMBE, t. XI, n° 384.
(2) Cass. 11 août 1886, S. 87, 1, 168.
(3) Douai, 26 juin 1879, D. 80, 2, 95.

particulier, celui que nous venons de décrire, et à l'occasion duquel on peut concevoir que les divers intéressés aient à supporter des charges communes. Or, il y a d'autres hypothèses dans lesquelles des propriétaires différents, sans être en état d'indivision par rapport à l'objet principal de leurs droits respectifs, sont néanmoins soumis à la nécessité de subir des charges communes correspondant à certains accessoires dont chacun est appelé à profiter. Il en est ainsi notamment dans le cas où les étages d'une même maison appartiennent à des propriétaires différents. C'est ce qui explique comment le législateur a été amené à s'occuper d'une telle hypothèsc après avoir traité de la mitoyenneté des murs et de la clôture forcée. Il n'y a en effet aucune espèce de rapports entre les règles de la mitoyenneté et celles qu'il faut appliquer quand les divers étages d'une maison appartiennent à des propriétaires différents; les premières se rattachent, au moins dans une certaine mesure, à des considérations d'utilité générale, les secondes n'ont été rendues nécessaires que par la fantaisie de la volonté privée.

Par pure déférence pour la liberté, la loi admet en effet que la propriété du sol peut se trouver divisée par sections horizontales. Ainsi on peut concevoir que le sol, le *tréfonds* comme on disait autrefois, appartienne à un maître, et que tous les objets adhérents à la surface du sol appartiennent à un autre. Dans ce cas on aura créé le *droit de superficie*, qui est un véritable droit de propriété, ayant, comme la propriété dont il n'est qu'une forme, une durée indéfinie (1).

351. Par voie de conséquence, la loi admet pareillement la division d'une maison, entre divers propriétaires, par sections horizontales, et s'occupe de cette hypothèse pour déterminer quelles sont les charges communes à tous les propriétaires,

(1) Cass. 27 avr. 1891, S. 91, 1, 369, note de M. LABBÉ; DEMOLOMBE, t. IX, n° 483, *quater*.

et quelles sont les charges particulières à chacun d'eux :

ART. 664. Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : — Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. — Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. — Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite.

L'hypothèse envisagée ne constitue, en soi, ni un cas de communauté, pas même *sui generis*, comme l'affirme Demolombe (1), ni un cas de mitoyenneté. Il s'agit ici de plusieurs droits individuellement distincts, ayant pour objet des fractions non matériellement séparables d'un tout homogène. Il n'y a donc pas indivision entre les divers intéressés, il ne saurait donc être question d'une licitation. On prétend cependant qu'il y a des choses communes, telles que les gros murs, le toit, le sol, etc. (2), et que c'est à raison de la communauté portant sur ces choses que le Code a pu admettre les charges communes qui y correspondent. Mais il y a là une équivoque.

D'abord le sol peut n'être pas commun; c'est ce qui arrive lorsqu'il y a eu d'abord démembrement du droit de superficie, et que le superficiaire a divisé ensuite entre plusieurs la propriété des divers étages de la maison construite. Il en sera de même si le titre attribue la propriété du sol au propriétaire du rez-de-chaussée. Donc, la situation prévue par l'art. 664 n'implique pas nécessairement la communauté du sol. Ce qui est vrai c'est que, en l'absence de titre concernant la propriété du sol, et aucun des intéressés ne pouvant justifier d'un droit exclusif, il est permis de supposer que le sol étant nécessaire à tous les étages est une propriété commune (3).

(1) T. XI, n° 437.
(2) DEMOLOMBE, t. XI, n° 425 *bis;* LAURENT, t. VII, n° 488.
(3) Cass. 22 août 1860, D. 60, 1, 443.

Pour les gros murs, il ne peut y avoir de difficulté, à chaque étage, chacun des intéressés est propriétaire exclusif de la partie des gros murs correspondant à son étage. C'est ce que dit le texte lui-même qui statue en vue de l'hypothèse où les différents étages d'une maison *appartiennent* à divers propriétaires. Mais comme les gros murs, dans leur ensemble, profitent à tous les propriétaires, il est tout naturel de décider qu'ils seront à la charge de tous dans la proportion indiquée au texte.

Il faut faire la même observation pour la toiture, elle sert à tous. Mais elle appartient exclusivement à celui qu'elle recouvre immédiatement, il peut donc l'établir à sa fantaisie, la disposer en terrasse, etc. Mais pourrait-il l'exhausser? La question est fortement discutée (1); elle a été obscurcie, comme les autres difficultés analogues que soulève l'application de l'art. 664, par l'influence de cette idée de communauté *sui generis* dont parle Demolombe (2), que les auteurs acceptent en général et qui nous semble inadmissible. En partant au contraire de l'idée plus simple et plus compréhensible d'une propriété exclusive, on admettra sans difficulté que le propriétaire de l'étage supérieur peut l'exhausser, à la condition de ne causer aucun dommage et de ne porter aucune atteinte aux droits des autres propriétaires (3).

On peut du reste généraliser la solution, et décider que chaque propriétaire a le droit de faire dans son étage tous travaux à sa convenance, pourvu que ces travaux, quand même ils constitueraient des innovations, ne nuisent pas aux droits des autres.

Les réparations à faire aux gros murs et au toit ne sont pas les seules qu'on puisse considérer comme charges com-

(1) Voy. la controverse dans LAURENT, t. I, n° 492.
(2) T. XI, n° 437.
(3) Aix, 20 déc. 1886, S. 87, 2, 18.

munes; il faudrait en dire autant des puits, des allées, des communs, des fosses d'aisance, des portes, etc., qui sont à l'usage de tous. L'impôt foncier doit aussi être considéré comme une charge commune, mais non celui des portes et fenêtres, sauf pour la porte d'entrée qui sert à tous les habitants.

352. On admet généralement que l'un des propriétaires pourrait s'affranchir des charges communes et particulières, au moins pour l'avenir, en abandonnant la propriété de son étage (1). Sans doute, il n'y aura pas de difficulté s'il cède son droit à un autre. Mais pourrait-il y avoir de sa part une abdication pure et simple? On comprend qu'une semblable renonciation unilatérale puisse avoir lieu en matière d'usufruit, parce que le droit de jouir de la chose fait alors naturellement retour à la nu-propriété, et que, par le fait, le propriétaire en profite. Mais en matière de propriété proprement dite, il nous est impossible de concevoir une pareille abdication? Qui deviendrait en effet propriétaire de l'héritage abandonné? Faudra-t-il voir dans l'étage abandonné un bien vacant et sans maître qu'il faudrait attribuer à l'État d'après l'art. 539? Alors ce serait l'État qui serait tenu..... Il est impossible de comprendre de pareilles doctrines. Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit ici des obligations dont parle l'art. 651 qui se forment sans convention. Nous ne voyons nulle part, excepté en matière de mitoyenneté, dans le cas de l'art. 656, un pareil mode d'extinction des obligations. On peut comprendre un abandon de mitoyenneté, parce que cet abandon profite forcément à quelqu'un, comme dans le cas d'usufruit, mais il est tout aussi impossible de concevoir l'abandon unilatéral de la propriété d'un étage d'une maison, que l'abandon de la propriété de la maison entière.

Si la maison est détruite, n'importe pour quelle cause, les

(1) DEMOLOMBE, t. XI, n° 435; DEMANTE, t. II, n° 518.

propriétaires des différents étages ne peuvent être réciproquement tenus de l'obligation de la reconstruire. Le refus d'un seul pourra donc rendre la reconstruction sinon impossible, du moins fort difficile. Il y a cependant des précisions à faire. Le refus du propriétaire du dernier étage n'empêchera pas les autres de construire. Mais le propriétaire de l'étage immédiatement inférieur devra laisser libre l'emplacement nécessaire pour l'escalier qui devra conduire à l'étage au-dessus pour le cas où celui qui a le droit de l'édifier viendrait à changer de sentiment. Ce dernier devrait alors supporter, non seulement les frais de la toiture déjà faite, mais encore les dommages de toute sorte qui seraient une suite de sa morosité.

Le refus du propriétaire d'un étage intermédiaire n'empêchera pas les propriétaires inférieurs de construire, mais rendra bien difficile la condition du propriétaire supérieur. Cependant il ne faut pas perdre de vue que celui-ci a le droit d'établir dans l'étage inférieur l'escalier dont il doit se servir, d'un autre côté, il peut continuer la construction des gros murs; par conséquent et à la rigueur il peut édifier son étage, et le cas s'est présenté. S'il préfère s'abstenir, il y aura donc, au-dessus des étages construits, deux étages restant à construire, et dont les emplacements devront être respectés par le propriétaire immédiatement inférieur qui ne pourra pas surélever sa construction.

Il a été décidé que le propriétaire d'un étage supérieur qui, d'après les titres, n'a qu'un simple droit d'appui sur la région inférieure et non un droit de copropriété, doit être écarté de la licitation du sol et des matériaux de l'édifice démoli (1). Cela se comprend pour le sol, mais pour les matériaux, il fallait reconnaître au réclamant le droit de concourir à la licitation dans la mesure de l'importance de son étage.

(1) Poitiers, 26 juill. 1886, S. 87, 2, 187.

Si le sol, au lieu d'appartenir exclusivement à un seul, est réellement la propriété de tous, il pourra être licité sur la demande de celui qui ne voudra pas reconstruire. Il faut en dire autant des matériaux.

353. Il y a encore d'autres situations bizarres dérivant des calculs plus ou moins intelligents de la volonté privée.

Ainsi il est d'usage, dans certains lieux, que les maisons, au lieu d'être séparées par des murs mitoyens, se trouvent complétement isolées, ayant entre elles un étroit espace de terrain appelé *ruelle* ou *venelle* destiné à l'écoulement des eaux ménagères, à l'établissement des lieux d'aisances, etc.

Quelquefois, dans un partage, une cour, un puits ou même l'unique porte d'entrée, ont été laissées indivis pour servir en commun aux copartageants.

La première question à résoudre est celle de savoir quelle est la nature du droit de chacun des intéressés sur ces choses, soumises extérieurement à un usage commun.

A défaut de titre, la jurisprudence admet que ces choses ayant été établies dans un intérêt commun doivent appartenir en commun à tous les intéressés (1). Mais une telle solution peut être contraire à la réalité. Il se peut que la chose appartienne exclusivement à un seul, et que les autres en usent en vertu d'un droit de servitude ; en outre il n'y a pas de loi qui présume que les choses nécessaires à plusieurs leur appartiennent en commun. Il faut donc s'en tenir uniquement aux principes généraux qui régissent les preuves (2). C'est par application de ces principes qu'on arrivera à savoir si, pour les choses dont nous parlons et dont l'usage extérieur paraît commun, il faut suivre les règles de la communauté ou copropriété indivise, ou s'il faut suivre, au contraire, les règles plus étroites des servitudes.

(1) Pau, 29 mars 1867, D. 67, 2, 144; Cass. 20 fév. 1866, D. 66, 1, 383.

(2) LAURENT, t. VII, n° 481.

Il s'agit par exemple d'une cour ou allée commune servant à l'usage de deux maisons. Si cette cour est réellement commune, chacun des copropriétaires pourra exercer par rapport à cette cour tous les droits dérivant de la propriété, le droit de l'un limitant le droit de l'autre. Ainsi le copropriétaire pourra exhausser sa maison donnant sur la cour, y pratiquer des ouvertures, fenêtres ou portes, des gouttières, etc. (1). Il pourra, s'il s'agit d'une allée commune, placer de chaque côté de la porte d'entrée des plaques-enseignes indiquant sa profession (ci-dessus, n° 127) (2), toutes choses que ne pourrait faire celui qui aurait simplement un droit de passage.

Si le propriétaire de l'une des deux maisons, soutenant que la cour est commune, veut ouvrir une fenêtre donnant sur cette cour, et que l'autre propriétaire s'y oppose soutenant que la cour n'est pas commune mais seulement grevée d'une servitude de passage au profit du demandeur, nous pensons que, dans cette hypothèse, il n'est pas possible de trancher la question à l'aide d'une prétendue présomption de propriété commune qui n'existe nulle part. Le demandeur devra établir la légitimité de sa prétention conformément aux règles ordinaires.

354. Supposons qu'il soit prouvé que la chose envisagée appartient réellement en commun à tous les intéressés. Ces derniers seront donc reconnus être en état d'indivision. Pourront-ils en sortir?

Demolombe soutient la négative : « Cette exception à la règle écrite dans l'art. 815 est, dit-il, fondée sur la plus évidente de toutes les lois ; sur la nécessité, et sur l'impossibilité où se trouverait chacun des propriétaires d'user de la chose qui lui appartient exclusivement, s'il était privé de sa

(1) DEMOLOMBE, t. XI, n°s 445, 446, 447.
(2) Caen, 19 avr. 1886, S. 87, 2, 221.

copropriété dans la chose commune qui en est l'appendice indispensable (1). »

Mais d'où vient cette prétendue nécessité? De la volonté arbitraire, irréfléchie des parties elles-mêmes qui, en établissant une communauté que rien ne les obligeait à subir, ont prétendu la rendre indivise, en contravention manifeste à la prohibition de l'art. 815 (2).

Supposons qu'entre deux propriétaires de deux terrains contigus il intervienne une convention aux termes de laquelle ils doivent, s'ils veulent élever une construction, bâtir en retraite à une certaine distance de la ligne divisoire, de manière à laisser entre les deux édifices une allée, venelle ou ruelle, avec la clause que cet espace intermédiaire restera commun et indivis entre eux à perpétuité. Cette convention restera-t-elle valable? Si l'un d'eux veut bâtir sur la ligne divisoire, alléguant que la convention est nulle comme contraire au principe de l'art. 815, l'autre pourra-t-il arguer de la nécessité pour faire admettre une exception à la règle que nul n'est tenu de rester dans l'indivision et que toute convention contraire est nulle? Evidemment non. Comment donc admettre que le fait irrégulier perpétré en vertu d'une convention nulle puisse être protégé par le juge, alors que la convention originaire n'aurait pas pu l'être! Il faut donc reconnaître que cette indivision ne peut pas durer éternellement, et qu'il dépend de l'une des parties de la faire cesser, car il n'y a pas de texte qui l'autorise.

De là il suit que si les immeubles à l'égard desquels existaient les situations anormales que nous venons de prévoir viennent à être détruits, et qu'il y ait lieu de les reconstruire, les parties ne seront pas tenues, l'une envers l'autre, de maintenir un état de fait que la loi ne sanctionnait pas.

(1) T. XI, nos 425, 444.
(2) LAURENT, t. XI, n° 482.

355. Il en est autrement quand il s'agit d'un état légal, régulier, sanctionné par la loi ;

ART. 665. 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 (*).

Nous retrouverons une disposition analogue dans l'art. 704.

§ 5. — De la mitoyenneté rurale; haies, fossés et autres clôtures.

356. — Loi du 20 août 1881 modifiant divers articles du Code.
357. — Principe général ; présomption de mitoyenneté pour toutes clôtures, art. 666.
358. — Quand cesse cette présomption.
359. — Particularités concernant les fossés ; fossés bordant les grandes routes, les chemins vicinaux et les bois domaniaux.
360. — Charges de la mitoyenneté rurale, art. 667.
361. — Il n'y a pas en cette matière cession forcée de la mitoyenneté; droits de chaque propriétaire, art. 668.
362. — Jouissance et entretien de la haie et du fossé mitoyens, article 669.
363. — Dispositions concernant les arbres mitoyens, art. 670.
364. — Distances à observer pour les plantations, art. 671.
365. — Sanction, art. 672.
366. — Influence du titre, de la destination du père de famille et de la prescription.
367. — Droit pour le voisin de faire couper les branches et de couper les racines avançant sur sa propriété, art. 673.
368. — Y a-t-il une distance à observer pour les fossés?
369. — *Quid* pour les riverains d'un chemin vicinal ou des rues d'un village ?

356. Après avoir réglementé ce qu'on pourrait appeler la *mitoyenneté urbaine*, le législateur est amené à traiter de la *mitoyenneté rurale*.

Les dispositions du Code sur ce point ont été modifiées par la loi du 20 août 1881 portant l'intitulé suivant :

(*) Art. 665. — L. 4 § 29, C. 41, 3, *De usurp. et usuc.*

Loi ayant pour objet le titre complémentaire du livre Ier du Code rural portant modification des articles du Code civil relatifs à la mitoyenneté des clôtures, aux plantations et aux droits de passage en cas d'enclave.

La loi nouvelle est donc étrangère à la mitoyenneté des murs de clôture qui continue à être régie par les art. 653 et suivants; elle ne fait du reste dans la plupart des cas, que consacrer des solutions déjà admises par la jurisprudence.

357. Le Code civil avait reconnu le principe de la mitoyenneté pour les clôtures rurales. Mais il ne l'avait expressément formulé que pour les murs (art. 653), les fossés (art. 666), et les haies (art. 670). De sorte qu'il pouvait y avoir doute pour les clôtures présentant un caractère différent, palissades, treillages, etc. Le texte nouveau fait disparaître, à cet égard, toute difficulté :

ART. 666. Toute clôture qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il y a titre, prescription ou marque contraire. — Pour les fossés, il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé. — Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve (*).

Les haies vives ou sèches et les fossés sont les principales clôtures rurales.

Les haies sèches ou mortes sont généralement composées de branches d'arbres et d'épines desséchées, liées ensemble et qu'on renouvelle ordinairement tous les ans. Elles peuvent être plantées sur la ligne même qui sépare deux héritages, sans observer aucune distance si les usages locaux ne l'exigent pas. Comme une telle clôture ne pousse ni branches ni racines, il n'y a pas à craindre qu'elle s'étende sur le fonds du voisin. Nous en dirons autant des treillages et palissades.

Il en est autrement des haies vives qui ne peuvent être plantées qu'à la distance de 50 centimètres du fonds

(*) Art. 666 (texte ancien). — Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens s'il n'y a titre ou marque du contraire.

voisin. Si, en fait, une haie vive est plantée entre deux héritages sur la limite elle-même, il faut supposer que les deux voisins se sont entendus pour l'établir à frais communs, et alors il était légitime de la présumer mitoyenne.

Le fossé est en lui-même une médiocre clôture. Il fait perdre beaucoup de terrain et n'est pas toujours un obstacle certain à l'introduction des bestiaux. Mais son usage est mixte; il sert en même temps à la clôture et à l'assainissement du fonds. Il est présumé mitoyen quand il est établi entre deux héritages. Donc, si des bornes étaient placées sur l'un des côtés du fossé, ce fait démontrerait qu'il n'est pas entre deux héritages, et il ne serait pas mitoyen.

358. La présomption de mitoyenneté cesse pour toute espèce de clôture :

1° Lorsqu'un seul des héritages était en état de clôture à l'époque où la clôture a été établie. Mais il n'en résulte pas pour cela une présomption de propriété exclusive en faveur du maître de l'héritage clos, présomption contre laquelle le voisin ne pourrait lutter qu'au moyen d'un titre ou de la prescription. Telle était la jurisprudence antérieure à la loi nouvelle (1), qui n'a entendu apporter sur ce point aucune modification, ainsi que cela résulte d'une déclaration faite à la Chambre des députés par le rapporteur de la loi (2).

2° Lorsqu'il existe un titre duquel il résulte que l'un des voisins est propriétaire exclusif de la clôture. Il n'est pas nécessaire que ce titre soit commun aux deux propriétaires voisins (3) (ci-dessus n° 325).

3° Lorsqu'il y a eu prescription au profit de l'un des voisins ayant possédé à titre exclusif, durant le temps voulu

(1) Cass. 12 mars 1872, S. 72, 1, 63.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1506.
(3) Cass. 11 août 1884, S. 84, 1, 196; Bordeaux, 13 juill. 1886, S. 88, 2, 159.

pour la prescription, la clôture séparant son héritage de l'héritage voisin.

Au lieu d'employer le mot *prescription*, l'ancien art. 670 avait dit : *s'il n'y a possession suffisante au contraire*, ce qui avait permis à quelques auteurs de soutenir que la possession annale suffisait pour détruire la présomption de mitoyenneté. Aujourd'hui le texte nouveau supprime la controverse en consacrant la solution adoptée par la jurisprudence et la majorité des auteurs (1).

4° Lorsqu'il y a marque de non-mitoyenneté. Cette règle s'applique à toutes les clôtures sans exception. Le nouveau texte de l'art. 666 dit en effet : « Toute clôture est réputée mitoyenne s'il n'y a marque du contraire. *Pour les fossés*, il y a marque de non-mitoyenneté, etc. » Donc le législateur admet qu'il peut y avoir des marques de non-mitoyenneté pour toutes les clôtures.

L'observation démontre en effet qu'il peut y avoir des marques de non-mitoyenneté pour les palissades, les treillages et même les haies vives, aussi bien que pour les murs et les fossés. Ainsi par exemple, si, de deux héritages contigus, l'un est clos par une haie vive, l'autre par une haie sèche, et qu'une haie vive sépare les deux propriétés, il est évident que la haie vive devra être considérée comme appartenant à l'héritage clos en entier par une haie vive, plutôt qu'à l'héritage clos par une haie sèche.

Pour les haies sèches, pour les palissades, la place des poteaux de soutènement, que le propriétaire plante toujours de son côté; la direction des attaches en osier ou en fil de fer qui sont toujours tordues à l'intérieur des propriétés closes, peuvent constituer des marques sérieuses de non-mitoyenneté. Toutes ces observations, qui furent faites lors

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. XI, n^os^ 349, 350, 575 ; AUBRY et RAU, § 222, texte et note 81 ; DEMANTE, t. II, n° 524 *bis* ; LAURENT, t. VII, n° 581.

de l'élaboration du texte du projet de Code rural (1), ont été reproduites dans la discussion de la loi de 1881 et ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur. Il est donc certain que, pour les clôtures rurales, il peut y avoir des marques de non-mitoyenneté qui seront prises en considération si elles existaient à l'époque de l'établissement de la clôture. Mais, sauf pour les fossés dont nous allons parler, ces marques n'entraînent aucune présomption légale de non-mitoyenneté; il en résulte des présomptions simples laissées à l'appréciation du juge.

459. Pour les fossés, il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre, la douve, comme on dit en certains lieux, se trouve d'un côté seulement du fossé; quelques exhaussements de terrain ne suffiraient pas pour qu'il y ait présomption de non-mitoyenneté. C'est du reste la seule marque de non-mitoyenneté admise par la loi. Mais s'il y a conflit entre cette marque et le titre produit, le titre doit prévaloir, et, malgré la marque de non-mitoyenneté, le fossé sera mitoyen s'il est déclaré tel par le titre (2), qui d'ailleurs, ainsi que cela a déjà été dit, n'a pas besoin d'être commun aux deux parties.

La présomption de mitoyenneté ne s'applique pas aux fossés bordant les grandes routes. Ces fossés, qui appartiennent à l'Etat, ont surtout pour objet de faciliter l'écoulement des eaux et de prévenir les empiètements sur la voie publique. Le curage de ces fossés est à la charge de l'Etat; mais les riverains sont tenus, en vertu d'une servitude d'intérêt public, de recevoir les terres provenant de ce curage. Ils ne peuvent détériorer ces fossés, ni y établir aucun passage, sans l'autorisation de l'administration, sous peine de contravention de grande voirie.

(1) *J. officiel*, n° du 11 mars 1870.
(2) Bordeaux, 13 juill. 1886, S. 88, 2, 159.

A l'égard des fossés bordant les chemins vicinaux, la question de mitoyenneté doit se résoudre d'après leur destination (1) ; il faut reconnaître qu'ils font, pour la plupart, partie de la voie publique. Leur largeur et leur profondeur sont réglées d'après les circonstances du lieu. Toutefois leurs dimensions doivent être, au minimum, de 75 centimètres d'ouverture en gueule, et de 25 centimètres au fond.

Il faut encore noter une exception concernant les fossés qui séparent les bois domaniaux des bois des particuliers. Ces fossés devant être faits et entrepris par les riverains en vertu de l'ordonnance encore en vigueur du mois d'août 1669 (titre 27, art. 4), et creusés par conséquent sur leur propriété, sont réputés leur appartenir bien que la terre en ait été rejetée du côté domanial (2).

Mentionnons enfin l'art. 456, C. P., qui punit le fait d'avoir comblé des fossés.

360. Les charges de la mitoyenneté rurale sont les mêmes que celles de la mitoyenneté urbaine, et sont soumises aux mêmes conditions :

ART. 667. La clôture mitoyenne doit être entretenue à frais communs ; mais le voisin peut se soustraire à cette obligation en renonçant à la mitoyenneté. — Cette faculté cesse, si le fossé sert habituellement à l'écoulement des eaux (*).

L'entretien du fossé comme celui de la haie se confondant en quelque sorte avec leur jouissance, nous en parlerons sous l'art. 669.

361. Il n'y avait aucun motif en matière de mitoyenneté rurale d'admettre les règles sur la cession forcée de mitoyenneté. Il aurait suffi de n'en pas parler, et c'est surabondamment que la loi a cru devoir s'expliquer sur ce point :

(*) Art. 667 (ancien). — Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.

(1) DALLOZ, *Répert.*, v° *Servitudes*, n° 583.

(2) Cass. 12 août 1851, D. 51, 1, 242.

ART. 668. Le voisin dont l'héritage joint un fossé ou une haie non mitoyens ne peut contraindre le propriétaire de ce fossé ou de cette haie à lui céder la mitoyenneté. — Le copropriétaire d'une haie mitoyenne peut la détruire jusqu'à la limite de sa propriété, à la charge de construire un mur sur cette limite. — La même règle est applicable au copropriétaire d'un fossé mitoyen qui ne sert qu'à la clôture (*).

Les deux derniers alinéas du texte consacrent une innovation utile. Le voisin dont l'héritage est borné par une haie ou par un fossé mitoyens, ne saurait être privé, pour ce motif, du droit de construire un bâtiment sur la limite de son terrain. Il peut donc détruire la haie mitoyenne ou le fossé mitoyen jusqu'à la limite de sa propriété. Mais ce fait entraîne pour lui l'obligation de construire un mur sur la limite, obligation à laquelle il ne saurait se soustraire en offrant, par exemple, de payer les frais d'un bornage (1). Le propriétaire ne pourrait pas agir ainsi si la mitoyenneté constituait une *communauté avec indivision forcée*. L'autre voisin, d'ailleurs, n'a pas à se plaindre, puisque une clôture excellente sera ainsi substituée; sans aucuns frais pour lui, à une clôture médiocre qui l'obligeait à des frais d'entretien. Sans doute, si la haie est peu épaisse, on ne bâtira pas jusqu'à moitié de cette haie sans endommager gravement et peut-être même sans détruire la portion restante. Mais cet inconvénient est compensé pour le voisin par la supériorité d'un mur sur la haie. Il est bien entendu que le mur ainsi construit aux frais d'un propriétaire et sur son terrain ne sera pas mitoyen quoique substitué à une portion de haie mitoyenne.

362. Voyons maintenant comment doit avoir lieu la jouissance de la haie mitoyenne :

ART. 669. Tant que dure la mitoyenneté de la haie, les produits en appartiennent aux propriétaires par moitié (**).

(*) Art. 668 (ancien). — Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.

(**) Art. 669 (ancien). — Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs.

(1) Trib. Moulins, 25 fév. 1888, S. 88, 2, 221.

Il en est de même des résidus utiles pouvant provenir de l'entretien des fossés.

Le principal entretien des fossés consiste en effet dans le curage. Le curage se fait généralement en prenant le milieu du fossé, et en enlevant la vase, chacun en face de son fonds. Quelquefois il est procédé au curage, alternativement par chaque propriétaire qui le fait en totalité. D'autres fois il y est procédé simultanément par chaque riverain, *chacun son bout*, c'est-à-dire que le fossé, au lieu d'être considéré comme divisé dans le sens de son épaisseur, est partagé en deux tronçons d'égale longueur que les deux voisins entretiennent des deux côtés comme ils l'entendent, et chacun pour sa part.

Pour les haies, l'entretien et la jouissance se confondent dans l'élagage qui donne lieu à certaines difficultés pratiques.

Ainsi il peut arriver que l'un des voisins veuille élaguer la haie chaque année, et l'autre tous les 3 ou 4 ans.

Dans certains pays l'élagage est fait, pour les deux côtés de la haie, alternativement par chaque voisin.

Dans d'autres endroits chaque propriétaire jouit de la moitié de la haie, divisée dans le sens de son épaisseur, qui se trouve de son côté.

Ailleurs les deux voisins exploitent la haie *chacun son bout*, ainsi que nous l'avons expliqué pour les fossés.

En cas de désaccord, il appartiendra aux tribunaux d'établir entre les intéressés un *modus vivendi*.

363. Le Code entre ensuite dans des détails qu'il était à peu près inutile de mentionner :

ART. 670. Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie. Les arbres plantés sur la ligne séparative de deux héritages sont aussi réputés mitoyens. Lorsqu'ils meurent ou lorsqu'ils sont coupés ou arrachés, ces arbres sont partagés par moitié. Les fruits sont recueillis à frais communs et partagés aussi par moitié, soit qu'ils tombent naturellement, soit que la chute en ait été provoquée, soit qu'ils

aient été cueillis. — Chaque propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient arrachés (*).

Il faut observer, à propos du dernier alinéa, que l'expression *abattus* de l'ancien art. 673 a été remplacée par l'expression plus radicale *arrachés*. L'arbre arraché, en effet, à la différence de l'arbre simplement *abattu*, ne peut revivre par ses rejets. Il en résulte une sorte de partage de la chose mitoyenne, qui par conséquent n'est pas une chose commune soumise à une indivision forcée.

364. Il peut arriver que les propriétaires de deux héritages contigus, au lieu de s'entendre à l'amiable pour l'établissement d'une clôture mitoyenne, préfèrent conserver la faculté de planter, chacun de son côté, des arbres ou arbrisseaux. A quelle distance de la ligne divisoire pourront-ils user de cette faculté?

ART. 671. Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus, et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations. — Les arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en espaliers, de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance, mais ils ne pourront dépasser la crête du mur. — Si le mur n'est pas mitoyen, le propriétaire seul a le droit d'y appuyer ses espaliers (**).

Il est certain, en effet, qu'une plantation trop rapprochée de la ligne de séparation peut produire, au moins dans l'ave-

(*) Art. 670 (texte ancien). — Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire.

(**) Art. 671 (texte ancien). — Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par les usages constants et reconnus; et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les arbres à haute tige, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives. — L. 13, *in fin.*, D. 10, 1, *Fin. regund.*

nir, un empiètement sur le fonds voisin, par l'extension insensiblement croissante des branches et surtout des racines.

Le Code civil maintenait à cet égard l'autorité des anciens règlements et usages; à défaut d'usages ou de règlements, il fixait invariablement la distance à observer pour les plantations à deux mètres pour les arbres à haute tige, et à 50 centimètres pour les arbres à basse tige et les haies vives (ancien art. 671). Mais pour l'application de cette règle fallait-il considérer uniquement l'essence de l'arbre, ou pouvait-on tenir compte de son aménagement? Des dissidences assez graves s'étaient produites sur ce point dans la jurisprudence.

Désormais, d'après le nouvel art. 671, il n'y aura jamais lieu de considérer l'essence de l'arbre pour résoudre la question de savoir à quelle distance il doit être planté, mais uniquement son aménagement. Un arbre d'une essence quelconque pourra être planté à une distance de 50 centimètres de l'héritage voisin, à la condition d'être maintenu à une hauteur ne dépassant pas deux mètres, cette limitation dans son domaine aérien ayant pour conséquence une limitation correspondante dans son domaine souterrain. Si le propriétaire entend lui laisser prendre un plus grand développement en hauteur, il faut qu'il le plante à une distance d'au moins deux mètres (1).

La distance légale doit être calculée depuis le centre de l'arbre jusqu'à la ligne séparative. Si les deux héritages sont séparés par une clôture mitoyenne, la ligne séparative est censée être au milieu de l'espace occupé par la clôture.

On remarquera la disposition permissive concernant les espaliers, qui fait cesser une ancienne controverse.

365. Qu'adviendra-t-il si les dispositions de la loi relativement aux plantations n'ont pas été observées?

(1) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, nos 1521 et 1522.

ART. 672. Le voisin peut exiger que les arbres, arbrisseaux et arbustes, plantés à une distance moindre que la distance légale, soient arrachés ou réduits à la hauteur déterminée dans l'article précédent, à moins qu'il n'y ait titre, destination du père de famille ou prescription trentenaire. — Si les arbres meurent, ou s'ils sont coupés ou arrachés, le voisin ne peut les remplacer qu'en observant les distances légales (*).

Notre nouvel art. 672, pour des motifs que nous avons déjà eu l'occasion d'exposer (t. Ier, nos 70 et 71), s'applique même aux plantations faites avant sa promulgation (1). Il doit s'appliquer aussi aux simples rejets qui poussent spontanément sur les vieilles souches, alors même que les souches pourraient être maintenues à une distance inférieure au *minimum* légal.

De l'économie de ce texte, il résulte que, pour les arbres ou arbustes plantés à une distance inférieure au minimum légal de 50 centimètres, le voisin pourra exiger qu'ils soient arrachés. Au contraire pour les arbres plantés à une distance au moins égale à 50 centimètres, mais inférieure à deux mètres, le voisin peut seulement exiger qu'ils soient maintenus à une hauteur ne dépassant pas deux mètres.

366. Le titre, et même la destination du père de famille, ce qui autrefois était contesté, peuvent donner le droit d'avoir des arbres plantés à une distance inférieure au *minimum* légal de 50 centimètres, ou des arbres d'une hauteur de plus de deux mètres à une distance inférieure au *maximum* de deux mètres. La prescription pourra produire un résultat semblable. Il pourra donc arriver que le propriétaire d'une haie de clôture acquière par la prescription trentenaire le droit de maintenir à une distance moindre de 50 centimètres, les souches formant cette haie, mais il sera obligé d'ar-

(*) Art. 672 (texte ancien). — Le voisin peut exiger que les arbres et haies plantés à une moindre distance soient arrachés. — Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches. — Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les y couper lui-même. — L. 1 § 4, 6, D. 43, 27, *De arb. cœdend.*

(1) Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, no 1525.

racher les rejetons ou marmentaux accrus sur ces souches qui n'auront pas encore atteint l'âge de trente ans (1). Si les arbres, qui se trouvent à une distance inférieure à la distance légale ont été ainsi plantés d'après un usage constant et reconnu, comme dit l'art. 671, le voisin est non recevable à en demander l'enlèvement sans qu'il y ait lieu de distinguer si ces arbres ont plus ou moins de trente ans (2). Mais si les arbres meurent, ou s'ils sont coupés ou arrachés, une ère nouvelle commence en quelque sorte, et le voisin ne peut les remplacer qu'en observant les distances légales. Le titre pourrait néanmoins assurer au propriétaire le droit de les remplacer indéfiniment par d'autres arbres plantés et aménagés dans les mêmes conditions.

367. Enfin, si les arbres ont été plantés à la distance de deux mètres, et que néanmoins leurs branches ou racines empiètent sur l'héritage contigu,

ART. 673. Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre celui-ci à les couper. Les fruits tombés naturellement de ces branches lui appartiennent. — Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les y couper lui-même. — Le droit de couper les racines ou de faire couper les branches est imprescriptible (*).

Le dernier alinéa a pour but de faire disparaître certains doutes qui avaient été soulevés sur ce point.

Telles sont les dispositions de la loi nouvelle concernant les distances à observer pour les plantations.

368. Que faut-il statuer à l'égard des fossés? Celui qui veut creuser un fossé chez lui, est-il obligé de laisser un certain espace entre le bord extérieur de son fossé et la ligne divisoire pour éviter les éboulements?

(*) Art. 673 (texte ancien). — Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne, sont mitoyens comme la haie; et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus. — L. 13, D. 10, 1, *Fin. regund.;* L. 2, D. 43, 27, *De arb. cædend.*

(1) Cass. 27 mars 1888, D. 88, 1, 416.

(2) Cass. 1er juill. 1888, S. 89, 1, 450.

