DISSERTATIONS

POUR LE

DOCTORAT

PRÉSENTÉES A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

PAR

EDMOND LARTET

Avocat stagiaire

PRÈS LA COUR IMPÉRIALE DE TOULOUSE.

DROIT ROMAIN. — *Des Caractères généraux des Servitudes réelles.*

DROIT FRANÇAIS. — *Des Caractères généraux des Servitudes au services fonciers*

TOULOUSE

IMPRIMERIE Ve SENS ET PAUL SAVY

Rue Saint-Rome, 4.

1858

DROIT ROMAIN.

DES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES SERVITUDES RÉELLES.

DROIT ROMAIN.

DES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES SERVITUDES RÉELLES.

Division générale des servitudes.

Les servitudes peuvent être divisées en deux grandes classes : les servitudes réelles et les servitudes personnelles. La loi romaine définit la servitude personnelle, celle où un fonds est assujetti à une personne : *quando prædium servit personæ ;* les servitudes réelles, celles où le fonds est assujetti à un fonds : *quando prædium servit prædio.* Toutefois, des auteurs modernes ont critiqué cette division si simple en apparence établie par Marcien (1). La servitude imposée à un héritage envers une personne tient, disent-ils, à la fois de la servitude personnelle proprement dite, c'est-à-dire, de personne à

(1) Loi 1. Dig. de servitutibus.

personne, et de la servitude purement réelle, d'héritage à héritage. Les mêmes auteurs ont proposé une division tripartite : servitudes réelles, servitudes personnelles, servitudes mixtes de personnes à héritage. Les trois servitudes qui rentrent dans cette dernière classe sont l'usufruit, l'usage et l'habitation. Je les laisse de côté, ainsi que les servitudes personnelles, pour étudier exclusivement les caractères généraux des servitudes qui rentrent dans la première classe, celle des servitudes réelles.

Des causes qui ont amené l'établissement des servitudes.

L'origine de ces servitudes remonte aussi haut que celle de la propriété. Il est en effet impossible de concevoir des héritages, des fonds divisés sans joindre en même temps à cette idée celle de rapports entre ces fonds. C'est la nature qui a créé ces servitudes, et les législateurs de tous les temps se sont appliqués à sanctionner cette loi et à l'étendre. Ce sont ces rapports naturels auxquels Paul fait allusion dans ces termes : *Quod .....ab his qui primi agros constituerunt opus factum fuerit, in hoc judicium non venit* (1). La même idée se trouve encore exprimée dans une autre loi : *Et semper superiori inferiorem servire; at hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore.*

Il n'est pas même nécessaire d'expliquer, d'excuser

(1) Loi 23. Dig. de aquâ et aquæ pluviæ arcendæ.

en quelque sorte, comme le fait Labéon, cet avantage d'un fonds sur l'autre par un autre avantage réciproque dévolu au fonds inférieur ; celui de recueillir le limon qui découle du terrain supérieur (1); car, d'abord, cette explication fort naturelle, il est vrai, au point de vue des servitudes *aquæ ducendæ vel recipiendæ*, ne saurait s'appliquer pour le droit de passage qui ne peut guère avoir que des inconvénients pour le fonds servant : et de plus il suffit que le dommage, s'il y en a, provienne de la position naturelle des fonds et non du fait d'un propriétaire, pour légitimer cet état.

Pour laisser à chaque fonds son indépendance, à chaque propriétaire la plénitude de ses droits, il aurait fallu rendre un grand nombre de propriétés presque entièrement inutiles (2).

Aussi voyons-nous à Rome, comme à Athènes, la loi imposer des limites aux droits d'un fonds en faveur d'un fonds voisin : *Si quis sepem ad alienum fundum fixerit, infoderitque terminum ne excedito ; si maceriam pedem relinquito, si vero domum pedes duos; si sepulchrum aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint tantum spatii relinquito ; si puteum passsûs latitudinem; at vero oleam aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato; cæteras arbores ad pedes quinque* (3). Les rédacteurs de la loi des XII tables avaient eux-mêmes emprunté ce passage aux lois de Solon.

(1) Loi 1. § 3. Dig. de aqua et aquæ pluviæ arcendæ.

(2) Loi 2. § 3. Dig. de aqua et aquæ pluviæ arcendæ.

(3) Loi 13 Dig. Finium regundorum.

En prêtant aux héritages une personnalité fictive, nous trouvons donc entre eux des rapports directs qui n'ont d'autre source que la nature, et qui sont indépendants de toute idée de possession et de partage : par exemple, la servitude d'écoulement. Puis, d'autres rapports dont l'existence est subordonnée à une idée de possession et de jouissance par divers individus, rapports si nécessaires à cette jouissance que, sans eux, on ne pourrait la supposer. Tel est le droit de passage. Ces deux genres de servitudes ont été réglés par des lois ; mais en l'absence de toute intervention humaine, les premières existaient, tandis que les secondes ont besoin du fait de l'homme et de la sanction de la loi pour exister.

Paul nous indique cette division en nous faisant connaître les trois sources des servitudes *lex*, *natura loci*, *vetustas* (1). Il fait rentrer cette dernière source dans la première, afin, dit-il, de prévenir les procès. Je remarque, ici, que dans une loi précédente, Ulpien, parlant du droit d'écoulement d'un fonds sur un autre, semble ne pas vouloir lui accorder le titre de servitude : *eris que ista quasi servitus* (2).

Des modes de constitution et d'extinction des servitudes.

Les modes de constitution sont en général les mêmes pour toutes les servitudes personnelles ou réelles. Aussi

(1) Loi 2 Dig. pr., de aqua et aquæ.
(2) Loi 1. Dig. § ult. eod. tit.

n'entrerai-je point dans de grands détails. Ce serait, d'ailleurs, sortir de mon sujet.

Comme l'usufruit, les servitudes ne pouvaient être constituées même sur une chose *nec mancipi* que par un moyen du droit civil : *in re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest, nec in homine si peregrino tradatur. Civili enim actione constitui potest, non traditione quæ juris gentium est* (1). La nature elle-même des servitudes s'opposait à leur transmission par tradition : *Incorporales res traditionem, non recipere manifestum est* (2). Ainsi ces droits sur la jouissance, et ces démembrements de la propriété ne pouvaient être transmis par les moyens qui suffisaient pour l'acquisition de la propriété elle-même.

Dans l'ancien droit, la mancipation s'appliquait aux servitudes rurales qui étaient *res mancipi*. Pour les servitudes urbaines, il fallait avoir recours à la *cessio in jure*. Il y avait cependant un moyen de constituer cette servitude par la mancipation, c'était la déduction. Lorsqu'on remplissait pour la vente d'un fonds les formalités de la mancipation, on pouvait réserver ou déduire l'usufruit au profit d'une autre personne (3). On pouvait en faire autant pour les servitudes urbaines qui avaient la même nature que l'usufruit (4).

La *cessio injure* s'appliquait aux servitudes rustiques (5)

(1) Frag. Vat. § 47.
(2) Gaius. § 28. C. 2.
(3) Gaius. § 33. C. 2.
(4) Fr. Vatic. 45.
(5) Gaius. 22. C. 2.

et urbaines aussi bien qu'à l'usufruit. On pouvait les céder soit directement, soit par déduction. Le possesseur de la servitude comme celui de l'usufruit pouvait la céder au propriétaire du fonds et par la *efficiebat ut à se discederet et ad proprietatem reverteretur*. Mais s'il cédait à un autre que le propriétaire, *nihil agebat* (1).

L'adjudication avait lieu dans les actions *communi dividundo et familiæ erciscundæ* : le juge mettait d'un côté l'usufruit, de l'autre la propriété. Il partageait la propriété en deux parties, dont l'une avait sur l'autre un droit de servitude.

La servitude se constituait encore par le legs ou la loi. Par le legs *per vendicationem*, on pouvait constituer une servitude sans aucune autre formalité. On pouvait bien le faire aussi en léguant *per præceptionem*, mais il fallait que le légataire fût un cohéritier de celui à qui le fonds était dévolu. Si on léguait *per do lego*, la servitude pouvait être donnée ou déduite. Le § 4 des Institutes parle du legs *per damnationem*. Mais ce legs ne pouvait constituer la servitude comme droit réel. Il donnait seulement au légataire le droit de forcer l'héritier à lui constituer la servitude par mancipation, ou la *cessio in jure*. On pouvait par legs comme par l'adjudication constituer des servitudes sur les fonds provinciaux.