Dans le silence du Code, on se demande si les anciens règlements et usages locaux sur ce point sont encore en vigueur? La raison principale de douter viendrait de l'argument *a contrario* que l'on pourrait tirer de l'art. 671 (ancien et nouveau), qui parle seulement des haies. Aussi une opinion admet seulement l'action en dommages-intérêts, s'il y a lieu, de la part de celui à qui le fossé porte préjudice. Mais la jurisprudence est fixée en sens contraire, et admet la persistance des usages locaux obligeant à laisser libre un certain espace de terrain appelé *repare*, entre le fossé et la propriété voisine, quand même les fonds contigus seraient délimités de manière à rendre toute usurpation impossible (1). Pour faire disparaître toute difficulté, le projet de Code rural comprenait une disposition qui devait trouver place dans le nouvel art. 648 et qui était ainsi conçue : « Si la clôture entre deux héritages faite par un propriétaire consiste en un fossé, ce fossé doit être creusé à la distance de 25 centimètres au moins de l'héritage voisin. » Mais ce paragraphe n'a trouvé place ni dans le nouvel art. 671, ni dans la loi du 9 juillet 1889 sur la vaine pâture qui s'est bornée à prescrire les dimensions du fossé.

369. Le riverain d'un chemin vicinal ne peut avoir de fossés sur son terrain qu'à 25 centimètres au moins du chemin, limite qu'il doit faire fixer par un arrêté d'alignement. Il doit en outre donner à son fossé un talus d'une inclinaison suffisante pour prévenir les éboulements, d'un mètre de base pour un mètre de hauteur. Il est interdit de détériorer les berges des fossés, d'en cultiver les fonds ou les talus, ou d'y laisser pâturer des bestiaux. Pour communiquer avec leurs héritages, les riverains peuvent être autorisés à établir des ponceaux permanents ou temporaires. Mais nul ne peut traverser lesdits fossés en voiture; il est surtout interdit de les

(1) Bordeaux, 16 juill. 1879, D. 81, 2, 72.

combler à cet effet. Nulle construction n'est autorisée qu'à la charge d'établir à la place du fossé, soit des caniveaux pavés, soit un aqueduc ayant un débouché suffisant pour l'écoulement des eaux (1).

Dans les rues d'un village, le riverain peut faire creuser un fossé sur son terrain et en retraite de 25 centimètres, pourvu qu'il fasse déterminer la largeur de la voie publique par l'autorité compétente. Celle-ci peut aussi prescrire des mesures pour empêcher que ce fossé soit une cause de danger ou d'accidents.

SECTION II.

De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

370. — Distance à observer pour certains ouvrages, art. 674.
371. — Des règlements administratifs ou municipaux en cette matière ; jurisprudence.
372. — Effet différent des prescriptions légales, suivant qu'elles sont motivées par l'intérêt public ou l'intérêt privé.
373. — Règles particulières concernant les fosses, forges, étables.
374. — Compétence en cette matière.
375. — Distances à observer pour certains établissements nuisibles.
376. — *Quid* pour certaines professions incommodes?
377. — Règles de compétence.

370. Il est certains travaux, entrepris sur son propre terrain par un propriétaire, qui peuvent cependant nuire au mur d'autrui ou au mur mitoyen. Certaines précautions doivent être imposées dans ces cas prévus par la loi de la manière suivante :

ART. 674. Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non; — Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau, — Y adosser une étable, — Ou établir contre ce mur un magasin de

(1) Voy. *Instruction générale sur le service des chemins vicinaux*, (*Bull. Min. int.*, 1871, p. 189).

sel ou amas de matières corrosives, — Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin (*).

Cet article n'est pas limitatif; il appartiendra aux tribunaux d'apprécier si les ouvrages pratiqués près d'un mur ou contre un mur sont de nature à léser les droits du voisin, auquel cas les règlements ou usages, s'il en existe, recevront leur application (1). Ainsi par exemple, la prohibition relative aux amas de matières corrosives s'applique à tous les dépôts permanents et susceptibles de nuire au voisin, sans qu'il y ait à distinguer si le dépôt dont la suppression est demandée constitue une véritable fosse à fumier, ou un simple amas de fumier au niveau du sol (2). Le droit du propriétaire se trouve donc ainsi limité, même quant aux travaux qu'il voudrait faire chez lui.

Le texte impose en outre au propriétaire certaines obligations particulières, obligations de voisinage, ayant pour but de prévenir un dommage à autrui.

Enfin l'art. 674 a pour résultat, en cas de contravention, de permettre au voisin d'agir en destruction des travaux, sans être obligé d'établir la preuve d'un préjudice souffert.

371. Les règlements dont parle le texte émanent de l'autorité administrative ou municipale. En l'absence de règlements il faudra appliquer les usages. En l'absence de règlements et d'usages, une expertise indiquera les précautions à prendre pour sauvegarder les droits du voisin.

Les règlements dont il s'agit prescrivent souvent des mesures, non seulement dans l'intérêt privé du voisin, mais encore dans un intérêt public de sécurité ou de salubrité. Il

(*) Art. 674. — L. 27 § 10, D. 9, 2, *Ad. leg. Aquil.*; L. 19 § 1, D. 8, 2, *De serv. præd urb.*; L. 17 § 2, D. 8, 5, *Si serv. vind.*

(1) DEMOLOMBE, t. XI, n° 520; LAURENT, t. VIII, n° 29; comp. Cass. 7 nov. 1849, D. 49, 1, 295.

(2) Bordeaux, 17 juill. 1889, D. 90, 2, 142.

importe, en pareille matière, de bien fixer les limites dans lesquelles peut se mouvoir l'autorité municipale. Ainsi nous avons reconnu (t. Ier, nº 69), que l'autorité municipale a le pouvoir d'édicter *pour l'avenir* les mesures commandées par les besoins de la sécurité et de la salubrité publiques, que par suite elle peut soumettre les constructions *nouvelles* à une certaine réglementation, mais sans porter atteinte aux droits antérieurement acquis. Or, la Cour de cassation entend par droits antérieurement acquis, le mode suivant lequel était exercé le droit de propriété antérieurement à la publication des arrêtés. Elle a fait l'application de ces principes à notre matière, spécialement en ce qui concerne les fosses d'aisance; elle a jugé que l'arrêté municipal portant que tout habitant voulant creuser une fosse destinée à servir aux lieux d'aisance ou à recevoir les eaux ménagères, devra la rendre étanche, n'est pas applicable, en cas de réparation, à une fosse déjà existante (1).

372. Les mesures préventives prescrites dans un intérêt public de sécurité ou de salubrité doivent aussi bien être observées lorsque le mur appartient exclusivement au constructeur, que lorsqu'il est mitoyen ou qu'il appartient au voisin. Si l'intérêt privé du constructeur est seul en jeu, il est manifeste qu'il peut agir à sa guise, et n'est pas tenu d'observer l'art. 674 à l'égard d'un mur dont il est seul propriétaire.

Quand l'intérêt général est engagé, le constructeur ne peut acquérir par la prescription le droit de conserver les travaux qu'il aurait faits sans observer les prescriptions légales.

Enfin le voisin ne pourrait pas valablement renoncer au droit d'exiger l'observation des prescriptions édictées en vue de la sécurité ou de la salubrité publique. Il pourrait au

(1) Cass. 6 déc. 1886, S. 87, 1, 60.

contraire renoncer à se prévaloir de celles qui ont uniquement pour objet la sauvegarde de son intérêt particulier. Il pourrait, par exemple, concéder gratuitement ou moyennant un prix, à l'autre propriétaire le droit de conserver sur le mur mitoyen un four non conforme aux prescriptions de l'art. 674. Cette autorisation, et toutes celles du même genre, quand elles sont données à prix d'argent, constituent entre les parties une cession valable d'un droit réel, soumise, à ce titre, aux droits établis sur les cessions immobilières par la loi du 22 frimaire an VII (1).

373. La précaution qui est le plus ordinairement prescrite consiste dans un contre-mur établi entre le fonds voisin et l'ouvrage à construire.

Chaque propriétaire peut creuser un puits dans son enclos, quand même il tarirait ainsi celui du voisin.

Pour les fosses d'aisance, nous mentionnerons une ordonnance du 24 septembre 1819 sur le mode de construction à observer dans la ville de Paris.

On peut acquérir par prescription le droit de conserver des latrines à une distance plus rapprochée que ne le permettaient les anciens usages (2), ou même adossées aux fondations du mur du voisin, mais sans cesser pour cela d'être tenu d'exécuter les travaux qui pourraient être jugés nécessaires dans un intérêt de police (3).

Lorsqu'une fosse sert à plusieurs maisons, chacun des cointéressés doit s'abstenir de déverser dans la fosse des eaux pluviales ou ménagères (4). La vidange se fait ordinairement à frais communs, sans avoir égard, sauf dans les cas manifestement exceptionnels, au nombre des personnes habitant chaque maison. Néanmoins lorsque la vidange ne peut se

(1) Cass. 4 fév. 1885, D. 85, 1, 320.
(2) Douai, 10 mars 1840, ancien recueil, t. IV, p. 191.
(3) Bordeaux, 1858, S. 59, 2, 177.
(4) Douai, 28 août 1848, *Recueil*, t. VI, p. 382.

faire que par l'une des maisons, le propriétaire qui est obligé de la supporter ne doit, s'il n'y a pas de titre, être tenu des frais généraux que dans une moindre proportion, à arbitrer en cas de difficultés. La même règle doit être appliquée aux réparations.

Les dispositions concernant les cheminées ou âtres, forges, fours ou fourneaux, ont pour but de prévenir le danger des incendies et de préserver le mur des dégradations pouvant dériver de l'action du feu.

Pour les étables il s'agit d'empêcher l'humidité des fumiers de pénétrer jusqu'au mur.

374. La connaissance des contestations relatives aux constructions et travaux énumérés dans l'art. 674 a été attribuée aux juges de paix, quand la propriété ou la mitoyenneté n'est pas contestée (L. 25 mai 1838, art. 6, n° 3). Cette compétence est exceptionnelle et ne doit pas être étendue au-delà des limites déterminées par cet article (1). Quant aux tribunaux de première instance, ils ne sont pas incompétents *ratione materiæ*, et par suite l'exception d'incompétence ne pourrait y être soulevée d'office (2).

Il faut observer que, même dans le cas où toutes les prescriptions auxquelles se réfère l'art. 674 auraient été observées, l'art. 1382 ne serait pas moins applicable, et l'auteur des ouvrages ou dépôts nuisibles demeurerait tenu de la réparation de tout le préjudice causé.

375. L'observation de l'art. 674 ne sera pas toujours suffisante. L'industrie privée devra se conformer encore, le cas échéant, aux règlements ayant pour base la division en trois classes des établissements dangereux, insalubres et incommodes, telle qu'elle résulte du décret du 15 octobre 1810, complété par plusieurs autres décrets postérieurs. Ceux de la

(1) Cass. 6 déc. 1886, S. 87, 1, 60.
(2) Bordeaux, 17 juill. 1889, D. 90, 2, 142.

première classe doivent être éloignés de toute habitation particulière. La seconde classe comprend les manufactures ou ateliers dont l'éloignement des habitations n'est pas rigoureusement nécessaire, mais dont il importe néanmoins de ne permettre la formation qu'après avoir acquis la certitude que les opérations qu'on y pratique seront exécutées de manière à ne pas incommoder les propriétaires du voisinage, et à ne pas leur causer de dommages. Dans la troisième classe sont placés les établissements qui peuvent rester sans inconvénients auprès des habitations, mais qui doivent demeurer soumis à la surveillance de la police.

Le principe de la matière, au point de vue qui nous occupe, c'est que le propriétaire d'un établissement insalubre ou incommode, est responsable du dommage causé aux propriétés voisines par cet établissement, quand même une autorisation régulière a été donnée par l'autorité administrative. L'autorité judiciaire est en conséquence compétente, soit pour fixer les indemnités dues aux tiers, soit pour ordonner les mesures nécessaires à la cessation du préjudice, et notamment pour ordonner des travaux complémentaires, pourvu que ces travaux ne soient pas en contradiction avec ceux prescrits par l'autorité administrative (1).

Il faut cependant observer que le désagrément causé par un établissement sujet ou non à autorisation, ne peut donner lieu à une action utile, lorsqu'il n'excède pas les limites nécessaires qu'impose la tolérance réciproque entre voisins.

376. Il en est de même de l'exercice de certaines professions, bruyantes, désagréables ou odieuses. La loi ne pouvait ni les parquer dans certains quartiers, ni les soumettre

(1) Cass. 18 nov. 1884, D. 85, 1, 71; Cass. 11 juin 1877, D. 78, 1, 409.

à l'obligation d'observer une certaine distance par rapport aux habitations bourgeoises. Il faut donc les supporter. Cependant si l'incommodité qui résulte de leur voisinage devient excessive et dépasse les limites ordinaires, l'action en dommage sera ouverte (1). Cela a été appliqué à l'établissement d'une maison de débauche dans l'intérieur d'une ville (2). Mais dans tous les cas il s'agit d'une question de dommages à régler d'après le principe de l'art. 1382, et non d'une distance à observer pour la confection de certains travaux ou la création de certains établissements.

377. Les tribunaux civils sont naturellement compétents pour statuer sur toutes ces questions de dommages. Cependant, si les émanations pernicieuses d'une usine causaient un dommage à des fruits ou récoltes, le juge de paix serait compétent, de pareils dommages rentrant dans la catégorie de ceux dont parle l'art. 5, § 1, de la loi du 5 mai 1838; peu importe qu'il provienne du fait de l'homme ou d'une cause permanente (3). Le juge de paix ne cesserait d'être compétent que si le dommage avait été causé, non aux récoltes, mais au fonds lui-même (4).

Le tribunal de simple police est compétent pour réprimer l'exploitation non autorisée d'un établissement classé. Une telle exploitation constitue la contravention prévue et punie par la disposition générale de l'art. 471, § 15, du C. P. Il ne peut se dispenser de prononcer, indépendamment de l'amende encourue par le contrevenant, la fermeture de l'établissement autorisé requise par le ministère public (5). Si

(1) Ex. : Cass. 3 janv. 1887, D. 88, 1, 39; Cass. 8 juin 1857, S. 58, 1, 305; Bordeaux, 15 juill. 1845, S. 47, 2, 528.

(2) Cass. 8 juill. 1884, D. 85, 1, 231 ; Cass. 5 juin 1882, D. 83, 1, 291.

(3) DUCROCQ, t. I, n° 364.

(4) Cass. 24 janv. 1866, S. 66, 1, 70.

(5) Cass. 13 fév. 1885, D. 85, 1, 480.

l'industriel poursuivi conteste l'exactitude de la qualification donnée par la poursuite à son établissement, la justice répressive doit surseoir à statuer au fond, et renvoyer à l'autorité administrative la solution de la question préjudicielle ainsi soulevée (1).

SECTION III.

Des vues sur la propriété de son voisin.

378. — Des diverses espèces de *vues* et de *jours*.
379. — Prohibition d'établir aucune ouverture dans un mur mitoyen, art. 675.
379 *bis*. — *Quid* si la contiguité entre les deux héritages vient à cesser?
380. — Droit du propriétaire d'établir des jours dans son mur non mitoyen joignant immédiatement l'héritage d'autrui, articles 676, 677.
381. — Conséquences de l'acquisition par le voisin de la mitoyenneté du mur.
382. — Appréciation par le juge du caractère de l'ouverture.
383. — Application des règles ci-dessus aux murs de clôture.
384. — Distances à observer quand le mur ne joint pas immédiatement l'héritage d'autrui, art. 678, 679, 680.
385. — Ces articles ne s'appliquent pas aux vues, etc., prises sur la voie publique;
386. — Ni quand les deux héritages sont séparés par une rue ayant moins de six pieds de largeur.
387. — *Quid* si le terrain intermédiaire est commun aux deux voisins?
388. — Influence de la prescription, de la destination, du père de famille et du titre.

378. Les *vues* sont des ouvertures pratiquées dans un mur, et disposées de manière à laisser entrer l'air du dehors, et à permettre de regarder sur l'héritage d'autrui.

(1) Cass. 16 août 1884, D. 85, 1, 221; Cass. 7 août 1868, S. 69, 1, 368.

Les *jours* sont au contraire des ouvertures destinées seulement à éclairer un appartement, en donnant passage à la lumière, mais non à l'air extérieur, et ne pouvant servir à la vue.

Il suit de là que les jours doivent être *fermés*. Quand le châssis qui soutient la vitre est scellé dans le mur de manière à y être irrévocablement fixé, on dit que le jour est *fermé à verre dormant*. Dans le cas contraire, on dit que le jour est libre ou *à fenêtre ouverte*.

Quant aux *vues*, on les divise en vues *droites* et vues *obliques*.

Les vues droites sont celles qui, s'exerçant dans la direction de l'axe d'une ouverture, permettent de projeter directement le regard sur une partie déterminée du fonds voisin.

Les vues obliques ou *de côté*, sont les ouvertures dont l'axe supposé prolongé, n'atteindrait pas le fonds voisin (1).

Tout cela suppose qu'il existe un mur entre deux héritages, et que c'est dans ce mur que se trouvent percés les jours ou vues dont il s'agit.

Cependant il ne faudrait pas croire qu'il doive y avoir nécessairement une propriété bâtie pour qu'il existe entre deux fonds une servitude relative à la vue et à la lumière. Ainsi la servitude de *prospect* peut exister entre deux fonds dont aucun n'est bâti. Mais alors il s'agit d'une servitude proprement dite dérivant du fait de l'homme. Or, nous ne nous occupons encore que de ces charges, improprement appelées servitudes, ét qui constituent la limitation légale de la propriété. Pour celles-là, dont parle notre section III, il faut nécessairement qu'il y ait un mur entre les deux héritages.

379. Deux hypothèses régies par des règles différentes peuvent se présenter :

(1) AUBRY et RAU, § 196.

1° Le mur envisagé est mitoyen ;

2° Ce mur appartient exclusivement à l'un des deux voisins.

Le texte suivant, applicable dans les villes et dans les campagnes, se réfère à la première hypothèse :

ART. 675. L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à *verre dormant* (*).

On cite quelquefois, pour expliquer cette décision, l'adage : *In re communi potior est causa prohibentis;* mais cela est inexact et peut fausser la doctrine. Il n'y pas communauté, mais mitoyenneté. La loi qui traite les deux propriétaires comme s'ils n'avaient, chacun, que la propriété divise de la moitié du mur qui regarde leur héritage (art. 657), ne pouvait pas leur permettre de se livrer à des entreprises sur l'autre moitié, sans obtenir le consentement de leur cointéressé (V. ci-dessus, n° 331). Il doit en être de même dans les conditions les plus favorables, quand même le propriétaire de l'une des maisons étant en même temps locataire de l'autre, voudrait pratiquer des ouvertures dans le mur mitoyen pour établir une communication entre les deux immeubles (1).

379 *bis*. L'application de l'art. 675 implique naturellement que les deux héritages sont contigus. Donc, si la contiguité venait à cesser ; si, par suite de travaux publics, l'un des deux immeubles n'était plus contigu au mur, et s'en trouvait désormais séparé par une voie publique, la mitoyenneté disparaîtrait (2). Serait-elle remplacée par une véritable communauté ? La Cour de cassation a jugé que dans ce cas il fallait appliquer les règles de l'indivision, et notamment celle d'après laquelle tout propriétaire d'une chose indivise peut en faire

(*) Art. 675. — L. 40, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.;* L. 28, D. 10, 3, *Comm. divid.;* L. 8, C. 3, 34, *De serv. et aquæ.*

(1) Paris, 2 nov. 1887, S. 87, 2, 240.

(2) Cass. 17 mars 1891, D. 92, 1, 25.

usage, pourvu qu'il ne nuise pas aux droits de son copropriétaire (1). Nous croyons qu'il fallait aller plus loin, et déclarer le possesseur du mur propriétaire exclusif de la totalité. — En effet, il faut bien se rendre compte de l'espèce : L'un des propriétaires a été exproprié d'une partie de son immeuble finissant précisément au ras du mur mitoyen, de sorte qu'il a conservé ses droits sur l'autre partie et sur le mur lui-même; c'est ce qui fait dire à la Cour de cassation qu'il y a désormais indivision par rapport à ce mur. S'il y a indivision, la licitation doit être possible. Mais comment parler sérieusement de licitation à propos de ce mur? Est-ce qu'un étranger pourrait venir surenchérir? Le copropriétaire lui-même ne pourrait vouloir faire concurrence à celui qui n'a pas été exproprié, que pour lui faire payer un prix exorbitant une chose dont il est l'adjudicataire nécessaire. Mais si ce dernier est un adjudicataire nécessaire, pourquoi ne pas reconnaître qu'il est devenu propriétaire exclusif? Nous avons déjà vu que la mitoyenneté est un accessoire qui suppose chez celui qui en est investi la qualité de propriétaire d'un immeuble auquel peut servir le mur envisagé. Donc, si cette qualité disparaît chez l'un des voisins, la mitoyenneté disparaît aussi, et l'entière propriété du mur se trouve de plein droit reconstituée au profit de l'autre, mais moyennant indemnité, car nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

La situation ne serait plus la même si la mitoyenneté au lieu d'avoir été laissée en dehors de l'expropriation, comme dans l'espèce précédente, y avait été comprise, de manière à ce que l'expropriant se trouve, quant au mur mitoyen, substitué à tous les droits de l'exproprié. Ainsi, une ville devient propriétaire, à suite d'expropriation, d'un immeuble destiné à être démoli pour l'utilité de la voie publique, et séparé d'une

(1) Cass. 30 nov. 1882, D. 80, 1, 471; comp. LAURENT, t. VII, n° 568.

maison voisine par un mur mitoyen. Le mur restera mitoyen entre la ville et le voisin, et ce dernier ne pourra y pratiquer ni fenêtre, ni porte, ni y adosser une devanture (1). Mais, pourrait-on objecter, la ville n'a aucun intérêt, désormais, à se prévaloir de la mitoyenneté. Il faut répondre que son intérêt consiste d'abord à pouvoir tirer profit, d'une manière quelconque, des autorisations qu'elle pourra accorder de pratiquer des ouvertures dans ce mur. En outre, elle a un intérêt évident à empêcher de pratiquer sur ce mur des entreprises dont on pourrait plus tard se faire contre elle un titre à indemnité, s'il devenait nécessaire d'acquérir la maison du voisin.

380. Supposons maintenant que le mur dans lequel son propriétaire veut pratiquer des ouvertures ne soit pas mitoyen; il faut distinguer suivant qu'il joint, immédiatement ou non, l'autre héritage :

ART. 676. Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer *maillé* et verre dormant. — Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre (environ 3 pouces 8 lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant (*).

ART. 677. Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher, pour les étages supérieurs.

Il ne s'agit, dans les textes ci-dessus, que de simples jours, ou *jours de souffrance*, et pas du tout des *vues*.

Si les deux héritages ne sont pas au même niveau, il suffit, comme le dit l'art. 677, d'observer la distance légale au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer. S'il s'agit d'éclairer un escalier, il faut qu'il y ait toujours la hauteur voulue entre chaque fenêtre et la marche la plus

(*) Art. 676. — L. 2, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*; L. 26, D. 39, 2, *De damn. infect.*; L. 12, § 1, C. 8, 10, *De ædif. priv.*

(1) Cass. 1er juill. 1879, D. 79, 1, 478; Cass. 3 et 21 juill. 1862, S. 62, 1, 797; comp. LAURENT, t. VII, nº 568.

rapprochée. Le texte ne parle pas des soupiraux établis à fleur de terre pour éclairer les caves. Si les caves n'ont pas assez d'élévation pour permettre de donner à ces jours la hauteur voulue, on admet que les voisins ne sont reçus à s'en plaindre que s'ils en éprouvent de réels inconvénients.

381. Le propriétaire d'un mur peut donc y faire pratiquer des jours *non libres*, d'une dimension quelconque, et ne peut pas y faire pratiquer des jours libres ou des vues, ou ne pas observer la distance fixée.

S'il y pratique des jours en se conformant à la loi, il ne fait qu'user de son droit de propriétaire ; il demeure dans les limites légales, il n'empiète pas sur les droits du voisin, et par conséquent lorsque ce dernier, usant également de son droit, voudra acquérir la mitoyenneté en vertu de l'art. 661, il pourra exiger la fermeture de tous les jours dont il s'agit, quelle que soit la date de leur établissement (1).

Cependant cette solution a été contestée. D'abord on a prétendu que la maxime : *in re communi potior est causa prohibentis* ne peut pas être invoquée ici puisqu'il s'agit de jours pratiqués avant que le mur fût commun ou mitoyen. C'est aussi notre avis ; mais nous repoussons surtout cet adage parce que son emploi suppose, entre la mitoyenneté et la communauté, une assimilation non justifiée.

On a encore contesté cette solution en disant que si on l'adoptait, il faudrait aller jusqu'à reconnaître au voisin qui acquiert la mitoyenneté le droit de faire démolir et enlever les gros ouvrages commencés à une époque où l'état de mitoyenneté n'existait pas, et qui sont incompatibles avec cet état. Mais c'est qu'en effet nous allons jusque-là et nous croyons qu'il faut aller jusque-là. Ainsi celui qui acquiert la mitoyenneté acquiert immédiatement le droit de faire réduire

(1) Cass. 13 juin 1888, S. 88, 1, 413 ; DEMOLOMBE, t. XII, nos 540, 541 ; LAURENT, t. VIII, n° 40.

à l'*ébauchoir* les poutres engagées antérieurement dans le mur (art. 657).

Voilà donc pour ce qui concerne les ouvertures à *fer maillé* et *verre dormant*. Mais supposons que le propriétaire du mur ait ouvert des vues proprement dites, ou des jours libres, ou qu'il n'ait pas observé la distance voulue... En agissant ainsi, il a outrepassé les limites de son droit, il a empiété sur les droits du voisin. Donc si cet empiètement a duré trente ans, le propriétaire a acquis le droit de conserver ses ouvertures en l'état (1). Sans doute le voisin pourra toujours acquérir la mitoyenneté en vertu de l'art. 661, mais il devra respecter les ouvertures.

382. Il faut observer à cet égard que, d'après une jurisprudence qui ne paraît pas assez nerveuse, les juges du fait ne sont pas liés par la définition des jours de souffrance résultant des art. 676 et 677. Par conséquent il leur appartient d'apprécier, selon les circonstances, si des ouvertures ne présentant pas tous les caractères indiqués ou prévus par les art. 676 et 677, constituent des vues susceptibles d'être transformées en servitude par la prescription, ou seulement de simples jours de souffrance (2).

Cette solution nous paraît laisser un champ trop libre à l'arbitraire. Pour être considérés comme jours de souffrance ou de tolérance, les ouvertures doivent être établies avec trois conditions : à fer maillé, à verre dormant, à une certaine hauteur. Admettre en pareille matière des équivalents ou des appréciations, c'est vouloir créer l'équivoque. Il faut que du côté du voisin intéressé à vérifier le véritable caractère de l'ouverture, le fer soit considéré comme maillé, et le verre comme dormant.

383. Les règles que nous venons d'exposer paraissent

(1) Cass. 13 juin 1888, S. 88, 1, 413.
(2) Cass. 20 oct. 1891, S. 92, 1, 115.

devoir être appliquées même aux simples murs de clôture (1). Sans doute le législateur s'est principalement préoccupé des ouvertures destinées à *éclairer une chambre* (art. 677). Mais l'esprit de la loi étant de mettre le voisin à l'abri des indiscrétions du regard, il faut reconnaître que ces indiscrétions peuvent se produire au travers d'une clôture, quoique d'une manière moins continue, que par une ouverture pratiquée dans un mur servant à l'habitation.

384. Que fallait-il décider pour le cas où le mur ne joint pas immédiatement l'héritage d'autrui?

Les règles à appliquer seront absolument les mêmes tant qu'il s'agira d'un mur qui, bien que situé à une certaine distance du fonds voisin, n'en sera pas cependant assez éloigné pour que le propriétaire puisse y avoir des vues.

Quelle est donc la distance extrême à partir de laquelle des vues proprement dites pourront être pratiquées dans un mur?

ART. 678. On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres (six pieds) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage.

ART. 679. On ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres (deux pieds) de distance.

ART. 680. La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents, se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure, jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés.

Par conséquent, s'il existe un balcon à l'extérieur du mur, il y a en réalité une vue droite d'abord sur le fonds qui est en face, et encore une vue droite sur chacun des deux fonds de côté. Il faudra donc qu'il y ait une distance de dix-neuf décimètres entre chacun de ces trois héritages, et la ligne extérieure du balcon. Les terrasses établies sur le faîte des maisons doivent être assimilées aux balcons.

(1) DEMOLOMBE, t. XII, nos 560, 561, 562; *Contrà*, LAURENT, t. VIII, n° 42.

A l'égard des vues obliques, la distance doit être mesurée, pour les fenêtres, depuis l'arête du jambage le plus rapproché du fonds voisin, et pour les balcons ou autres saillies depuis leur ligne extérieure du côté où se prend la vue, jusqu'à la ligne séparative des deux héritages.

Pour les raisons ci-dessus déduites, les art. 678 et 679 doivent s'appliquer aux murs de clôture aussi bien qu'aux murs de maison.

Mais les distances qu'ils déterminent ne concernent pas les ouvertures d'accès qui ne sont pas en même temps des ouvertures de vue, c'est-à-dire aux portes à panneaux pleins et sans vitrage (1), ni les *lucarnes* ou fenêtres à *tabatières*, pratiquées dans la toiture, dans des conditions qui ne permettent pas de diriger la vue chez le voisin (2).

385. Les art. 678 et 679 ayant pour unique objet de régler les rapports de voisinages entre les propriétés privées, ne sauraient avoir aucun effet à l'égard des dépendances du domaine public. Ainsi donc, le droit de pratiquer des issues, d'ouvrir des jours, de prendre des vues droites ou obliques et d'établir des balcons sur le terrain du domaine public ou du domaine municipal, ne souffre d'autres conditions et restrictions que celles qu'il appartient à l'autorité administrative de déterminer (3).

Il faut cependant observer que les riverains, en usant de la faculté qui vient de leur être reconnue, ne peuvent acquérir sur la voie publique un véritable droit de servitude qui pourrait encore être exercé après la suppression de la voie et la vente du terrain sur lequel cette voie était établie. Il est certain, en effet, que la vente d'un terrain déclassé et retranché de la

(1) Bordeaux, 26 nov. 1885, D. 86, 2, 120; Rennes, 3 mars 1879, D. 81, 2, 47.

(2) LAURENT, t. VIII, n° 56.

(3) Cass. 28 oct. 1891, S. 92, 1, 23; Bordeaux, 12 nov. 1889, D. 90, 1, 244.

voie publique entraine virtuellement la suppression des vues, jours et accès établis pour le service des maisons riveraines, sauf le droit à une indemnité s'il y échet (1). Mais il est permis d'insérer au cahier des charges d'une vente faite dans de semblables conditions, une clause avertissant les acquéreurs de l'existence des vues, passages et autres droits analogues, en leur imposant l'obligation de les respecter (2).

386. Il est encore reconnu que les art. 678 et 679 ne sont pas applicables quand les deux fonds envisagés sont séparés par une rue ou un canal de dérivation, ayant moins de six pieds de largeur, peu importe qu'il s'agisse de vues droites ou de vues obliques, de balcons, verandas, loggia ou autres constructions en saillie (3).

Telle est la tradition : la loi n'a entendu régler que les rapports privés entre voisins, sans vouloir restreindre l'usage des parties du domaine public qui existent précisément pour qu'on puisse avoir sur elles des jours ou des vues.

Mais il faudrait admettre une solution différente si le fonds intermédiaire dépendait seulement du domaine privé et avait moins de six pieds de large.

387. Que faudrait-il décider si ce fonds intermédiaire appartenait en commun au propriétaire du mur et au voisin sur le fonds duquel donne la vue contestée? La Cour de cassation a décidé que les art. 678 et 679 sont applicables dans le cas où les deux fonds sont séparés par une ruelle commune *qui n'a d'autre destination que de servir au passage et à l'écoulement des eaux* (4). La solution aurait donc pu être

(1) Cass. 25 fév. 1880, D. 80, 1, 255; Cass. 16 mai 1877, D. 77, 1, 431; Cass. Belge, 4 mars 1880, *Pas.*, 81, 1, 92.

(2) Cass. 15 avr. 1890, S. 91, 1, 28; Cass. 25 juin 1879, D. 79, 1, 342; Limoges, 23 mai 1882, D. 84, 2, 111.

(3) DEMOLOMBE, t. XII, nos 566 et 567; LAURENT, t. VIII, nos 47 à 50; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, no 1539.

(4) Cass. 4 fév. 1889, D. 90, 1, 248.

différente si la ruelle avait été destinée à procurer l'air et la lumière aux deux habitations qu'elle sépare. La Cour de cassation semble donc vouloir admettre désormais une distinction rationnelle qu'elle avait d'abord repoussée en appliquant d'une manière générale les art. 678 et 679 à tous les terrains intermédiaires communs, sans tenir compte de l'intention des intéressés (1).

Il y aura donc des hypothèses dans lesquelles il faudra appliquer à un terrain commun intermédiaire la distance édictée par la loi. Comment faudra-t-il procéder ? La Cour de cassation a décidé avec raison que la distance légale ne doit jamais être composée, en quelque partie que ce soit, d'un terrain appartenant à celui sur qui la vue est exercée. Donc, la ligne de séparation doit être considérée comme passant par le milieu du terrain commun (2).

388. Celui qui a ouvert des vues droites ou obliques à une moindre distance, acquiert, après trente ans de possession le droit de les conserver d'une manière utile et à titre de servitude (3), ce qui soumet le voisin, s'il veut construire, à la nécessité d'observer lui-même la distance légale. Le constructeur ne s'est pas en effet renfermé dans les limites légales de son droit, il a empiété sur les droits de son voisin, celui-ci aurait pu protester, ne l'ayant pas fait, la prescription a pu s'accomplir. Cette solution est admise en France par la doctrine et la jurisprudence et ne se discute plus (4). En Belgique, au contraire, la jurisprudence est partie de cette idée, souvent réfutée, que la propriété donne en principe le droit de tout faire, que les limitations apportées par la loi à son exercice sont de véritables restrictions, des démembrements,

(1) Voy. LAURENT, t. VIII, n° 46.
(2) Cass. 5 mai 1831, DALLOZ, *Répert.*, v° *Servitudes*, n° 765.
(3) Cass. 19 oct. 1886, S. 90, 1, 250.
(4) Voy. DEMOLOMBE, t. XII, n^{os} 580, 581 ; LAURENT, t. VIII, n^{os} 61 et 62; Alexandrie, C. d'appel mixte, 20 nov. 1890, S. 91, 4, 13.

des servitudes, que par la prescription, celui qui n'a pas observé les distances légales, a seulement reconquis l'indépendance de son fonds, mais sans acquérir une servitude utile sur le fonds du voisin; que dès lors la prescription a eu pour seul effet de lui faire acquérir le droit de conserver les vues dans l'état où il les a placées, mais non le droit d'empêcher le voisin d'élever sur son fonds des constructions pouvant détruire ou obstruer ces vues (1).

En France, disons-nous, la prescription, dans l'hypothèse envisagée, aura pour résultat l'établissement sur le fonds voisin d'une servitude de jours et de vues. Cette servitude n'emporte prohibition de bâtir sur le fonds désormais asservi qu'à la distance fixée par les art. 678 et suiv. (2).

Il en sera de même si la servitude résulte de la destination du père de famille (3). Dans tous les cas il suffit pour satisfaire aux exigences de la loi, de laisser dans la partie faisant directement face à la fenêtre d'aspect, un espace libre ayant une profondeur de 19 décimètres et une largeur égale à celle de la fenêtre sur toute cette profondeur. De chaque côté de cet espace libre, le propriétaire du fonds servant peut édifier son mur à la limite de son héritage (4).

Mais quand la servitude dérive d'un titre, elle peut avoir des effets plus ou moins étendus réglés par le titre lui-même, pour l'appréciation duquel les juges ont un pouvoir souverain (5).