Ceux-ci étant censés appartenir au peuple romain, n'étaient susceptibles ni d'un véritable *dominium*, ni de véritables servitudes. Les préteurs avaient adouci la rigueur du droit civil.

(1) Gaius. 30. C. 2.

Mais il existait une autre manière de constituer les servitudes dont Gaïus parle dans le § 31 du commentaire 2. les pactes et stipulations. D'après lui, ce mode ne s'appliquait qu'aux servitudes des fonds provinciaux. Sous Justinien, le droit des provinces devint un droit général (1). Dès lors les pactes et stipulations s'appliquèrent à toutes les servitudes tant romaines que provinciales.

Quelques auteurs ont voulu que l'on pût séparer le pacte des stipulations, et que le pacte pût suffire seul pour constituer une servitude. Cela est contraire à tous les principes sur la constitution des droits réels (2).

Il fallait ajouter à ce pacte une stipulation, une clause pénale pour le cas où l'exercice du droit rencontrerait des entraves (3). Cela donnait lieu à une quasi-tradition et à une quasi-possession, que les préteurs avaient protégée par les interdits possessoires et l'action publicienne : puis, lorsque sous Justinien le droit provincial et le droit civil furent fondus, on regarda ces constitutions comme des constitutions de droit réel.

Enfin, l'usucapion était d'abord admise pour les servitudes. Elle ne pouvait évidemment s'appliquer qu'aux servitudes urbaines qui seules offrent un caractère continu. La loi Scribonia abolit l'usucapion. Toutefois, la possession fut encore protégée par les préteurs et sous Justinien on finit par regarder les servitudes acquises de cette manière comme des droits réels.

(1) Inst. § 4.
(2) Loi 20. C. 2. 3. (Vangerow.)
(3) Théophile.

Les servitudes s'éteignaient par la perte du fonds dominant ou du fonds servant ; comme si le fonds sur lequel j'avais le droit de passage venait à être couvert par les eaux ; mais si le fonds revenait à son premier état avant l'expiration du terme fixé pour l'extinction de la servitude, cette servitude renaissait.

Par la confusion, lorsque le droit à la servitude et celui à la propriété tombent entre les mains de la même personne (1).

Par la remise de la servitude faite au propriétaire du fonds servant par le propriétaire du fonds dominant.

Enfin, par le non-usage ; j'aurai occasion de parler de ce mode d'extinction dans la suite.

La servitude est un droit réel. — Conséquences.

La servitude réelle est en même temps un droit réel et une chose incorporelle, contradiction apparente de mots que Justinien lui-même prend soin de concilier dans le livre 2 des Instituts (2) : *servitutes prediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt incorporales tamen sunt* (3). Heinneccius lui aussi y fait allusion et constate que les servitudes sont des droits réels : *quum res incorporales in jure consistant et talia jura etiam sint servitutes, eœque prœterea sint inter jura in re numerandœ.* La servitude doit nécessairement être constituée sur un immeuble, *servitutes prediorum* ; elle n'a pas d'existence

(1) Loi 1. Dig. quemadmodum. Serv.

(2) Inst. § 2. de reb. incorporalibus.

(3) Loi 14. Dig. de servit.

sans l'immeuble. Par elle-même, elle n'est rien. Elle n'est ni *in bonis*, ni *extra bona* (1). Inhérente à la propriété, elle la suit toujours et ne peut être cédée, louée, ni hypothéquée séparément du fonds qui en profite (2). Ce caractère de réalité distingue la servitude de l'obligation; celle-ci peut toujours se résoudre en dommages-intérêts. La servitude, au contraire, donne lieu à la revendication et n'est pas sujette à la compensation. Ainsi, au lieu d'exercer la *condictio* comme il le ferait pour arriver au paiement d'une obligation, celui qui aura droit à la servitude intentera une revendication.

La servitude, ai-je dit, participe de la nature de l'immeuble. Il faudrait en conclure rigoureusement que de même que les fonds urbains et ruraux étaient tous, sans distinction, *res mancipi*, de même les servitudes attachées à ces fonds devaient avoir cette qualité. Il n'en était cependant pas ainsi : les Romains se fondant, sans doute, sur ce que les servitudes rurales intéressaient l'agriculture, les avaient placées au nombre des choses *mancipi*, tandis que les servitudes urbaines étaient *nec mancipi*.

L'exercice d'une servitude sur un immeuble ressemble parfois tellement à la possession de cet immeuble, qu'il est difficile de distinguer à quel titre deux individus en jouissent concurremment. Lorsque l'origine de la servitude et de la possession remonte à une date assez ancienne, que d'autre part, des titres n'établissent pas les droits réciproques de l'un ou de l'autre, on est réduit à

(1) Loi 1. Dig. de usu et usufructu.

(2) Dig. de pign. et hypoth. Loi 11, § 3.

rechercher, à consulter les caractères de la possession de chacun des co-prétendants. Supposons qu'il s'agisse d'un puits ; si l'une des deux parties jouit de tout le terrain qui entoure le puits, fait à elle seule toutes les grosses réparations, possède une habitation ancienne et voisine de ce puits, tandis que l'autre ne fait que ce qui est absolument nécessaire à sa jouissance, on sera porté à attribuer à celle-là la propriété, à celle-ci un simple droit de servitude.

Il suffit de jeter un coup-d'œil sur la loi romaine, pour se convaincre qu'elle a mis une grande différence entre la propriété partiaire et la servitude : *quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari et quasi usumfructum, sive usum quemdam ejus esse et constitui posse per utiles actiones credendum est..... Servitutes quoque prætorio jure constituentur, et ipsæ ad exemplum earum quæ ipso jure constitutæ sunt utilibus actionibus petentur, sed et interdictum de his utile competit* (1). Il résulte de ces lois qu'à Rome on considérait la propriété superficiaire, sinon comme une propriété parfaite, au moins comme un droit de propriété véritable.

Division des servitudes en Urbaines et Rustiques.

Il existait en droit romain une division importante des servitudes *prædiales*. On les distinguait en servitudes

(1) Loi I, § 6 et 9, Dig. de superficiebus.

rurales et en servitudes urbaines. Mais de grandes dissidences s'élevaient entre les jurisconsultes et se sont depuis renouvelées entre les commentateurs, sur le point de savoir comment déterminer la nature de chaque servitude.

Si l'on prend pour base la qualité du fonds dominant, il faudra toutes les fois que le sol changera de destination, lors, par exemple, que par le caprice du propriétaire, sur un champ naguère labouré, s'élèvera une maison, il faudra, dis-je, que la servitude change de nature et de rurale se transforme en urbaine. Même inconvénient si l'on prend pour base la qualité du fonds servant; ce n'est pas qu'il existe aucun doute sur la nature du fonds en lui-même, les jurisconsultes sont d'accord : le fonds rural comprend non-seulement la terre, mais encore les bâtiments qui servent à son exploitation ; le fonds urbain comprend à la fois les maisons situées dans la ville, les maisons de campagne, les villas, toutes les bâtisses d'agrément en un mot. C'est ce que nous enseigne Ulpien (2) ; les jardins eux-mêmes qui sont dans la ville sont regardés comme fonds urbains, s'ils ne sont pas spécialement destinés aux revenus. Voilà comment on apprécie la nature des fonds, au point de vue de la fixation des gages à donner au propriétaire en garantie des fermes et loyers, gages qui diffèrent selon que le fonds est urbain ou rural (1).

La même classification ne peut être adoptée au point de vue des servitudes. On ne peut, sans tomber dans de graves

(1) 198, Dig de Verborum signific.
(2) Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca, loi 4 et 7, § 1.

erreurs, déterminer la nature de la servitude d'après celle du fonds dominant : le droit de passage, quoique concédé au profit d'une maison sera toujours une servitude rurale. Le droit de stillicide, au contraire, constituera toujours une servitude urbaine, alors même que l'eau du toit tombera sur un champ. Il ne faut donc pas non plus admettre que la servitude emprunte la nature du fonds servant.

Il est plus exact de dire que chaque servitude, a sa nature propre, indépendante du fonds qu'elle affecte ou auquel elle est affectée et de suivre l'opinion de Paul : *Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in supeficie consistunt* (1) confirmée par le texte des Institutes : *prædiorum urbanorum servitutes sunt quæ ædificiis inhærent.*

C'est à tort que quelques commentateurs ont voulu, en se fondant sur l'opinion d'Ulpien lui-même, établir des distinctions entre les divers genres d'édifices, tels que : maison d'exploitation et maison d'habitation. Cette distinction d'Ulpien était fort juste, parce que, comme je l'ai dit plus haut, il l'appliquait aux fonds, en dehors de toute idée de servitude, mais il est bien évident qu'elle ne s'applique pas aux servitudes, cela ressort du texte que j'ai cité déja (2).

Heinneccius professe une opinion contraire : après avoir établi la division des fonds telle que nous l'avons adoptée, il ajoute : *unde servitutes a dominante prædio vel urbanorum, vel rusticorum prædiorum dicuntur.* Il cite à

(1) Dig. liv. 8, 1, 3).

(2) Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca, loi 4.

l'appui la loi I. Pr. au Digest. « Communia prædiorum » : *Ædificia urbana quidem prædia apellamus, et si in villâ ædificia sunt æque servitutes urbanorum prædiorum constitui possunt.*

Il n'est pas douteux que les édifices bâtis à la campagne ne soient susceptibles d'avoir ou de subir des servitudes urbaines ; mais il n'en résulte nullement que si on vient à changer la nature du fonds en détruisant l'édifice, on change en même temps la nature de la servitude.

Il est facile de s'en convaincre : je suppose que l'édifice jouit d'un droit de passage (1), de puisage ; ces servitudes sont essentiellement rurales. Leur nature n'a pas changé, bien qu'elles aient été affectées à un édifice ; elle ne changera pas davantage si on vient à démolir l'édifice. De même, si l'on suppose que l'édifice en question jouit du droit de jeter l'égout de ses toits sur un autre édifice ou sur un champ, d'appuyer sa poutre sur un mur, etc., la servitude sera urbaine.

Je trouve à l'appui de cette opinion un autre argument de texte, il est vrai, mais qui ne nous en donne pas moins le véritable sens de la sentence de Paul citée plus haut. Le même jurisconsulte (2) s'exprime ainsi : *Servitutes quæ in superficie consistunt possessione retinentur :* puis il fait une énumération de servitudes, toutes urbaines. La comparaison de ces deux lois nous paraît de nature à ne plus laisser de doute sur la signification de cette sentence. Quelques auteurs lui prêtent un autre sens ;

(1) 198 et 211, de Verb. Sign.

(2) Loi. 20. Dig. de servit. præd. urb.

d'après eux, cela voudrait dire simplement que les servitudes affectent tantôt le sol, tantôt la superficie. Je crois au contraire que cette phrase a un sens beaucoup plus étendu et que le jurisconsulte a voulu dire que les servitudes tiraient leur nature, leur essence, soit du sol, soit de la superficie, et que cette nature était immuable.

La servitude urbaine diffère sous plusieurs rapports de la servitude rurale. Celle-ci exige toujours un fait de la part du maître de la servitude. On pourrait la nommer *servitus faciendi*. Quel que soit le droit dont il s'agit, le propriétaire du fonds dominant n'en jouit que par un fait actuel, par une manifestation de sa volonté : tels sont les droits de passage, de puisage, de pacage. Les servitudes urbaines consistent au contraire *in habendo* ou bien *in prohibendo* : telles sont les servitudes *oneris ferendi* et *altius non tollendi* (1).

La servitude rurale n'est qu'une restriction à l'exercice du droit du propriétaire ; elle ne diminue pas sa propriété et n'augmente pas le fonds dominant. La servitude urbaine, au contraire, est un véritable démembrement de la propriété : elle restreint le fonds servant au profit du fonds dominant. Le droit enlevé au premier s'incorpore au second, de telle sorte que si l'on vient à l'en séparer c'est un nouveau démembrement.

Aussi, pour obtenir la libération de cette servitude, faut-il, comme pour acquérir la propriété, faire un acte contraire à la possession de la partie adverse, tandis que les servitudes rurales se perdent par le non usage.

(1) Vangerow.

L'exercice de la servitude rurale par le propriétaire du fonds dominant n'exclut pas la jouissance du propriétaire du fonds servant. Mon voisin a sur mon fonds un droit de passage : je ne puis nuire à sa jouissance, mais cela ne m'empêche pas d'user du même chemin que lui. Toutes les fois que je n'entraverai pas l'exercice de son droit, je pourrai concourir avec lui. Il n'en est pas de même dans la servitude urbaine. Celui chez qui je déverse l'eau de mon toit, celui que je prive du droit d'élever sa maison au-dessus d'une certaine hauteur, ne peuvent retirer aucun profit de cette servitude. Ni l'un ni l'autre n'en peut partager avec moi la jouissance : ils ne peuvent que la supporter.

Quelques auteurs ont prétendu qu'on ne pouvait ici établir une division absolue. La servitude d'aqueduc, d'après eux, est tantôt urbaine, tantôt rurale ; c'est là une opinion que nous ne pouvons pas admettre. Le droit d'aqueduc constitue toujours une servitude rurale. Elle offre, à la vérité, certains caractères de continuité et se distingue bien nettement des autres servitudes rurales ; mais outre le fait de la construction de l'aqueduc, il est toujours besoin, pour la distribution des eaux, pour leur aménagement, d'un fait de l'homme. Que ce fait ne soit pas incessant, on n'en peut disconvenir ; mais rarement la servitude pourra s'exercer sans l'intervention plus ou moins fréquente du propriétaire. Dans la servitude d'égout au contraire, une fois l'écoulement dirigé sur le fonds servant, la jouissance a lieu sans aucun fait ; il y a là véritable continuité.

En vain on a cité à l'appui de cette opinion la loi II § 1 Dig. 6. 2. Ulpien y dit bien clairement qu'on accorde l'action publicienne à ceux qui réclament une servitude urbaine telle que celle de l'aqueduc qui passe à travers une maison. Il faut ici, pour éviter toute confusion, étudier les deux faits qui rentrent dans la servitude d'aqueduc : 1° le fait de puiser l'eau chez le voisin et de s'en servir pour sa propriété ; 2° celui d'avoir un aqueduc pour la conduire chez soi. Le premier fait constitue toujours une servitude *faciendi*, une servitude rurale par conséquent ; il ne peut jamais s'exercer sur une superficie : le second s'exerce aussi, en général, sur le sol.

Mais on peut supposer qu'un accident de terrain fait passer l'aqueduc sur une maison : il y a bien alors un droit sur la superficie, mais un droit distinct de la servitude d'aqueduc. Le propriétaire de l'aqueduc a le droit de faire supporter ses conduits par la maison du propriétaire servant ; c'est une servitude *habendi* dont la nature est urbaine (1). Si la maison venait à tomber, le maître de l'aqueduc, qui n'a acquis qu'un droit sur la superficie, ne pourrait réclamer un droit sur le sol. Dans tous les cas, le droit d'égout ou d'aqueduc à travers une maison serait toujours une servitude rurale (2).

Les règles sont pour le droit d'aqueduc ce qu'elles seraient pour le droit de passage. Supposez un passage qui traverse la partie supérieure d'une maison, la servitude en elle-même sera toujours rurale.

(1) Vangerow.

(2) V. L. 2. Dig. Pr. de serv. præd. urb.

La servitude urbaine offre, par sa nature, un caractère de continuité qui est complètement étranger aux servitudes rurales : *Servitutes prediorum rusticorum non habent certam continuamque possessionem. Nemo enim tam perpetuo tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur* (1). La loi romaine a indiqué ici implicitement une distinction qui plus tard a été adoptée dans notre Code et que nous aurons à étudier. C'est, du moins, dans cette division des servitudes en urbaines et rurales que nos anciens auteurs ont cru trouver l'esprit, sinon la lettre, de cette distinction qui est devenue la base de notre système de législation sur les servitudes.

Cette continuité des servitudes urbaines ne peut être toujours absolue, c'est-à-dire que la jouissance ne peut être de tous les moments : *quod ex cœlo cadit non assidue fit, ex naturali causa tamen fit; et ideo perpetuo fieri existimatur* (2). Je prends pour exemple la servitude *stillicidii* ; il est évident que lorsque la pluie ne la rend pas nécessaire, on n'en jouit pas d'une manière actuelle; elle s'excerce alors non pas *actualiter*, mais *potentialiter* parce que les fonds sont placés de manière à ce que l'exercice puisse s'en effectuer sans aucun fait de l'homme. Pour que la servitude de passage pût être continue, il faudrait que le fait de l'homme le fût aussi.

De là, des différences entre l'usucapion des servitudes et leur extinction par le non usage. La servitude rurale

(1) Paul Dig. de servitutibus 14. pr.

(2) Dig., loi 28 de servit. præd. urb.