Si le mur dans lequel existait une fenêtre à titre de servi-

(1) Cass. Belgique, 14 fév. 1889, S. 89, 4, 29; *Pas.*, 89, 1, 123; *Contrà*, Liège, 26 nov. 1885, *Pas.*, 86, 2, 157.

(2) Cass. 31 mai 1880, D. 81, 1, 14.

(3) Trib. Empire d'Allemagne, 24 avr. 1885, S. 88, 4, 2; Limoges, 31 mai 1880, D. 81, 1, 14.

(4) Arrêt précité de Limoges.

(5) Cass. 10 déc. 1888, S. 89, 1, 156; Cass. 12 mai 1886, D. 86, 1, 452.

tude vient à être détruit, le propriétaire, en le reconstruisant, pourra y faire pratiquer une fenêtre dans les mêmes conditions que l'ancienne. L'existence de l'ancienne fenêtre, si elle était contestée, pourra être établie par témoins (1).

SECTION IV.

De l'égout des toits.

389. — Obligation du propriétaire quant à la disposition de sa toiture, art. 681 ; — Il peut déverser les eaux sur la voie publique.
390. — Il ne peut les déverser chez le voisin ; — Effets de la prescription.
391. — *Quid* à l'égard des neiges amoncelées sur la toiture ?

389. Nous savons déjà que les fonds ne sont assujettis à recevoir les eaux qui découlent des héritages voisins qu'autant que l'écoulement est l'œuvre de la nature (art. 640). Or il est certain que les eaux pluviales recueillies sur un toit acquièrent par le fait même une force de projection proportionnée à leur volume. Les fonds inférieurs ne peuvent être tenus d'en subir la chute directe (2).

Donc :

ART. 681. Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin.

Le propriétaire riverain d'une voie publique a donc le droit d'y déverser ses eaux pluviales et ménagères, sans avoir à répondre de la direction que leur donne ensuite la commune tenue de les recevoir (3). Mais il doit se conformer aux règle-

(1) LAURENT, t. VIII, n° 65.
(2) Besançon, 21 juin 1889 ; Bordeaux, 20 juill. 1888, S. 90, 2, 204 et 205.
(3) Cass. 15 mars 1887, S. 87, 1, 157.

ments de police qui souvent prescrivent la suppression des gargouilles et leur remplacement par des tuyaux de descente (1).

Cette obligation de recevoir les eaux grève uniquement les voies publiques, et non les portions de terrain qui sont demeurées la propriété d'un vendeur. Ainsi l'acquéreur d'un terrain à bâtir ne saurait prétendre que le vendeur est tenu de lui procurer l'écoulement des eaux sur un autre terrain par lui conservé (2).

390. A l'égard du voisin, le propriétaire doit construire son toit de manière à ce que les eaux s'écoulent sur son propre terrain.

L'eau qui s'échappe de la toiture forme le *stillicide*. Elle est ordinairement reçue dans des gouttières attachées à la saillie que fait la toiture sur le parement du mur, saillie qui s'appelle *larmier*. Chez les Romains, comme les maisons étaient toujours séparées par un intervalle libre appartenant aux deux voisins, il n'y avait pas de difficulté, et le larmier pouvait faire saillie sur le mur. Chez nous cela ne serait pas toujours possible. Il arrive souvent que le mur est bâti de façon que son parement extérieur se confonde avec la ligne divisoire elle-même. Le toit, dans ce cas, ne devra présenter aucune saillie ; le propriétaire devra recueillir les eaux au moyen d'une gouttière pratiquée dans l'épaisseur de son mur. Ce mode de construction est évidemment le plus défectueux. Ce qu'il y a de mieux à faire, pour le propriétaire qui construit, c'est de réserver une étroite bande de terrain entre l'égout de son toit et la ligne séparative des deux fonds.

Il est donc permis de supposer que le propriétaire a agi comme nous venons de l'indiquer. Il suit de là qu'il doit être considéré comme propriétaire de cette bande de terrain com-

(1) Cass. 30 nov. 1834, S. 35, 1, 9.
(2) Cass. 3 juin 1891, D. 92, 1, 264.

prise entre son mur et la ligne d'aplomb de son larmier, sauf la preuve contraire que pourra faire le voisin, en argumentant, soit de titres, soit de témoignages (1), soit même de présomptions (2).

Le propriétaire pourrait d'ailleurs acquérir par prescription le droit de laisser tomber l'égout de son toit sur le fonds du voisin, pourvu qu'il ait donné au larmier une saillie apparente et visiblement inclinée (3), ou qu'il ait, de toute autre manière, rendu la servitude apparente.

De même le voisin pourra acquérir, par des faits non équivoques de possession continués pendant trente ans, la propriété de la bande de terrain dont il s'agit, mais telle qu'elle se trouve, c'est-à-dire grevée de la servitude *stillicidii recipiendi*.

391. Le texte de l'art. 684 s'occupe uniquement de la chute des eaux pluviales, et ne contient aucune disposition en ce qui concerne la chute de la neige. Or, dans les pays où la neige tombe avec abondance, la différence des effets de la servitude d'égout est considérable, suivant que la neige est tombée sur une toiture en ardoise ou briques plates, ou qu'elle est tombée sur une toiture recouverte en tuiles à canal. Dans le premier cas, la neige, d'abord accumulée, finit par glisser brusquement sur la surface unie et est projetée à *plusieurs mètres* loin du mur sur l'héritage du voisin. Dans le second cas, elle fond sans produire plus d'effet que l'eau de pluie. On s'est alors demandé si le propriétaire peut être passible des dommages causés par la chute de la neige, ou bien s'il ne pourrait pas être tenu de laisser un plus grand passage pour le stillicide (4)?

(1) Cass. 28 juill. 1851, S. 51, 1, 600; Caen, 28 mai 1867, P. 69, 202.

(2) Orléans, 4 nov. 1886, S. 87, 2, 31.

(3) Pau, 21 mars 1888, D. 89, 2, 103.

(4) Victor Fons, *Usages locaux dans la Haute-Garonne*, p. 153, note 3.

Il est certain que l'art. 681 n'ayant statué qu'en vue de la chute verticale de la pluie, il ne saurait être question d'imposer au propriétaire de laisser pour le stillicide un espace plus grand, qui, d'après les données de l'hypothèse, pourrait être de plusieurs mètres. Cette observation prouve qu'il s'agit d'un cas fortuit dont le propriétaire ne saurait être tenu.

SECTION V.

Du droit de passage.

392. — Loi du 20 août 1881 modifiant les articles de la section; principe de l'art. 682.
393. — Dans quel cas il y a enclave.
394. — Le passage peut-il être réclamé sur toute espèce de fonds?
395. — Nécessité de rechercher l'origine de l'enclave; — De l'enclave résultant d'un fait de force majeure, art. 683.
396. — De l'enclave résultant d'un fait volontaire de la part du propriétaire enclavé, art. 684.
397. — Influence de la prescription quant à l'assiette du passage, art. 685; — De l'action possessoire.
398. — De la cessation de l'enclave; ses effets.
399. — Situations particulières se rapprochant de l'enclave : Des *chemins de sole* ou *d'entre-deux;* des *tournières;* L. 20 août 1881 sur les chemins ruraux.
400. — Du *tour d'échelle.*
401. — Impraticabilité des chemins; cas où il y a nécessité de pénétrer sur le fonds d'autrui.

392. Le fonctionnement de la propriété individuelle implique la conservation dans le domaine collectif de certaines voies de communication, avec possibilité d'accès pour chaque propriétaire.

Si cette possibilité d'accès n'existe pas, il y a *enclave.* Dans ce cas, le propriétaire enclavé peut exiger des propriétaires voisins, moyennant indemnité, le passage nécessaire pour arriver jusqu'à la voie publique. Il n'y a pas là une atteinte au droit de propriété, puisque la propriété individuelle n'a été constituée que sous cette condition.

La loi du 20 août 1881 dont nous avons déjà parlé, a modifié les art. 682 à 685 relatifs à cette matière; elle pose d'abord le principe de la manière suivante :

ART. 682. Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante pour l'exploitation, soit agricole, soit industrielle de sa propriété, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner (*).

Le droit de réclamer le passage n'appartient pas seulement au propriétaire ou à celui qui possède *animo domini*, il peut encore être exercé par l'usufruitier, l'usager, l'emphytéote, si on lui reconnaît un droit réel comme cela existe pour la Tunisie en vertu de la loi du 1er juillet 1885 (ci-dessus, n° 73). Mais il n'appartient pas au locataire ou fermier qui n'a qu'un droit de créance contre le bailleur (1).

Le passage peut être demandé, non seulement pour l'exploitation agricole, mais encore pour l'exploitation *industrielle;* le texte nouveau fait disparaître les doutes qui avaient été soulevés sur ce point.

393. Il faut, pour qu'il soit obtenu, que le fonds envisagé n'ait pas d'issue sur la voie publique. *Quid* s'il n'avait issue que sur un tronçon de chemin établi par une compagnie de chemin de fer dans le but de rétablir les communications détruites par l'établissement de la voie? Une Cour a décidé qu'un tel chemin n'ayant pas été délivré aux riverains en propriété, n'a pas le caractère de voie publique au sens de l'art. 683 (2). Cela est excessif, l'enclave est un état de fait. Tant que la

(*) Art. 682 (texte ancien). — Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner. — L. 12, D. 11, 7, *De relig.;* L. 1 § 2, 3, D. 7, 6, *Si usuf. pet.;* L. 5 § 4, D. 10, 4, *Ad exhib.;* L. 8, D. 47, 9, *De incend.*

(1) Cass. 16 juin 1880, D. 80, 1, 428.

(2) Poitiers, 5 mars 1891, D. 91, 2, 319.

communication est possible, il n'y a pas enclave ainsi que nous allons le voir.

D'après le nouveau texte, il faut assimiler au fonds qui n'a pas d'issue vers la voie publique, celui qui n'a qu'une issue *insuffisante*. La jurisprudence antérieure s'était déjà prononcée dans ce sens.

Le point de savoir si l'enclave existe au sens de la loi, soulève donc une pure question de fait dont la solution appartient à l'appréciation souveraine du juge (1). Ainsi un terrain bordant la voie publique a pu être déclaré enclavé parce que la pente, vers cette voie, excluait la possibilité d'établir un chemin praticable (2). A l'inverse on a pu décider qu'il n'y avait pas d'enclave, s'il était possible d'obtenir une issue au moyen de travaux faciles, un pont par exemple, dont le prix ne dépasserait pas sensiblement le montant de l'indemnité à payer pour le passage (3).

L'enclave étant avant tout un état de fait, il a été également décidé que celui qui jouit sur un fonds voisin, même dépendant du domaine public, d'un passage de pure tolérance pour arriver à la voie publique, n'est pas enclavé (4).

Enfin les mesures politiques ou douanières prises dans certains pays limitrophes, quoiqu'elles puissent gêner l'exploitation des fonds situés en France et n'ayant d'issue que sur une voie publique étrangère ne peuvent être considérées comme constitutives de l'état d'enclave (5).

394. Le passage n'est dû que sur la surface des fonds voisins et au profit de la surface du fonds enclavé. Ainsi, dans le cas où le fonds enclavé serait une mine ou carrière exploi-

(1) Cass. 17 janv. 1882, S. 82, 1, 206.
(2) Cass. 30 janv. 1884, D. 84, 1, 364.
(3) Cass. 13 juill. 1880, D. 80, 1, 456; Rennes, 31 janv. 1880, D. 80, 2, 205.
(4) Cass. 15 juill. 1875, D. 77, 1, 127; Pau, 19 mai 1884, D. 86, 2, 48.
(5) Cass. 6 janv. 1890, S. 90, 1. 392.

tée par des galeries souterraines, le propriétaire n'aurait pas le droit pour se procurer un passage de prolonger ses galeries souterraines dans le sous-sol du fond voisin, ou dans les galeries déjà creusées d'une carrière voisine (1). L'art. 682 se réfère uniquement à un passage s'exerçant sur la surface et non au-dessous de la surface (2).

Sauf cette restriction, le droit de passage, en cas d'enclave, peut être réclamé sur toute sorte d'immeubles, même sur les immeubles inaliénables et imprescriptibles dépendant du domaine public, les immeubles dotaux, etc. Il y a cependant une observation à faire en ce qui touche le passage réclamé sur une dépendance du domaine public. Il faut que l'exercice du droit de passage soit compatible avec la destination du fonds affecté au domaine public. Ainsi il est certain que l'enclavé perd le droit de passer quand le fonds grevé est incorporé à un chemin de fer (3). Pourquoi? Est-ce parce que désormais ce fonds fait partie du domaine public? Non, mais à cause de son affectation particulière qui est incompatible avec le fait de passer.

395. Il y a intérêt à rechercher quelle est l'origine de l'état d'enclave :

L'enclave peut en effet être le résultat forcé d'un cas fortuit, ou d'un événement de force majeure ;

L'enclave peut aussi être le résultat d'un fait volontaire.

L'enclave résultera d'un cas fortuit ou de la force majeure quand elle sera due à la destruction d'une voie publique, au changement de lit d'un cours d'eau, à la suppression d'un bac ou d'un pont, à l'établissement d'une voie ferrée, etc. Dans toutes ces hypothèses, le passage sera pris, moyennant indemnité, chez le voisin. Comment sera-t-il pris?

(1) Nancy, 4 juill. 1885, D. 87, 2, 47.
(2) Cass. 10 nov. 1891, D. 92, 1, 83.
(3) Gand, 21 juin 1884, *B. J.* 87, 68.

ART. 683. Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique. — Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé (*).

La première question à résoudre est celle de savoir sur lequel des fonds circonvoisins, le passage doit être accordé. C'est sur celui qui offre *le trajet le plus court*. Mais il pourra y avoir des difficultés sur ce point. Le défendeur qui soutient que son fonds ne présente pas le trajet le plus court, pourra mettre en cause le propriétaire des autres fonds voisins. Une descente sur les lieux ou une expertise tranchera la question. Du reste on admet généralement que le juge peut imposer la servitude de passage à un fonds autre que celui qui offre le trajet le plus court, si la servitude doit être beaucoup plus onéreuse pour le propriétaire de ce dernier que pour celui du fonds voisin (1).

Quand le fonds qui doit fournir le passage sera connu, il faudra, sur ce fonds, déterminer l'assiette même du passage. Elle devra être établie à l'endroit *le moins dommageable*, en suivant encore le principe du trajet le plus court sauf à y déroger encore dans l'intérêt de l'enclavé, pour lui faire supporter une moins forte indemnité.

396. Supposons maintenant que l'enclave provienne d'un fait volontaire de la part de l'enclavé lui-même ou de ses auteurs.

ART. 684. Si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat, le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes. — Toutefois, dans le cas où un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés, l'article 682 serait applicable (**).

(*) Art. 683 (texte ancien). — Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.

(**) Art. 684 (texte ancien). — Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé.

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 618; LAURENT, t. VIII, n° 93; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1543 *bis;* Cass. 7 mai 1879, D. 79, 1, 460.

L'enclave ne devra pas être considérée comme provenant d'un morcellement volontaire émané de l'enclavé, lorsque ce dernier a fait une vente dans des conditions où une aliénation forcée pouvait lui être imposée, lorsque par exemple il a amiablement cédé par acte notarié, à une compagnie de chemins de fer, le terrain nécessaire à la voie ferrée (1).

Il arrive quelquefois que la convention relative au morcellement d'où provient l'enclave, contient une clause spéciale concernant le passage. Dans ce cas il n'y a plus en réalité enclave, puisque l'accès à la voie publique se trouve garanti par un titre formant la loi des parties. Donc quand un propriétaire réclame pour son fonds la reconnaissance d'une servitude de passage sans laquelle le fonds serait enclavé, il est important de vérifier quelle est l'origine de la servitude, si elle est régie par un titre ou une clause spéciale, ou si la clause alléguée ne peut pas être considérée comme se confondant avec le droit commun consacré par les dispositions du Code (2), auquel cas les pouvoirs du juge n'ont d'autres limites que celles résultant de ces dispositions elles-mêmes.

Par conséquent, en cas d'enclave résultant de l'aliénation partielle d'un fonds qui, en son entier, avait accès sur la voie publique, il est tout naturel que le passage soit fourni par ceux-là même qui ont créé l'enclave. Les principes sur la garantie suffiraient même, dans beaucoup de cas, pour légitimer cette solution (3), et autoriser l'acquéreur de la partie enclavée à demander passage au vendeur resté propriétaire de la partie accédant à la voie publique.

En sens inverse, le vendeur pourra réclamer le passage à l'acheteur, s'il a précisément conservé la partie enclavée, et vendu celle qui a accès à la voie publique. Mais dans ce cas

(1) Trib. Anvers, 5 mai 1883, *Pas.*, 83, 3, 363.

(2) Comp. Cass. 6 janv. 1890, S. 90, 1, 392; Cass. 26 nov. 1888, S. 90, 1, 309.

(3) Orléans, 26 oct. 1889, D. 91, 2, 122.

il n'y plus à parler des obligations résultant de la garantie.

Il n'y a d'exception à la règle posée par le premier alinéa de l'art. 684, que dans les cas d'impossibilité prévus par le deuxième alinéa du même article. Par exemple, quand à raison de la nature du sol, de l'existence d'un talus trop raide, etc., le passage serait impraticable sur le terrain conservé par l'aliénateur (1).

Dans les cas d'enclave résultant d'un fait volontaire, il n'est pas dû d'indemnité pour le passage à fournir.

397. Le propriétaire enclavé est, à ce titre, directement investi par la loi elle-même du droit de passer sur le fonds voisin (2). Sans doute il peut se produire à cet égard les difcultés et contestations dont nous venons de parler. Mais ces difficultés peuvent donner lieu seulement à une action civile de la part du propriétaire du fonds sur lesquels le passage a été exercé. Aucune contravention ne pourrait être relevée contre le propriétaire enclavé, la loi civile créant à son profit, au regard de la loi pénale, une excuse tirée de la nécessité (3).

Il est donc facile de comprendre qu'en fait, le propriétaire enclavé passe et continue de passer pendant longtemps sans avoir fait déterminer par convention ou autrement le trajet qu'il doit suivre, et la manière dont il doit le pratiquer, à pied, avec charrette, bétail, etc.

Dans ce cas :

ART. 685. L'assiette et le mode de la servitude de passage pour cause d'enclave sont déterminés par trente ans d'usage continu. — L'action en indemnité dans le cas prévu par l'art. 682 est prescriptible, et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable (*).

(*) Art. 685 (texte ancien). — L'action en indemnité, dans le cas prévu par l'art. 682 est prescriptible ; et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable.

(1) *Ibid.*

(2) Cass. 17 fév. 1886 (motifs), D. 87, 1, 303.

(3) Cass. 27 déc. 1886, S. 87, 1, 351.

Il ne s'agit pas de l'établissement par la prescription d'une servitude qui, étant discontinue, ne peut s'établir que par titre. Le titre de la servitude, en cas d'enclave, c'est la loi elle-même. Il s'agit uniquement de son exercice.

La prescription trentenaire a donc pour résultat de fixer définitivement l'*assiette* et le *mode* de la servitude. Ce résultat se produira par trente ans d'usage continu, qu'il y ait eu ou qu'il n'y ait pas eu détermination originaire des conditions d'exercice et de l'assiette du passage.

S'il y a eu d'abord une convention sur ces points, ou une décision judiciaire en tenant lieu, le propriétaire enclavé pourra acquérir sur le fonds asservi une nouvelle assiette différente de celle qui avait été établie, en prouvant que depuis plus de trente ans il a cessé d'user de l'ancienne assiette pour se servir uniquement de la nouvelle (1).

En attendant que la prescription s'accomplisse, le propriétaire enclavé, s'il est troublé dans la jouissance de son droit de passage, tel qu'il l'exerce, peut recourir à l'action en complainte en justifiant d'une possession annale de la servitude (2).

Régulièrement, la fixation et le paiement de l'indemnité devraient être préalables à l'exercice du droit de passage (arg., art. 545). Mais souvent, et en fait, il en sera autrement. Dans ce cas la prescription trentenaire du droit de passage entraînera en même temps l'extinction de l'*action en indemnité*. La prescription commencera donc à courir du jour où l'action en indemnité est née, c'est-à-dire du jour où le passage a été exercé. Si l'indemnité est réclamée et fixée, il pourra y avoir alors prescription de l'*action en paiement* de l'indem-

(1) Cass. 11 août 1889, S. 89, 1, 481; Cass. 17 fév. 1886, D. 87, 1, 363.

(2) Cass. 30 juill. 1889, S. 91, 1, 319; comp. Cass. 6 nov. 1890, S. 90, 1, 413.

nité, mais ce n'est pas ce point que la disposition finale de l'art. 685 a voulu régler (1).

398. La servitude de passage en cas d'enclave, ayant son titre dans la loi elle-même (2), demeure, même après sa constitution, distincte de la servitude de passage établie par le fait de l'homme et ne peut avoir d'autre consistance que celle qui lui est donnée par la loi elle-même. Il suit de là que le droit de passage cesse d'une manière absolue, quand l'enclave vient elle-même à cesser, même après que le passage a été exercé pendant plus de trente ans, sauf restitution d'une partie de l'indemnité (3).

Le passage cesse d'une manière relative, si le fonds asservi reçoit une affectation incompatible avec la continuation du passage, dans le cas, par exemple, cité plus haut, où ce fonds est incorporé à une voie ferrée. Mais alors l'enclave renaît, avec le droit pour le propriétaire enclavé de réclamer le passage sur un autre fonds dans les conditions ordinaires.

399. Dans les campagnes il arrive quelquefois que tous les fonds d'un même *quartier* sont enclavés. Dans ce cas les propriétaires sont intéressés à créer un chemin commun, traversant tout le quartier, en fournissant chacun la moitié du sol, c'est ce qui explique la présence de certains chemins, n'ayant pas d'issue, et paraissant ne conduire nulle part. Ce sont les chemins de *sole* ou d'*entre-deux* qui ne servent qu'à l'agriculture. Aux termes de l'art. 33 de la loi sur *les chemins ruraux*, qui porte, comme la loi précitée, la date du 20 août 1881, « Les chemins et sentiers d'exploitation sont ceux qui

(1) DEMOLOMBE, t. XII, nos 634, 635; AUBRY et RAU, t. III, p. 30, notes 36 et 37; DEMANTE, t. II, n° 539 *bis*, I; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1447.

(2) Cass. 17 fév. 1886 (motifs), D. 87, 1, 303.

(3) AUBRY et RAU, t. II, § 243, texte et note 34; DEMANTE, t. II, n° 539 *bis*, II; LAURENT, t. VIII, n° 110; Conf. C. civ. italien, art. 596; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XII, n° 642.

servent exclusivement à la communication entre divers héritages ou à leur exploitation. Ils sont, en l'absence de titres, présumés appartenir aux propriétaires riverains chacun en droit soi; mais l'usage en est commun à tous les intéressés. L'usage de ces chemins peut être interdit au public. »

Il faut remarquer que la qualité d'intéressé n'implique pas nécessairement celle de propriétaire. Ainsi, le propriétaire d'un fonds auquel aboutit et finit un chemin d'exploitation qui traverse ou borde auparavant d'autres héritages doit être considéré comme étant au nombre de ceux qui ont droit à l'usage en commun de ce chemin (1), et cependant il peut se faire que, par application de l'art. 33 précité, le sol du chemin appartienne à son voisin de droite et à son voisin de gauche. D'ailleurs la présomption résultant de cet art. 33 peut céder, non seulement devant un titre, mais encore devant une preuve ou des présomptions contraires (2).

Il appartient aux juges du fond de prononcer souverainement sur l'existence de chemins de cette nature quand ils ne sont mentionnés ni dans le plan cadastral, ni dans les titres de propriété des parties, et de déclarer s'ils doivent être régis par la loi du 20 août 1881 (3).

De ce que la parcelle de chemin situé au droit d'un champ est présumée appartenir au propriétaire de ce champ, il suit qu'elle est simplement assujettie au profit des autres riverains à une servitude de passage. Donc le propriétaire du fonds envisagé peut, en face de son champ, déplacer l'assiette du passage si la servitude lui est devenue trop onéreuse, et s'il offre un emplacement aussi commode pour son exercice (4).

Il arrive encore souvent qu'il n'est pas possible de faire

(1) Cass. 14 avr. 1891, D. 91, 1, 179.
(2) Cass. 6 nov. 1889, D. 91, 1, 389.
(3) Cass. 3 août 1887, *Pand. fr.*, 87, 1, 308.
(4) Cass. 2 mai 1888, D. 88, 1, 275.

sur une parcelle, même non enclavée, tous les travaux nécessaires de labourage sans pénétrer plus ou moins sur le terrain du voisin. Pour faciliter le labourage d'une parcelle jusqu'à son extrême limite, l'usage, dans certaines localités, permet à chaque propriétaire de faire tourner la charrue et les animaux sur le terrain contigu du voisin. A cause de cela on appelle *tournière* la partie du champ à laquelle vient toucher l'extrémité d'autres champs voisins.

Il est manifeste que l'usage des *tournières* n'existe que par la tolérance réciproque des propriétaires.

400. Il y a encore d'autres situations qui se rapprochent de l'enclave. Ainsi pour faciliter les réparations à faire sur les limites des propriétés, il existe souvent ce qu'on appelle *le tour d'échelle*.

Il y a le tour d'échelle existant à titre de servitude, et celui qui existe à titre de propriété.

Le tour d'échelle considéré comme propriété est un espace de terrain laissé libre par le propriétaire qui fait construire, afin d'avoir la facilité de faire travailler aux réparations de son mur ou de son bâtiment et d'y appliquer une échelle sans anticiper sur le terrain du voisin.

Le tour d'échelle considéré comme servitude, donne au propriétaire du bâtiment auquel elle est due, le droit de placer ses échelles sur l'héritage du voisin pour réparer son édifice. Ce droit qu'on appelait aussi *échellage* était admis par certaines coutumes à titre de servitude légale (1). Le Code civil ne reconnaît plus le tour d'échelle comme servitude légale. Mais le propriétaire d'une construction édifiée antérieurement au Code civil, sous l'empire d'une coutume qui l'admettait comme servitude légale, est encore en droit de se prévaloir de cette servitude à l'effet de contraindre son voisin à lui donner, pour la réparation de cette construction,

(1) MERLIN, *Répert.*, v° *Tour d'échelle*, § 11.

accès sur son terrain (1), à concurrence de la largeur fixée par la coutume (2). Il n'en est plus de même aujourd'hui (3), la servitude du tour d'échelle ne peut exister qu'en vertu d'un titre, mais si le titre est muet quant à l'étendue du terrain sur lequel doit s'exercer la servitude, la largeur du tour d'échelle sera réglée par l'usage des lieux (4).

En l'absence d'un titre, le propriétaire qui a commis l'imprudence de construire sur l'extrême limite de son fonds, devra subir la condition qu'il s'est faite à lui-même, et ne sera pas recevable à réclamer à son voisin, même moyennant indemnité, un passage pour réparer son bâtiment (5).

401. Le droit de passage a encore été accordé de tout temps sur les fonds riverains dans les cas d'impraticabilité d'un chemin (6).

L'art. 41, titre II de la loi du 6 octobre 1791 est en effet ainsi conçu :

« Tout voyageur qui déclora un champ pour se faire un passage dans sa route paiera le dommage fait au propriétaire et de plus une amende de la valeur de trois journées de travail, à moins que le juge de paix ne décide que le chemin était impraticable, et alors le dommage et les frais de clôture seront à la charge de la commune. » (V. L. 21 mai 1836, art. 1).

Le mot *voyageur* doit s'entendre dans le sens le plus large et s'applique au cultivateur entravé dans son exploitation agricole ; il s'applique également à toute personne à pied, à cheval, ou en voiture ayant besoin de passer par le chemin devenu impraticable. La disposition ci-dessus peut être invo-

(1) Orléans, 20 déc. 1889, S. 90, 2, 127 ; Voy. cependant LAURENT, t. VIII, n° 119.
(2) Caen, 17 déc. 1889, S. 91, 2, 38.
(3) Bordeaux, 24 janv. 1882, D. 84, 2, 96.
(4) Amiens, 13 mai 1886, S. 88, 2, 84.
(5) LAURENT, t. VIII, n° 123.
(6) L. 14 § 1, D. 8, 6, *Quemad. servit. amitt.*

quée non seulement à l'égard des chemins vicinaux, mais encore à l'égard de toute espèce de chemin public, et notamment des chemins ruraux (1).

Mentionnons enfin que le propriétaire d'objets enlevés par les eaux peut aller les retirer dans le fonds où ils ont été entraînés et que le propriétaire d'un essaim d'abeilles peut le poursuivre sur le fonds où il s'est posé (V. ci-dessus, n° 30).

(1) Cass. 9 déc. 1885, S. 86, 1, 153 ; Cass. 11 mai 1881, D. 81, 1, 449.

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

SECTION PREMIÈRE.

Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.

402. — Motifs de la disposition permissive de l'art. 686.
403. — Objet des servitudes; elles ne peuvent être imposées à la personne.
404. — Le droit de chasse peut-il faire l'objet d'une servitude? *Quid* du droit de moudre dans le moulin d'autrui?
405. — *Quid* des charges ayant pour but l'utilité d'un commerce ou d'une industrie?
406. — Nécessité de séparer le domaine du droit réel de celui du droit de créance; — De la perpétuité de la cause dans les servitudes.
407. — Les servitudes doivent être exercées *civiliter*.
408. — De la distinction entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines, art. 687;
409. — Entre les servitudes continues et les servitudes discontinues, art. 688; applications diverses;
410. — Entre les servitudes apparentes et les servitudes non-apparentes, art. 689; applications diverses.
411. — La discontinuité et la non apparence d'une servitude ne caractérisent pas nécessairement la possession de cette même servitude.

402. Nous arrivons maintenant aux véritables servitudes, à celles qui dérivent de la volonté du propriétaire lui-même qui a consenti ou est présumé avoir consenti à un démembrement de son droit réel.

Nous savons en effet que la servitude est un droit constitué au profit de quiconque sera propriétaire d'un fonds, sur quiconque sera propriétaire d'un autre fonds.

La création d'une servitude se traduit donc par une aliénation portant seulement sur une partie du *jus utendi* envi-

sagé sous un certain aspect. Or, c'est une chose grave d'établir ainsi entre deux fonds une relation de droit permanente qui sera peut-être une occasion éternelle de gêne et de procès. La possibilité d'aliéner le *dominium* entier, n'entraînait donc pas, nécessairement, la possibilité d'aliéner une fraction séparée de l'un de ses éléments. Une disposition permissive de la loi était par conséquent nécessaire :

ART. 686. Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. — L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, par les règles ci-après (*).

C'est donc l'intérêt de l'agriculture ou de la propriété qui justifie, aux yeux du législateur, la création des servitudes. Il ne faut donc pas prendre le texte à la lettre quand il semble admettre en cette matière l'idée d'une liberté absolue, et de la possibilité d'un nombre illimité de servitudes. Leur nombre est si peu illimité, que si on veut en dresser le catalogue, on n'en trouve guère plus d'une douzaine.

Le texte se restreint d'ailleurs lui-même dans sa deuxième partie qui a pour but, non seulement de déclarer que la servitude est un droit réel, mais d'indiquer encore l'objet possible de la servitude.

403. La servitude ne peut être imposée qu'à un fonds et pour un fonds. Sans doute, on peut imposer des services à la personne, mais seulement à titre d'obligation. Ainsi, deux voisins peuvent faire ensemble un contrat aux termes duquel l'un s'obligera à procurer à l'autre un certain nombre de litres d'eau tous les jours, ou même, si l'on veut, s'obligera à venir battre son étang toutes les nuits. Le texte ne défend

(*) Art. 686. — L. 1 § 1, L. 6, L. 16, D. 8, 4, *Comm. præd.*; L. 7, D. 8, 1, *De. serv.*; L. 19, D. 7, 1, *De usuf. et quem.*

pas les conventions de ce genre; il ne défend pas davantage de s'obliger à accomplir des prestations semblables ou analogues au profit de ceux à qui le créancier pourra vendre son fonds, car le créancier peut céder sa créance, même tacitement.

Mais ce que défend le Code, c'est d'imposer de pareils services à la personne à titre de servitude; c'est-à-dire de combiner les choses de manière à ce que quiconque sera propriétaire du fonds devra, par cela seul, les services convenus, à quiconque sera propriétaire de tel autre fonds.

Il faut que le service imposé à titre de servitude ait pour objet de maintenir le fonds servant dans un certain état matériel utile à l'exploitation ou même à l'agrément du fonds dominant. Tout service qui n'aurait pas ce caractère ne pourrait pas être stipulé comme servitude. Ainsi on ne pourrait pas stipuler du voisin, à ce titre, qu'il ne chassera pas sur son terrain, qu'il ne tirera pas des armes à feu, etc.

404. Pourrait-on stipuler à titre de servitude le droit de chasse ou de pêche sur le fonds voisin?

Il est d'abord certain que le droit de chasse sur un héritage peut être établi de manière à grever le fonds d'une charge réelle au profit d'une personne déterminée et durant sa vie. Il y aura là une sorte d'usage spécial qui n'est prohibé par aucune loi (1).

Mais le droit de chasse ne saurait être réservé à perpétuité pour lui et ses héritiers par le vendeur d'un domaine, ni stipulé à perpétuité au profit des propriétaires successifs d'un autre domaine (2). De quelque manière qu'on l'envisage, en effet, le droit de chasse ne peut jamais avoir pour objet que l'agrément individuel de la personne. M. Laurent

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 686; Amiens, 19 août 1891, S. 91, 2, 248.

(2) Cass. 9 janv. 1891, S. 91, 1, 489; Paris, 26 juin 1890, D. 91, 2, 233.

proteste : « Supposons, dit-il, un parc destiné à la chasse; le propriétaire stipule le droit de chasser sur les terres voisines au *profit du dit parc* (!). Voilà bien un droit établi sur un héritage pour l'utilité d'un autre héritage; c'est le parc de chasse, *comme tel*, qui sera amélioré, donc il y aura servitude (1). » Mais M. Laurent n'a pas pris garde à la figure de rhétorique qui permet quelquefois de désigner le contenu par la dénomination qui appartient au contenant; quand on parle d'une *écurie* célèbre, c'est des chevaux qu'il est question et non du bâtiment qui les abrite. C'est le parc de chasse désignant la collection d'animaux retenus dans une enceinte close qui sera amélioré, mais non pas l'enceinte close elle-même.

De même, le droit, pour une personne déterminée, de moudre gratuitement dans un certain moulin, tout le blé nécessaire à la consommation de son ménage, droit transmissible à perpétuité à celui de ses héritiers ou successeurs qui sera chef de ménage, ne saurait constituer un service foncier, ni au point de vue actif, ni au point de vue passif (2). Pourrait-il constituer un droit de créances valable? C'est une question qui sera examinée en son lieu.

405. La disposition de l'art. 686 exigeant que les services fonciers *ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds*, a donc pour résultat d'exclure de la catégorie des servitudes prédiales et perpétuelles, toutes les charges qui n'auraient pour but que de faciliter l'exercice d'une industrie, d'un commerce ou d'une profession quelconque.

Demolombe, qui reconnait le principe, le détruit immédiatement en admettant : « qu'il y a lieu de rechercher si ce n'est pas principalement dans l'intérêt du fonds lui-même, qui

(1) T. VII, n° 146.
(2) Pau, 16 juin 1890, D. 91, 2, 185.

formerait le siège et l'instrument essentiel de l'exploitation commerciale ou industrielle, plutôt encore qu'en vue de la profession du concessionnaire que le droit a été établi. Et voilà pourquoi, ajoute-t-il, nous pensons qu'il faudrait regarder comme une vraie servitude prédiale, le droit qui serait établi dans l'intérêt d'une fabrique de poterie ou de briques, ou d'une tuilerie, ou d'un four à chaux, de prendre dans le fonds voisin l'argile et la pierre calcaire qui doivent être converties en objets destinés à être vendus, *ut venirent* (1) », et il cite la L. 6, D. *De serv. præd. rust.*

Or, l'auteur n'a pas lu ce fragment, ou s'il l'a lu, il ne l'a pas compris, car le passage cité déclare positivement le contraire. Ce point est assez important pour mériter d'être particulièrement élucidé.