étant un droit incorporel et ne pouvant être possédée d'une manière continue, n'est pas susceptible d'usucapion (1). On trouve cependant quelques passages (Code Théod., 15, 26), qui prouvent qu'on avait pris soin de confirmer des prises d'eau établies par un long usage. La servitude urbaine est, au contraire, susceptible d'usucapion (2). Elle est un véritable démembrement de la propriété : c'est pour elle qu'il est juste de dire qu'un fonds est augmenté aux dépens de l'autre ; tel était le droit civil avant la loi Scribonia. Mais cette loi, qui parut vers l'an 720, défendit l'usucapion pour toutes les servitudes (3). Cependant les préteurs et les présidents continuèrent à l'accorder au moyen d'actions utiles et d'interdits (4).

En second lieu, bien que le non usage fasse également périr les servitudes rurales et urbaines, *libertatem servitutium usucapi posse verius est* (5), il faut, pour la péremption des servitudes urbaines, une condition de plus. Dans le même temps que le propriétaire du fonds dominant ne fait pas usage de son droit, le propriétaire du fonds servant doit faire acte de liberté ; si donc mon voisin a le droit d'appuyer sa poutre sur mon mur, je dois, lorsqu'il l'en a retirée, fermer les trous dans les-

(1) Loi 43, § 1, dig. De adquir rerum dominio, loi 14, digeste De Servitutibus.

(2) Loi 20, pr. de servit præd. urb.

(3) Loi 4, § 29 de usurp. et usucap.

(4) Loi 1, § 6 et 9, Dig. de superficiebus.

(5) Loi 4 § 29 Dig. de usurp. et usucap.

quels elle était placée, sans quoi la servitude serait conservée (1).

Telle était la principale division des servitudes chez les Romains. Je passe à l'étude de leurs caractères essentiels.

La servitude ne s'exerce que sur un fonds par un autre fonds.

Toute servitude suppose deux fonds, l'un servant l'autre dominant, les personnes ne jouent ici aucun rôle; il n'y a que des fonds pour ainsi dire personnalisés, et l'on pourrait dire que ce n'est pas le maître du fonds dominant qui acquiert la servitude, mais le fonds lui-même. Marcellus, supposant la remise d'un legs suspendue par une condition, décide qu'à l'événement de la condition le fonds devra passer au légataire, avec toutes les servitudes acquises pendant la suspension (2) *ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur quoniam sine prædiis constitui non possunt* (3). Et de même qu'une servitude ne peut être acquise sans un fonds, de même elle ne peut être transmise séparément de ce fonds. Mais si l'on stipulait au profit d'une personne un droit susceptible de faire l'objet d'une servitude réelle, cela ne constituait plus qu'une servitude irrégulière.

(1) Loi 6, de servit præd. urb.

(2) Loi 11, §1, quemadmodum servitutes amittuntur.

(3) Inst. tit. 3, § 3.

Les servitudes sont toujours passives.

La propriété, quelqu'absolue qu'elle soit, ne donne jamais le droit de forcer à faire. Conséquemment, les servitudes qui ne sont que ses démembrements ne peuvent imposer un pareil assujétissement.

Toute convention par laquelle mon voisin s'engagerait à labourer mon champ, à arroser mon pré, constituerait une obligation personnelle, jamais une servitude réelle : c'est ainsi que dans la servitude, *itineris*, *haustus*, *tigni immitendi*, le maître du fonds dominant peut être obligé à faire les travaux nécessaires à l'appropriation et à l'entretien des lieux qui subissent la servitude. Le maître d'un fonds urbain servant peut être forcé de s'abstenir d'élever sa maison au-dessus du niveau convenu, mais on ne peut l'obliger à l'élever malgré lui (1).

Il y a cependant à cette règle une exception au moins apparente dans la servitude *oneris ferendi*. D'après certains auteurs, le propriétaire du fonds servant serait obligé de tenir la colonne qui supporte l'édifice du voisin dans un bon état de solidité. Heinneccius nie la possibilité de l'existence d'une pareille servitude, se fondant sur le principe même auquel on croit trouver ici une exception ; il ne voit aucune raison d'établir ici une servitude irrégulière, *adeo que non esse cur hic statuamus servitutem anomalam* (2). Il cite en même temps un fragment de Paul (3),

(1) Loi 15, § 1 Dig. de servit.

(2) 401. Elem. juris Hein..

(3) Loi 33. de serv. et præd. urb.

où ce jurisconsulte parle d'une convention faite lors de la constitution de la servitude, convention par laquelle le propriétaire du fonds servant s'engageait à tenir dans le même état le pilier ou la colonne sur laquelle s'appuyaient les ouvrages du voisin et à le rebâtir à neuf, comme il l'explique lui-même lorsque le temps l'aurait fait tomber en ruine : *paries uti nunc est ita sit*. Mais outre que Paul ne semble pas dire que cette convention fit partie de toutes les constitutions de servitudes, *oneris ferendi*, Ulpien et Servius reconnaissent l'existence de cette anomalie en l'absence même d'une convention spéciale. Labéon vient corroborer l'opinion d'Ulpien, en ajoutant toutefois que ce ne peut jamais être là qu'une servitude *in re*, parce que le maître du fonds servant est toujours libre d'abandonner sa colonne.

Ulpien donne un argument à l'appui de cette restriction introduite par Labéon ; il ajoute que, si le propriétaire du fonds servant est obligé d'entretenir la colonne, il n'est pas du moins obligé, pendant qu'il répare, d'étayer les poids soutenus, et que si le propriétaire du fonds dominant ne veut pas les étayer lui-même, il n'a qu'à les laisser tomber, sauf à les relever ensuite (1). Paul nous signale dans un autre fragment (2), un fait particulier qui tendrait à prouver que ce n'est là qu'une obligation accessoire à la servitude : le résultat de l'action intentée sera, dit-il, de forcer le propriétaire servant à faire les réparations ou à donner caution qu'il réparera ; et si celui-ci ne veut ni

(1) Ulpien, loi 8. pr. si serv. vind.

(2) Dig. loi 7. si serv. vind.

réparer ni fournir la caution il sera condamné à payer l'estimation du litige, faite avec serment, par le demandeur. Ulpien lui-même, après avoir cité l'opinion de Servius : *Jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sustinenda* (1), cite un passage de Papinien : « Lorsque le fonds dominant est indivis, les propriétaires sont solidaires; mais il n'en est pas ainsi lorsque c'est le fonds servant qui est indivis. Ainsi, en ce qui concerne l'obligation de réparer, le propriétaire du fonds dominant doit actionner chaque propriétaire du fonds servant pour sa part et portion, et l'action intentée contre l'un est non avenue vis-à-vis de l'autre (2). »

Si cette obligation était intimement liée à la servitude, si elle était une partie de la servitude elle-même, il y aurait solidarité entre les propriétaires du fonds servant, pour son accomplissement, comme pour la prestation de la servitude; d'autre part, il ne pourrait y avoir lieu à la condamnation au paiement de l'estimation du litige dont parle le jurisconsulte Paul.

De tous ces textes que résulte-t-il? qu'il y a dans la servitude *oneris ferendi* une servitude irrégulière? Non. Que cette obligation de réparer est un accessoire de l'obligation principale, et résulte d'une convention spéciale? non plus. Il n'y aucune obligation de faire puisque le propriétaire du fonds servant n'a qu'à délaisser pour se mettre à l'abri de toute poursuite. Il n'y a pas non plus servitude, puisque, comme je viens de le dire, les proprié-

(1) Dig. si serv. vind. loi 6. § 2.
(2) Dig. si serv. vind. loi 6. § 4.

taires du fonds servant ne sont pas solidaires. Nous retrouvons ici l'obligation générale que la loi impose à chaque propriétaire de prévenir, par tous les moyens, les dommages que sa propriété pourrait causer à celle d'autrui, et le droit dévolu à chaque propriétaire d'un héritage menacé de se prémunir contre le dommage qu'il prévoit. Votre maison est vis-à-vis la mienne; la base en est ébranlée, j'en prévois la chute; j'agis contre vous ce *damno infecto* pour vous forcer à faire réparer votre maison et à me mettre à l'abri de tout accident, ou bien à délaisser votre maison que je ferai moi-même réparer ou démolir. (Voir Mullenbruch.)

Ici, mon intérêt est plus puissant encore; j'ai le droit d'appuyer ma maison sur votre pilier. Ce pilier, qui est votre propriété, sur lequel je n'ai d'autre droit que celui conféré par la servitude, menace ruine; ma maison entière va s'écrouler. J'ai encore le droit de prévenir ce dommage et de vous forcer à réparer votre pilier ou à m'en abandonner la propriété.