Ulpien dans la loi 5, *in fine*, au titre *De serv. præd. rust.*, venait de déclarer que le droit d'extraire de l'argile ou de la pierre calcaire pouvait être établi à titre de servitude, mais uniquement, dit-il, pour l'utilité du fonds dominant considéré en lui-même : *non ultra posse quam quatenus* AD EUM IPSUM FUNDUM *opus sit* (2).

La loi 6, qui vient immédiatement après, et qui est de Paul, complète en ces termes la pensée d'Ulpien :

Veluti si figulinas haberet, in quibus vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur; aut ut dolia fiant, vel tegulo, vel ad villam ædificandam; sed si ut vasa venirent figulinæ exercerentur ususfructus erit.

Ainsi donc voilà qui est clair; il y aura véritable servitude

(1) T. XII, n° 684; conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1552.

(2) Demolombe se trompe encore sur le sens de l'expression *fundum ipsum;* il croit qu'il s'agit du fonds dominant par exclusion d'un autre fonds (n° 693), alors qu'il s'agit du fonds considéré en soi, abstraction faite de certains ateliers qui peuvent s'y trouver établis.

s'il existe sur le fonds dominant un atelier pour fabriquer les vases devant recevoir les fruits *du fonds lui-même* destinés à être exportés, ou pour fabriquer les tuiles destinées aux constructions à faire sur ce fonds. *Mais s'il s'agit de fabriquer des vases ou poteries destinées à être vendues*, alors il n'y a plus de servitude prédiale; il pourra y avoir un simple usufruit.

Les Romains n'ont donc jamais admis que celui qui a sur son fonds une tuilerie, une poterie, un four à chaux, etc., puisse stipuler, à titre de servitude, le droit d'extraire de l'argile, de la pierre calcaire, etc.

Mais l'erreur commise à propos de l'interprétation de la loi 6 précitée, devait entraîner plus loin. Pourquoi limiter en effet la solution admise à l'industrie du briquetier, du chaufournier, etc.? Il n'y avait pas de raison pour ne la point généraliser. Donc on soutient qu'une servitude réelle peut être imposée à un fonds dans l'intérêt du commerce ou de l'industrie (quelconques) exercée par le propriétaire d'un autre fonds. Il faudrait vérifier si le service doit profiter au fonds ou seulement à la personne de son propriétaire. Le service profiterait au fonds si le fonds prétendu dominant était spécialement aménagé pour l'exercice d'un commerce ou d'une industrie déterminée en vue de laquelle le service serait créé (1).

Mais ne voit-on pas que l'intérêt du commerce et de l'industrie est un intérêt tout à fait personnel au commerçant ou à l'industriel, et non un intérêt de l'héritage (2)? Il y a des siècles que Paul et Ulpien ont nettement établi la distinction entre ces deux intérêts, et ces intérêts se confondent si peu l'un dans l'autre, que celui du commerçant ou de

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, *loc. cit.*; comp. DALLOZ, *Répert.*, v° *Servitudes*, n°s 24 et 51.

(2) LAURENT, t. VII, n° 149.

l'industriel demeurerait absolument et identiquement le même s'il cessait d'être propriétaire de l'immeuble auquel on prétend faire jouer le rôle de fonds dominant.

Reconnaissons donc que les stipulations du genre de celles que nous venons d'examiner peuvent seulement engendrer un droit de créance, ou tout au plus un droit d'usage irrégulier, mais jamais un droit réel de servitude.

Mais il pourra au contraire y avoir une servitude, quand l'utilité du fonds lui-même, *fundum ipsum* comme disait Ulpien, abstraction faite de tout commerce, de toute industrie y installée, aura seule été envisagée, par exemple, quand un propriétaire ayant deux maisons contiguës en vend une, à la charge par l'acheteur et ses ayants-cause de n'y établir jamais un cabaret (1).

406. La doctrine qui vient d'être exposée repose en définitive sur la nécessité d'empêcher toute confusion entre le domaine du droit réel et le domaine du droit de créance.

C'est en vue de la même nécessité que les Romains avaient formulé la règle que les servitudes devaient avoir une *cause perpétuelle* (2). Demolombe prétend que cette règle a toujours été étrangère *à nos usages* et que notre Code n'exige aucune condition de ce genre (3).

Il ne s'agit pas d'un usage, mais d'une règle de logique juridique qui s'impose d'elle-même. Qui oserait soutenir, par exemple, que le *jus arenæ fodiendæ* établi sur une prairie accidentellement ensablée par suite d'une inondation, présente sérieusement les caractères d'une servitude (4)? La vérité est que la servitude étant créée pour les besoins du fonds dominant, et ces besoins devant avoir une durée indéfinie, comme le reconnaît Demolombe dans un autre pas-

(1) LAURENT, t. XII, n° 150.
(2) L. 28, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*
(3) T. XII, n° 702.
(4) MAYNZ, *Elém. de Dr. rom.*, t. I, § 218.

sage (1), il faut, théoriquement, que le fonds servant soit en état de donner satisfaction à ces besoins pendant toute leur durée, c'est-à-dire d'une manière indéfinie. Le contraire serait absurde, ce qui n'empêche pas que dans certains cas la servitude ne puisse être constituée *ad tempus*. Mais même dans les cas où il s'agit d'une servitude ne devant durer qu'un certain temps, il faudra toujours qu'elle ait une *causa perpetua*, c'est-à-dire qu'elle puisse être *alimentée* indéfiniment par le fonds servant. Les Romains ont pu se tromper dans l'application qu'ils ont faite de la règle, ou se montrer trop rigoureux; mais il n'en résulte aucun échec pour la règle elle-même. Cette règle d'ailleurs ne signifie pas que lorsque la *causa perpetua* fait défaut aucune convention ne peut intervenir, elle veut dire que la convention ne pourra avoir pour résultat la création d'une servitude, mais seulement celle d'un droit de créance.

En définitive, pour qu'une servitude puisse exister, il faut qu'aux besoins perpétuels du fonds dominant, corresponde de la part du fonds servant, une possibilité perpétuelle de satisfaction. Ce qui revient à dire que les deux fonds doivent se suffire, abstraction faite de tout acte personnel de la part du propriétaire du fonds grevé (2). C'est de là que provient la règle qu'une servitude ne peut jamais consister *in faciendo*, mais seulement à s'abstenir ou à tolérer (3).

407. Les servitudes constituées conformément aux règles qui précèdent, ont pour caractère d'être indivisibles, nous verrons plus loin en quel sens.

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies, dit encore le paragraphe final de l'art. 686, se règlent par le titre qui les constitue, et à défaut de titres par les règles ci-

(1) T. XII, n° 678.
(2) Voy. MOLITOR, *Possession*, etc., p. 341, n° 35.
(3) L. 15 § 1, D. 8, 1, *De servit.*

après. Dans tous les cas, les servitudes doivent être exercées *civiliter* (1), c'est-à-dire avec les tempéraments voulus par les habitudes de la vie sociale. Nous trouverons une application importante de cet aperçu dans l'art. 701 § 3.

408. Pourrait-on concevoir l'existence de servitudes ayant pour objet soit des meubles, soit des immeubles incorporels ou droits immobiliers?

Non :

ART. 687. Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. — Celles de la première espèce s'appellent *urbaines*, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. — Celles de la seconde espèce se nomment *rurales* (*).

Cette division des servitudes était, en droit romain, en corrélation assez exacte avec la distinction admise entre les servitudes continues et les servitudes discontinues (2), de sorte que les servitudes rurales correspondaient aux servitudes discontinues, et les servitudes urbaines aux servitudes continues. Par conséquent, sous ce rapport, la division du droit romain pouvait être conservée par le droit moderne. Mais cette division a été mal reproduite par le Code qui fait dépendre, par erreur, le caractère urbain ou rural de la servitude, de la nature urbaine ou rurale du fonds dominant.

Ainsi donc, tandis qu'en droit romain on pouvait dire : toute servitude rurale est discontinue, toute servitude urbaine est continue, en droit français on ne pourra pas tenir le même langage, et les deux idées n'ont plus entre elles aucun rapport.

409. Aussi le législateur, après avoir écrit l'inutile art. 687, a cru être mieux inspiré en faisant précisément de la continuité et de la discontinuité la base d'une division nouvelle et plus importante :

(*) Art. 687. — L. 5, D. 8, 1, *De serv.*; L. 1, L. 2, D. 8, 3, *De serv. præd. rust.*

(1) L. 9, D. 8, 1, *De servit.*

(2) L. 14 pr., D. 8, 1, *De serv.*

ART. 688. Les servitudes sont ou continues, ou discontinues. — Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce. — Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables (*).

Remarquons d'abord qu'il n'est ici question que de *l'usage* de la servitude, comme le dit le deuxième alinéa du texte, ou de *l'exercice* de la servitude, comme le dit le troisième alinéa. Il n'est pas du tout question de *l'établissement* de la servitude, c'est-à-dire des actes à faire pour que deux fonds soient juridiquement et matériellement placés, l'un à l'égard de l'autre, dans la situation de fonds dominant et de fonds servant. Or pour l'établissement d'une servitude le fait de l'homme est toujours nécessaire. Mais une fois que la servitude a été régulièrement établie, le fait actuel de l'homme n'est pas toujours nécessaire pour son usage ou son exercice.

Quand le fait actuel de l'homme n'est pas nécessaire, on dit que la servitude est *continue* puisqu'elle s'exerce en quelque sorte toute seule, ou du moins *peut s'exercer* toute seule, comme le dit le texte. Il ne s'agit pas d'une continuité de fait, mais d'une continuité possible. Ainsi, dans une servitude de prise d'eau, les intermittences résultant du tarissement temporaire de la source n'empêcheront pas la servitude d'être continue.

La définition doit d'ailleurs être appliquée *civiliter*. Ainsi la servitude ne cesserait pas encore d'être continue quand même un fait initial de l'homme serait nécessaire pour la mettre en mouvement, s'il y avait, par exemple, un aqueduc muni d'une pelle ou vanne qu'il faudrait lever pour donner passage à l'eau, ou s'il fallait établir périodiquement un barrage temporaire pour faire refluer les eaux dans la rigole,

(*) Art. 688. — L. 14, D. 8, 1, *De serv.*; L. 1 § 4, D. 43, 20, *De aqua quot.*

si, ces opérations accomplies, l'eau s'écoulait toute seule (1). Le fait de l'homme est nécessaire pour lever l'écluse ou la vanne, pour poser le barrage, mais ce n'est pas dans ces faits que consiste l'usage de la servitude, c'est dans l'écoulement de l'eau ; or l'eau coule sans le fait de l'homme (2).

Au contraire, la servitude d'évier ou d'écoulement des eaux ménagères est une servitude discontinue, parce qu'il faut le fait actuel de l'homme pour qu'il y ait des eaux qui coulent (3).

Enfin il est manifeste que toutes les servitudes dites *négatives* sont, par la force des choses, des servitudes continues.

410. La continuité et la discontinuité sont des caractères intrinsèques et invariables de chaque servitude. Or, pour compléter la théorie, la loi a voulu s'attacher encore à l'apparence ou à la non-apparence des servitudes, qualités qui dépendent, non pas de la servitude considérée en elle-même, mais des conditions extérieures d'après lesquelles elle s'exerce. C'est là un élément nouveau auquel les Romains n'avaient pas attaché une importance particulière.

ART. 689. Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes. — Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. — Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée (*).

Il importe peu que les ouvrages ou signes extérieurs soient faits sur le fonds dominant ou sur le fonds servant.

Une servitude étant donnée, pour savoir quelles sont les règles qui lui sont applicables, notamment en ce qui concerne son mode d'établissement, il faut donc se demander :

(*) Art. 689. — L. 20, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*

(1) Cass. 25 oct. 1887, D. 88, 1, 106.

(2) LAURENT, t. VIII, nos 127, 131.

(3) *Ibid.*, n° 133 ; Cass. 13 juill. 1885, S. 87, 1, 429 ; Cass. 17 février 1875, S. 77, 1, 74 ; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XII, n° 712 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1557.

1° Si elle est continue ou discontinue;

2° Si elle est apparente ou non apparente, et ne jamais confondre l'apparence avec la continuité.

Ainsi une servitude qui est discontinue d'après son caractère intrinsèque, ne deviendra pas continue parce qu'elle sera annoncée par un signe extérieur qui ne saurait influer sur sa nature, telle, par exemple, une servitude de passage manifestée par une porte.

La servitude de passage sera donc toujours discontinue et ne pourra jamais s'acquérir par prescription. Il n'y a d'exception qu'en ce qui concerne les chemins établis dans un intérêt collectif et auxquels s'applique la loi du 20 août 1881. — L'usage de ces chemins ne doit pas être confondu avec une servitude ordinaire de passage et peut être acquis par la prescription trentenaire (1). Mais on peut soutenir que c'est une copropriété plutôt qu'une simple servitude qui a été ainsi acquise.

L'apparence d'une servitude tenant à l'existence d'un ouvrage extérieur, on comprend qu'une même servitude puisse être tantôt apparente et tantôt non-apparente. Il peut en être ainsi notamment pour les servitudes d'égout, de prise d'eau (2), d'inondation ou submersion (3). Ce sera une question de fait.

411. Enfin la discontinuité et la non-apparence sont des caractères de la servitude considérée en elle-même, et qu'il ne faudrait pas transporter à la possession dont la servitude peut être l'objet.

Ainsi la continuité d'une servitude n'exclut pas nécessairement la continuité de la possession; on peut posséder d'une façon continue une servitude discontinue (4).

De même l'absence de signes ou d'ouvrages apparents

(1) Cass. 6 août 1888, S. 89, 1, 219.
(2) Cass. 25 oct. 1887, D. 88, 1, 106.
(3) Voy. LAURENT, t. VIII, nos 140 à 142.
(4) LAURENT, *ibid.*, no 195; DEMOLOMBE, t. XII, no 786.

destinés à révéler extérieurement l'existence de la servitude n'empêche pas que les actes de possession de cette même servitude ne puissent se produire publiquement dans le cas, par exemple, d'une servitude de passage dont aucun ouvrage extérieur n'annonce l'existence. M. Laurent, qui a parfaitement évité de confondre la *continuité* de la *possession* avec la *continuité* des *servitudes*, a au contraire confondu le défaut de publicité *dans la possession* avec le défaut d'apparence *dans la servitude* (1). Demolombe fait la même confusion (2).

SECTION II.

Comment s'établissent les servitudes.

412. — Généralités.
413. — Etablissement des servitudes par titre, art. 690, 691; notion du titre.
414. — A qui appartient la faculté d'établir des servitudes par titre; modalités possibles.
415. — Au profit de qui peuvent être établies les servitudes.
416. — *Quid* des créanciers?
417. — Appréciation des titres; droit fiscal.
418. — Etablissement des servitudes par la prescription trentenaire; pourquoi la prescription ne peut s'appliquer ni aux servitudes discontinues, ni aux servitudes non-apparentes.
419. — La prescription de dix à vingt ans est-elle admise?
420. — De la possession des servitudes.
421. — Des actions possessoires relatives aux servitudes.
422. — De la possession antérieure au Code civil.
423. — De la destination du père de famille, art. 692 et 693; limitation aux servitudes continues et apparentes.
424. — Difficulté résultant de l'art. 694; controverse;
425. — Systèmes divers.
426. — Preuve spéciale de la destination du père de famille.
427. — Règles générales concernant la preuve en matière de servitudes.

(1) *Ibid.*
(2) *Ibid.*, n° 785.

428. — Des titres récognitifs, art. 695.
429. — Charges accessoires de la servitude, art. 696; servitudes accessoires.
430. — De la règle prohibant la constitution d'une servitude sur une autre servitude.
431. — Des servitudes principales à l'égard du fonds servant et accessoires à l'égard du fonds dominant.

412. Pour la complète intelligence des questions relatives à l'établissement des servitudes, il faut toujours avoir présentes à l'esprit les distinctions qui viennent d'être faites entre les servitudes continues et discontinues, apparentes et non-apparentes, parce que les règles changent suivant qu'il s'agit de servitudes continues et apparentes, ou de servitudes ne présentant pas ce double caractère.

Il faut remarquer en outre qu'il s'agit ici de servitudes établies *par le fait de l'homme;* c'est le titre du chapitre III dans lequel rentre notre section. C'est donc toujours le fait de l'homme, c'est-à-dire sa volonté, qui engendre la servitude.

Quand la volonté de l'homme est formellement exprimée, il y a nécessairement un titre, et alors on dit que la servitude a été établie par *titre*.

Quand il n'y a pas de titre pour prouver la volonté de l'homme, il peut y être suppléé par des présomptions résultant, soit de la *prescription*, soit de la *destination du père de famille*.

413. Nous allons d'abord nous occuper de l'établissement des servitudes par *titre*.

Ce mode de constitution s'applique sans distinction à toutes les servitudes continues et discontinues, apparentes et non apparentes. Seulement il y a certaines de ces servitudes qui ne peuvent être constituées que par ce mode.

ART. 690. Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans.

ART. 691. Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent

s'établir que par titres. — La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir; sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

Le titre dont parle la loi doit s'entendre du principe générateur de la servitude. Cette expression se réfère à tout acte juridique translatif de droits réels, fait soit entre-vifs, soit à cause de mort, vente, donation, testament, etc.

Cette expression ne se réfère nullement à un acte écrit. Il est bien vrai que, dans notre droit, certains actes juridiques nous apparaissent comme inséparablement et nécessairement unis à l'écrit qui les constate, tels que le testament, la donation. Mais ce n'est qu'un accident, il n'en est pas toujours ainsi, et la vente, par exemple, peut être conçue indépendamment de tout écrit qui la constate. Or le mot titre employé en matière de constitution de servitudes se réfère uniquement au fait générateur de la servitude elle-même, et non à l'acte écrit dressé pour conserver la preuve de sa constitution.

Il n'est donc pas besoin d'un écrit pour concevoir l'établissement d'une servitude par titre, et les juges du fait peuvent la faire résulter de la constatation d'une convention verbale (1).

Mais cela n'est vrai qu'entre les parties; à l'égard des tiers il faut un écrit depuis la loi du 23 mars 1855, qui exige la transcription de tous les actes translatifs d'un droit réel.

Il faut cependant remarquer, d'abord que cette loi ne s'applique qu'aux actes entre-vifs, ce qui exclue la nécessité de faire transcrire un testament constituant une servitude.

En second lieu que la transcription est requise seulement à l'égard des tiers concessionnaires de droits réels, du chef

(1) Cass. 13 fév. 1877, D. 78, 1, 259.

de celui-là même qui a créé la servitude. Donc les créanciers chirographaires qui verraient diminuer leur gage imparfait par suite de l'établissement d'une servitude, ne pourraient opposer le défaut de transcription.

Mais la loi emploie le mot titre pour désigner un acte écrit quand elle s'occupe de la preuve de l'existence d'une servitude; c'est ce qu'elle fait dans l'art. 695 examiné plus loin.

414. Qui peut ainsi établir des servitudes par titre?

En principe, c'est seulement celui qui est propriétaire, et qui a la faculté d'aliéner soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, selon les cas. Il ne peut donner d'ailleurs qu'une servitude de même nature que son droit lui-même et soumise aux mêmes causes de résolution. Mais cela doit s'entendre avec tempérament. Celui qui n'est pas encore propriétaire du fonds sur lequel doit être établie la servitude, et qui espère le devenir, peut d'ores et déjà créer la servitude sous la condition *si dominium adquisitum fuerit.*

Si quelqu'un s'oblige à procurer à un propriétaire une servitude sur le fonds d'autrui, il va de soi qu'une pareille convention pourra engendrer un droit de créance, mais jamais un droit réel de servitude.

L'usufruitier et l'emphytéote, si on reconnaît à celui-ci un droit réel, ne peuvent constituer une servitude que pour la durée de leur droit et encore pourvu que le fonds ne soit pas détérioré. Même dans ce cas, le fonds asservi devrait remplir la condition relative à la *causa perpetua.* Ainsi l'usufruitier ne pourrait constituer une servitude *arenæ fodiendæ* sur une prairie accidentellement ensablée, quoique la servitude, dans l'espèce, ne puisse pas être perpétuelle (n° 406). En ce qui touche le propriétaire par indivis, il peut vouloir grever sa part de servitude; mais il peut aussi vouloir grever l'immeuble entier encore indivis; la servitude risque de s'évanouir, dans tous les cas, par l'effet du par-

tage; elle ne sera maintenue que si le constituant obtient le fonds dans son lot (1).

La circonstance qu'il y a déjà sur l'immeuble des servitudes, n'empêche pas d'en établir de nouvelles. Mais il n'en est pas ainsi des hypothèques. Jamais la servitude ne pourra nuire aux droits antérieurs des créanciers hypothécaires qui feront vendre l'immeuble absolument comme si la servitude n'existait pas.

Enfin, contrairement au droit romain (2), une servitude pourra être constituée à terme ou sous condition. Nous en avons déjà vu un exemple dans la condition : *si dominium adquisitum fuerit* (3). D'ailleurs la rigueur du droit romain primitif, tempérée plus tard par les moyens prétoriens, tenait uniquement à la nature des modes de constitution (*mancipatio*, *in jure cessio*) et non au caractère intrinsèque des servitudes.

415. Parlons maintenant de celui au profit de qui a lieu la constitution de la servitude.

Il faut d'abord qu'il soit propriétaire d'un fonds, distinct du fonds servant, et suffisamment rapproché de ce dernier pour pouvoir, vis-à-vis de lui, jouer le rôle de fonds dominant.

De là il suit qu'un propriétaire ne saurait, dans les combinaisons de l'exploitation de son fonds, trouver les éléments d'une servitude active au profit d'une partie de son fonds sur une autre : *nemini res sua servit* (4).

Il faut de plus que la servitude soit attribuée au propriétaire en cette qualité, il pourrait cependant la stipuler *si dominium adquisitum fuerit*.

Enfin, tels individus qui ne pourraient valablement cons-

(1) Voy. Cass. 13 mars 1889, D. 89, 1, 379 ; LAURENT, t. VIII, n° 188; comp. DEMOLOMBE, t. XII, n° 743.

(2) L. 4, D. 8, 1, *De servit.*

(3) DEMOLOMBE, t. XII, n° 703; LAURENT, t. VIII, n° 171.

(4) L. 26, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*

tituer une servitude sur l'immeuble qu'ils détiennent, peuvent, selon certains auteurs, valablement stipuler une servitude au profit de ce même immeuble, par exemple l'usufruitier, l'emphytéote, le propriétaire sous condition résolutoire, « mais à la condition que le propriétaire après l'extinction de l'usufruit, ou après l'événement de la condition, demande que la servitude soit maintenue, en offrant de satisfaire, s'il y a lieu, aux conditions du titre constitutif (1). »

C'est donc que le détenteur ou possesseur ne représentait pas le propriétaire, ni par conséquent la propriété, et qu'on le considère comme ayant stipulé pour autrui. Mais pour être considéré comme ayant stipulé pour autrui, il faut que l'intention d'agir ainsi résulte formellement de la convention, et la convention n'est valable que si le stipulant y avait lui-même un intérêt. Or, quel intérêt juridique peut avoir un détenteur temporaire à stipuler pour le fonds, un droit perpétuel (2)?

416. Un créancier pourrait-il obtenir, à titre de gage ou d'hypothèque, le droit de constituer une servitude sur le fonds de son débiteur au profit de l'un des voisins de ce dernier, pour le cas où la dette ne serait pas payée à son échéance? Le droit romain l'admettait pour les servitudes rurales *propter utilitatem contrahentium* (3). Il s'agissait, non d'une servitude constituée *hic et nunc*, mais d'une servitude à constituer *in futurum*.

En droit français il n'en est pas ainsi; d'abord la servitude ne pourrait pas prendre naissance immédiatement, puisque le fonds dominant ne serait pas encore déterminé, et il ne saurait en outre être question de donner au créancier le droit de la vendre lui-même un jour à un voisin ; le principe de l'article 2088 s'y oppose.

(1) DEMOLOMBE, nos 758 à 760 et les autorités citées.
(2) LAURENT, t. VIII, nos 164 à 170, et les autorités citées.
(3) L. 12, D. 20, 1, *De pign. et hyp.*

417. Il appartient aux juges du fait d'interpréter souverainement le titre constitutif de la servitude pour en déterminer le caractère et l'étendue (1). Ils ne doivent reconnaître à un acte la force de créer une servitude, que si cet acte renferme soit une clause expresse d'établissement de la servitude, soit tout au moins une disposition révélant d'une manière incontestable l'intention des parties de la constituer (2). La Cour de cassation a d'ailleurs le devoir et le droit de vérifier si l'interprétation admise par les juges du fait, quant aux titres produits, n'en a pas altéré la nature (3).

Les actes ou conventions relatifs à l'établissement ou à l'abandon des servitudes constituent une aliénation de droits réels immobiliers (4) et demeurent, comme tels, passibles du droit de 5 fr. 50 0/0 (L. 22 frim., an VII, art. 4). Il n'est dû aucun droit proportionnel soit d'échange, soit de vente, sur l'acte par lequel plusieurs propriétaires se concèdent réciproquement le droit de passer sur les fonds qu'ils possèdent sur le même territoire (5). La renonciation pure et simple à une servitude est soumise au droit fixe de 3 francs (L. 28 fév. 1872). Faite *in favorem,* elle pourrait être assujettie au droit de vente ou de donation.

418. Il peut arriver que le titre ne puisse être produit, parce que la preuve de son existence aura péri entre les mains du titulaire de la servitude. Ce dernier va-t-il demeurer désarmé? Non, la prescription pourra venir à son secours, et ceci nous conduit à examiner quelles sont les règles relatives à l'établissement des servitudes par la prescription.

Il faut d'abord remarquer que la présomption résultant

(1) Cass. 6 juill. 1891, D. 92, 1, 244; Cass. 19 juill. 1887, D. 88, 1, 29.
(2) Caen, 29 janv. 1876, D. 78, 2, 144.
(3) Cass. 8 nov. 1886, D. 87, 1, 85.
(4) Cass. 4 fév. 1885, D. 86, 1, 320.
(5) Del. Reg. 13 sept. 1830, 17 oct. 1843.

de la prescription n'est pas aussi compréhensive que la preuve résultant d'un titre.

L'usucapion, en effet, d'après les art. 690 et 691 s'applique uniquement aux servitudes continues et apparentes.

Pourquoi cela ?

En ce qui touche les servitudes non apparentes, on dit que : « cela est tout simple, car elles ne sont pas publiques, c'est-à-dire qu'elles manquent de l'une des conditions les plus essentielles de la possession à l'effet d'acquérir (1). » Mais nous avons déjà vu (n° 411) que raisonner ainsi, c'est confondre la non-apparence de la servitude avec la non-publicité de la possession, c'est transporter à la possession d'une servitude, un caractère qui peut n'appartenir qu'à la servitude elle-même, car il est manifeste qu'on peut exercer publiquement une servitude non apparente telle qu'un droit de passage.

Pour les servitudes apparentes qui sont en même temps discontinues, si, d'après l'art. 691, elles ne peuvent être établies par une possession même immémoriale, ce n'est pas parce que cette possession serait elle-même discontinue, car nous savons que l'on peut posséder d'une manière continue une servitude discontinue.

Ce serait uniquement parce que leur exercice a lieu à titre précaire, dans le sens romain de l'expression : *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur, tamdiu quamdiu is qui concessit patitur* (2). Cet exercice suppose plutôt un acte de tolérance de la part du propriétaire du fonds prétendu servant, que la présomption d'un droit au profit du fonds prétendu dominant. Cet aperçu, qui, est bien celui de la loi, n'est pas toujours vrai : quand un individu a passé durant

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 785; Conf. LAURENT, t. VIII, n° 195; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1563.

(2) L. 1, D. 43, 26, *De prec.*

trente ans sur le fonds de son voisin; que pour faciliter son passage il a fait lui-même empierrer le chemin, il n'est pas possible qu'il y ait eu simple tolérance de la part de celui qui a laissé s'accomplir sur son fonds un empiètement aussi grave. La logique voudrait, qu'en pareille hypothèse, le droit de conserver la servitude pût résulter de la prescription. La loi ne le permet pas. Mais alors celui qui ne peut ainsi triompher s'il se borne à réclamer la servitude, soutiendra qu'il a usucapé la propriété même du terrain et aura des chances pour réussir dans cette action plus large (1).

Cela prouve que le législateur aurait mieux fait de laisser les servitudes sous l'empire des règles ordinaires de la prescription. L'application du droit commun aurait sans doute souvent conduit à reconnaître que la prescription n'est pas possible pour les servitudes discontinues, mais quelquefois, dans les cas analogues à l'espèce ci-dessus indiquée, elle eût permis d'admettre la prescription (2).

419. Il faut donc un titre pour l'établissement de ces servitudes discontinues, apparentes ou non. Si le titre émane du vrai propriétaire, tout est régulier. Mais s'il a été concédé *a non domino*, ne pourrait-on pas soutenir que, dans ce cas, le droit résultant de ce titre coloré pourra être rendu efficace par la prescription de dix ou vingt ans, ou tout au moins par celle de trente ans?

On l'a soutenu : le possesseur de bonne foi, a-t-on dit, n'est plus un possesseur précaire, agissant en vertu d'une simple tolérance; c'est bien *jure servitutis* qu'il agit. En outre que veut l'art. 691? Qu'il y ait un titre, or ce titre existe.

Mais cela n'est pas exact. D'abord dans la théorie de la

(1) Cass. 7 fév. 1883, D. 84, 1, 128.

(2) Voy. MACHELARD, *Distinction des servitudes, Revue critique*, 1868, p. 12 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1564.

loi, la possession est toujours précaire vis-à-vis du propriétaire du fonds prétendu servant. Il continue de *tolérer* parce qu'il y ignore l'existence de ce titre. D'ailleurs le législateur, dans toute notre section, suppose qu'il s'agit d'un titre émané du propriétaire lui-même. L'art. 695 le démontre amplement (1).

Reconnaissons donc qu'il ne peut être question que de la prescription de trente ans, et que cette prescription ne pourra jamais fonder les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes. Elle ne peut servir qu'à créer les servitudes qui sont à la fois apparentes et continues. Cela est peut-être excessif, mais tel est le système de la loi.

420. Pour que ce résultat soit obtenu, il faut d'abord qu'il y ait eu possession de la servitude, droit incorporel.

Or, la loi reconnaît la possession des droits incorporels (art. 2228). La possession d'un droit incorporel n'est rien autre chose que la possession d'un objet corporel dans la limite du droit allégué. Donc la possession d'une servitude sera la possession de l'immeuble qui y est soumis, dans les limites de la servitude alléguée.

Cette possession doit réunir les conditions requises par l'art. 2229, et il faudra qu'elle ait duré trente ans. Dans aucun cas le titre ne pourra abréger le temps de la prescription. C'est un point aujourd'hui hors de contestation (arg. art. 2264 et 690 comb.) (2).

Mais quel sera le point de départ de cette possession ; à quel moment commencera-t-elle à être utile au propriétaire du fonds dominant ?

La réponse est facile. De quoi s'agit-il, en effet? D'une servitude qui doit être apparente et continue. C'est donc à

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 788; LAURENT, t. VIII, n° 196.
(2) DEMOLOMBE, t. XII, n° 781 ; LAURENT, t. VIII, n° 194; AUBRY ET RAU, t. III, p. 78; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1565.

partir du jour où les travaux apparents nécessaires pour l'exercice de la servitude seront achevés que commencera utilement cette possession qui, si elle se continue pendant trente ans avec tous les caractères voulus par l'art. 2229, rendra désormais certain le droit d'abord problématique du propriétaire du fonds dominant (1). Peu importe, du reste, que les ouvrages apparents dont il s'agit, pourvu qu'ils soient de nature à éveiller l'attention et à provoquer la contradiction du voisin (2), aient été établis sur le fonds dominant ou sur le fonds servant, par le propriétaire lui-même ou par tout autre, dans l'intention précise de constituer la servitude, ou dans une intention différente.

Lorsque la servitude continue et apparente a été constituée par la prescription, celui qui l'a acquise ne peut en user que conformément au mode d'établissement déterminé par la possession elle-même (3). Néanmoins, si le propriétaire du fonds servant tolère des innovations de la part du voisin, la servitude pourra être augmentée ou étendue par le même moyen de la prescription. Mais la prescription pourrait-elle venir augmenter ou étendre une semblable servitude quand elle a son fondement dans un titre? L'affirmative est certaine, l'art. 2240 n'est pas contraire; il défend il est vrai de prescrire contre son titre, mais en ce sens seulement qu'on ne peut se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession; il ne défend pas de prescrire au delà de son titre. Ajoutons enfin que la règle d'après laquelle le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude elle-même et de la même manière, n'est pas spéciale à la prescription libératoire; elle régit également la prescription acquisitive (4).

Quant aux servitudes continues non apparentes, et aux

(1) Cass. 13 juill. 1885, D. 86, 1, 316.
(2) Cass. 15 juin 1881, D. 83, 1, 259.
(3) Trib. civ. Prades, 18 mars 1890, D. 92, 3, 31.
(4) Cass. 26 janv. 1880, D. 80, 1, 152.

servitudes discontinues apparentes et non apparentes, la prescription, qui est impuissante à leur donner naissance, est également impuissante à les modifier, aggraver ou étendre lorsqu'elles ont été établies par un titre.

Ces servitudes sont cependant susceptibles d'une quasi-possession. Leur possession résulte de l'accomplissement des actes qui en constituent l'exercice; comme le fait de passer pour le droit de passage (art. 688 et 1607).

Les servitudes négatives elles-mêmes sont susceptibles de possession. Cette possession résulte de l'abstention forcée, de la part du propriétaire du fonds servant, des actes interdits par le titre constitutif de la servitude (1). Tant que cette abstention est purement facultative, ce qui a lieu quand aucune convention relativement à la servitude n'est intervenue, celui qui en profite ne peut prétendre user du *statu quo* comme d'un droit; mais à partir du moment où la convention a été conclue, c'est à titre de servitude qu'il jouit du *statu quo;* par conséquent il possède la servitude et pourra recourir aux actions possessoires (2).

421. L'un des avantages de la possession est en effet d'autoriser l'exercice des actions possessoires en cas de trouble.

Pour les servitudes qui sont tout à la fois continues et apparentes, il ne saurait y avoir de difficulté. Le trouble apporté à leur possession pourra donner lieu à l'action possessoire, dans les conditions des art. 2229, C. C., et 23, C. pr. c., quand même le demandeur ne produirait aucun titre.

Mais en est-il de même de celui qui se prétend troublé dans la possession d'une servitude discontinue ou non apparente?

Nous avons déjà vu que, dans la théorie de la loi, celui qui

(1) AUBRY et RAU, t. II, § 179.

(2) L. 7, D. 43, 19, *De itin.;* L. 25, D. 8, 6, *Quemad. servit.;* L. 6 § 1, D. 8, 5, *Si servit. vind.*

prétend posséder une servitude discontinue ou non apparente, est présumé avoir agi en vertu d'une pure tolérance de la part du voisin, et que, par suite, il est possesseur précaire.

Donc, s'il se borne à invoquer sa possession, son action est irrecevable.

Mais ne doit-il pas au contraire être écouté s'il produit un titre de nature à faire disparaître la présomption de précarité?

Il y a eu sur ce point d'assez graves difficultés (1). Mais aujourd'hui la jurisprudence est irrévocablement fixée en ce sens qu'en matière de servitudes discontinues ou non apparentes, l'action possessoire est recevable lorsque la possession est caractérisée par un titre soit conventionnel, soit légal qui fait disparaître la présomption de précarité (2), pourvu qu'il soit certain que le terrain dont le demandeur prétend devoir être maintenu en possession pour l'usage de son droit, est le même que celui sur lequel les contractants ont entendu asseoir la servitude (3).