Servitudes affirmatives et négatives.

Les servitudes qui consistent à laisser faire ou à souffrir se nomment affirmatives; celles qui consistent à s'abstenir se nomment négatives. Ainsi la servitude de passage, de puisage et d'égout sont des servitudes affirmatives. Au contraire, la servitude *altius non tollendi* est négative parce qu'elle oblige à s'abstenir. La servitude affirmative confère à celui qui en est investi un droit d'action; au

contraire, la servitude négative ne lui confère qu'un droit d'opposition.

Une différence à signaler entre ces servitudes, c'est que les premières sont susceptibles de quasi-tradition, tandis que les secondes ne le sont pas (1). Les préteurs, pour suppléer à la rigueur du droit civil, avaient admis cette quasi-tradition. Ils considérèrent que la servitude, par sa nature incorporelle, n'était à proprement parler susceptible, ni d'être livrée, ni d'être possédée, mais que l'exercice de cette servitude par celui qui voulait l'acquérir, et la tolérance de celui qui voulait la constituer, équivalaient à une *tradition*. Ils ont protégé cette quasi-tradition, et la quasi-possession qu'ils admirent comme conséquence, par les interdits *possessoires* et puis par la revendication *fictive* qu'on nomme action publicienne (2). C'est là une division sur laquelle je n'insisterai pas; elle n'est pas d'une grande importance, et a été négligée par la plupart des auteurs.

Des servitudes contraires.

Je passe à une distinction d'une bien plus grande importance. Certaines servitudes portent le caractère d'un droit direct accordé à un fonds sur un autre fonds; ainsi la servitude *altius non tollendi*, *stillicidii recipiendi*. D'autres, au contraire, se présentent sous un tout autre aspect; ce sont les servitudes *contrariæ*. De ce nombre, sont

(1) Hein. 339 à la note elem juris.

(2) Dig. loi 20 de servitutibus.

les servitudes *stillicidii non recipiendi et altius tollendi*. On n'aperçoit d'abord dans celles-ci que la négation d'une servitude, et, par conséquent, l'affirmation de la plénitude des droits du propriétaire, le résultat naturel de la liberté ou de la libération d'un fonds. Cependant les lois romaines classent ces droits parmi les servitudes.

Un savant auteur, M. Ducarroy, nous explique cette anomalie apparente par l'existence de règlements locaux qui, bornant et augmentant tour à tour les droits du propriétaire, engendrent de nouvelles servitudes par suite des efforts que chacun fait pour se soustraire, avec l'assentiment de ses voisins, à l'action de ces règlements. Ainsi, le *jus stillicidii recipiendi* constituerait une servitude là où les règlements locaux ordonneraient à chaque propriétaire de recevoir son égout sur son propre fonds.

Cette explication, quelque séduisante qu'elle paraisse, ne saurait être acceptée. Ce n'est pas que, comme le prétend M. Etienne, on ne puisse dans ce système expliquer la loi 4, § 7 Dig. 8. 5. Cette loi n'a aucun rapport aux servitudes que nous désignons sous le nom de *contraires*. Elle suppose un fonds qui doit une servitude à un des fonds voisins, et non pas à l'autre. C'est là une hypothèse fort admissible, et qui n'implique ni ne repousse l'existence d'aucun statut local. Un de mes voisins a droit de m'empêcher de bâtir, mais il ne le fait pas. Un autre voisin à qui je n'ai pas consenti la même servitude, mais qui a intérêt à ce que je n'élève pas ma maison, m'attaque, et je lui réponds : *Intendo jus mihi, esse altius tollendi*. Je ne prétends pas par là dire que j'ai sur lui la

servitude *altius tollendi ;* je nie, au contraire, qu'il ait sur moi la servitude *altius non tollendi* que mon autre voisin possède. Je crois donc que cette loi ne s'applique pas aux servitudes contraires.

On ne peut pas, d'un autre côté, nier l'existence de nombreux statuts locaux qui imposent aux droits des fonds des limites réciproques. Ulpien y fait allusion dans ce passage : *Si quid contra leges edicta vel principum quæ ad modum œdificiorum facta sunt, fiet* (1).

Mais précisément parce que ces statuts locaux sont nombreux et explicites, il est impossible d'admettre qu'il soit permis à un particulier d'y contrevenir dans son intérêt personnel, à quelques habitants d'une ville de faire des pactes qui anéantissent les effets d'une loi.

Il est une explication plus rationnelle, et qui, si elle ne frappe pas autant l'esprit que celle de M. Ducaurroy, répond mieux à toutes les objections. Ces servitudes contraires, toutes celles que l'on connaît du moins, se classent dans les servitudes urbaines, et les servitudes urbaines sont les seules qui démembrent véritablement la propriété, pour lesquelles il y ait augmentation d'un fonds et diminution de l'autre. J'ai acquis le droit de déverser mes égouts sur votre propriété, d'y avoir des vues, de vous empêcher de bâtir plus haut qu'une certaine hauteur ; j'ai démembré votre propriété ; vous n'avez plus le *dominium* complet ; il y manque précisément ce droit que j'ai acquis, que j'ai incorporé à mon héritage. Voulez-

(1) Loi 1. § 17 de op. nov. nunciat. Voir aussi Code 8, 10, 1. — Tacite Ann. liv. 15. § 43.)

vous libérer votre fonds, il faut de nouveau démembrer le mien et lui retirer ce que je lui avais adjoint. J'avais sur votre fonds la servitude *altius non tollendi ;* vous libérez votre fonds ; par cela même vous acquérez sur moi la servitude *altius tollendi*. C'est l'opinion de Théophile, et de Vangerow que beaucoup de commentateurs n'ont pas admise.

On s'explique très-bien dans ce système que la servitude *altius tollendi* donne lieu tantôt à l'action négatoire, tantôt à l'action confessoire : à l'action négatoire lorsqu'exerçant mon droit de propriété dans toute sa plénitude, je prétends que vous n'avez pas le droit de m'empêcher de bâtir ; à l'action confessoire, lorsque je prétends avoir recouvré contre vous le droit d'élever ma maison (1). Il en est de même pour la servitude *altius tollendi*.

La servitude ne s'exerce que sur le fonds d'autrui.

Omnem servitutem esse in re aliena, neque rem suam cui que servire (2). Le propriétaire ne peut jamais avoir sur sa propriété le même genre de droits qu'un étranger pourrait y prétendre. Ces droits vis-à-vis de lui sont toujours des droits étrangers. *Qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet ; nec enim potest ei suus fundus servire ; de suo enim jure non de alieno quemque agere oportet* (3).

(1) Inst. liv. 4. tit. 6. § 2. — Dig. loi 4, § 7, 8, 5.
(2) Hein 395.
(3) Qu. usufr petet., loi 5 pr.

Ce principe a de nombreuses conséquences. Lorsque deux fonds, dont l'un était asservi à l'autre viennent à être réunis dans la même main, la servitude disparaît par la confusion, et il faut, dans le cas où l'on viendrait à les séparer de nouveau, une reconstitution formelle pour faire revivre la servitude. Ainsi, l'incompatibilité de ces deux droits, est telle que l'un détruit l'autre : il y a cependant quelques exceptions, et des cas où la servitude éteinte par la confusion des fonds doit renaître ; lorsque, par exemple, que l'héritier vient à rejeter l'héritage, il doit rendre les fonds qui y sont compris avec toutes les servitudes actives ou passives qui peuvent exister sur ses propres biens. Réciproquement l'héritier aura lui-même le droit de reprendre toutes les servitudes qu'il possédait sur l'héritage.

De la perpétuité de la cause.

Les servitudes romaines sont perpétuelles dans leur cause, c'est-à-dire que la cause qui occasionne ces rapports entre deux fonds ne doit pas être plus susceptible de s'évanouir que les fonds eux-mêmes. Il faut que le fonds servant puisse servir le fonds dominant sans discontinuation, toutes les fois qu'il y a lieu d'exercer la servitude. Le changement de maître, sa mort, *sa capitis deminutio* sont sans effet sur la servitude ; c'est toujours le fonds qui est l'objet principal, jamais le propriétaire (1).

(1) Loi 3, Dig. quemadmodum servitutes.