Il a même été jugé qu'il n'est pas indispensable que le titre produit à l'appui de la possession contienne en lui-même une preuve complète de l'existence du droit invoqué; il suffit que, par ses énonciations, il fasse présumer que la possession litigieuse n'est pas entachée de précarité, mais s'exerce en vertu d'un droit (4), et sur ce point les appréciations du juge du fait sont souveraines (5).

(1) Elles sont exposées avec lucidité dans une dissertation de M. BASTID : *Etude sur la possession des serv. discont. et des serv. non appar.*, *Revue critique*, 1879, p. 171.

(2) Cass. 30 juill. 1889, D. 90, 1, 427; Cass. 13 mars 1889, S. 89, 1, 481.

(3) Cass. 12 mars 1888, D. 88, 1, 408.

(4) Cass. 13 juin 1888, D. 89, 1, 196.

(5) Cass. 16 juill. 1888, S. 89, 1, 108.

C'est donc un devoir pour le juge d'apprécier les titres produits par le demandeur à l'effet d'établir que sa possession n'a pas été précaire, et que les actes qui la caractérisent ont été accomplis *animo domini* (1).

Mais alors pourrait-on objecter, et a-t-on objecté, si le juge est ainsi obligé de statuer sur le titre, c'est-à-dire en définitive sur le fond du droit, il va cumuler le possessoire et le pétitoire, contrairement aux prohibitions de l'art. 25, C. pr. c. — Non, car si le juge de paix doit examiner le titre ce n'est pas pour vérifier le point de savoir si ce titre est ou non, constitutif d'un droit, s'il est exempt de causes de nullité, s'il émane d'un individu capable, etc., mais seulement pour rechercher si la possession est ou non précaire, ce qui rentre dans ses attributions, et il n'y a pas là cumul du possessoire et du pétitoire (2).

La précarité révélée par les actes n'est pas la seule cause qui devra faire rejeter l'offre en preuve produite par le demandeur. Le juge, pour rejeter la preuve offerte, pourra s'autoriser de condamnations prononcées contre le demandeur à raison des faits allégués de possession et rendant cette possession abusive ou équivoque, à la condition de constater expressément que les faits illicites ont été commis sur le terrain objet prétendu du droit réclamé (3).

422. Mentionnons enfin la disposition finale de l'art. 691, aux termes de laquelle on ne peut attaquer aujourd'hui les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes déjà acquises par la possession dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière. C'est une application pure et simple du principe général formulé dans l'art. 2. Lorsque celui qui réclame une servitude de cette nature ne fait pas la

(1) Cass. 9 août 1886, D. 87, 1, 38.
(2) Cass. 13 mars 1889, D. 89, 1, 379.
(3) Cass. 9 janv. 1889, S. 89, 1, 18.

preuve d'une possession antérieure au Code civil, il devient inutile de rechercher si, sous l'ancienne législation locale, la longue possession sans titre pouvait servir de base au droit réclamé (1).

423. Lorsque le propriétaire de deux héritages, celui que la loi appelle *le père de famille*, les dispose de manière à établir, sur l'un d'eux au profit de l'autre, une charge qui constituerait une servitude si les deux héritages appartenaient à deux propriétaires différents, s'il advient que ces deux héritages cessent d'être réunis dans la même main, la charge continue de subsister et revêt désormais le caractère de servitude :

ART. 692. La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes.

ART. 693. Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.

Donc la destination du père de famille ne produit d'effet qu'à l'égard d'une servitude à la fois continue et apparente. En réalité, il n'y a pas eu constitution formelle d'une telle servitude; il y a eu plutôt une sorte de constitution tacite. La loi interprétant elle-même l'intention commune des parties a donné à ce mode de constitution toute la force d'un titre. Seulement, alors que, par titre, on peut établir toute espèce de servitudes, on ne pourra, au moyen de la destination du père de famille, établir que des servitudes continues et apparentes, comme par la prescription.

424. Mais s'il est vrai qu'une servitude ne peut résulter de la destination du père de famille qu'à la condition de réunir les deux caractères de la continuité et de l'apparence, comment expliquer le texte suivant qui semble se contenter seulement de l'apparence :

ART. 694. Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héri-

(1) Cass. 1er mai 1888, D. 88, 1, 219.

tages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné (*).

Y aurait-il véritablement antinomie entre ce texte et le texte précédent? Il nous paraît certain que les art. 693 et 694, quoi qu'aient pu dire certains jurisconsultes, prévoient chacun une hypothèse particulière. C'est cette hypothèse qu'il s'agit de déterminer pour chacun des deux articles.

Voyons d'abord comment les rédacteurs du Code ont classé leurs idées dans les trois articles consacrés à notre matière :

En premier lieu, ils circonscrivent la force qui s'attache à la présomption résultant de la destination du père de famille et limitent son domaine : elle vaut titre, mais seulement pour les servitudes continues et apparentes, art. 692; voilà qui est clair.

Oui; mais quand y aura-t-il destination du père de famille? Sur quoi devra porter la preuve en pareille matière? La réponse est simple et se trouve écrite dans l'art. 693.

Il s'agit d'une servitude continue et apparente dont le demandeur prétend avoir l'exercice en vertu de la destination du père de famille; sa prétention est contestée, que doit-il prouver? D'après la disposition textuelle de l'art. 693, il doit *prouver que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.*

Le demandeur est-il tenu de représenter l'acte de vente, de partage ou tout autre par suite duquel la séparation des héritages a eu lieu? Pas le moins du monde; l'art. 693 n'en parle pas, et il est tout naturel qu'il en soit ainsi. En effet, il s'agit d'une servitude à la fois continue et apparente, donc lorsque la séparation des deux héritages a été faite, les parties connaissaient nécessairement l'existence de la servitude; elles sont donc présumées avoir voulu la conserver,

(*) Art. 694. — L. 30, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*; L. 7, D. 8, 4, *Comm. præd.*

car si elles avaient voulu la détruire il y aurait eu une clause formelle insérée dans l'acte ; dans ce cas, celui qui conteste l'existence de la servitude n'aurait qu'à produire l'acte pour mettre fin au procès.

Le législateur s'occupait donc de la preuve quand il rédigeait l'art. 693. Mais, allant plus loin dans le même ordre d'idées, il s'est demandé ce qu'il faudrait décider s'il s'agissait non plus d'une servitude continue et apparente, mais d'une servitude *discontinue* et apparente? Faudra-t-il adopter la même solution? Non, a-t-il répondu; ce n'est plus alors le cas de la destination du père de famille. Sans doute, cette destination devra être prise en considération, mais elle ne suffira pas toute seule. Il faudra toujours que le demandeur fasse la preuve déjà organisée par l'art. 693, il faudra qu'il établisse que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est celui-ci qui a créé la disposition relative des lieux, mais il faudra de plus qu'il prouve que l'acte qui a entraîné la séparation des deux fonds ne contient aucune convention relative à la servitude, preuve qu'il ne pourra faire qu'en produisant le contrat. Tel est le but de l'art. 694. Et pourquoi cette différence de situation? Parce qu'il s'agit d'une servitude discontinue *ayant besoin du fait actuel de l'homme pour être exercée* (art. 688), que l'existence d'un signe extérieur qui l'indique, une porte par exemple, est toujours plus ou moins équivoque et peut même passer inaperçue, que par suite ce n'est pas une circonstance suffisante pour faire présumer nécessairement que les parties ont voulu la conserver telle quelle. Il est donc permis de supposer qu'elles se seront expliqué sur ce point dans le contrat qui a séparé les héritages. Si en effet elles en ont parlé, il faudra s'en tenir au contrat; si au contraire elles n'ont rien dit, il faut bien s'en tenir à l'apparence et la servitude sera maintenue. Or, pour savoir si elles n'ont rien dit, il faut que le contrat soit présenté.

On pourra peut-être trouver que la loi en statuant ainsi a accordé à la discontinuité une importance exagérée (1).

Quoi qu'il en soit, l'interprétation que nous venons d'exposer place le cas prévu par l'art. 694 dans une situation intermédiaire entre l'établissement des servitudes par la destination du père de famille, et leur établissement par titre.

425. Il y a là un défaut d'unité qu'on a voulu faire disparaître, tantôt en soutenant que l'art. 694 a modifié l'art. 692 en supprimant pour tous les cas la nécessité de la continuité, tantôt en soutenant au contraire que c'est par pure inadvertance que le législateur a omis de parler de la continuité dans l'art. 694, et qu'il y a lieu de suppléer sur ce point à son silence. Mais il n'y a pas à s'arrêter à de telles fantaisies.

Une autre opinion distingue entre le cas où la séparation des héritages résulte d'un partage, hypothèse où la continuité et l'apparence seraient nécessaires (art. 692) et le cas où la séparation résulterait d'une aliénation, hypothèse où l'apparence suffirait (art. 694). Mais ce système restreint arbitrairement l'art. 693 pour aboutir à une distinction que rien ne justifie.

Un dernier système est plus sérieux et s'appuie principalement sur des explications très nettes fournies par le tribun Albisson dans son rapport au Tribunat au nom de la section de législation (2).

Dans ce système les art. 692 et 693 seraient exclusivement relatifs au cas où c'est depuis leur réunion dans la même main que les deux héritages ont été mis, par celui qui en était le propriétaire unique, dans l'état duquel résulte la servitude; dans ce cas seulement il y aurait destination du père de famille.

(1) Voy. MACHELARD, *loc. cit.*, *Revue critique*, 1868, p. 201, nos 171 et suiv.; VILLEQUEZ, *Revue historique*, t. V, p. 197 et suiv.

(2) LOCRÉ, t. IV, p. 190.

Au contraire, l'art. 694 s'occuperait uniquement du cas où, antérieurement à la réunion des deux fonds dans la même main, l'un d'eux était grevé envers l'autre d'une servitude légalement établie qui se serait éteinte par confusion. On comprend alors, dit-on, que le demandeur soit tenu de produire l'acte constatant la séparation pour établir que les parties n'ont pas entendu mettre obstacle à la résurrection, s'il est permis de parler ainsi, de cette servitude jadis éteinte par la confusion (1).

Mais au point de vue de l'intention des parties, qu'est-ce que cela peut faire que la disposition des lieux ait été créée par le propriétaire commun lui-même, ou qu'il l'ait trouvée déjà faite et l'ait laissée subsister? Qu'est-ce que cela peut faire qu'il s'agisse d'un *établissement* ou d'un *rétablissement* de servitude? Les rédacteurs du Code civil ont-ils eu l'intention d'introduire dans la loi une distinction nouvelle, inconnue au droit romain et à l'ancienne jurisprudence, et que, au fond, rien ne justifiait? L'historique de la rédaction démontre le contraire, « l'art. 694 n'était que le renversement de l'art. 215 de la coutume de Paris, article qui visait assurément la destination du père de famille. La distinction est donc éclose dans la pensée du tribun Albisson (2). »

Comment d'ailleurs concilier ce système avec l'art. 705 aux termes duquel toute servitude est éteinte par la confusion? Il est vrai que l'art. 694 porte que la servitude *continue de subsister*... Mais cela est faux; comment une servitude qui est bien réellement éteinte par la confusion peut-elle continuer de subsister? Il n'est pas possible de tirer un argument sérieux d'expressions qui, dans tous les cas, sont impropres et mal choisies.

(1) MARCADÉ sur l'art. 694 ; LAURENT, t. VIII, n° 184.
(2) MACHELARD, *loc. cit.*, p. 205, n° 176.

La majorité de la doctrine (1) et la jurisprudence (2) ont d'ailleurs nettement consacré le système exposé en premier lieu, d'après lequel les art. 693 et 694 prévoient, le premier l'hypothèse où il s'agit d'une servitude continue et apparente, le second l'hypothèse où il s'agit d'une servitude apparente mais discontinue.

426. Pour qu'il y ait destination du père de famille, il faut, d'après l'art. 693, que l'arrangement dont on veut le faire résulter ait été établi par le propriétaire lui-même, et de plus avec l'intention d'en faire un arrangement permanent.

Les faits complexes constituant la destination peuvent être prouvés par témoins, bien que cela ait fait quelques difficultés (3).

Il n'est même pas nécessaire, quoique cela ait été contesté, de prouver spécialement que c'est le propriétaire lui-même qui est l'auteur de l'arrangement; il suffit de prouver l'antériorité de l'arrangement sur la séparation (4). Le père de famille peut être considéré comme ayant mis lui-même les choses en cet état, lorsque, pouvant le changer, il ne l'a cependant pas fait.

En ce qui touche l'art. 694, il importe de faire remarquer que le signe apparent d'où l'on veut faire résulter la servitude doit être un véritable signe de servitude, c'est-à-dire révélant par lui-même l'existence de la servitude. Ainsi, s'il s'agissait d'une servitude de passage, les simples traces de passage, les ornières ne suffiraient pas.

Pour que la servitude soit conservée, il faut en outre que

(1) AUBRY et RAU, § 252, texte et note 9; DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, n° 354; DEMANTE, t. II, n° 549 *bis*; DEMOLOMBE, t. XII, n° 821; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1569.

(2) Cass. 1er avr. 1889, D. 90, 1, 271; Cass. 8 nov. 1886, 1er août 1887, S. 87, 1, 455; Cass. 27 avr. 1887, D. 88, 1, 1364.

(3) DEMOLOMBE, t. XII, n° 812; LAURENT, t. VIII, n° 181.

(4) Arg. Cass. 13 juill. 1885, D. 86, 1, 316.

le contrat ne contienne aucune convention qui y soit relative. On ne pourrait considérer comme constituant une pareille convention la clause de style que l'immeuble est vendu avec ses servitudes actives et passives, apparentes et occultes, continues et discontinues; il faudrait une clause spéciale. Constatons enfin que les servitudes acquises par destination du père de famille sont opposables aux tiers indépendamment de toute transcription (1).

427. Il résulte donc des explications qui précèdent, que les servitudes, quelles qu'elles soient, peuvent toutes être établies par un titre; que pour certaines d'entre elles, pour celles qui sont continues et apparentes, le titre peut être remplacé soit par la prescription, soit par la destination du père de famille, tandis qu'il en est autrement des autres. Mais nous savons qu'il ne faut pas confondre le titre avec l'acte écrit qui en contient la preuve, et que quelquefois on appelle aussi un titre.

Or, il peut arriver que le titre existe, mais que le document écrit qui en constatait l'existence ait été perdu. Alors, s'il s'agit d'une servitude continue et apparente, on pourra se passer de l'acte écrit et invoquer la prescription. Mais dans le cas où il s'agira d'une servitude non apparente ou discontinue, la preuve de son existence pourra être faite d'après les règles du droit commun. S'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins et présomptions est admise (2). L'aveu de la partie serait encore suffisant.

428. Le propriétaire du fonds dominant peut aussi faire appel à la bonne foi du propriétaire du fonds servant, et lui demander un acte de reconnaissance, ou acte récognitif de la servitude. Tel est le sens de l'article suivant, dans lequel il faut remarquer que le mot titre est employé comme signifiant l'acte écrit :

(1) LAURENT, t. VIII, n° 190; *Contrà*, MOURLON, *Transcription*, n°s 135 et 136.

(2) Cass. 16 juin 1890, D. 91, 1, 98.

ART. 695. Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi.

Le titre récognitif dont il s'agit, consistera souvent dans un écrit public ou privé spécialement rédigé pour constater l'accord intervenu entre les deux propriétaires voisins, et alors il n'y aura guère, entre l'acte primitif et l'acte récognitif, d'autre différence que la formule employée. Mais il pourra arriver que la récognition ou reconnaissance de la servitude, résulte d'un acte dans lequel le propriétaire du fonds dominant n'était pas partie, et que cependant il puisse l'invoquer. Ainsi, par exemple, un propriétaire jouit d'une servitude de passage sur le fonds du voisin; le voisin vend son fonds à un tiers, et dans l'acte de vente il déclare à son acquéreur que ce fonds est grevé au profit du propriétaire dont nous avons parlé, d'une servitude de passage établie dans telles conditions. Plus tard le droit de servitude est contesté. Celui qui le revendique pourra, s'il ne retrouve pas l'acte primitif, invoquer comme acte récognitif, la clause insérée dans cet acte de vente, quoiqu'il ait été étranger à cet acte. Il n'est donc pas nécessaire que l'acte récognitif résulte d'un concours de volonté entre les deux voisins, et l'écrit ne doit pas être rédigé dans les formes prescrites par l'art. 1337 (1).

De ce qui précède résulte une règle de pratique importante : dans tout procès relatif à une servitude non apparente ou discontinue, si le demandeur n'a pas d'acte ou l'a perdu, il doit avoir soin de s'informer du contenu de tous les actes que le propriétaire actuel de ce fonds ou ses prédécesseurs, peut avoir passés, au sujet du fonds prétendu servant, parce qu'il trouvera peut-être dans ces actes quelque

(1) DEMOLOMBE, t. XII, nos 757 et 757 *bis*; LAURENT, t. VIII, nos 152 à 153.

clause emportant reconnaissance de la servitude contestée.

429. Le demandeur qui a justifié l'existence au profit de son fonds d'une servitude spéciale, n'a pas besoin de fournir une preuve particulière pour les charges accessoires indispensables, sans lesquelles la servitude ne pourrait être pleinement exercée.

En effet :

ART. 696. Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. — Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage (*).

Il résulte de cette dernière disposition que souvent l'exercice d'une servitude rend nécessaire l'établissement d'une seconde servitude, et le texte en donne un exemple. Il s'agit du droit de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui. Le droit de saillie avec gouttières, le droit d'aqueduc peuvent également impliquer le droit de passage. Il en est de même pour le droit de prise d'eau (1). Le droit d'avoir des cheminées dans le mur du voisin, peut également donner le droit de monter sur la toiture de la maison de ce dernier, si cela est indispensable pour le ramonage (2). Le passage est même l'accessoire le plus ordinaire à l'exercice d'une servitude principale, et si le terrain sur lequel ce passage doit être pratiqué est dans une cour ou un lieu clos, le propriétaire du fonds dominant peut exiger une clef. Enfin, il faut noter que le passage ne doit pas être nécessairement pris sur le fonds même grevé de la servitude principale; il peut être pratiqué sur un autre fonds appartenant au même propriétaire, et son assiette peut s'acquérir par prescription (3).

(*) Art. 696. — L. 10, D. 8, 1, *De servit.;* L. 3 § 3, L. 15, D. 8, 3, *De serv. præd. rust.;* L. 20 § 1, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*

(1) Limoges, 29 fév. 1888, D. 89, 2, 213; voy. LAURENT, t. VIII, nos 249 et 250.

(2) Cass. 24 fév. 1891, D. 91, 1, 252.

(3) Arrêt précité de Limoges du 29 fév. 1888.

La servitude, dans de telles conditions, est donc formée de deux éléments distincts, l'un principal et l'autre accessoire. Mais ces deux éléments constituent cependant un tout indivisible. Par conséquent, si le propriétaire du fonds servant, tout en reconnaissant l'existence de la servitude principale, méconnaît l'assiette du passage, il méconnaît en réalité un élément essentiel de la servitude; son aveu ainsi formulé étant lui-même indivisible, équivaut à la contestation de la servitude dans son ensemble, et ne saurait avoir pour effet de détacher de l'élément principal, l'élément accessoire, le droit de passage, de façon à faire considérer ce dernier comme une servitude isolée qui, étant discontinue, ne peut s'acquérir par prescription (1).

430. L'existence d'une servitude accessoire destinée à assurer l'exercice d'une servitude principale, n'est pas du tout contraire à une règle venant du droit romain, aujourd'hui encore en vigueur, d'après laquelle une servitude ne pouvant être créée que pour l'utilité d'un fonds ne peut être constituée sur une autre servitude (2).

Il importe de bien déterminer le sens de cette règle : prenons le cas indiqué par le second paragraphe de l'art. 696 : la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage. Le propriétaire du fonds dominant pourrait-il vendre à un tiers l'eau qu'il a puisée? L'affirmative ne saurait souffrir la moindre difficulté. Sans doute la servitude de puisage n'a pu être constituée que pour l'utilité du fonds dominant, mais quand l'eau a été puisée le propriétaire du fonds servant n'a pas à se préoccuper de ce que le voisin peut en faire.

Supposons maintenant qu'au lieu d'un droit de puisage, il s'agisse d'un droit d'aqueduc. Ainsi, il y a une source dans

(1) *Ibid.*
(2) L. 1; D. 33, 2, *De usu et usuf.*

votre champ qui est séparé du mien par un champ appartenant à un tiers. J'ai le droit de prendre chez vous une quantité d'eau déterminée, de conduire cette eau sur le champ intermédiaire au moyen d'un aqueduc, et de la faire ainsi arriver dans mon champ. Si au lieu d'avoir sur le fonds intermédiaire une servitude d'acqueduc, j'avais tout simplement un droit de passage pour aller puiser l'eau, je pourrais, après avoir puisé l'eau qui m'est due pour mon fonds, la vendre à n'importe qui, notamment au propriétaire du fonds intermédiaire. Or, la question est de savoir si je ne pourrai pas concéder à ce dernier le droit de pratiquer une saignée dans mon aqueduc, et de profiter de tout ou partie de l'eau que cet aqueduc est destiné à conduire chez moi, sans qu'il puisse en résulter, bien entendu, une aggravation de la servitude au préjudice du fonds servant. Il est certain qu'une telle concession ne peut être faite à titre de servitude (1), mais on admet qu'elle pourra avoir lieu avec ce caractère moyennant l'assentiment du propriétaire du fonds servant (2). Il semblerait donc résulter de là que la règle *servitus servitutis esse non potest* n'a pas le caractère qu'on lui attribue ordinairement; au lieu de se référer à une impossibilité juridique en ce qui touche l'établissement des servitudes, elle serait simplement une application de la règle qu'on ne peut pas aggraver la condition du fonds servant; elle voudrait dire qu'on ne peut pas aggraver cette condition en greffant, par exemple, une servitude de prise d'eau sur une servitude d'aqueduc, mais que ce résultat serait possible avec l'assentiment de l'intéressé.

Nous croyons cependant que la règle *servitus servitutis esse non potest*, se réfère bien positivement à une impossibilité juridique de constituer une servitude sur une autre ser-

(1) L. 24, D. 8, 3, *Comm. præd.*
(2) L. 33 § 1, D. 8, 3, *Comm. præd.*

vitude, et que l'assentiment de l'intéressé ne peut la faire fléchir. Seulement, dans l'hypothèse ci-dessus envisagée, il n'y aurait pas servitude constituée sur une servitude, mais il y aurait concession d'une seconde servitude sur le même fonds asservi, au profit d'un autre fonds que le fonds dominant (1).

431. Les servitudes accessoires dont s'occupe l'art. 696 sont celles qui ont ce caractère vis-à-vis du fonds servant et qui grèvent ce même fonds servant. Ce sont celles-là que celui qui a concédé la servitude *est censé avoir accordées.* Mais il y a d'autres servitudes qui sont accessoires vis-à-vis du fonds dominant seulement, tout en étant principales à l'égard du fonds servant. Ainsi, par exemple, j'ai un droit de passage au profit d'un fonds séparé du fonds servant par un fonds intermédiaire appartenant à un tiers. Il est certain que je ne puis user de la servitude principale qu'à la condition d'avoir un droit de passage sur le fonds intermédiaire; pour moi cette seconde servitude sera un accessoire, ou plutôt une condition d'exercice de la première. Mais pour le fonds intermédiaire, c'est une servitude principale.

Lorsque les juges reconnaissent l'existence d'une servitude de passage au profit d'un fonds séparé d'un autre fonds par un fonds intermédiaire, ils ne peuvent subordonner l'exercice de cette servitude au point de savoir si le propriétaire du fonds dominant a, de plus, un droit de passage sur le fonds intermédiaire.

SECTION III.

Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

432. — Droits du propriétaire du fonds dominant, art. 697 et 698.
432 *bis*. — Affranchissement des charges convenues, par l'abandon du fonds servant, art. 699.

(1) V. MOLITOR, *Possession*, p. 307, n° 12.

433. — De l'indivisibilité des servitudes.
434. — Comparaison nécessaire avec le droit romain.
435. — Toutes les servitudes dans leur nature intrinsèque et au regard du fonds servant sont indivisibles.
436. — Influence de la division du fonds dominant sur l'usage des servitudes, art. 700,
437. — Soit continues, soit discontinues.
438. — Cas où l'utilité de la servitude est divisible entre les diverses fractions du fonds dominant.
439. — Devoirs du propriétaire du fonds servant, art. 701 ; modification qu'il ne doit pas faire ou qu'il peut faire à l'état des lieux.
440. — Sanction des règles précédentes.
441. — Offre d'un endroit aussi commode pour l'exercice de la servitude.
442. — Le propriétaire du fonds dominant doit s'abstenir de tout ce qui aggrave la servitude.

432. Nous avons déjà vu que, d'après l'art. 686, l'usage et l'étendue des servitudes se règlent par le titre qui les constitue. A défaut de titre, ou si le titre ne s'explique pas à cet égard, la loi édicte les règles suivantes applicables à toute espèce de servitudes :

ART. 697. Celui auquel est due une servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver (*).

ART. 698. Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire (**).

Ces dispositions se comprennent d'elles-mêmes et n'ont pas besoin d'explication. Il s'agit des ouvrages à faire sur le fonds servant; car pour les ouvrages à faire sur son propre fonds, le propriétaire du fonds dominant n'avait pas besoin d'un texte spécial pour être autorisé à les faire.

La loi parle uniquement des ouvrages faits en vue d'*user* de la servitude, ou de la *conserver*. Il va de soi que ces ou-

(*) Art. 697. — L. 11 § 1, D. 8, 4, *Comm. præd.*; L. 15, D. 8, 3, *De serv. præd. rust.*; L. 10, D. 8, 1, *De serv.*; L. 3 § 11 à 16, L. 4 § 1, L. 5, D. 43, 19, *De itin.*

(**) Art. 698. — L. 15 § 1, D. 8, 1, *De serv.*

vrages doivent être faits aux frais du propriétaire du fonds dominant.

Quant au propriétaire du fonds servant, il ne peut, en principe, être tenu de faire quoi que ce soit pour l'entretien de la servitude. C'est ce qu'on exprime en disant que la servitude ne peut consister *in faciendo*.

432 *bis*. Il peut cependant être dérogé à cette règle au moyen d'une clause qui doit être *expresse*. C'est ce qui résulte de la combinaison des art. 698 et 699 (1). Cette clause expresse sera donc nécessaire, même dans le cas d'une servitude d'appui, (*oneris ferendi*), qui, en droit romain, la contenait implicitement. Mais malgré cette dérogation et comme dans le cas de la servitude *oneris ferendi*, c'est toujours le fonds et non la personne qui doit la servitude (2); par conséquent

ART. 699. Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

Cette clause pourrait être tacite, et même résulter d'un acte postérieur au titre constitutif. La charge qui en dérive est une modalité de la servitude et elle pèse sur quiconque acquiert l'immeuble, même à titre singulier (3).

De ce que cette charge est purement réelle, il suit que le propriétaire du fonds assujetti pourrait s'y soustraire en abandonnant le fonds; et comme il s'agit d'un cas où des intérêts uniquement d'ordre privé sont en jeu, une renonciation à cette faculté d'abandon serait licite (4).

Le fonds assujetti dont l'abandon est possible, est seule-

(1) LAURENT, t. VIII, n° 343; DEMANTE, t. II, n° 555 *bis;* Cass. 7 déc. 1869, D. 70, 1, 33; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XII, n° 875.
(2) L. 6 § 2, D. 8, 5, *Si serv. vind.*
(3) V. DEMOLOMBE, t. XII, n° 880; LAURENT, t. VIII, n° 243.
(4) LAURENT, t. VIII, n° 247; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XII, n° 881.

ment la partie nécessaire pour l'exercice de la servitude ; si c'est la totalité qui est nécessaire, l'abandon devra porter sur la totalité.

La loi déclare que cet abandon est fait *au propriétaire*. Il s'agit donc non pas d'une abdication pure et simple, mais d'un abandon *au propriétaire*. Pourquoi cela? Pour que la propriété ne demeure pas incertaine. Donc la propriété passe *rectâ viâ* au propriétaire, sans qu'une acceptation spéciale soit nécessaire de sa part. La mutation qui s'opère étant un pur effet de la loi ne doit donner lieu qu'au droit fixe de 3 fr., mais paraît soumise à la nécessité de la transcription (1). M. Laurent soutient que l'abandon est purement abdicatif, et ne devient translatif que par l'acceptation, que par suite c'est l'acceptation seule qui rend la transcription nécessaire (2). Mais cette opinion ne tient pas compte des termes de l'art. 699 qui parlent d'un abandon *au propriétaire*.

433. Il faut maintenant voir fonctionner les servitudes dans la pratique usuelle.

Deux règles dominent la matière : d'abord le propriétaire du fonds dominant ne doit pas aggraver la condition du fonds assujetti. C'est ce qui résulte de l'art. 700 qui sera expliqué bientôt.

D'un autre côté le propriétaire du fonds servant ne doit rien faire qui tende à restreindre l'usage de la servitude ; c'est ce que déclare formellement l'art. 701.

L'art. 700 et l'art. 701 prévoient, pour les prohiber, des faits illicites personnels soit au propriétaire du fonds dominant, soit au propriétaire du fonds servant. Aucun d'eux ne doit modifier la condition de l'autre.

Mais il semble que cette condition puisse être modifiée soit dans un sens soit dans un autre, par l'effet d'événements

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 885.
(2) LAURENT, *ibid.*, n° 246.

qui n'ont rien d'illicite, que par conséquent il ne saurait être question de prohiber, et qui peuvent amener le morcellement soit du fonds dominant, soit du fonds servant.

Que deviendra la servitude envisagée aux points de vue actif et passif, si l'on suppose que l'un des fonds entre lesquels elle existe, ou tous les deux sont divisés en plusieurs fractions?

Le législateur s'est posé la question, en se plaçant au point de vue du morcellement du fonds dominant, dans l'art. 700. Mais ce n'est là qu'un des aspects d'une théorie plus générale de l'indivisibilité des servitudes, qui doit naturellement trouver ici sa place.

L'indivisibilité est une qualité permanente de certains droits qui ne sont jamais susceptibles de division, même intellectuelle, et dont il est impossible de concevoir un fractionnement quelconque. L'application de cette notion aux servitudes n'a pas besoin d'être démontrée. Il est manifeste qu'on ne peut comprendre le fractionnement d'une servitude de passage. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser des servitudes qui paraissent susceptibles de plus ou de moins, telles que les servitudes de puisage et autres semblables.

434. La théorie de l'indivisibilité des servitudes en droit français ne peut être bien comprise qui si elle est mise en regard de la théorie, différente sur plusieurs points, qui avait été admise en droit romain.

En droit romain, il fallait envisager l'indivisibilité des servitudes à quatre points de vue divers :

1° Au point de vue de l'obligation de constituer une servitude;

2° Au point de vue de la constitution même d'une servitude par un mode approprié;

3° Au point de vue de la nature du droit de servitude une fois qu'il a été constitué;

4° Au point de vue de l'exercice quotidien du droit de servitude par le propriétaire du fonds dominant.

En droit français les deux premiers points de vue ont presque entièrement disparu, puisqu'on ne distingue plus aujourd'hui entre l'obligation de constituer un droit réel et la constitution même de ce droit.

Ainsi, en droit romain, je stipulais de vous une servitude de passage sur votre fonds. Le droit réel n'existait pas encore; cette stipulation n'avait pu l'engendrer, elle m'avait seulement rendu créancier et vous débiteur d'une servitude à constituer. La servitude n'aurait commencé d'exister qu'à partir du moment où vous auriez exécuté votre obligation de me la procurer, en me le procurant en effet au moyen de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio*. Par conséquent, si vous étiez venu à mourir avant d'en faire la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*, et en laissant quatre héritiers, vous auriez transmis à vos héritiers l'obligation de constituer à mon profit la servitude promise et encore due. Mais comme la servitude est indivisible et qu'on ne peut la concevoir divisée en quatre parties, j'aurais pu exiger des quatre héritiers qu'ils s'arrangent de manière à me procurer la servitude pour le tout.

En droit français, il n'en est plus ainsi. Si j'ai stipulé de vous une servitude, la servitude se trouve créée tout de suite, comme droit réel, par le seul effet de la convention; il n'est plus besoin, comme en droit romain, de recourir, pour l'engendrer, à un acte nouveau distinct de la convention (1). Par conséquent, en supposant que vous veniez à mourir immédiatement après m'avoir promis la servitude, il n'y aura pas lieu de rechercher, comme en droit romain, ce que je puis réclamer à vos héritiers. La servitude s'est trouvée tout de suite créée, et à cet égard, il ne reste plus de question à débattre entre vos héritiers et moi.

(1) Voy. MOLITOR, *Possession*, p. 318, n° 22.

Il n'y a qu'un seul cas, assez rare d'ailleurs, où il y ait lieu aujourd'hui de se préoccuper de l'indivisibilité des servitudes au point de vue de l'obligation de les constituer, c'est lorsque quelqu'un s'est obligé à procurer à un propriétaire une servitude sur le fonds d'autrui. Ici la servitude ne peut se trouver constituée par la seule convention, puisque celui qui l'a promise n'est pas propriétaire du fonds qui doit jouer le rôle de fonds servant. Si donc il meurt avant d'avoir pu procurer la servitude promise, et s'il laisse plusieurs héritiers, le créancier pourra réclamer à chacun d'eux l'exécution de la promesse pour le tout, puisqu'il est impossible, vu l'indivisibilité de la servitude, de concevoir l'exécution de cette promesse pour partie.

Il faut donc, en droit français, négliger les deux premiers points de vue, qui étaient si importants en droit romain, et ne nous occuper de l'indivisibilité des servitudes qu'aux deux autres points de vue, savoir : la nature du droit de servitude quand il a été constitué, et l'exercice quotidien de la servitude par le propriétaire du fonds dominant.

435. Voyons d'abord ce qui concerne la nature du droit de servitude.

La servitude étant constituée sur un fonds et pour l'utilité d'un autre fonds, devient comme une qualité de ces mêmes fonds. Or une qualité doit se retrouver dans les parties comme dans le tout. Par conséquent si l'on suppose le morcellement du fonds dominant ou du fonds servant, cette division ne portera aucune atteinte à la servitude considérée en elle-même, laquelle restera toujours indivisible.

Ce point n'a pas toujours été nettement élucidé par les auteurs, attendu que pour en vérifier l'exactitude, ils se sont presque toujours placés au regard seulement du fonds dominant (1). Or, pour apercevoir clairement le caractère indivi-

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. XII, n° 862; voy. cependant LAURENT, t. XII, n° 284.

sible d'une servitude considérée en elle-même, il faut se placer en face du fonds servant. A ce point de vue, on est obligé de reconnaître qu'elles grèvent pour le tout chaque partie du fonds servant.

Ainsi, par exemple, soit le droit de prendre dans un fonds, telle quantité de marne, de pierre, de sable, etc. On peut dire de cette servitude, comme de l'hypothèque, *est tota in toto et tota in qualibet parte*. Par conséquent, si le fonds servant vient à être divisé en plusieurs parties, soit par l'effet d'une vente en parcelles consentie par le propriétaire, soit par l'effet d'un partage entre les héritiers du propriétaire décédé, cette division ne portera aucune atteinte aux droits du fonds dominant qui s'exercera sur le fonds servant absolument comme si cette division n'avait pas eu lieu. Par conséquent encore, si une telle servitude ne pouvait, en fait, être exercée sur une partie du fonds servant parce que cette partie serait grevée d'une servitude de passage au profit d'un autre fonds, tout événement qui ferait disparaître la servitude de passage aurait pour effet de permettre désormais l'exercice du droit d'extraction sur le terrain ci-devant affecté au passage, comme sur les autres parties du fonds (1).

Ainsi donc, considérées au point de vue de leur nature intrinsèque, toutes les servitudes sont indivisibles en ce sens que, quel que soit le morcellement du fonds servant, jamais le droit de servitude ne peut être fractionné.