C'est ainsi que l'on ne peut avoir une servitude d'aqueduc sur un étang ou sur un lac, mais seulement sur une *aqua viva ou perrennis. Naturalis et perpetua causa esse debet* (1). Nous voyons même dans une loi que l'interdit possessoire accordé par le préteur pour protéger les possesseurs de la servitude, ne s'applique qu'aux eaux vives et point aux citernes, parce qu'elles ne recevaient de l'eau que lorsqu'il pleuvait (2).

La servitude de stillicide, comme je l'ai dit, ne s'exerce pas d'une manière incessante ; elle a néanmoins une cause perpétuelle, parce qu'elle peut s'exercer toutes les fois que le besoin s'en fait sentir ; tandis que la servitude sur une citerne n'est pas susceptible d'être exercée toutes les fois que le fonds dominant en a besoin. Par suite, bien que sa cause paraisse *naturalis*, elle n'est pas *perpetua*.

Il en serait de même pour la servitude *arenæ fodiendæ*. On ne pourrait l'établir sur un champ que plusieurs inondations successives auraient couvert d'une couche de sable, même très-épaisse. La servitude n'aurait qu'une cause accidentelle et momentanée, il serait facile de prévoir le moment où elle serait épuisée. Etablie sur une mine de sable, la servitude remplirait au contraire toutes les conditions exigées par la loi.

On ne peut non plus établir des servitudes *ad certum tempus vel ad certam conditionem*. De pareilles servitudes ne seraient pas établies en faveur d'un fonds, mais en faveur d'un ou de quelques propriétaires, l'échéance du

(1) Loi 28 Dig. de serv. præd urb.
(2) Loi 1, § 4, Dig. de fonte.

terme ou l'événement de la condition pouvant toujours en faire cesser la jouissance. Ce n'était là cependant qu'une règle de droit strict, que les préteurs avaient adoucie en accordant l'exception de dol contre celui qui voudrait agir contrairement à la convention.

Mais on peut imposer à la servitude divers modes qui, s'ils n'affectent pas sa perpétuité, affectent du moins sa continuité. Ainsi, on peut accorder une servitude de passage, de puisage (1) pour certaines époques de l'année seulement, ou bien à de certaines heures du jour. On peut même partager les heures du jour, et accorder à l'un telle heure, à l'autre telle autre. La servitude, dans ce cas, existe à l'heure indiquée exclusivement, et n'existe pas à une autre heure, à tel point que celui-là laisserait périr son droit par le non usage qui, devant passer à deux heures (2), passerait tous les jours, plus souvent même, à une autre heure. Papinien prend le soin de faire observer que cela tient au mode de constitution de la servitude, mais point du tout à un terme quelconque (3). Ulpien accorde que lorsque deux personnes ayant toutes les deux le droit de puiser l'eau à la même source, mais à des heures différentes ont, par une convention, changé d'heure et exercé ainsi un droit différent du leur, ni l'un ni l'autre ne perd son droit (4). Il se base, sans doute, sur ce que l'intérêt du propriétaire n'est pas compromis, et sur ce

(1) Dig. Loi, 5. pr. de Aqua cottidiana.

(2) Paul, Loi 10, § I. Quemadmodum servitutes.

(3) Loi 4, § 2, Dig. de servitutiles.

(4) Dig. Loi 5, § 1 de Aqua cottidiana.

que chaque servitude a été exercée en son temps, quoique par un autre que le véritable possesseur.

Il faut donc éviter avec soin de confondre la perpétuité dans la cause et la continuité dans les effets. Une servitude peut être perpétuelle sans être de tous les moments. Et si cette discontinuité n'est pas la même qui affecte toutes les servitudes rurales en général, si elle tient au mode de la servitude, à la convention des parties, il est néanmoins difficile de supposer qu'elle affecte d'autres servitudes que celles qui, par leur nature même, sont discontinues. On ne se figure pas, en effet, une servitude d'égout, ou de vue, qui ne donnerait le droit d'égoutter les eaux de son toit, ou de n'avoir une fenêtre qu'à certaines heures du jour ou à certains jours de la semaine.

La servitude doit être utile au fonds dominant ; c'est une conséquence de tout ce que nous avons dit déjà sur la nature des rapports qu'elle établit de fonds à fonds, et non de personne à personne. Aussi ne doit-on pas regarder comme servitude prédiale le droit qu'aurait acquis une personne d'aller chercher du sable, d'aller faire cuire de la chaux sur un fonds. Ce sont là des servitudes irrégulières, qui, si elles doivent avoir le caractère d'utilité, n'exigent pas la condition du voisinage.

Quant aux droits de chasse, de pêche, de promenade, aux droits de cueillir du fruit ou d'aller dîner dans la maison du voisin, ce ne serait point des servitudes réelles (1). Vangerow déclare qu'ils ne peuvent rentrer dans

(1) Paul, Loi 8, pr. de Servit.

aucune classe de servitude, parce qu'ils ne sont pas assez nettement formulés et qu'il serait trop difficile d'en connaître l'étendue. Peu importe d'ailleurs que la servitude ne soit pas utile au propriétaire actuel, pourvu qu'elle puisse l'être tôt ou tard au fonds dominant, c'est tout ce qu'exige la loi (1). Nous pouvons même, est-il dit dans cette loi, avoir des choses qui ne nous sont pas utiles.

Mais Labéon a en vue une utilité du moment pour le propriétaire actuel. Aussi il ne parle pas d'une servitude achetée, mais d'une servitude réservée dans la vente d'un fonds; parce que rarement on achète et souvent on réserve un droit pour une utilité à venir et éventuelle.

Il suffit, du reste, que la servitude offre un avantage d'agrément au fonds dominant. On comprend que toute restriction aux droits du propriétaire servant, sans aucun avantage pour le fonds dominant, ne pourrait être regardée comme une servitude. Si donc je prétendais empêcher mon voisin de passer sur son fonds, d'y récolter du blé, etc., je serais repoussé dans mes prétentions, parce que de semblables droits ne sauraient jamais être avantageux à mon fonds (2). D'autre part, cette condition d'utilité est si absolue que je pourrais stipuler valablement de mon voisin qu'il se privera de puiser de l'eau à sa source, afin d'y en pouvoir puiser moi-même une plus grande quantité.

Pour que cette condition d'utilité puisse se réaliser, il faut que les fonds soient sinon contigus, au moins voisins,

(1) Loi 19, Dig. de servitutibus.

(2) Loi 15 Pr. de servitutibus.

en ce sens qu'ils ne soient séparés par aucun obstacle, qui rende l'exercice de la servitude impossible ou dérisoire. A quoi me servirait, par exemple, de posséder un droit de vue sur l'héritage, un droit de passage sur le fonds de Paul, si entre cet héritage et moi se trouvait une maison sur laquelle je n'aurais aucun droit, un autre fonds sur lequel le passage me serait refusé ou un lieu sacré (1). Je ne pourrais réclamer ma servitude que dans le cas où la maison intermédiaire viendrait à être abattue avant l'expiration du terme fixé par la loi pour l'extinction des servitudes.

Par la même raison, on ne peut avoir une servitude d'aqueduc à travers un chemin, à moins d'avoir obtenu la permission du prince (2). Si une voie publique sépare ma maison de celle sur laquelle j'ai droit d'appuyer ma poutre, je ne puis exercer mon droit (3). On a beaucoup discuté pour savoir si on pouvait exercer son droit de passage, lorsque outre le fonds servant on avait à traverser un fleuve, et qu'il fallait pour cela établir un pont de bateaux. De ces discussions, il ressort toujours qu'il fallait que la servitude ne fût pas inutile au fonds dominant par un fait autre que celui du propriétaire du fonds servant (4).

Toutefois, si le propriétaire du fonds dominant pouvait stipuler une servitude qui ne lui était pas d'une utilité

(1) Loi 14 Dig. de servit. Loi 31 Dig. de serv. præd. rust. — Loi 38 Dig. de serv. præd. urb. — Loi 7 § 1 Dig. de serv. præd. rust.

(2) Loi 14 Dig. de servit.

(3) Loi 1 de serv. præd. urb.

(4) Loi 17 § 2 de aqua et aquæ 38 de serv. præd. rust.

actuelle, il ne pouvait céder aucun droit sur cette servitude : *Servitus servitutis esse non potest.* Le même principe domine toujours; ce droit est censé ne pas lui appartenir; il appartient au fonds et de plus il est limité à l'utilité de ce fonds. Paul nous explique que ce genre de droit n'est ni *in bonis* ni *extra bona* et qu'on ne peut en céder l'usufruit. Néanmoins, l'équité le porte à décider que le légataire aura l'*actio incerti* pour en obtenir la jouissance sa vie durant (1).

La servitude, ai-je dit, ne peut excéder les besoins du fonds dominant. Si donc je possède le droit de faire cuire de la chaux ou de la brique à votre four, je pourrai user de la servitude tant qu'elle sera utile à mon fonds, toutes les fois, par exemple, que je voudrai faire bâtir : Si j'ai le droit de couper des pieux chez vous, je puis en couper autant qu'il en faut pour l'usage de mon fonds, mais je ne puis jamais en vendre; le droit de servitude se transformerait en usufruit (2). L'utilité serait personnelle et n'aurait pas le caractère indiqué par la loi. *Non ultra quam quatenus ad ipsum fundum opus sit.*

De l'indivisibilité des servitudes.

Le principe d'indivisibilité est formulé dans plusieurs textes, et les nombreuses conséquences qui en découlent en démontrent suffisamment l'importance. En laissant de

(1) Loi de usu et usufructu.

(2) Loi 6 Dig. de servit. præd. rust.

côté toute idée de loi et de texte, la raison ne conçoit pas une servitude dénuée du caractère d'indivisibilité. Quelque minime qu'elle soit, elle est toujours une, entière et indivisible. Que le champ de mon voisin soit obligé à recevoir toute l'eau de mon toit, ou seulement celle d'un des versants de ma toiture, il y a toujours là une servitude d'égout pleine et entière pour la partie du toit que nous avons eu en vue dans notre convention. De même une servitude de passage, quelque restreinte qu'elle soit par le temps ou par l'espace, ne peut jamais être une partie de servitude (1). Paul (2) et Ulpien (3) établissent ce fait d'une manière indubitable. Ulpien rapproche même ici la servitude, qui oblige de souffrir ou de laisser faire, de l'obligation de faire : malgré l'opposition de ces deux espèces de droits, ils ont tous les deux le même caractère : *divisionem non recipiunt*. Paul fait de son côté un rapprochement entre les servitudes et l'usufruit. L'usufruit peut être divisé, tandis que les servitudes sont essentiellement indivisibles (4). Toutefois, ce caractère d'indivisibilité n'empêche pas que la servitude puisse être accordée à plusieurs personnes sur le même objet, concurremment ou à des heures différentes, avec des avantages plus ou moins grands (5). Ainsi deux personnes peuvent avoir un droit

(1) Loi 17 Dig. de servit.
(2) Loi 2 § 1 de verb. oblig.
(3) Loi 72 Pr. de verb. oblig.
(4) Loi 1 § 9 ad leg. falcid.
(5) Dig. Loi 5. Pr. de aqua cott.

de passage sur le même champ, soit aux mêmes heures, soit à des heures différentes, et avoir l'une la *via*, l'autre l'*actus* seulement.

Le propriétaire d'un fonds A jouit sur le fonds B d'un droit de passage. Il ne peut transmettre son droit à un tiers qu'en lui cédant le fonds auquel il est attaché ; mais cela n'empêche nullement le propriétaire du fonds servant d'accorder à un tiers un second droit par le même lieu. Il a conservé la propriété et l'usage de son fonds, et pourvu qu'il ne nuise pas à l'exercice du droit du fonds dominant, il peut en disposer. L'indivisibilité empêche seulement qu'on ne stipule une servitude pour une partie d'un fonds ou d'un héritage jusqu'au moment où la division sera opérée ; *sed si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit, pro diviso potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi sed fundus* (1). On peut citer aussi ce passage de Modestin : *Pro parte dominii servitutem adquiri* (2) *non posse vulgo traditur* (3). Et encore ce passage de Pomponius : *Viæ itineris, actûs, aquæductus pars in obligationem, deduci non potest : quia usus eorum indivisus est* (4). Voilà, je crois, en quel sens on peut dire que la servitude est indivisible. Ce principe amène à plusieurs conséquences que je vais énoncer.

D'abord lorsqu'un fonds appartient à plusieurs propriétaires par indivis, l'un d'eux ne peut le grever d'une ser-

(1) Loi 6 Dig. communici præd.
(2) Loi 11. de servitutibus.
(3) Voir aussi Loi 8 § 1.
(4) Loi 17. de servitutibus.

vitude. En effet, pour constituer cette servitude, il est besoin du consentement unanime de tous les possesseurs, précisément parce que la servitude ne peut pas exister par parties. *Unus ex dominis communium ædium constituere servitutem non potest* (1). Toutefois, le consentement donné par l'un des co-propriétaires sera toujours valable, si les autres co-propriétaires consentent eux-mêmes ce qu'ils peuvent faire même isolément. Mais si tous les co-propriétaires ont légué une servitude, elle n'est constituée que si l'hérédité de chacun a été acceptée en même temps (2).

Un seul co-propriétaire ne peut non plus enrichir le fonds d'une servitude ; il faut que tous les associés agissent ensemble ou qu'un esclave de la société le fasse (3) : on accordait cependant que, si lorsqu'un maître unique ayant stipulé pour lui seul, venait à mourir laissant deux héritiers, la servitude était acquise, bien que dans le moment elle ne pût être accordée : *quum in eum casum venerit servitus, a quo incipere non possit* (4). Mais si après la stipulation et avant la constitution définitive de la servitude, le maître venait à céder une partie de son fonds, la stipulation s'évanouirait (5).

Le propriétaire ne peut acquérir une servitude pour son fonds sur un autre fonds, qui lui est commun avec d'autres propriétaires; il serait obligé pour cela d'avoir une

(1) Loi 2. de servit.

(2) Loi 18. Dig. communa præd.

(3) Loi 19. D. de serv. præd. rust.

(4) Loi 11. Dig. de servit. Loi 140. D. 45.

(5) L. 136. D. de verb. obl.

servitude sur tout le fonds (*si non divisit fundum regionibus*) et par suite, d'avoir une servitude sur son propre bien, ce qui serait en opposition avec la règle : *nemini res sua servit.* Par la même raison, le maître d'un fonds ne pourrait consentir sur celui-ci une servitude en faveur d'un fonds qui lui serait commun avec d'autres propriétaires; il faudrait encore qu'il eût une servitude sur son propre bien (1).

Toutefois, cet état de choses que l'on ne peut créer lorsque déjà l'un des fonds est dans l'indivision, pourrait persister, s'il existait avant que l'un des immeubles fût tombé dans l'indivision; dans le cas, par exemple, où le propriétaire du fonds dominant devient co-propriétaire du fonds servant, la servitude ne s'éteint pas parce qu'elle ne peut pas s'éteindre en partie. Et de même lorsque le propriétaire du fonds servant devient co-propriétaire du fonds dominant. *Ecce stiputari viam iter actum ad fundum communem socius non potest; et tamen si is qui stipulatus fuerat duos hæredes reliquerit non exstinguetur stipulatio.... adquisita tamen conservatur et per partem dominii : hoc evenit si pars prædii servientis, vel cui servitur, alterius domini esse cœperit* (2).

La servitude due à un fonds, est due à toutes ses parties : aussi, lorsque le fonds vient à être divisé, chacun des propriétaires a-t-il droit à user de cette servitude,

(1) Loi 6, § 3, Dig. communia præd.

(2) Loi 140, § 2, Dig. de verb. oblig. : voir aussi Loi 8, § 1. de servitutibus.

pourvu que les propriétaires des parties du fonds dominant placées entre sa portion et le lieu consacré à la servitude y consentent. Le fonds ne change pas en lui-même : le droit à la propriété se trouve seul divisé, et par suite les diverses parties ont droit à la servitude (1).

Si l'un des co-propriétaires du fonds dominant a obtenu, relativement à la servitude, un jugement en sa faveur, ce jugement est opposable par les autres co-propriétaires. Et de même si le jugement est obtenu contre lui, il est opposable aux autres co-propriétaires. Ainsi, quoiqu'un seul des co-propriétaires de la servitude ne pût pas l'acquérir, il est apte à la conserver pour tous : *De jure ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit,... quamvis per unum adquiri servitus non possit* (2).

De même, chacun des co-propriétaires du fonds servant peut être actionné pour le tout : *quia divisionem hæc res non recipit* (3).

Tous les co-propriétaires du fonds servant ont le droit d'agir pour faire couper les arbres qui surplombent sur la propriété commune (4).

L'obligation contractée par les divers propriétaires indivis du fonds servant est ici à la fois solidaire et indivisible.