436. Envisageons maintenant les servitudes au point de vue de leur usage quotidien, c'est-à-dire de leur exercice et du genre d'utilité qu'elles sont susceptibles de produire. Ici il faut naturellement se placer au regard du fonds dominant, et voir tout de suite quelle sera l'influence, sur la servitude, de la division du fonds dominant.

C'est à cet ordre d'idées que se réfère l'article suivant:

(1) Cass. 18 mars 1880, D. 81, 1, 269.

ART. 700. Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée. — Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit (*).

Quelle est d'abord la situation précise prévue par ce texte?

Supposons que le propriétaire du fonds dominant vienne à mourir laissant plusieurs héritiers. Ces derniers sont devenus propriétaires par indivis. On demande si l'art. 700 est fait pour le cas où ils demeurent dans l'indivision, ou bien pour régler la situation lorsqu'un partage en nature du fonds dominant sera intervenu entre eux?

Il résulte évidemment de la première partie de notre article qu'il se réfère à l'hypothèse où l'indivision a pris fin par un partage en nature: *si l'héritage vient à être divisé*, dit le texte. Il s'agit donc du cas où ceux qui étaient co-propriétaires du fonds dominant ont cessé de l'être pour devenir, chacun, propriétaire exclusif de son lot. C'est donc à tort que le texte a conservé dans sa seconde partie l'expression *copropriétaire* (1).

C'est qu'en effet, tant que dure l'indivision, peu importe qu'à la place du propriétaire unique, nous trouvions plusieurs copropriétaires par indivis; à eux tous ils représentent la propriété. Or la servitude a été établie pour l'usage du fonds, ils continueront tous ensemble de l'exercer comme l'aurait fait leur auteur lui-même, c'est-à-dire de manière à ne pas aggraver la condition du fonds asservi. Ce n'est pas pour cette hypothèse qu'est fait l'art. 700.

Il est fait pour l'hypothèse où un partage a été effectué. Dans ce cas il décide *que la servitude reste due pour chaque*

(*) Art. 700. — L. 17, D. 8, 1, *De serv.*; L. 16 § 1, L. 25 § *ult.*, D. 8, 211, *De serv. præd. rust.*

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 856; *Contrà*, LAURENT, t. VIII, n° 279.

portion. C'est cette solution qu'il faut appliquer aux diverses catégories de servitudes.

437. Voyons d'abord ce qui concerne les servitudes continues. Le caractère de ces servitudes c'est de n'avoir pas besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées et d'avoir une assiette fixe, comme lorsqu'il s'agit d'une servitude de vue, de stillicide, d'appui. Il résulte de la nature même des choses que la servitude continuera d'exister, telle qu'elle était, au profit du lot dans lequel se trouvera soit le mur percé de la fenêtre, soit le toit qui rejette les eaux, soit la poutre qui est appuyée. On ne pourra pas dire, dans ce cas, qu'il y a, à proprement parler, une division du fonds dominant, car le fonds dominant se réduit en définitive à la partie circonscrite et déterminée où se trouve le siège de la servitude.

Il convient même d'étendre cette solution aux servitudes discontinues qui se trouvent limitées à un point donné par le titre constitutif.

Passons maintenant aux servitudes discontinues en général. Ce sont principalement ces servitudes que l'art. 700 a eu en vue lorsqu'il déclare que la servitude reste due en entier pour chaque portion. Mais cela n'est vrai que pour le cas où l'utilité de la servitude n'est pas susceptible d'une division, par exemple s'il s'agit d'un droit de passage constitué, non pas au profit de telle partie spéciale d'un fonds, mais au profit d'un fonds en général. Chaque lot pourra profiter de la servitude pour le tout. Par conséquent, à la place d'une servitude unique de passage, il y aura désormais autant de servitudes distinctes, autant de fonds dominants que de lots. Mais comme la condition du fonds assujetti ne doit pas être aggravée, tous les propriétaires des divers lots devront exercer la servitude en passant par le même endroit. Il est vrai qu'ils seront plus nombreux, mais il ne faut pas voir là une circonstance aggravante de la servitude, sortant des prévi-

sions normales des parties (1). Voilà pour le cas où l'utilité de la servitude ne peut pas être divisée.

438. Mais si nous supposons que l'utilité de la servitude ainsi que son exercice sont susceptibles d'être divisés, comme lorsqu'il s'agit du droit de recueillir une certaine quantité déterminée d'eau, de marne, de sable, etc., alors la servitude sera divisée entre les divers lots, d'après le règlement intervenu à cet égard entre les copartageants, sinon proportionnellement à la valeur relative des lots (2). Ce n'est que dans cette mesure que la servitude *restera due à chaque portion*, comme le dit l'art. 700. Cette combinaison est avantageuse pour le fonds servant qui voit ainsi les chances d'extinction partielle de la servitude se multiplier.

Ainsi donc, en résumé :

Les servitudes considérées en elles-mêmes, en face du fonds servant, sont toutes indivisibles, en ce sens qu'elles demeurent intactes, quel que soit le morcellement du fonds servant.

Au contraire, les servitudes envisagées quant à leur exercice et leur utilité, peuvent quelquefois être divisibles, lorsque le genre d'utilité qu'elles procurent au fonds dominant peut être conçu divisé.

Il n'y a pas autre chose à dire, pour le moment, sur l'indivisibilité des servitudes, mais nous aurons à y revenir bientôt en parlant de l'extinction des servitudes.

439. L'art. 700 qui vient d'être expliqué, mentionne cette règle, surabondamment reproduite par l'art. 702, que la condition du fonds assujetti ne doit pas être aggravée par le propriétaire du fonds dominant. Mais la réciproque est vraie.

ART. 701. Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. — Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. — Mais cepen-

(1) LAURENT, t. VIII, n° 280; Comp. DEMOLOMBE, t. XII, n° 858.
(2) DEMOLOMBE, t. XII, n° 864.

dant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser (*).

Toute servitude a pour résultat de créer à la charge du fonds servant, la nécessité de maintenir les lieux dans l'état déterminé voulu pour l'exercice de la servitude.

C'est cet état particulier que ne peut modifier le propriétaire du fonds servant. Il faut donc distinguer deux sortes de changements que ce dernier voudrait apporter à l'état des lieux.

Il est des changements dont le caractère est d'être une négation manifeste et catégorique de la servitude considérée dans son élément essentiel. Ainsi le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude *altius non tollendi* avait précisément exhaussé les bâtiments que la servitude avait pour but de maintenir à une hauteur ne devant pas être dépassée. La Cour de cassation a jugé avec raison que les juges ne pouvaient repousser la demande en suppression des constructions indûment élevées, sous prétexte que l'exhaussement dont se plaignait le demandeur ne le privait ni d'air ni de jour. Les juges ne peuvent en effet subordonner à la constatation d'un préjudice la solution d'une question touchant aux conditions même de l'exercice de la servitude telle qu'elle est réglée par l'acte constitutif (1). L'art. 701 n'était pas nécessaire pour permettre la répression de semblables entreprises.

Il est au contraire d'autres changements qui ne sont pas en opposition directe avec la servitude considérée dans son essence; tel serait le fait de couvrir une cour grevée d'une servitude de passage. Si les juges du fait constatent que ce changement ne porte atteinte sous aucun rapport, au libre

(*) Art. 701. — L. 9, D. 8, 1, *De servit.;* L. 9, D. 8, 5, *Si serv. vind.;* L. 20 § 3, L. 3, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*

(1) Cass. 16 avr. 1890, S. 91, 1, 375.

exercice de la servitude, le propriétaire du fonds servant sera reconnu avoir agi dans la limite de son droit (1). — Il en sera autrement s'il est constaté que le passage a été rendu plus difficile à cause de l'obscurité résultant de la couverture placée au-dessus de la cour, etc.

C'est seulement aux changements de cette nature, qui laissent subsister la servitude tout en la rendant plus incommode, que s'applique l'art. 701. C'est seulement pour les changements de cette nature, qu'il est exact de dire que la prohibition de changer l'état des lieux ne doit pas être considérée comme absolue, et qu'elle n'existe que pour les modifications de nature à entraîner un préjudice pour le fonds dominant, en diminuant ou en rendant plus incommode l'exercice de la servitude. Ce sera là une pure question de fait. Mais le fait des changements nuisibles effectués sur les lieux une fois constaté, doit entraîner comme conséquence nécessaire la condamnation du propriétaire du fonds servant. Devrait donc être cassé l'arrêt qui, après avoir fait une telle constatation, rejetterait en même temps la réclamation du propriétaire du fonds dominant (2).

En prévision de semblables difficultés, les parties peuvent insérer dans l'acte constitutif d'une servitude que le propriétaire du fonds servant ne pourra apporter aucun changement quelconque à l'état des lieux. Cette clause donnera au propriétaire du fonds dominant le droit de demander le rétablissement des lieux dans leur état primitif, sans avoir à justifier de l'existence d'un préjudice. Le juge, en ce cas, ne pourrait rechercher s'il a été causé un préjudice qu'en vue des dommages-intérêts à allouer, indépendamment du rétablissement des lieux dans leur état primitif (3).

(1) Cass. 27 oct. 1890, S. 91, 1, 28.
(2) Voy. LAURENT, t. VIII, n° 270.
(3) Gand, 2 janv. 1884, *Pas.*, 84, 2, 152.

440. La démolition des travaux exécutés en opposition avec le fonctionnement normal de la servitude doit naturellement avoir lieu aux frais de celui qui les a indûment fait élever s'il est encore propriétaire du fonds servant. Mais on a formulé des doutes à cet égard lorsque ce fonds est passé entre les mains d'un tiers détenteur. Ainsi il a été jugé que l'acquéreur ou adjudicataire d'un immeuble grevé d'une servitude *non ædificandi*, et sur lequel le précédent propriétaire avait, contrairement à son titre, élevé des constructions, est seulement tenu, au regard du propriétaire du fonds dominant; d'en laisser opérer la démolition. Il ne saurait être contraint d'effectuer lui-même cette démolition, ni, faute par lui d'y avoir procédé, être condamné à des dommages (1).

Nous comprenons une telle solution en ce qui concerne les dommages-intérêts qui ne peuvent être réclamés que contre l'auteur même de la contravention (2), mais il est difficile de l'admettre en ce qui touche la démolition. La question est la même que celle examinée plus haut à l'occasion du mur mitoyen (ci-dessus, n° 346), l'action qui appartient au demandeur, c'est l'action réelle, dans l'espèce une action confessoire. Demolombe déclare qu'il s'agit d'une *actio personalis in rem scripta* et transporte ainsi, sans s'en apercevoir, dans la théorie des droits réels, une formule qui, dans le droit des obligations, sert à désigner une catégorie d'actions exclusivement personnelles, et dont le type est l'action *quod metûs causa* (3)! Cette méprise singulière conduit l'auteur à déclarer le tiers détenteur passible des dommages-intérêts, sauf d'ailleurs son recours contre son auteur.

441. Quoique le propriétaire du fonds servant ne puisse pas changer l'état des lieux, il peut cependant, nonobstant

(1) Limoges, 26 nov. 1889, S. 91, 2, 269.

(2) LAURENT, t, VIII, n° 271 ; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XII, n° 895.

(3) L. 4 § 33, L. 9 § 8, D. 44, 4, *De doli mali et metus except.* Voy. MAYNZ, *loc. cit.*, t. I, § 137, n° 111, t. II, § 287.

toute convention contraire (1), offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, si l'assignation primitive était devenue plus onéreuse, ou rendait impossibles des réparations avantageuses. Il pourrait aussi, pour les mêmes motifs, obtenir un changement dans l'état des lieux et dans les conditions d'exercice de la servitude.

C'est là une conséquence du principe posé plus haut (n° 407), que la servitude doit être exercée *civiliter*. La règle qui en résulte, et qui est consacrée par la disposition finale de l'art. 701, est générale, et s'applique à tous les cas, sans distinction, aux servitudes dites naturelles et légales, aussi bien qu'aux servitudes conventionnelles, et sans qu'il y ait lieu de rechercher non plus si l'assignation primitive, dont le changement est demandé, a eu lieu dans l'acte constitutif lui-même, ou postérieurement (2).

L'offre que le propriétaire du fonds servant est autorisé à faire par l'art. 701, doit avoir pour objet soit une portion d'un fonds à lui appartenant, soit une portion d'un fonds appartenant à un tiers qui aurait donné son consentement, en un mot une portion d'un fonds sur lequel des droits certains pourraient être établis. On ne pourrait donc proposer au propriétaire du fonds dominant une combinaison qui aurait pour résultat de transporter l'assignation de la servitude sur la voie publique, car la jouissance de la voie publique est précaire, et il n'est pas possible de la grever de droits définitifs.

L'action relative à cette offre est imprescriptible, et si cette offre se produit dans les conditions de l'art. 701 le propriétaire du fonds dominant ne peut la refuser ; en cas de désaccord entre les parties, la justice décidera.

Réciproquement, le propriétaire du fonds dominant pour-

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 905; Comp. LAURENT, t. VIII, n° 275.
(2) DEMOLOMBE, *ibid.*

rait-il demander et obtenir que l'endroit par lequel la servitude s'exerce soit changé, si le changement proposé lui est utile et ne doit pas rendre la servitude plus onéreuse ? Si le titre est muet sur l'endroit affecté à l'exercice de la servitude, on peut admettre, sans difficulté, que le juge décidera, si les parties ne peuvent s'accorder (1). Mais si le titre fixe l'endroit par lequel la servitude doit être exercée, la solution est plus douteuse. Est-il permis aux juges, si les parties ne sont pas d'accord, de décider contre le titre ? La réponse à l'objection est fournie par l'art. 701 qui, dans un cas où l'assignation de la servitude est fixée par le titre, permet cependant de la changer, malgré le titre. Mais, dit-on, l'art. 701 ne parle que du propriétaire du fonds servant et non du propriétaire du fonds dominant ! Cela est vrai, et si l'art. 701 parlait du propriétaire du fonds dominant, il n'y aurait pas de question. Le silence de l'art. 701 quant au propriétaire du fonds dominant, est donc une raison de douter, mais ne saurait être une raison de décider. Il faut donc tirer de l'art. 701 non un argument *a contrario*, mais un argument d'analogie, et trancher la question en faveur du propriétaire du fonds dominant (2).

442. Cette solution est confirmée par un argument *a contrario*, ayant sa valeur quand il vient s'ajouter à d'autres, et tiré de l'article suivant :

ART. 702. De son côté, celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier.

Les juges apprécieront, d'après le titre ou les circonstances, si les changements apportés à l'exercice de la servitude aggravent la condition du fonds servant.

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 843; LAURENT, t. VIII, n° 265.

(2) MOURLON, (*Valette*), t. I, n° 1845; LAURENT, t. VIII, n° 265; *Contrà*, DURANTON, n° 623 *ter;* DEMOLOMBE, t. XII, n° 845 et les autorités citées; *adde*, Bordeaux, 12 avr. 1889, D. 90, 2, 147.

Le propriétaire du fonds assujetti pourra demander la destruction des travaux qui aggravent la condition de son fonds, et même des dommages-intérêts. Il pourra agir contre un tiers détenteur par l'action réelle, pour obtenir la démolition, d'après les principes que nous avons eu l'occasion d'exposer en parlant de la situation inverse. Il pourra aussi agir au possessoire (1).

APPENDICE.

Application des règles des sections précédentes aux principales servitudes.

443. — Servitudes discontinues : I. Servitude de passage;
444. — II. De puisage;
445. — III. D'aqueduc, de conduite d'eau;
446. — IV. De pacage ou de pâturage;
447. — V. D'abreuvage;
448. — VI. Et autres.
449. — Servitudes continues : I. Servitude de jour;
450. — II. De vue;
451. — III. De prospect;
452. — IV. Servitude prohibant d'élever des constructions;
453. — V. D'égout;
454. — VI. D'appui;
455. — VII. D'avoir des balcons ou autres saillies.

443. Il convient maintenant de faire aux principales servitudes, l'application des règles que nous avons exposées jusqu'à ce moment.

Nous commencerons d'abord par les servitudes discontinues.

I. *Servitude de passage.* — Cette servitude est discontinue et ne peut s'établir que par titre, quand même elle serait annoncée par un signe extérieur tel qu'un chemin empierré, ou une

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 703, n° 3.

porte. Une porte pleine est le signe apparent d'une servitude de passage (1), et non d'une servitude de vue ou de jour (2).

Le passage a une étendue plus ou moins grande (*iter*, *actus*, *via*) suivant qu'il sert seulement aux personnes, ou qu'il est destiné à la conduite des animaux, suivant qu'il doit être effectué à pied, à cheval ou en voiture.

Le titre détermine avant tout l'étendue et le mode d'exercice de la servitude; à défaut de titres, il faudra appliquer les usages des lieux, dont il faudra également tenir compte pour apprécier la portée des expressions contenues dans les actes.

La stipulation d'un droit de passage ne paraît, en principe, pouvoir s'entendre que du passage de l'homme, à pied, à cheval ou même en voiture (*iter*). Il faudrait une précision particulière pour qu'il pût être étendu à la conduite des animaux (*actus*), ou au transport des matériaux de construction, n'importe par quel moyen (*via*) (3). Il ne pourrait en être autrement que s'il résultait du titre constitutif et de l'intention des parties souverainement appréciée par les juges du fait, que la servitude a été établie d'une manière générale et absolue pour tous les besoins du fonds dominant (4). Ainsi, une servitude de passage avec voiture pour le service d'une maison peut être considérée comme devant être limitée au passage pour les usages domestiques et bourgeois de cette maison, sans pouvoir s'étendre aux besoins commerciaux (5).

Si la largeur du chemin n'est pas déterminée par le titre, il faudra la fixer d'après les usages locaux. Le passage avec voiture ne comporte en principe que le droit de traverser

(1) Cass. 6 déc. 1869, P. 70, 258.
(2) Montpellier, 14 nov. 1856, S. 57, 2, 81.
(3) *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XII, n° 926.
(4) Cass. 28 déc. 1880, D. 81, 1, 350.
(5) *Ibid.*

l'héritage d'autrui. Il faudrait une clause spéciale pour avoir le droit de faire tourner la voiture. Il faudrait dans ce cas laisser libre l'espace nécessaire pour une telle évolution, en tenant compte du nombre des roues et de celui des chevaux, et en observant en outre qu'il faut plus de place pour tourner *contre sa main* que *sur sa main*, c'est-à-dire à droite plutôt qu'à gauche.

L'existence d'un droit de passage n'enlève pas au propriétaire du fonds servant le droit de se clore, pourvu qu'il donne une clef au propriétaire du fonds dominant, et que les dispositions adoptées ne rendent pas plus incommode l'exercice de la servitude.

Si dans le trajet à effectuer se trouve un étang ou un lac, le droit de passage emporte le *jus navigandi* (1), mais le propriétaire du fonds servant n'a à fournir aucun engin pour traverser l'eau.

444. II. *Servitude de puisage*, (*aquæ haustus*, ou *aquæ hauriendæ*). — Cette servitude contient naturellement le *jus itineris* dans la mesure du nécessaire. Son étendue et son exercice sont réglés par le titre. Si le titre est muet, il faudra, en général, tenir compte des besoins du fonds dominant au moment de la constitution de la servitude, et des possibilités du fonds servant.

En général, on n'aura pas le droit d'aller puiser de l'eau pendant la nuit. Il faudrait pour avoir ce droit qu'une clause formelle eût été insérée dans l'acte, quand même la servitude aurait été constituée pour le service d'une usine fonctionnant durant la nuit. Le propriétaire du fonds dominant devra faire pendant le jour sa provision d'eau.

La servitude de puisage est toujours une servitude à la fois discontinue et non apparente ; elle ne pourra donc s'établir que par titre. De plus comme il est impossible de con-

(1) L. 23 § 1, D. 8, 3, *De serv. præd. rust.*

cevoir à son égard un signe apparent, jamais il ne pourra être question d'y appliquer l'art. 694.

Si le droit de puisage était constitué pour une personne et non pour un fonds, il tomberait sous la prohibition de l'article 686, mais il pourrait constituer une servitude personnelle, une espèce d'usage irrégulier non transmissible aux héritiers (1).

445. III. *Servitude d'aqueduc, conduite d'eau (aquæ ducendæ).* — Elle consiste dans le droit de conduire de l'eau sur notre fonds, en faisant passer cette eau sur le fonds du voisin.

Cette servitude est-elle continue ou discontinue, apparente ou non-apparente? L'art. 688 la place au rang des servitudes continues. Mais c'est parce que cet article suppose que l'eau coule naturellement, toute seule, sans le fait de l'homme, dans le canal ou la rigole qui traverse le fonds assujetti. On pourrait au contraire supposer que l'eau ne coule pas toute seule, qu'il faut, par exemple, le jeu d'une pompe pour la faire monter jusqu'au niveau du fonds servant pour la faire entrer ensuite dans son canal. Dans ce cas la servitude serait discontinue.

D'un autre côté, la servitude d'aqueduc n'est pas nécessairement apparente. Ainsi, le fait seul d'un canal traversant le fonds d'un propriétaire pour conduire les eaux dans le fonds d'un voisin, ne démontre pas nécessairement l'existence d'une servitude d'aqueduc. Le canal, en effet, peut aussi bien avoir été établi parce que le propriétaire du fonds qu'il traverse aurait le droit de déverser ses eaux dans le fonds du voisin. Dans ce cas, le fonds qui recevrait les eaux au lieu de jouir d'une servitude d'aqueduc sur le fonds voisin, et d'être par conséquent fonds dominant, serait au contraire un fonds servant grevé de la charge de recevoir les eaux,

(1) L. 21, D. 7, 8, *De usu et hab.*

c'est-à-dire d'une servitude *aquæ educendæ* (1). De là il suit que la présence d'un canal ou d'une rigole est, par elle-même, équivoque, et ne suffit pas pour constituer un signe apparent de la servitude; il faudrait des travaux plus accentués. Il sera fort important de constater toutes ces distinctions en fait, chaque fois qu'on aura à faire l'application des règles concernant l'établissement des servitudes.

Quant à l'exercice de la servitude, c'est, comme toujours, le titre qui fera loi. On peut cependant poser en principe que celui qui jouit d'une conduite d'eau n'est pas obligé de conduire l'eau à ciel ouvert. Pour en empêcher l'infiltration dans le sol et la déperdition, il peut placer des tuyaux dans le fonds du voisin, mais il ne pourrait, en général, construire un canal en pierre ou maçonné qui aggraverait trop considérablement les charges du fonds servant (2). De son côté, le propriétaire de ce fonds pourrait recouvrir d'un dallage la rigole de conduite, sauf à enlever le dallage à ses frais chaque fois qu'il y aurait lieu au curage (3).

446. IV. *Servitude de pacage* ou *de pâturage*. (*Servitus pecoris pascendi*).

C'est le droit de mener paître sur le fonds d'autrui des animaux attachés à l'exploitation du fonds dominant. C'est une servitude discontinue et non apparente. Elle ne peut donc s'établir par prescription. Mais si le titre remonte à plus de trente ans, on pourra prouver les faits de possession pour établir qu'ils ont eu lieu à titre de droit, et qu'il n'y a pas eu non-usage. De même, quand le titre est muet sur l'étendue de la servitude, les faits de possession pourront servir à l'appréciation de cette étendue (4). Ce droit peut appartenir aux habitants d'une commune, en vertu d'un titre, sur

(1) L. 29, D. 8, 3, *De serv. præd. rust.*
(2) L. 17 § 1, D. 39, 3, *De aqua et aquæ.*
(3) Pau, 14 janv. 1879, D. 80, 2, 116.
(4) Cass. 27 fév. 1882, D. 82, 1, 415.

certains terrains nettement déterminés, situés dans une autre commune. Il ne peut dans ce cas être confondu avec le droit de parcours et de vaine pâture dont nous avons parlé, et ne tombe pas sous l'application des lois du 9 juillet 1889 et du 22 juin 1890, relatives à la suppression et au rachat de ces droits (1).

Le nombre des bêtes à envoyer au pâturage est, à défaut de réglementation dans le titre, déterminé par les besoins du fonds dominant au moment de la constitution de la servitude. De son côté, le propriétaire du fonds servant ne serait pas privé du droit d'envoyer sur le fonds un nombre de têtes égal à celui qu'il envoyait déjà au moment de l'établissement du droit; mais d'un côté, comme de l'autre, il faudrait exclure les bestiaux provenant de domaines nouvellement acquis.

Si le titre permettait de faire pacager des bestiaux autres que ceux qui servent à l'exploitation du fonds, il en résulterait que la servitude aurait un caractère personnel et non prédial; ce serait une espèce d'usage (2).

447. V. *Servitude d'abreuvage* (*servitus pecoris ad aquam appellendi*).

Elle est régie par les mêmes principes que la servitude de pacage, avec laquelle elle est quelquefois constituée d'une manière alternative (3); elle contient implicitement le *jus actûs*. Cette servitude étant nécessairement discontinue, l'établissement d'un ou de plusieurs abreuvoirs, même avec une assiette fixe et permanente, ne peut la transformer en servitude continue (4).

448. VI. Il y a encore d'autres servitudes discontinues et non apparentes, telles que la servitude de *pressurage*, le

(1) Besançon, 16 juin 1891; Agen, 25 mars 1892, D. 92, 2, 193.
(2) L. 3 et 4, D. 8, 3, *De serv. præd. rust.*
(3) Cass. arrêt précité du 27 fév. 1882.
(4) Cass. 4 déc. 1888, S. 90, 1, 105.

droit de prendre de la chaux, de la marne, des échalas pour les vignes, etc. Toutes ces servitudes impliquent comme accessoire le droit de passage.

449. Nous allons mentionner maintenant les principales servitudes continues, en commençant par celles qui ont trait à l'usage et à l'emploi de la lumière.

I. *Servitudes de jour* (*jus luminum, ne luminibus officiatur*).

Elle consiste seulement dans le droit de recevoir la lumière. Il semblerait donc logique que les ouvertures donnant accès au jour fussent établies conformément aux art. 676 et 677, relatifs aux jours de souffrance. Seulement et c'est là la différence entre les jours de souffrance, et ceux qui existent à titre de servitude, ces derniers peuvent être établis dans un mur mitoyen, ou à une moindre hauteur que celle fixée par l'art. 677.

La servitude de jour est nécessairement continue et apparente.

On demande si elle a pour conséquence de grever le fonds assujetti d'une servitude *altius non tollendi?*

Cette question a donné lieu à quelques difficultés, parce que les textes du droit romain en cette matière ont été souvent mal compris, et que le Code a, d'ailleurs, réglementé la servitude de jour autrement que ne l'avait fait la loi romaine.

Ainsi on a dit que la servitude de jour c'est la servitude appelée *jus luminum*, ayant pour effet d'empêcher le voisin de rien faire qui puisse nuire à l'accès de la lumière, *ne luminibus officiatur*. Il résulterait de cet aperçu que les deux formules : *jus luminum, servitus ne luminibus officiatur* se référeraient à une même servitude. C'est en cela que consiste l'équivoque : il existait en droit romain deux servitudes de jour bien distinctes, le *jus luminum* et la servitude *ne luminibus officiatur*. Il résulte des textes qui ont établi cette dis-

tinction (1), que le *jus luminum*, impose seulement au voisin la charge d'*excipere lumen*, d'accepter les jours, de ne rien faire pour intercepter la lumière, ce qui s'applique uniquement aux jours actuellement ouverts au moment de la constitution de la servitude. Quant à la servitude *ne luminibus officiatur*, elle est plus étendue; elle oblige le voisin à ne rien faire qui pourrait intercepter les jours déjà ouverts, mais même les jours qu'il plairait au propriétaire d'ouvrir plus tard. Aussi cette servitude, plus grave que la première, entraînait-elle la servitude *altius non tollendi*. Or, il serait, croyons-nous, téméraire de prétendre introduire dans le droit moderne, cette distinction entre le *jus luminum*, et la servitude *ne luminibus officiatur*. Donc il faut décider que l'existence d'une servitude de jour ne saurait à elle seule, et en l'absence d'une clause suffisante, empêcher le voisin de bâtir, de planter, et même d'exhausser les constructions déjà existantes, pourvu qu'il laisse au fonds dominant un jour suffisant (2). Les juges ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation (3).

450. II. *Servitude de vue.* — Elle est plus étendue que la précédente. Elle consiste dans l'affranchissement des distances fixées par les art. 678, 679, 680. Quelle est en effet l'étendue de la vue? La vue est censée se projeter suivant une ligne droite passant par un plan parallèle au sol. Mais elle ne peut pas s'exercer d'une manière indéfinie. Celui qui a un droit de vue sur un fonds non bâti d'une immense étendue, ne pourrait pas avoir la prétention d'empêcher toute construction qui s'élèverait devant sa fenêtre à n'importe quelle distance. Nous pensons donc que le propriétaire du fonds servant pourrait bâtir jusqu'à la hauteur des fenêtres, et même à une plus

(1) L. 4, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*
(2) DEMOLOMBE, t. XII, n° 916.
(3) Cass. 12 mai 1886, D. 86, 1, 452.

grande hauteur aussitôt qu'il aurait reculé jusqu'à la distance donnée par les art. 678 et 679. Il peut se prévaloir en effet de ces deux articles dont le bénéfice ne saurait lui être enlevé par la servitude de vue qu'il est obligé de subir. Remarquons enfin que la servitude de vue est toujours continue et apparente. Son étendue est réglée par le titre, s'il en existe. Le titre qui donne au propriétaire d'un mur le droit, non seulement de conserver les anciennes fenêtres d'aspect, mais encore d'en ouvrir de nouvelles à sa volonté, implique la faculté d'agrandir les anciennes fenêtres (1).

451. III. *Servitude de prospect* (*ne prospectui officiatur*).

Celle-ci est la plus onéreuse puisqu'elle comprend les deux premières, et qu'elle entraîne de plus la servitude *non ædificandi*. Il faut reconnaître que cette servitude est continue. En effet si, d'après les art. 678 et 688, il faut considérer la servitude de vue comme continue, il faut adopter la même solution pour la servitude de prospect qui ne diffère de la précédente que par son étendue (2). Mais elle est non apparente.

452. IV. *Servitudes altius non tollendi, non ædificandi.*

Cette servitude est continue mais non apparente. Tous les textes du droit romain la rattachent à la conservation d'un droit de vue ou de prospect. Il semble en effet qu'une telle servitude ne puisse avoir qu'un caractère purement accessoire d'une servitude de prospect ou de vue, et qu'il est impossible de la concevoir comme principale. Il y aurait, ce semble, contradiction dans l'acte qui établirait une telle servitude avec la clause que le fonds dominant n'aurait ni jour, ni vue, ni prospect. Où se trouverait alors l'utilité du fonds dominant qui est cependant substantielle en matière de servitude (art. 686)? Mais cela prouve seulement qu'en effet la servitude *non ædificandi* a le plus souvent un caractère accessoire. On peut con-

(1) Cass. 18 fév. 1892, D. 92, 1, 128.
(2) LAURENT, t. VIII, n° 130.

cevoir cependant qu'elle soit établie d'une manière principale au profit d'un fonds dominant sur lequel n'existe aucun bâtiment, si elle a pour but, par exemple, d'éviter la projection de l'ombre qui rendrait impossible certaines cultures.

Cette observation suffit pour démontrer que la servitude *non ædificandi aut altius non tollendi*, n'implique pas l'existence au profit du fonds dominant d'une servitude de vue ou de prospect, et par conséquent ne confère pas à ce fonds le droit d'avoir des vues à une distance moindre que la distance légale (1).

Elle ne lui confère même pas le droit d'élever sur la ligne divisoire un mur dont la mitoyenneté ne pourrait être acquise dans le but de faire fermer les jours qui y seraient pratiqués (2). Mais il faudrait admettre une décision différente à l'égard d'un mur qui existerait déjà au moment de la création de la servitude *non ædificandi;* la stipulation d'une telle servitude impliquerait virtuellement renonciation au droit d'acquérir la mitoyenneté de ce mur et de faire fermer les jours qui y seraient pratiqués.

453. V. *Servitude d'égout* (*jus stillicidii vel cloacæ, vel fluminis recipiendi, avertendi* ou *immitendi*).

C'est le droit en vertu duquel le propriétaire du fonds assujetti doit recevoir les eaux pluviales qui tombent du bâtiment voisin, soit goutte à goutte, soit rassemblées dans une gouttière. La même servitude peut s'appliquer aux eaux ménagères; mais sauf clause contraire, la servitude est présumée ne concerner que les eaux pluviales. De même, s'il est prétendu que la servitude d'égout comporte, comme cela a lieu quelquefois, l'enlèvement par les eaux de pluie des immondices que déposent dans une cour les habitants de la maison

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 920.

(2) Cass. 29 fév. 1848, S. 48, 1, 441; DEMOLOMBE, t. XII, n° 922 *bis;* Comp. LAURENT, t. VII, n° 506.

au profit de laquelle elle s'exerce, la servitude à ce point de vue sera discontinue (1).

Elle est ordinairement continue et apparente, et peut alors s'acquérir par prescription ainsi que son mode d'exercice (2) (ci-dessus, n° 410). Quand elle sert aux eaux ménagères, elle est souvent non apparente. La servitude d'évier, qui s'en rapproche beaucoup, est discontinue et ne peut être acquise par destination du père de famille, ni par la prescription (3).

L'existence de cette servitude ne forme pas obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté du mur, mais les ouvrages à exécuter contre ce mur devront être faits de manière à ne porter aucun préjudice aux droits du propriétaire.

Elle ne met pas obstacle non plus aux modifications dans l'état des lieux sur le fonds servant, pourvu que ces modifications ne restreignent en rien l'exercice de la servitude (4).

454. VI. *Servitude d'appui* (*oneris ferendi, tigni immittendi*).

C'est le droit de faire reposer des constructions quelconques sur le bâtiment du voisin (*oneris ferendi*), ou des poutres ou autres matériaux de construction (*tigni immittendi*). La servitude *oneris ferendi* avait cela de remarquable, que le propriétaire du fonds assujetti devait tenir en bon état le mur de soutènement sur lequel reposaient les constructions du fonds dominant (5). Cette particularité, qui ne se retrouvait pas dans la servitude *tigni immittendi*, et dont il est difficile de se rendre compte (6), avait fait donner par les commentateurs à la servitude *oneris ferendi*, le nom de *servitus*

(1) Pau, 9 fév. 1885, D. 86, 2, 173.
(2) Cass. 13 août 1889, S. 90, 1, 56; Cass. 10 déc. 1888, S. 89, 1, 156; Pau, 21 mars 1888, S. 90, 2, 206.
(3) Bordeaux, 10 juill. 1888, S. 90, 2, 205.
(4) Cass. 20 fév. 1884, D. 84, 1, 392.
(5) L. 8 § 2, D. 8, 5, *Si serv. vind.*
(6) MAYNZ, *loc. cit.*, § 219; Comp. MOLITOR, *loc. cit.*, p. 347, n° 39.

qualificata. Nous avons déjà vu (n° 427) que, dans notre droit, il faudrait une clause formelle pour imposer au propriétaire du fonds servant la charge d'entretenir les murs de soutènement.

455. VII. *Droit d'avoir des balcons ou autres saillies sur l'héritage du voisin* (*jus projiciendi* ou *protegendi*).

Cette servitude existe souvent comme accessoire d'une autre, par exemple de la servitude *stillicidii recipiendi, oneris ferendi, tigni immitendi*. Elle a un caractère spécial, lorsque l'utilité de la servitude résulte uniquement de la saillie elle-même qui forme balcon, corniche, etc.

Nons croyons devoir borner ici notre énumération. Sans doute les parties peuvent établir bien d'autres servitudes entre leurs fonds. Mais presque toujours ces charges se rattacheront plus ou moins à l'un des types qui viennent d'être décrits, et dont le nombre est loin, comme on le voit, d'être considérable, ce nombre est illimité, en ce sens qu'il n'est pas limité par la loi.

SECTION IV.

Comment les servitudes s'éteignent.

456. — Causes d'extinction dérivant d'une modalité dans la servitude, d'une résolution ou renonciation, ou d'une expropriation.
457. — Extinction résultant d'un changement dans l'état des lieux, art. 703, 704.
458. — Application de la règle; reprise de la servitude en cas de rétablissement des lieux.
459. — Limitation en cas de non-usage pendant trente ans.
460. — Extinction résultant directement du non-usage pendant trente ans, art. 706, 707.
461. — Points de départ de la prescription ou du non-usage suivant les différents cas. De la preuve en cette matière.
462. — La prescription de 10 à 20 ans peut-elle entraîner l'extinction des servitudes? Controverse.

463. — Prescription du mode de la servitude, art. 708 ; en quoi consiste le mode d'une servitude.
464. — Véritable signification de l'art. 708 d'après la Cour de cassation.
465. — *Quid* s'il s'agit d'une servitude continue, ou si le maître a usé d'un mode plus avantageux?
466. — Suspension et interruption de la prescription extinctive ; cas où le fonds dominant appartient à plusieurs par indivis, art. 709, 710; conséquences de l'indivisibilité des servitudes.
467. — De la confusion, art. 705.

456. Quoique les servitudes doivent théoriquement durer autant que les fonds eux-mêmes, on peut cependant concevoir des causes particulières qui les feront cesser.

Ainsi, les servitudes peuvent s'éteindre :

1° Par l'arrivée du terme ou de la condition qui ont pu être convenus lors de leur établissement. Remarquons que la prescription et la destination du père de famille sont naturellement exclusives de toute modalité de ce genre qui ne peut résulter que d'un titre.

2° Par la résolution du droit du constituant, c'est-à-dire de celui qui représentait le fonds servant. Si la résolution s'opère sur la tête du propriétaire du fonds dominant, la servitude demeure définitivement acquise à ce fonds, dont la condition a pu être rendue meilleure par celui qui le détenait comme propriétaire. Mais il faut qu'il s'agisse d'une véritable servitude stipulée dans l'intérêt du fonds, et non d'une charge temporaire intéressant principalement le propriétaire (1).

3° Par la renonciation ou la remise faite, expressément ou tacitement, par le propriétaire du fonds dominant. L'acte contenant remise pure et simple de la servitude est soumis, comme toute renonciation, au droit fixe de 3 francs (L. 28 fé-

(1) Besançon, 25 juill. 1888, S. 90, 2, 191; DEMOLOMBE, t. XII, n° 1051.

vrier 1872, art. 4). La renonciation faite *in favorem* pourrait, suivant les cas, être assujettie au droit de vente ou de donation. Pour être opposable aux tiers, l'acte de renonciation devra être transcrit.

4° Par l'expropriation pour cause d'utilité publique du fonds servant, sauf indemnité pour le propriétaire du fonds dominant (L. 3 mai 1841, art. 21, 23 et 39).

Il faut remarquer à cet égard qu'une expropriation même totale du fonds servant pourra ne donner lieu à aucune indemnité. Ainsi, par exemple, on a exproprié un fonds grevé d'une servitude de passage pour établir à la place une voie publique, le propriétaire du fonds dominant n'aura rien à réclamer puisqu'il ne subit aucun préjudice.

Il pourra encore arriver que l'expropriation pour cause d'utilité publique d'un immeuble grevé d'une servitude ait pour résultat d'affranchir de cette servitude, même la portion du fonds non expropriée. C'est ce qui se produira chaque fois que le jury aura fixé l'indemnité pour tenir compte de la privation totale du droit (1). Du reste ce résultat sera le plus souvent la conséquence forcée de l'indivisibilité des servitudes. Le propriétaire du fonds dominant ayant consenti à discuter le principe d'une indemnité, la servitude qui ne peut s'éteindre pour partie sera éteinte pour le tout, à moins qu'elle ne soit accordée pour une diminution ou une certaine incommodité dans son exercice.

457. Par un changement survenu dans l'état des lieux :

ART. 703. Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

ART. 704. Elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; 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 (*).

(*) Art. 704. — L. 14, D. 8, 6, *Quemad. serv. amitt.*; L. 34 § 1, L. 35, D. 8, 3, *De serv. præd. rust.*

(1) Cass. 18 janv. 1886, D. 86, 1, 57.

Le changement apporté à l'état de choses nécessaire pour le fonctionnement de la servitude doit être tel, que le fonds dominant ne puisse plus retirer de la servitude ni profit, ni utilité. Un obstacle de fait, susceptible de disparaître, ne pourrait, comme l'impossibilité définitive d'en user, éteindre la servitude (1).

Par conséquent, si l'événement qui s'est produit peut être assimilé à la perte totale de la chose arrivée soit sur le fonds dominant, soit sur le fonds servant, il n'y a pas de difficulté, et, sous ce rapport, la condition des servitudes prédiales est la même que celle des servitudes personnelles, notamment de l'usufruit (art. 617 *in fine*); l'un des deux fonds, par exemple, a été définitivement emporté par les eaux.

Mais si, malgré les apparences, le changement n'est pas irrévocable, si les choses sont rétablies dans leur état antérieur, l'événement aura prouvé que la servitude n'a jamais été éteinte, et par conséquent elle est maintenue. Sous ce rapport, il y a une grande différence entre les servitudes personnelles et les servitudes prédiales (art. 624).

Cette différence ne tient pas à ce que les servitudes personnelles sont temporaires, car, précisément parce qu'elles sont temporaires, il n'y aurait pas eu d'inconvénient à les maintenir en cas de rétablissement des choses dans l'état antérieur, puisqu'elles devraient toujours prendre fin par la mort du titulaire. Cette différence tient à ce que la substance des deux espèces de servitude n'est pas la même. Pour les servitudes personnelles, la substance c'est la forme indiquant la destination de la chose au moment de la naissance du droit. La durée du droit est limitée à la durée de l'arrangement extérieur d'où résulte la forme. Pour les servitudes prédiales, la substance est au contraire un certain genre

(1) Riom, 4 juill. 1891, D. 91, 1, 165.

d'utilité procurée au fonds dominant d'une manière perpétuelle, utilité qui ne devient palpable que moyennant un certain arrangement. Donc la destruction de cet arrangement ne fait pas nécessairement disparaître l'utilité et si cette utilité redevient palpable, la servitude pourra encore être exercée.

Donc, puisque la servitude n'a jamais été éteinte, il n'est pas exact de dire qu'elle revit; son exercice a seulement été suspendu, et il est repris quand le rétablissement des choses a été opéré.

458. Ce que nous venons d'exposer démontre que la question se réduit à savoir dans quels cas on peut dire qu'il y a eu seulement interruption de la servitude quant à son exercice, et non une véritable extinction.

Cela arrivera quand un changement rendant impossible l'exercice de la servitude, non d'une manière irrévocable, se produira sur le fonds dominant ou sur le fonds servant, soit par l'effet d'un cas fortuit ou de force majeure (1), soit par un fait licite émané d'un tiers.

Ce dernier point exige une démonstration spéciale. Il est manifeste que celui qui met le feu à un édifice ne peut faire disparaître, par ce fait illicite, les servitudes actives et passives qui y étaient attachées (2). Mais supposons que le fonds dominant jouisse d'une servitude *non ædificandi* sur le fonds servant, et qu'entre ces deux fonds il existe un fonds intermédiaire non bâti, mais non grevé de la même servitude; si le propriétaire du fonds intermédiaire élève des constructions, comme il en a le droit, il détruit par ce fait licite toute l'utilité de la servitude.

Si, dans le cas de la même servitude *non ædificandi*, les deux fonds étant contigus venaient à être séparés par une

(1) Cass. 3 mars 1890, S. 90, 1, 245; D. 91, 1, 38.
(2) LAURENT, t. VIII, n° 290; Comp. Lyon, 9 déc. 1882, D. 84, 2, 85.

voie publique pratiquée entre eux, il n'y aurait même pas eu interruption momentanée de la servitude (1).

Dans les cas où il n'y aura eu qu'une interruption, la servitude reprendra son exercice quand les lieux seront rétablis dans leur état antérieur. Il ne s'agit pas, bien entendu, d'un rétablissement dans un état absolument identique à l'état ancien, mais *tel qu'on puisse user de la servitude* comme le dit l'art. 704. Par conséquent le propriétaire du fonds dominant, qui veut démolir son immeuble pour le reconstruire, agira prudemment en faisant dresser un état des lieux contradictoirement avec le propriétaire du fonds servant. Si ce dernier refusait son concours, il y serait procédé par un expert commis par justice, et nommé en référé en cas d'urgence.

459. La servitude sera donc maintenue, *à moins cependant*, dit l'art. 704, *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'art. 707.*

Cet espace de trente ans est une véritable prescription à laquelle s'appliquent les causes qui suspendent la prescription, et non un délai préfix qui ne pourrait être dépassé. C'est ce qui résulte des travaux préparatoires (2) et du renvoi de l'art. 704 à l'art. 707. La doctrine s'est en général prononcée dans ce sens (3) ainsi que la jurisprudence (4).

Il résulte de là que les rédacteurs du Code ont assimilé l'impossibilité d'user de la servitude au non-usage de cette même servitude. Mais alors il faut reconnaître au propriétaire du fonds dominant, qui se trouve mis dans l'impossibi-

(1) DEMOLOMBE, t. XII, nos 965 et 967; LAURENT, t. VIII, n° 289.

(2) LOCRÉ, *Lég. civ.*, t. VIII, p. 397.

(3) DEMANTE, t. XII, nos 562 *bis* et suiv.; G. DEMANTE, *Revue de Dr. fr. et étr.*, t. VII, nos 559 et suiv.; DEMOLOMBE, t. XII, n° 979; LAURENT, t. VIII, n° 296.

(4) Cass. 10 avr. 1889, S. 90, 1, 214; Comp. Cass. 10 nov. 1886, S. 90, 1, 447.

lité d'user de la servitude, la faculté d'agir en justice pour faire reconnaître son droit, en prévision du rétablissement éventuel des lieux dans leur état antérieur (1).

460. L'art. 704 faisant, comme on vient de le voir, double emploi dans une certaine mesure, avec l'art. 706 relatif au non-usage, il est convenable, pour ne point scinder l'ordre logique des idées, de placer ici l'explication des règles concernant le non-usage.

ART. 706. La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans (*)

ART. 707. Les trente ans commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues.

La première remarque à faire est que, si les servitudes continues et apparentes peuvent seules s'acquérir par la prescription de trente ans, toutes les servitudes, quelles qu'elles soient, peuvent s'éteindre par le non-usage durant trente ans sans que la persistance d'un signe extérieur puisse les conserver; la maxime de d'Argentré : *Per signum retinetur signatum* étant repoussée par les termes même de l'art. 707. Seulement, le point de départ de la prescription diffère.

461. Tant qu'une servitude discontinue qui exige le fait actuel de l'homme est exercée, n'importe par qui (2), le cours de la prescription ne peut commencer. Il commence au contraire à partir de la cessation de la jouissance, quand même cette cessation de jouissance ne proviendrait pas de la négligence du propriétaire, mais de celle d'un tiers usufruitier ou fermier.

Pour les servitudes continues, l'acte contraire qui servira

(*) Art. 706. — L. 6, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*; L. 4 § 29, D. 41, 3, *De usurp. et usuc.*

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 704, n° 7.

(2) Cette règle reçoit son application aux droits d'usage appartenant à une commune dans une forêt; Cass. 11 juill. 1888, S. 91, 1, 443.

de point de départ à la prescription extinctive doit être assez caractérisé pour mettre obstacle à l'exercice de la servitude; une signification protestatoire adressée au propriétaire du fonds dominant ne suffirait pas (1). Il faut de plus que cet acte ne puisse être considéré comme de pure tolérance de la part du propriétaire du fonds dominant (2).

Il n'est pas nécessaire qu'il émane du propriétaire du fonds servant, il peut émaner d'un tiers, comme aussi du propriétaire du fonds dominant lui-même (3). Ainsi, par exemple, si le fonds dominant a un droit de vue, et que la fenêtre par laquelle la servitude s'exerce soit bouchée, n'importe par qui, la servitude n'est plus exercée et le non-usage commence.

Les actes nécessaires, mais suffisants pour le maintien de la servitude continue ou discontinue, apparente ou non apparente, seront appréciés d'après la nature de la servitude, et, s'il y a lieu, la teneur du titre. Ainsi, la partie qui, en vendant un terrain, s'est réservé une servitude de prospect, et spécialement le droit d'ouvrir des croisées dans les murs de sa propriété donnant sur le terrain vendu, exécute son titre, et le maintient pour l'avenir avec le droit d'ouvrir de nouvelles croisées, en agrandissant d'une manière notable, dans les trente ans de la date du contrat, une fenêtre qui existait à cette époque (4).

La preuve de l'extinction de la servitude par le non-usage incombe à celui qui s'en prévaut. Mais lui suffira-t-il toujours d'établir que la servitude n'a pas été exercée pendant trente ans?

Il faut distinguer : il y a des servitudes dont l'usage périodique est soumis à une intermittence forcée, par exemple, le droit de prendre tous les deux ans une certaine quan-

(1) LAURENT, t. VIII, n° 309.
(2) Nancy, 16 nov. 1889, S. 91, 2, 161.
(3) DEMOLOMBE, t. XII, n° 1009; LAURENT, t. VIII, n° 311.
(4) Cass. 2 juin 1885, S. 89, 1, 53,

tité de marne. Dans ce cas la cessation de jouissance a lieu, non à partir du dernier acte effectif d'exercice, mais à partir du jour où le droit de poser un acte nouveau étant revenu, cet acte n'aura pas été exercé (1).

Pour les autres servitudes discontinues, il y a non-usage à partir du moment où l'homme n'intervient plus pour en user.

Il en est cependant qui, sans être soumises à une intermittence forcée, ne s'exercent cependant que lorsque certaines circonstances, en vue desquelles elles ont été créées, se produisent; telle, par exemple, que le tour d'échelle. Or, on a soutenu qu'il ne suffisait pas d'établir qu'une telle servitude n'a pas été exercée pendant trente ans; mais qu'il fallait prouver qu'ayant eu besoin de l'exercer on a négligé de le faire, et que depuis ce moment trente ans se sont écoulés sans qu'on l'ait exercée (2). Cette solution ne paraît pas exacte; d'abord le maître de la servitude pouvait en user à sa volonté, ne fût-ce que pour vérifier si des réparations étaient ou non nécessaires. En outre, de ce que la loi a assimilé l'hypothèse du non-usage et celle de l'impossibilité d'exercer la servitude, pour les soumettre aux mêmes règles, il suit que dans tous les cas, sauf celui d'une intermittence forcée, celui qui invoque le non-usage pendant trente ans n'est pas tenu à faire une preuve plus ample, peu importe que le non-usage tienne à la négligence du propriétaire, ou à au changement survenu dans l'état des lieux, ou à ce que l'occasion d'exercer la servitude ne s'est pas produite. Il avait, dans tous les cas, l'action en reconnaissance de son droit dont il n'a pas usé.

De son côté le propriétaire du fonds dominant pourra

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 1013; AUBRY et RAU, t. III, p. 104, note 14; LAURENT, t. VII, n° 307.

(2) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 707, n° 13.

prouver, même par témoins (1), les faits d'exercice de la servitude qui auraient eu pour résultat de la conserver.

462. Nous avons toujours supposé, jusqu'ici, qu'il s'agissait de la prescription trentenaire. Mais on s'est demandé si une servitude ne peut pas s'éteindre par la prescription de dix à vingt ans, lorsque le fonds servant est possédé comme libre de servitude par un tiers détenteur qui a juste titre et bonne foi (art. 2265).

La question est controversée : si l'art. 707 existait seul, la solution affirmative pourrait être soutenue. La distinction qu'il consacre entre les servitudes continues et les servitudes discontinues, quant au point de départ différent de la prescription, a été, en effet empruntée, au droit romain. Or, d'après le droit romain, les servitudes rurales, qui correspondent à peu près aux servitudes discontinues, s'éteignaient par le simple non-usage, tandis que pour les servitudes urbaines on appliquait les règles de la prescription acquisitive, le maître du fonds servant devant usurper la liberté de son héritage, ce qui expliquait la nécessité d'un acte contraire à la servitude (2). La prescription acquisitive par dix à vingt ans au profit d'un tiers détenteur ou du propriétaire lui-même du fonds servant, devrait donc, la distinction du droit romain étant conservée, entraîner la disparition, tout au moins des servitudes continues. L'ancienne jurisprudence paraît avoir admis l'application de cette prescription à toutes les servitudes sans distinction (3). Mais l'art. 706 n'a maintenu l'extinction des servitudes que par le non-usage de trente ans, et c'est uniquement du point de départ de ce délai de trente ans, et non d'un autre délai, que s'occupe l'art. 707. Le législateur a donc ainsi déterminé dans le titre

(1) Cass. 2 déc. 1887, S. 87, 1, 12.
(2) L. 6 pr. § 1, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*
(3) POTHIER, *De la prescription*, n° 139.

des *Servitudes* la durée du temps requis pour l'extinction des servitudes. Or, l'art. 2264 déclare que les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux qui sont mentionnés dans le titre même *de la Prescription*, se trouvent déjà expliquées dans les titres mêmes qui leur sont propres; donc l'art. 2265 concernant la prescription de dix à vingt ans n'est pas applicable à notre matière. Par conséquent c'est avec raison que la majorité des auteurs (1) et la jurisprudence (2) se prononcent en ce sens.

463. Une servitude peut donc être complétement éteinte par le non-usage. Mais un usage moins étendu que celui auquel on a droit peut avoir pour résultat une restriction de la servitude, car

ART. 708. Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière (*).

Le mode de la servitude, c'est la manière dont la servitude peut être exercée. On comprend en effet qu'il puisse y avoir plusieurs manières d'exercer une même servitude. Ainsi le droit de puiser de l'eau à la fontaine du voisin peut être constitué purement et simplement, ou bien avec adjection d'un mode déterminé. Le mode pourra consister soit dans la détermination de la quantité d'eau à puiser par année, par mois ou par semaine, soit dans la détermination du temps affecté à l'exercice de la servitude, telle heure du jour ou de la nuit, etc. Pour une servitude de passage, le mode consistera à dire si l'on passera à pied seulement ou à cheval ou en char, à fixer le poids *maximum* que pourra transporter le char, etc. (3).

464. Or, si l'on veut entendre la disposition de l'art. 708 d'une manière absolue, on trouvera qu'elle déroge au droit

(*) Art. 708. — L. 10 § 1, D. 8, 6, *Quemad. serv. amitt.*

(1) AUBRY et RAU, § 255, texte et note 33; DEMOLOMBE, t. XII, n° 1004; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1578.

(2) Cass. 22 fév. 1881, D. 81, 1, 407.

(3) L. 4 § 1, 2, D. 8, 1, *De serv.*

romain qui n'admettait pas qu'une servitude peut être réduite ou restreinte par la prescription, et décidait au contraire qu'il suffisait de l'exercer d'une manière approximative, mais sérieuse pour qu'elle fût conservée tout entière (1). Ce serait, dit-on, à une erreur de Domat, quant à l'interprétation d'un texte, que serait due une innovation consacrant une décision moins juridique et moins équitable que celle adoptée par les Romains (2). Mais l'intention, chez les rédacteurs du Code civil, de répudier complétement la doctrine du droit romain n'est pas démontrée (3). L'art. 708 doit être entendu en ce sens qu'il y a des circonstances dans lesquelles le mode de la servitude *peut* se prescrire, et il ne pose pas en règle générale que tout exercice restreint de la servitude continué pendant trente ans doive avoir nécessairement pour résultat une restriction correspondante dans la servitude elle-même. Le propriétaire du fonds dominant ne saurait être tenu, chaque fois qu'il veut user de son droit, de détailler en quelque sorte la monnaie de sa servitude. La Cour de cassation déclare donc, avec raison, qu'une servitude n'est pas restreinte par cela seul que le maître du fonds dominant n'a fait dans l'héritage servant qu'une partie de ce que la servitude lui donnait le droit de faire; que, par suite, s'il en a usé d'une manière conforme à son titre, *dans la mesure de ses besoins et conve-nances*, il peut être considéré comme l'ayant intégralement conservée. Donc, par application de ce principe, celui qui a le droit de passer en charette ou en voiture comme à pied, et qui ne passe qu'à pied pendant trente ans, ne perd pas le droit de passer en voiture ou en charette (4).

(1) L. 9 § 1, D. 8, 5, *Si serv. vind.*; L. 2, L. 8 § 1, L. 9, D. 8, 6, *Quemad. servit. amitt.*

(2) Voy. DEMOLOMBE, t. XII, nos 1021 et 1022; LAURENT, t. VII, no 326.

(3) DUPRET, *Revue de Dr. fr. et étr.*, 1846, t. III, p. 821 et suiv.

(4) Cass. 29 août 1882, D. 83, 1, 341; DEMOLOMBE, t. XII, no 1029; *Contrà*, LAURENT, t. VIII, no 329; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, no 1580.

Une autre conséquence fort importante de la règle posée par la Cour de cassation, c'est que celui qui a le droit de prendre à la fontaine du voisin une certaine quantité d'eau, par exemple trois tonnes par semaine, ne subit pas de restriction dans son droit, si, pendant trente ans, il prend une quantité moindre, *dans la mesure de ses besoins et convenances*. Si après les trente ans, ses besoins ou ses convenances l'exigent, il pourra revenir au *maximum* fixé par le titre. Il serait absurde de le soumettre à la nécessité d'un pur gaspillage, pour lui permettre de conserver intact son droit au *maximum*. Il suffit en définitive qu'il ait pris de l'eau pour qu'il ait tenu asservie, dans les limites de son titre, la propriété du voisin (1). Demolombe, qui enseigne pour le droit de passage la solution ci-dessus reproduite, et finalement consacrée par la Cour de cassation, décide, pour le droit de puisage, que le fait de prendre, pendant trente ans, une moindre quantité d'eau que celle autorisée par le titre, modifie la servitude (2) ; il nous semble qu'il y a là un défaut d'unité, et que les deux hypothèses doivent recevoir la même solution. Il faudrait étendre cette solution à toutes les servitudes ayant pour objet des extractions de marne, sable, etc. L'exercice partiel de la servitude l'aura conservée pour le tout.

Mais, ajoute la Cour suprême (3), il en serait autrement si la restriction du mode d'exercice de la servitude résultait de l'état matériel des lieux en rendant l'usage complet impossible. Ainsi une servitude de passage à pied et à cheval ne serait pas conservée dans la seconde de ces modalités, s'il résultait de l'état des lieux que ce dernier mode de passage est resté depuis plus de trente ans matériellement impossible.

(1) Voy. MOLITOR, *loc. cit.*, p. 472 et 473, n° 120.
(2) DEMOLOMBE, t. XII, n° 997.
(3) Arrêt précité du 29 août 1882; Conf. DEMOLOMBE, t. XII, n° 1029.

Si l'on suppose une servitude de passage n'existant que comme accessoire d'une autre servitude, d'une servitude de puisage, par exemple, le seul fait de passer sans exercer la servitude principale, ne sauvera pas cette dernière de l'extinction, c'est un cas de non-usage complet et absolu de la servitude.

465. Les exemples ci-dessus sont empruntés aux servitudes discontinues. Que faudrait-il décider s'il s'agissait d'une servitude continue?

On donne en général pour exemple le cas où celui qui a un titre lui accordant le droit d'avoir quatre fenêtres d'aspect sur l'héritage du voisin, n'en a eu que deux pendant trente ans;

Ou encore le cas de celui qui ayant le droit de pratiquer dans le fonds du voisin un aqueduc d'un mètre, n'y a établi depuis trente ans qu'un aqueduc d'un demi mètre.

Dans le premier cas, il y avait en réalité quatre servitudes d'aspect dérivant du même titre, pour deux de ces servitudes il y a eu non-usage complet, on rentre donc dans le cas de l'art. 706.

Dans le second cas il y a eu modification du titre lui-même, de la concession du droit d'établir une servitude, plutôt que de la servitude même (1).

L'art. 705 n'a principalement en vue que le cas d'une restriction apportée à la servitude. Dans le cas inverse, si le maître de la servitude a usé d'un mode d'exercice plus avantageux, il aura acquis par prescription ce mode plus avantageux s'il s'agit d'une servitude pouvant s'acquérir par prescription, il ne l'aura pas acquis dans le cas contraire.

466. La prescription extinctive dont s'occupe l'art. 707 est soumise à toutes les règles concernant la suspension et l'interruption, le propriétaire du fonds dominant aura toujours

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 1028.

la faculté d'interrompre la prescription en usant, en fait, de la servitude (1).

Mais s'il y a plusieurs copropriétaires, seront-ils obligés d'user tous ensemble de la servitude ?

Il est certain que non :

ART. 709. Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous (*).

ART. 710. Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres.

Ce sont là des conséquences de l'indivisibilité des servitudes.

Nous savons que toutes les servitudes considérées en elles-mêmes sont indivisibles; mais qu'au point de vue de l'utilité ou de l'émolument qui doit en résulter pour le fonds dominant, certaines d'entre elles sont susceptibles d'être divisées, quand le fonds dominant sera divisé lui-même (n° 438). Ce point étant rappelé, on se demande si les art. 709 et 710 doivent être appliqués aux servitudes de cette nature, tant que dure l'indivision?

« Voilà, par exemple, dit Demolombe, un fonds indivis qui appartient à trois copropriétaires; et le fonds a le droit de prendre à la fontaine du voisin trois tonnes d'eau par semaine.

« L'un des trois copropriétaires a pris, pendant trente ans, une seule tonne d'eau; et les deux autres n'ont pas usé du tout de la servitude.

« Cette servitude a été modifiée pour tous les trois, par le non-usage, et restreinte, en conséquence, à une seule tonne (art. 708).

« Mais telle qu'elle est restée, la servitude appartient encore à tout le fonds ; et les deux copropriétaires qui n'en

(*) Art. 709. — L. 9, 10, 16, D. 8, 6, *Quemad. servit. amitt.*
(1) Cass. 10 avr. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 629.

ont pas usé, ont toujours le droit, comme copropriétaires, aux deux tiers de la tonne d'eau qui reste encore due, ou plutôt cette tonne d'eau est encore due à tout le fonds et à chacune de ses parties (1). »

D'après ce qui a été dit plus haut, celui qui a exercé seul la servitude l'aurait conservée pour le tout, et non pas seulement à concurrence de la quantité d'eau restreinte par lui prise durant trente ans. Il l'aurait conservée, disons-nous, parce que le texte des art. 709 et 710 est conçu d'une manière générale et n'admet aucune distinction.

M. Laurent trouve la question posée contradictoire, et la solution absurde : « Conçoit-on, dit-il, que l'on étende à des servitudes divisibles des principes qui découlent de l'indivisibilité des servitudes (2) ? » Mais la contradiction apparente et l'absurdité disparaissent si l'on réfléchit que toutes les servitudes considérées en elles-mêmes, sans aucune exception, sont indivisibles, et doivent être soumises quant à leur interruption ou suspension, aux règles intrinsèques de l'indivisibilité, quand même leur utilité, envisagée vis-à-vis du fonds dominant, serait divisible. Cet aspect purement accidentel n'intéresse que les copropriétaires du fonds dominant et n'exerce aucune influence sur l'application des règles intrinsèques.

Les mêmes principes sont applicables en matière d'appel. Ainsi il est reconnu que la servitude de prise d'eau, quoiqu'elle fasse partie de la classe de ces servitudes que les auteurs considèrent comme divisibles, est cependant réellement indivisible; et que par suite de cette indivisibilité intrinsèque, l'appel formé par un seul des intéressés contre un jugement relatif à une semblable servitude, conserve le droit de tous les co-intéressés et met obstacle d'une manière

(1) DEMOLOMBE, t. XII, n° 998.
(2) T. VIII, n° 323.

absolue à ce que le jugement passe en force de chose jugée (1).

Par conséquent, dans tous les cas, et quelle que soit la servitude envisagée, la jouissance de l'un des intéressé aura *empêché la prescription à l'égard de tous*, comme le dit l'art. 709, et la présence d'un mineur aura *conservé le droit de tous les autres*, comme le dit l'art. 710. Donc, *tous les autres* auront acquis le bénéfice de la suspension de la prescription résultant d'une copossession indivise avec un mineur et comme une possession, même indivise, est un fait qui ne saurait être anéanti, ce fait ne disparaîtra pas devant la déclaration de l'art. 883. Donc, quand même, par suite d'un partage, le fonds dominant tomberait au lot d'un des cohéritiers majeurs, la servitude devrait être considérée comme ayant été conservée conformément à l'art. 710 (2).

Une autre conséquence de l'indivisibilité apparaît, quand le propriétaire de l'un des deux fonds devient propriétaire d'une fraction déterminée de l'autre fonds. Dans ce cas, la servitude est maintenue pour le tout si son utilité est indivisible, comme celle résultant d'un droit de passage; elle ne sera maintenue que pour une partie proportionnelle, si cette utilité peut être divisée, telle que celle résultant du droit d'extraire une quantité fixe de marne, etc.

467. Mais il y aurait extinction totale dans le cas de confusion proprement dite :

ART. 705. Toute servitude est éteinte, lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit, sont réunis dans la même main (*).

C'est une conséquence de la règle que *nemini res sua servit.*

(*) Art. 705. — L. 1, D. 8, 6, *Quemad. servit. amitt.*; L. 30, *in pr.*, D. 8, 2, *De serv. præd. urb.*

(1) Limoges, 6 avr. 1889, D. 89, 2, 213.

(2) DEMOLOMBE, t. XII, n° 999; DEMANTE, t. II, n° 568 *bis* II; DALLOZ, *Répert.*, v° *Servitude*, n° 1231; LAURENT, t. VIII, n° 322; *Contrà*, Cass. 29 août 1853, D. 53, 1, 230.

Si la confusion vient à cesser *ex causâ antiquâ*, comme alors elle est censée ne s'être jamais produite, l'exercice de la servitude sera repris. C'est ce qui aura lieu si les créanciers hypothécaires poursuivent l'expropriation de l'immeuble hypothéqué contre le tiers détenteur. Les servitudes qui existaient au profit d'un autre immeuble appartenant à ce dernier, et qui paraissaient avoir été atteintes par la confusion résultant de son acquisition, reprendront leur force après l'adjudication prononcée sur lui. Si la confusion cesse par une cause nouvelle, la servitude demeure éteinte. Elle ne pourra être reconstituée qu'en vertu d'une clause formelle insérée dans l'acte constatant la séparation des deux fonds, ou par la destination du père de famille, si le propriétaire avait laissé subsister les signes apparents de l'ancienne servitude. Cela est important à remarquer parce qu'il en résulte que les servitudes non apparentes ou discontinues, éteintes par la confusion, ne peuvent jamais revivre par la destination du père de famille, mais seulement par un titre formel en cas de nouvelle séparation des héritages.

Donc, si la confusion a été le résultat de l'ouverture d'une hérédité, et si l'héritier vend un des fonds héréditaires, la servitude renaîtra au profit de l'acquéreur, en vertu de l'article 694, si elle s'annonce par un signe apparent (1).

Dans le même cas d'hérédité, la confusion ne s'opère pas, si l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire, s'il renonce, ou s'il est déclaré indigne.

(1) LAURENT, t. VIII, n° 303; Comp. AUBRY et RAU, t. III, p. 104, note 13.

FIN DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME QUATRIÈME.

LIVRE DEUXIÈME.

Des biens et des différentes modifications de la propriété.

Généralités.

Pages.

1. — Objet du deuxième livre du Code civil. 5
2. — Nature des rapports divers entre la *personne* et la *chose*. . . 6
3. — Comparaison entre les *droits réels* et les *droits de créance*. . 7

TITRE PREMIER.

De la distinction des biens.

4. — Division des biens en meubles et immeubles, art. 516. . . 9
5. — Intérêt de la distinction. 10
6. — Autres divisions des biens. 11
7. — Les questions relatives à la nature d'un bien relèvent de la loi locale. 11

CHAPITRE PREMIER.

DES IMMEUBLES.

§ 1er. — Immeubles par nature.

8. — Diverses espèces d'immeubles, art. 517. 13
9. — Immeubles par nature, art. 518; constructions adhérentes au sol. 13
10. — Constructions faites par le preneur; controverse. 14
11. — Solution. 16
12. — Les mines sont immeubles par nature. 18
13. — Des moulins, art. 519. 18
14. — Des récoltes, art. 520. 19
15. — Des bois, art. 521; — à l'égard des tiers acheteurs les récoltes et coupes de bois sont traitées comme meubles. 19
16. — Cessation de l'incorporation au sol des arbres et récoltes pro-

Pages.

venant d'un fait naturel ou de celui du propriétaire, art. 388 C. P. 20
17. — Cessation provenant du fait d'un tiers, art. 475, § 15, C. P.; art. 144, C. forest. 22
18. — Pour les immeubles par nature, l'incorporation au sol peut émaner indifféremment du propriétaire ou d'un tiers; application aux tuyaux de conduite, art. 523. 23

§ 2. — **Immeubles par destination.**

19. — Pour avoir ce caractère les objets doivent avoir été placés par le propriétaire, art. 524. 25
20. — Cas où le propriétaire du fonds est simplement locataire des objets placés par lui sur le fonds. 26
21. — Les objets doivent avoir été placés dans l'intérêt du fonds; — distinction entre les objets placés pour le service du fonds, et ceux qui ont été placés à perpétuelle demeure. . . . 27
22. — Objets placés pour le service du fonds : animaux et ustensiles attachés à la culture par le propriétaire exploitant lui-même, 28
23. — Ou livrés par le propriétaire à un métayer ou fermier, art. 522, 29
24. — Des semences : caractères particuliers de leur immobilisation. 30
25. — Oignons des fleurs. 31
26. — Des pépinières : controverse à cet égard. 32
27. — Pailles et engrais; échalas des vignes, etc. 33
28. — Pigeons des colombiers, L. du 4 avril 1889. 34
29. — Lapins des garennes. 36
30. — Ruches à miel, L. du 4 avril 1889. 38
31. — *Quid* des vers à soie ? L. 4 avril 1889. 39
32. — Poissons des étangs. 39
33. — Pressoirs, chaudières, etc.; ustensiles agricoles. 40
34. — Ustensiles pour forges et usines; manufactures; force motrice. 40
35. — Conséquences de l'immobilisation. 42
36. — Objets placés à perpétuelle demeure, art. 525. 43

§ 3. — **Autres espèces d'immeubles.**

37. — Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, art. 526; des actions tendant à revendiquer un immeuble. 45
38. — Immeubles par une détermination de la loi. 46

CHAPITRE II.

DES MEUBLES.

39. — Division des meubles, art. 527; meubles par nature, art. 528. 49
40. — Précisions concernant les bateaux, bacs, etc., art. 531, et les matériaux, art. 532. 49
41. — Meubles par la détermination de la loi, art. 529; énumération. 51
42. — Actions et intérêts dans les compagnies; différences entre l'action et l'intérêt. 53

Pages.

43. — L'art. 529 ne doit recevoir d'application qu'à l'égard des sociétés constituant une personne morale. *Quid* dans le cas de sociétés minières ? 55
44. — Des rentes soit perpétuelles, soit viagères. 58
45. — Du rachat des rentes foncières, art. 530. 59
46. — Différences entre les rentes foncières et les rentes constituées. 61
46 *bis*. — Dérogations pour la Tunisie aux règles ci-dessus : biens *habbous* constitués en *enzel*. 62
47. — Règles d'interprétation de certaines expressions concernant les meubles, art. 523 à 536. 63

CHAPITRE III.

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT.

§ 1er. — **Généralités.**

48. — La propriété collective a précédé la propriété individuelle. . 65
49. — En quel sens il peut y avoir des cas d'inaliénabilité sous le régime de la propriété individuelle. 66
50. — Nécessité de distinguer, à cet égard, entre les biens appartenant à des particuliers, et ceux appartenant à des collectivités, art. 537 67
51. — Distinction entre le domaine public et le domaine privé des personnes morales publiques. 68

§ 2. — **Du domaine public, application de la propriété collective.**

52. — Domaine public de l'État, art. 538; voies de communication par terre. 69
53. — Charges imposées aux riverains. 70
54. — Déclassement des routes; effets. 71
55. — Chemins de fer. 72
56. — Voies de communication fluviales; déclaration de navigabilité; limites. 73
57. — Canaux; fontaines publiques. 74
58. — Domaine public maritime; condition des cessionnaires et riverains. 75
59. — Domaine public militaire, art. 540. 77
60. — Délimitation du domaine public; controverse. 77
61. — Des édifices affectés à un usage public. 80
62. — Des objets mobiliers, spécialement des objets d'art; Loi du 30 mars 1887, applicable en Algérie et dans les pays de protectorat. 81

§ 3. — **Autres applications dans l'intérêt public de la propriété collective.**

63. — Des monopoles; règles concernant leur établissement. . . 83

Pages.

64. — Appropriation privée imparfaite dans les cas de propriété intellectuelle ou industrielle. 85
65. — Limitation nécessaire de cette propriété, quant à la durée; son caractère mobilier. 86

§ 4. — **Domaine privé de l'État.**

66. — Ce qu'il comprend; lais et relais de la mer; L. 16 sept. 1807. 87
67. — Biens vacants, art. 539; biens désaffectés, art. 541. Règles sur la désaffection en général des biens appartenant aux personnes morales et publiques. 88

§ 5. — **Domaine des communes et établissements publics.**

68. — Domaine public communal. 90
69. — Condition des églises et cimetières. 90
70. — Droits des concessionnaires dans les cimetières. 91
71. — Domaine privé des communes, art. 542; biens patrimoniaux; jouissance des habitants. 92
72. — Domaine des établissements publics. 94

§ 6. — **Droits divers qu'on peut avoir sur les biens.**

73. — Enumération, art. 543. 95
74. — Les particuliers peuvent-ils établir des droits réels autres que ceux qui ont été prévus par la loi? 96

TITRE DEUXIÈME.

De la propriété.

RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA PROPRIÉTÉ INDIVIDUELLE.

§ 1. — **De la propriété individuelle au point de vue de la faculté de disposer.**

75. — Origine de la propriété individuelle; exemples contemporains de l'Algérie et de l'Inde. 98
76. — Sa définition, art. 544. 102
77. — De la faculté d'aliéner; elle est de l'essence de la propriété individuelle. 102
78. — Impossibilité pour un propriétaire de se rendre incapable, ou de rendre son successeur incapable d'aliéner. 103
79. — L'art. 544 suffit pour faire rejeter toutes les clauses d'inaliénabilité. 105
80. — Nécessité de distinguer la condition résolutoire de la clause contenant prohibition d'aliéner, soit dans les actes à titre gratuit, soit dans les actes à titre onéreux; — clause pénale. . 106
81. — Hypothèse où la défense d'aliéner porte sur des biens appartenant déjà au successeur. 109

Pages.

82. — Actes à titre onéreux, vente. 110
83. — Louage, indivision. 111
84. — Dons et legs ; principe général. 112
85. — Des prohibitions temporaires d'aliéner, soit dans l'intérêt du disposant, soit dans l'intérêt d'un tiers ; 112
86. — Soit dans l'intérêt du bénéficiaire. 114
87. — Inefficacité nécessaire de ces prohibitions. 115
88. — Libéralités faites aux établissements publics. 116
89. — Peut-il y avoir une propriété temporaire? 118

§ 2. — **De la propriété individuelle au point de vue des limitations dont elle est l'objet.**

90. — D'après l'art. 544 la propriété est un droit limité ; les limitations résultant de la loi ne sont pas des restrictions. . . 121
91. — Individualité du propriétaire résultant de la propriété des noms propres, enseignes, etc. 121
92. — Individualité du bien possédé, assurée par les actions en bornage, en partage, etc. 123
93. — Limitation résultant du droit d'expropriation pour cause d'utilité publique. Doctrine sur la prédominance de l'intérêt ou du droit collectif sur le droit individuel ; réfutation. . . 124
94. — Le droit d'expropriation a pour cause une réserve implicitement faite au profit de la collectivité à l'époque où a été constituée la propriété individuelle. 125
95. — Principe de l'indemnité préalable, art. 545. 126
96. — Sur quoi peut porter l'expropriation ; de l'expropriation portant sur le tréfonds, abstraction faite de la surface. . . 127
97. — De l'expropriation quant à l'usufruit et aux servitudes. . . 127
98. — A qui appartient le droit d'exproprier. 128
99. — Contre qui peut-il être exercé? 128
100. — Du jugement prononçant l'expropriation à défaut de cession amiable, ses effets. 129
101. — De l'indemnité. 130
102. — Compléments du système de l'expropriation publique résultant des lois spéciales, notamment de la loi du 30 mars 1887. . 132
103. — De l'expropriation publique dans les colonies et en Algérie. 132
104. — Expropriations mobilières pour cause d'utilité ou d'intérêt publics 134
105. — Extraction de matériaux et occupation temporaire. . . . 135
106. — Limitations résultant des règlements municipaux 136
107. — Conclusion. 136

§ 3. — **Notion de l'accession.**

108. — Inutilité de l'art. 546. 137
109. — Signification donnée à ce texte par la jurisprudence, application aux canaux d'amener, etc. 138
110. — Limitations apportées à la libre culture. 139

Pages.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE.

111. — Principe de l'accession reproduit par l'art. 547; distinction entre les fruits et les produits. 140
112. — Cas où les frais de labour, etc., ont été faits pas un tiers, art. 548. 142
113. — Distinction entre la propriété et la possession. 143
114. — Comparaison entre le *possessoire* et le *pétitoire*. 144
115. — De l'action en revendication; de la preuve à fournir par le demandeur. 145
116. — De l'action *publicienne;*. 147
117. — Suite. 148
118. — Restitutions à la charge du possesseur qui a succombé; . . 149
119. — Spécialement en ce qui concerne les fruits, art. 549. . . 150
120. — Du possesseur de bonne foi, art. 550. 151
121. — De l'erreur du possesseur à ce point de vue. 152
122. — Extension donnée à l'art. 549 par la jurisprudence. . . . 155
123. — Comment le possesseur de bonne foi acquiert-il les fruits?. 155
124. — Cessation de la bonne foi; conséquences. 157

CHAPITRE II.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE.

125. — Principe général sur les accroissements que peut recevoir la chose. 160

SECTION PREMIÈRE. — *Du droit d'accession relativement aux choses immobilières.*

126. — Division de la section. 161

§ 1er. — Du droit d'accession à l'égard des ouvrages faits au-dessus ou au-dessous du sol.

127. — Présomption résultant de l'art. 552; propriété du dessus; applications. 162
128. — Propriétés du dessous. Conséquences des fouilles résultant soit de travaux ordinaires, soit de travaux extraordinaires. . 164
129. — Droit au produit des fouilles; réserves résultant de la loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments historiques, et pour la Tunisie du décret du 7 mars 1886. . . 166
130. — Autres limitations résultant de la législation sur les mines. Historique. 166
131. — Loi du 21 avril 1810. 168
132. — *Mines.* Condition du propriétaire de la surface avant la concession de la mine. 169
133. — Effets du décret de concession, droit à une redevance. . . 170

Pages.

134. — Droit à indemnité pour les dommages résultant des travaux . 170
135. — *Minières* et *carrières* 171
135 *bis*. — Législation minière dans les colonies 172
136. — Art. 553. Première présomption relative à la propriété . . 174
137. — Deuxième présomption relative aux frais des constructions . 176
138. — De la preuve contraire à la première présomption 177
139. — De la preuve contraire à la seconde présomption 177
140. — Constructions faites par le maître du sol avec les matériaux d'autrui, art. 554. 178
141. — Constructions ou plantations faites sur le sol d'autrui par un tiers avec ses matériaux, art. 555. 180
142. — Du constructeur de bonne foi. 181
143. — Du constructeur de mauvaise foi. 182
144. — Le tiers a-t-il le droit de rétention jusqu'au paiement de l'indemnité? 182
145. — L'art. 555 ne s'applique qu'aux ouvrages nouveaux, . . . 183
146. — Et seulement aux tiers possesseurs évincés. 183
147. — La jurisprudence l'applique aux détenteurs précaires. . . 184

§ 2. — **Accession résultant du voisinage des eaux.**

148. — Accession naturelle. De l'alluvion, art. 556. 186
149. — Des relais, art. 557. 187
150. — Quand, comment et à qui l'alluvion est-elle acquise? . . . 188
151. — Du partage de l'alluvion. 189
152. — Des alluvions artificielles résultant de travaux exécutés par l'État. 190
153. — Des lacs et étangs, art. 558; des dommages causés aux riverains. 193
154. — De l'avulsion, art. 559 195
155. — Des îles et îlots dans les cours d'eau navigables, art. 560. . 195
156. — Des îles dans les cours d'eau non navigables, art. 561; cas de l'art. 562. 196
157. — A qui appartiennent ces cours d'eau? Influence de l'art. 563 sur la solution de la question. 197
158. — Les cours d'eau sont des choses communes; conséquences. . 199

§ 3. — **De l'accession à l'égard de certains animaux.**

159. — Application du principe à certains animaux; Loi du 4 avril 1889. 201

SECTION II. — *Du droit d'accession relativement aux choses mobilières.*

160. — La théorie de l'accession en fait de meubles a peu d'importance dans le droit moderne, art. 565. 203
161. — Art. 566 à 577. 204

TITRE TROISIÈME.

De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'USUFRUIT.

Généralités.

Pages.

162. — L'établissement de la propriété individuelle a rendu possible la constitution de certains droits réels détachés de la pleine propriété. 207
163. — De l'usufruit ; définition, art. 578. 208
164. — L'usufruitier et le nu-propriétaire ne sont pas en état d'indivision. 211
165. — L'usufruit est essentiellement temporaire ; évaluation de l'usufruit d'après les tables dressées pour apprécier la durée de la vie humaine. 211
166. — Comment l'usufruit peut être établi, art. 579 ; divers cas d'usufruit légal. 214
167. — Les ministres du culte ont-ils un droit d'usufruit légal sur les immeubles affectés à leur logement ? 215
168. — Jouissance de la communauté sur les propres des époux. . . 216
169. — L'usufruit peut aussi être établi par la volonté de l'homme ; capacité, preuve ; 216
170. — Au profit de qui. 217
171. — Modalités, art. 580. 218
172. — Sur quoi peut porter l'usufruit, art. 581. 219
173. — Comparaison de l'usufruit avec d'autres droits. 219

SECTION PREMIÈRE. — *Des droits de l'usufruitier.*

§ 1er. — Acquisition des fruits ; — quasi-usufruit ; biens incorporels.

174. — Division de la matière. 221
175. — Droits résultant de la jouissance, spécialement en ce qui concerne les fruits, art. 585. 221
176. — Diverses espèces de fruits, art. 583, 584. 222
177. — Acquisition des fruits naturels et industriels, art. 585. . . . 223
178. — Acquisition des fruits civils, art. 586, ... 224
179. — Spécialement en ce qui concerne les prix des loyers. . . . 225
180. — De la vente des récoltes sur pied. 226
181. — Des revenus irréguliers. 227
182. — Du quasi-usufruit, art. 587. 229
183. — De l'usufruit d'un fonds de commerce, ... 231
184. — Ou de choses se détériorant par l'usage, art. 589. 232

Pages.

185. — De l'usufruit constitué sur des meubles incorporels ayant une durée temporaire ; d'abord sur une créance. 233
186. — Autres hypothèses : usufruit sur un bail ; 235
187. — Sur un autre usufruit ; 236
188. — Sur une rente viagère, art. 588 ; 237
189. — Sur un brevet d'invention ; 238
190. — Sur une propriété littéraire. 239

§ 2. — Droits de l'usufruitier sur les arbres ; sur les mines ; augmentations ; améliorations ; constructions.

191. — Droits de l'usufruitier sur les bois, taillis et pépinières, art. 590. 240
192. — Sur les hautes futaies, art. 591, 592 ; 241
193. — Sur d'autres arbres ou produits forestiers, art. 593, 594. . . 243
194. — Extension de l'usufruit sur les augmentations dont profite la chose, art. 596. 244
195. — *Quid* des primes de remboursement et lots attachés à certaines valeurs ? 244
196. — Des droits réels accessoires, art. 597. 246
197. — Droits de l'usufruitier sur les mines, art. 598. 247
198. — Première situation à examiner. 248
199. — Deuxième situation. 250
200. — Carrières et tourbières. 251
201. — Exploitations minières dont le nu-propriétaire doit s'abstenir ; principe de l'art. 599 § 1. 251
202. — Améliorations faites à la chose par l'usufruitier, indemnité refusée par l'art. 599 § 2. 252
203. — *Quid* en ce qui concerne les constructions ? controverse. . . . 253
204. — Solution proposée. 254

§ 3. — Droit d'administration et de disposition de l'usufruitier ; actions qui lui appartiennent.

205. — Droit d'administration appartenant à l'usufruitier ; baux des immeubles, art. 595. 258
206. — Autres actes passés par l'usufruitier. 259
207. — Droit de disposition appartenant à l'usufruitier. 260
208. — Conséquences de l'aliénation de l'usufruit. 261
209. — Actions appartenant à l'usufruitier. 261
210. — Dans quelle mesure l'usufruitier universel peut exercer les actions qui appartenaient au constituant. 263

SECTION II. — *Des obligations de l'usufruitier.*

§ 1er. — Obligations de faire inventaire et de fournir caution.

211. — Deux époques à distinguer en matière d'usufruit, art. 600. 264

Pages.

212. — Nécessité d'un inventaire des meubles et d'un état des immeubles. 265
213. — Le titre constitutif peut-il contenir une dispense à cet égard? 267
214. — Nécessité d'une caution, art. 601. 268
215. — De la dispense de fournir caution. 270
216. — Dans quelle mesure cette dispense peut être révoquée. . . 270
217. — Jurisprudence sur ce point. 272
218. — Cas où l'usufruitier, non dispensé, ne trouve pas une caution, art. 602; conséquences générales. 274
219. — Conséquences spéciales quant aux meubles sujets à dépérissement, art. 603. 275
220. — Du retard de donner caution, art. 604. 276

§ 2. — Obligations de l'usufruitier relativement aux réparations.

221. — Distinction entre les grosses réparations et les réparations d'entretien, art. 606. 277
222. — Obligations respectives de l'usufruitier et du nu-propriétaire à cet égard, art. 605. 279
223. — Le nu-propriétaire est-il obligé de faire les grosses réparations ? 280
224. — Etat de la doctrine sur cette question. 281
225. — Système proposé : explication et justification de l'art. 607. . 282
226. — Etat de la jurisprudence. 284
227. — La distinction entre les grosses réparations et les réparations d'entretien s'applique aux immeubles par destination, . . 285
228. — Ainsi qu'aux meubles ordinaires. 285
229. — Le même principe s'étend aux animaux, art. 615 et 616; question du croît; 285
230. — Il s'étend aussi aux meubles meublants. 287

§ 3. — Contribution de l'usufruitier aux charges, dettes, et frais des procès.

231. — Charges annuelles dont l'usufruitier est tenu, art. 608. . . 287
232. — Contribution de l'usufruitier et du nu-propriétaire pour les charges extraordinaires, art. 609. 289
233. — Leur contribution aux dettes, d'abord dans le cas d'un usufruit particulier, art. 611; 290
234. — Ensuite dans le cas d'un usufruit universel, art. 612. . . . 291
235. — Application aux legs de rente viagère, etc., art. 610. . . . 292
236. — Moyens d'exécution. 294
237. — Champ d'application des art. 610 et 612. 295
238. — Contribution aux frais des procès, art. 613; 295
239. — Spécialement dans le cas d'actions possessoires, art. 614. . . 297

Section III. — *Comment l'usufruit prend fin.*

240. — Enumération des causes d'extinction de l'usufruit, art. 617. . 298

Pages.

241. — Mort de l'usufruitier. 299
242. — Durée de l'usufruit appartenant aux personnes morales, art. 619. 300
243. — Echéance du terme, art. 620. 301
244. — Consolidation. 302
245. — Non-usage; comparaison avec la propriété. 303
246. — Renonciation, art. 621, art. 622. 304
247. — Perte de la chose, art. 623 et 624. 305
248. — Abus de jouissance, art. 618. 306
249. — Autres causes d'extinction de l'usufruit et du quasi-usufruit. 308
250. — Conséquences de l'extinction de l'usufruit; restitutions à effectuer. 308
251. — Responsabilité de l'usufruitier; — spécialement en cas d'incendie 309

CHAPITRE II.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

252. — Caractères juridiques de l'usage et du droit d'habitation. . . 311
253. — Leur constitution, extinction, etc., art. 625, 626, 627. . . 312
254. — Droit d'habitation appartenant à certains ministres du culte. 313
255. — Étendue du droit d'usage, art. 628, 629 et 630. 314
256. — Prohibition de le céder, art. 631, 634, 635. 314
257. — L'usage est-il indivisible ? 315
258. — Étendue du droit d'habitation, art. 632, 633. 316
259. — Usages forestiers, art. 636; compétence. 317

TITRE QUATRIÈME.

Des servitudes ou services fonciers.

Généralités.

260. — Définition des servitudes prédiales, art. 637, 638. 319
261. — Classification résultant de l'art. 639. 320

CHAPITRE PREMIER.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

§ 1er. — De l'écoulement des eaux.

262. — Plan. — De l'écoulement naturel des eaux; règle de l'art. 640. 323
263. — Modifications résultant de la convention ou de la prescription. 324
264. — Le propriétaire du fonds supérieur doit s'abstenir de tout ce qui pourrait aggraver la servitude; notamment à l'égard des eaux pluviales. 326

Pages.

265. — *Quid* des sources découvertes par l'effet de travaux effectués sur le fonds supérieur ? Eboulements, avalanches. . . . 327
266. — Modifications résultant des lois sur les irrigations et le drainage. — Syndicats. 328

§ 2. — **Des sources.**

267. — Droits du propriétaire sur les sources jaillissant dans son fonds, art. 641. 330
268. — Modifications pouvant résulter de la convention ou de la prescription, art. 642. 332
269. — Les ouvrages dont parle l'art. 642 peuvent-ils n'être effectués que sur le fonds inférieur ? 334
270. — Application aux fonds non contigus. 336
271. — Le propriétaire d'une source peut-il en céder les eaux en toute propriété ? 337
272. — Cas où les eaux d'une source vont se confondre avec une eau courante. 339
273. — Restriction aux droits du propriétaire quand l'eau de la source est nécessaire à un groupe d'habitants, art. 643. . . . 340
274. — De l'indemnité qui lui est due en ce cas; difficultés relatives à la prescription de cette indemnité. 343
275. — Des sources d'eau thermale, etc., périmètre de protection résultant de la loi du 22 juillet 1856. 346

§ 3. — **Des eaux courantes.**

276. — Droit des riverains d'une eau courante, art. 644. 347
277. — Caractère de ce droit; il est commun à tous les riverains. . 349
278. — L'art. 644 n'est pas limitatif en ce qui concerne l'emploi de l'eau courante; 350
279. — Ni en ce qui touche les propriétés à qui l'usage de l'eau peut être utile. 351
280. — Conséquences; *quid* à l'égard des parcelles détachées d'un fonds riverain par l'effet d'un partage ? 352
281. — *Quid* de la division provenant uniquement de la différence des cultures ? 352
282. — L'usage de l'eau peut être acquis à des tiers non riverains à titre de servitude, notamment par l'effet de la prescription. 353
283. — De la servitude d'aqueduc créée par la loi du 29 avril 1845 sur les irrigations, art. 1er. 355
284. — Autres dispositions de cette loi. 357
285. — De la servitude d'écoulement créée par la loi du 10 juin 1854 sur le drainage. 357

§ 4. — **Application des règles précédentes.**

286. — Prise des eaux à leur passage; nécessité d'une autorisation administrative pour les ouvrages à établir dans ce but. — Indemnités en cas de dommage. 359

Pages.

287. — Servitude d'appui créée par la loi du 11 juillet 1847. 361
288. — Du non-usage. 362
289. — Prises d'eau pour établissements industriels ou usines. — Distinction à établir sur ce point entre les cours d'eau non navigables ni flottables et les autres. 362
290. — Effet des autorisations accordées sur les cours d'eau non navigables ni flottables. 363
291. — De la restitution des eaux à leur cours naturel. 364

§ 5. — **Des règlements d'eau.**

292. — Règlements généraux administratifs. 366
293. — Règlements judiciaires, art. 645. 367
294. — Principes à appliquer par les juges civils ; pouvoirs des tribunaux. 368
295. — Effets des jugements portant règlement d'eau. 370
296. — Les art. 644 et 645 ne sont pas applicables aux canaux artificiels. 371
297. — Les riverains n'ont aucun droit sur ces canaux, même pour les usages domestiques. 372

§ 6. — **Du bornage.**

298. — De l'obligation réciproque relative au bornage, art. 646 ; ce qui caractérise l'obligation du bornage. 372
299. — Quand peut être exercée l'action en bornage. 373
300. — Compétence, L. du 25 mai 1838. 374
301. — Hypothèses diverses. 375
302. — Exercice de l'action en bornage. 376
303. — Opérations se rattachant au bornage ; mesurage des fonds. . 376
304. — Application des titres. 378
305. — Délimitation. 378
306. — Plantation des bornes. 379
307. — Partage des frais. 380
308. — Effets et formes du bornage. 380
309. — Du déplacement des bornes 382

§ 7. — **Du droit de clore son héritage.**

310. — Du droit de clôture, art. 647 ; sa signification. 383
311. — Du parcours et de la vaine pâture. 384
312. — L. du 6 oct. 1791. 385
313. — Abolition du droit de parcours, L. du 9 juill. 1889. . . . 386
314. — Maintien possible de la vaine pâture, L. du 22 juill. 1890. . 387
315. — Règlementation de la vaine pâture. 389
316. — Effets de la clôture quant à la vaine pâture, art. 648 ; quant au ban des vendanges, au droit de chasse et à la servitude d'extraction des matériaux. 392
317. — Restrictions diverses apportées au droit de clore son héritage. 393

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

Pages.

Généralités. — Servitudes légales d'utilité publique.

318. — Classification résultant des art. 649 à 652. 395
319. — Servitude de halage. 395
320. — Autres servitudes d'utilité publique ; support des plaques portant le nom des rues, des réverbères, etc.; prohibition de construire dans certaines zones. 396

SECTION PREMIÈRE. — *Du mur et du fossé mitoyen.*

§ 1er. — Caractère de la mitoyenneté; conditions de son existence; charges qui en résultent; de l'usage du mur mitoyen.

321. — Position du problème à résoudre ; solution adoptée par la loi. 398
322. — Notion exacte de la mitoyenneté qui n'est pas une communauté avec indivision forcée. 399
323. — Quand y a-t-il mitoyenneté? 400
324. — Présomptions de mitoyenneté, art. 653 ; étendue et applications. 401
325. — Cessation de la présomption résultant, 1° d'un titre ; . . . 404
326. — 2° De marques de non mitoyenneté, art. 654. 404
327. — Entretien et réparation du mur mitoyen à la charge des deux propriétaires, art. 655. 405
328. — Faculté de s'exonérer de cette charge par l'abandon de la mitoyenneté, art. 656. 407
329. — La faculté d'abandon existe-t-elle à l'égard d'un mur situé à la ville ou dans un faubourg ? Controverse. 409
330. — Solution proposée. 410
331. — De l'usage du mur mitoyen par chaque propriétaire, art. 657. Cet usage peut donner lieu à trois catégories de travaux. . 412
332. — De la faculté d'exhausser le mur mitoyen, art. 658. . . . 413
333. — Conséquences, art. 659 ; — Suites de l'exhaussement. . . 414
334. — Acquisition de la mitoyenneté de l'exhaussement. 416

§ 2. — Cession volontaire ou forcée de la mitoyenneté. Conséquences; droits égaux des deux propriétaires.

335. — Acquisition de la mitoyenneté entière, art. 661. 418
336. — Possibilité d'éviter l'aliénation forcée de la mitoyenneté en bâtissant en retraite de la ligne divisoire. 419
337. — La faculté d'acquérir la mitoyenneté peut-elle être perdue soit par le non-usage, soit par une renonciation? 421
338. — Cette acquisition de mitoyenneté peut-elle ne porter que sur une partie de l'épaisseur du mur? 422
339. — Conséquences, quant aux servitudes, d'une acquisition de la mitoyenneté. 422

Pages.

340. — De l'indemnité à la charge de l'acquéreur. 423
341. — La mutation de propriété, dans le cas de l'art. 661, a lieu à titre de vente volontaire ou forcée. 424
342. — Conséquences ; le privilège et l'action résolutoire appartiennent au vendeur non payé de la mitoyenneté. 424
343. — En l'absence de tout règlement conventionnel ou judiciaire antérieur, le fait de prendre possession de l'usage d'un mur non mitoyen est une usurpation ; le propriétaire a l'action en revendication. 426
344. — Dans le même cas le propriétaire à l'action en revendication contre tout tiers détenteur. Opinions diverses sur ce point. 427
345. — Le droit commun est contraire à tous ces systèmes. . . . 428
346. — Le tiers détenteur et le constructeur n'étant pas codébiteurs, ne peuvent être tenus solidairement, ni conjointement. . 431
347. — Enfoncements dans le mur mitoyen, appui, etc., art. 662. . . 432

§ 3. — De la clôture forcée.

348. — Obligation relative à la clôture commune, art. 663. . . . 434
349. — Comment elle doit être effectuée et en quels lieux. . . . 436

§ 4. — Division de la propriété en sections horizontales. — Accessoires immobiliers appartenant en commun à plusieurs voisins.

350. — Cas où la superficie et le tréfonds appartiennent à des propriétaires différents 437
351. — Cas où les étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, art. 664 ; charges communes et particulières. . 438
352. — Le propriétaire d'un étage pourrait-il, pour s'affranchir des charges, abandonner la propriété de son étage ? . . . 441
353. — Des cours, ruelles, puits, etc., communs entre plusieurs propriétaires voisins. 443
354. — Peut-il exister en ce cas une servitude d'indivision ? . . . 444
355. — Persistance des servitudes en cas de reconstruction d'un immeuble, art. 665 ; — Renvoi à l'art. 704. 446

§ 5. — De la mitoyenneté rurale ; haies, fossés et autres clôtures.

356. — Loi du 29 juillet 1881 modifiant divers articles du Code. . 446
357. — Principe général ; présomption de mitoyenneté pour toutes clôtures, art. 666. 447
358. — Quand cesse cette présomption. 448
359. — Particularités concernant les fossés ; fossés bordant les grandes routes, les chemins vicinaux et les bois domaniaux. . . 450
360. — Charges de la mitoyenneté rurale, art. 667. 451
361. — Il n'y a pas en cette matière cession forcée de la mitoyenneté ; droits de chaque propriétaire, art. 668. 452

Pages.

362. — Jouissance et entretien de la haie et du fossé mitoyens, article 669. 452
363. — Dispositions concernant les arbres mitoyens, art. 670. . . 453
364. — Distances à observer pour les plantations, art. 671. . . . 454
365. — Sanction, art. 672. 455
366. — Influence du titre, de la destination du père de famille et de la prescription. 456
367. — Droit pour le voisin de faire couper les branches et de couper les racines avançant sur sa propriété, art. 673. 457
368. — Y a-t-il une distance à observer pour les fossés ? 457
369. — *Quid* pour les riverains d'un chemin vicinal ou des rues d'un village ? 458

SECTION II. — *De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.*

370. — Distance à observer pour certains ouvrages, art. 674. . . 459
371. — Des règlements administratifs ou municipaux en cette matière ; jurisprudence. 460
372. — Effet différent des prescriptions légales, suivant qu'elles sont motivées par l'intérêt public ou l'intérêt privé. 461
373. — Règles particulières concernant les fosses, forges, établies . 462
374. — Compétence en cette matière. 463
375. — Distances à observer pour certains établissements nuisibles. . 463
376. — *Quid* pour certaines professions incommodes ? 464
377. — Règles de compétence. 465

SECTION III. — *Des vues sur la propriété de son voisin.*

378. — Des diverses espèces de *vues* et de *jours*. 466
379. — Prohibition d'établir aucune ouverture dans un mur mitoyen, art. 675. 467
379 *bis*. — *Quid* si la contiguité entre les deux héritages vient à cesser ? 468
380. — Droit du propriétaire d'établir des jours dans son mur non mitoyen joignant immédiatement l'héritage d'autrui, articles 676, 677. 470
381. — Conséquences de l'acquisition par le voisin de la mitoyenneté du mur. 471
382. — Appréciation par le juge du caractère de l'ouverture. . . . 472
383. — Application des règles ci-dessus aux murs de clôture. . . . 472
384. — Distances à observer quand le mur ne joint pas immédiatement l'héritage d'autrui, art. 678, 679, 680. 473
385. — Ces articles ne s'appliquent pas aux vues, etc., prises sur la voie publique ; 474
386. — Ni quand les deux héritages sont séparés par une rue ayant moins de six pieds de largeur. 475
387. — *Quid* si le terrain intermédiaire est commun aux deux voisins ? 475
388. — Influence de la prescription, de la destination du père de famille et du titre. 476

SECTION IV. — *De l'égout des toits.*

Pages.

389. — Obligation du propriétaire quant à la disposition de sa toiture, art. 681; — Il peut déverser les eaux sur la voie publique. 478
390. — Il ne peut les déverser chez le voisin; — Effets de la prescription. 479
391. — *Quid* à l'égard des neiges amoncelées sur la toiture? . . . 480

SECTION V. — *Du droit de passage.*

392. — Loi du 20 août 1881 modifiant les articles de la section; principe de l'art. 682. 481
393. — Dans quel cas il y a enclave. 482
394. — Le passage peut-il être réclamé sur toute espèce de fonds? . 483
395. — Nécessité de rechercher l'origine de l'enclave résultant d'un fait de force majeure, art. 683. 484
396. — De l'enclave résultant d'un fait volontaire de la part du propriétaire enclavé, art. 684. 485
397. — Influence de la prescription quant à l'assiette du passage, article 685; — De l'action possessoire. 487
398. — De la cessation de l'enclave; ses effets. 489
399. — Situations particulières se rapprochant de l'enclave : Des *chemins de sole* ou *d'entre-deux;* des *tournières;* L. 20 août 1881 sur les chemins ruraux. 489
400. — Du *tour d'échelle.* 491
401. — Impraticabilité des chemins; cas où il y a nécessité de pénétrer sur le fonds d'autrui. 492

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

SECTION PREMIÈRE. — *Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.*

402. — Motifs de la disposition permissive de l'art. 686. 494
403. — Objet des servitudes; elles ne peuvent être imposées à la personne. 496
404. — Le droit de chasse peut-il faire l'objet d'une servitude? *Quid* du droit de moudre dans le moulin d'autrui? 496
405. — *Quid* des charges ayant pour but l'utilité d'un commerce ou d'une industrie? 497
406. — Nécessité de séparer le domaine du droit réel de celui du droit de créance; — De la perpétuité de la cause dans les servitudes. 500
407. — Les servitudes doivent être exercées *civiliter.* 501
408. — De la distinction entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines, art. 687; 502

Pages.

409. — Entre les servitudes continues et les servitudes discontinues, art. 688 ; applications diverses; 502
410. — Entre les servitudes apparentes et les servitudes non-apparentes, art. 689; applications diverses. 504
411. — La discontinuité et la non-apparence d'une servitude ne caractérisent pas nécessairement la possession de cette même servitude. 505

SECTION II. — *Comment s'établissent les servitudes.*

412. — Généralités 507
413. — Etablissement des servitudes par titre, art. 690, 691; notion du titre. 507
414. — A qui appartient la faculté d'établir des servitudes par titre; modalités possibles 509
415. — Au profit de qui peuvent être établies les servitudes. . . . 510
416. — *Quid* des créanciers? 511
417. — Appréciation des titres; droit fiscal. 512
418. — Etablissement des servitudes par la prescription trentenaire; pourquoi la prescription ne peut s'appliquer ni aux servitudes discontinues, ni aux servitudes non-apparentes. . . 512
419. — La prescription de dix à vingt ans est-elle admise? . . . 514
420. — De la possession des servitudes. 515
421. — Des actions possessoires relatives aux servitudes. 517
422. — De la possession antérieure au Code civil. 519
423. — De la destination du père de famille, art. 692 et 693; limitation aux servitudes continues et apparentes. 520
424. — Difficulté résultant de l'art. 694; controverse. 520
425. — Systèmes divers. 523
426. — Preuve spéciale de la destination du père de famille. . . . 525
427. — Règles générales concernant la preuve en matière de servitudes. 526
428. — Des titres récognitifs, art. 695 526
429. — Charges accessoires de la servitude, art. 696; servitudes accessoires. 528
430. — De la règle prohibant la constitution d'une servitude sur une autre servitude. 529
431. — Des servitudes principales à l'égard du fonds servant et accessoires à l'égard du fonds dominant 531

SECTION III. — *Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due.*

432. — Droits du propriétaire du fonds dominant, art. 697 et 698. . 532
432 *bis*. — Affranchissement des charges convenues, par l'abandon du fonds servant, art. 699. 533
433. — De l'indivisibilité des servitudes. 534
434. — Comparaison nécessaire avec le droit romain. 535

Pages.

435. — Toutes les servitudes dans leur nature intrinsèque et au regard du fonds servant sont indivisibles 537
436. — Influence de la division du fonds dominant sur l'usage des servitudes, art. 700. 538
437. — Soit continues, soit discontinues. 540
438. — Cas où l'utilité de la servitude est divisible entre les diverses fractions du fonds dominant. 541
439. — Devoirs du propriétaire du fonds servant, art. 701 ; modification qu'il ne doit pas faire ou qu'il peut faire à l'état des lieux. 541
440. — Sanction des règles précédentes. 544
441. — Offre d'un endroit aussi commode pour l'exercice de la servitude. 544
442. — Le propriétaire du fonds dominant doit s'abstenir de tout ce qui aggrave la servitude. 546

APPENDICE. — *Application des règles des sections précédentes aux principales servitudes.*

443. — Servitudes discontinues : I. Servitude de passage. 547
444. — II. De puisage. 549
445. — III. D'aqueduc, de conduite d'eau. 550
446. — IV. De pacage ou de pâturage 551
447. — V. D'abreuvage. 552
448. — VI. Et autres. 552
449. — Servitudes continues : I. Servitude de jour. 553
450. — II. De vue. 554
451. — III. De prospect 555
452. — IV. Servitude prohibant d'élever des constructions 555
453. — V. D'égout 556
454. — VI. D'appui. 557
455. — VII. D'avoir des balcons ou autres saillies. 558

SECTION IV. — *Comment les servitudes s'éteignent.*

456. — Causes d'extinction dérivant d'une modalité dans la servitude, d'une résolution ou renonciation, ou d'une expropriation. 559
457. — Extinction résultant d'un changement dans l'état des lieux, art. 703, 704. 561
458. — Application de la règle ; reprise de la servitude en cas de rétablissement des lieux 562
459. — Limitation en cas de non-usage pendant trente ans 563
460. — Extinction résultant directement du non-usage pendant trente ans, art. 706, 707 564
461. — Points de départ de la prescription ou du non-usage suivant les différents cas. De la preuve en cette matière 564
462. — La prescription de 10 à 20 ans peut-elle entrainer l'extinction des servitudes ? Controverse. 567

Pages.

463. — Prescription du mode de la servitude, art. 708; en quoi consiste le mode d'une servitude. 568
464. — Véritable signification de l'art. 708 d'après la Cour de cassation. 568
465. — *Quid* s'il s'agit d'une servitude continue, ou si le maître a usé d'un mode plus avantageux? 571
466. — Suspension et interruption de la prescription extinctive; cas où le fonds dominant appartient à plusieurs par indivis, art. 709, 710; conséquences de l'indivisibilité des servitudes 571
467. — De la confusion, art. 705. 574

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.