La servitude entière est conservée par cela seul qu'on

(1) Loi 23, § 3. De servit. prœd. rust.
(2) Loi 4, § 3, Dig. si servit. vindic.
(3) Même loi, § 4.
(4) Loi 1, § 5, de arbor. cedendis.

en use en partie. En effet celui qui possède le droit *d'actûs* le conserve après le temps fixé pour la prescription, pourvu qu'il ait passé sur le lieu consacré à la servitude, n'eût-il joui que de l'iter (1).

La jouissance d'un seul des co-propriétaires suffit aussi. Celle exercée par le propriétaire sur la moitié du chemin suffit pour conserver le droit entier (2).

On le voit, la servitude est plus facile à conserver qu'à acquérir. On ne pourrait l'acquérir en partie, tandis qu'une fois acquise, on peut la conserver (3).

Du reste, si la servitude ne peut être donnée et acquise partiellement, elle ne peut non plus être révoquée par parties : la loi 11 de *servitutibus*, porte une décision absolue : *Pro parte neque legari, neque adimi via potest*; *et si id factum est neque legatum neque ademptio valet*. Enfin une servitude ne peut non plus être remise en partie par acceptilation. C'est là une dernière conséquence de tout ce que nous avons dit sur l'indivisibilité (4).

Tels étaient les caractères principaux des servitudes en droit romain.

(1) Loi 19, Dig. si serv. vind.
(2) Loi 2, quemadmodum servitutes.
(3) Loi 5, Loi 8, § 1, Dig. quemadmodum.
(4) Loi 13, § 1, De acceptilatione.

DROIT FRANÇAIS.

DES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

DROIT FRANÇAIS.

DES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS

Origine des servitudes.

L'origine des servitudes (1) est aussi ancienne que celle de la propriété. La situation naturelle des lieux, le partage des terres, l'intérêt de la culture en firent de tous temps une nécessité : dès que les hommes, mus par l'instinct de la conservation et de la défense commune, commencèrent à former une société, l'utilité et la sûreté publique leur firent sentir qu'il était impossible de conserver à la propriété, cette liberté entière, absolue, qui

(1) La dénomination de réelle ne convient plus de nos jours à la servitude. L'ancienne distinction entre les servitudes réelles et personnelles, n'existe plus, au moins dans les mots, puisque le législateur, par des motifs qui seront énoncés plus loin, a évité avec grand soin de parler de servitudes personnelles.

ne pouvait convenir qu'à la barbarie, et qu'il fallait restreindre dans certains cas des droits légitimes en eux-mêmes, mais dont l'exercice aurait rendu la propriété inutile.

Chez les peuples nouveaux, la civilisation n'a pas encore introduit les nombreux rapports de voisinage qui existeront dans la suite. Une certaine méfiance règne entre les voisins, et la terre d'ailleurs est si peu précieuse que chaque famille, en s'établissant, peut s'isoler de manière à éviter toute difficulté. Mais, à mesure que la population augmente, la terre acquiert une valeur plus considérable, les lois rassurent chaque individu sur les empiètements de son voisin, l'espace dans les villes devient trop étroit pour le grand nombre de citoyens qui y veulent habiter. Alors s'établissent dans les villes la mitoyenneté des murs, les droits d'égout, etc. ; dans les campagnes, chacun cultive l'espace de terrain qu'il laissait inculte comme une barrière entre son voisin et lui. Un seul fossé, une seule haie, sépare les héritages ; la terre se morcelle peu à peu, les enclaves se forment, et donnent naissance aux droits de passage.

On peut voir dans les législations anciennes comment les servitudes légales, inconnues d'abord, s'introduisirent peu à peu, et comment de ces servitudes qui ne sont elles-mêmes qu'une sanction donnée aux lois de la nature, naquirent les servitudes conventionnelles.

Ces obligations, dit Pardessus (1), que la nature avait

(1) Pardessus, Introd. aux servitudes.

établies, que l'intérêt public avait suggérées fournirent aux particuliers l'idée d'en stipuler de semblables pour leur utilité respective et même pour leur simple agrément. C'est ainsi que la disposition des lieux, le besoin social et la liberté des conventions, ont fait naître les services fonciers.

Les premières lois des Grecs et des Romains sur les rapports de voisinage sont conformes à ces dispositions des peuples naissants.

Tacite nous en donne aussi un exemple dans ses études sur les mœurs des Germains. « Nullas Germanorum popu-
» lis urbes habitari, satis notum est : ne pati quidem
» intes se junctas sedes. Colunt discreti ac diversi, ut
» fons ut campus, ut nemus plac uit. Vicos locant non in
» nostrum morem connexis et cohærentibus ædificiis;
» suam quisque domum spatio circumdat, sive adversus
» casus ignis remedium sive inscitia ædificandi (1). »

Suivant les lois d'Athènes, celui qui creuse un fossé près du terrain d'autrui, doit laisser entre le fossé et l'héritage de son voisin, un espace égal à la largeur du fossé. Celui qui bâtit un mur, doit laisser un pied de terrain ; s'il bâtit une maison , il doit en laisser deux. Celui qui construit une maison dans les champs, doit s'éloigner du voisin à la distance d'un jet de flèche. Les ruches d'abeilles doivent être placées à trois cents pieds du fonds voisin, les oliviers et figuiers à neuf pieds ; les autres arbres à cinq (2).

(1) Tacite de Moribus Germanorum XVI.

(2) Loi 13, Dig., finium regundorum. Samuel, Petit. leg. Atticæ.

Un usage semblable existait à Rome, avant même que la loi des XII tables n'eût apporté à l'Italie les usages de la Grèce. L'espace qu'on laissait autour des maisons se nommait *ambitus*; c'est le même espace que nous retrouvons dans les pays de droit écrit nommé *investison*.

L'accroissement rapide de la population de Rome, modifia ces usages, et lorsque les remparts ne purent plus suffire au grand nombre de citoyens qui y affluaient, on commença à bâtir des maisons côte à côte : chaque maison formait précédemment une *insula* (nom que du reste on conserva à chaque héritage urbain). On donna alors spécialement ce nom à une agglomération de maisons comprises entre deux passages, et ce nom est encore en usage dans certaines villes de l'Italie pour désigner un quartier. Lors du terrible incendie qui dévora une partie de la ville pendant le règne de Néron, il fut défendu de bâtir des maisons côte à côte et on dut avoir des murailles séparées. Mais cette prohibition fut levée plus tard et on se contenta de défendre d'appuyer des maisons contre certains édifices publics, contre les greniers par exemple (1).

Il serait difficile de donner une idée exacte des anciens usages de la nation française en particulier. Mais il est probable que les usages établis par les romains, durent se conserver. On trouve quelques décisions sur les droits de voisinage, dans les coutumes de Beauvoisis, par Beaumanoir. A propos du droit de puisage, il dit, que lorsqu'on permettait à ses voisins de venir pendant longtemps prendre

(1) Loi 4, C. Théodos. de op. publicis.

de l'eau à un puits dans une cour, cela ne leur acquérait aucun droit : *ne valait pas à acquerre la propriété;* et l'on pouvait se clore chez soi, malgré les voisins, et leur interdire le puits. Il ajoutait toutefois que cela leur faisait gagner le possessoire, bien qu'ils succombassent ensuite au pétitoire. « *Et ne pourquant nous en avons bien vu emporter la saisine à cheux qui i avaient usé d'aller , mis ils en perdaient puis la propriété* (1).

Les usages des bonnes villes étaient différents de ceux de la campagne , *es villes champêstres*. A la ville on pouvait appuyer ses poutres ou solives *son merriens* sur le mur de son voisin, quelle que fut la volonté du voisin, si toutefois son mur était assez fort pour le soutenir. Dans le cas contraire, il fallait bâtir entièrement sur son propre fonds ; mais on pouvait élever aussi haut que l'on voulait, au risque même d'obscurcir la maison du voisin, sans cependant pouvoir la rendre inhabitable. Chacun devait éviter de jeter ses eaux sur le voisin, alors même que le mur était commun, et s'il était permis d'avoir une gouttière commune, cela n'empêchait pas le propriétaire de l'un des héritages d'élever le sien en gardant ses eaux de son côté.

A la campagne, il fallait bâtir assez loin du fonds voisin pour recevoir l'égout de ses toits, sur son propre terrain.

On devait ouvrir son évier et l'égout de sa cuisine, de manière qu'il ne nuisît à personne, et on ne pouvait le

(1) Chap. 24 des Cout. de Beauvoisis.

diriger, ni sur le clos, ni dans la maison de son voisin.

Si l'on faisait un jardin, les voisins pouvaient bâtir auprès. Mais ils n'avaient pas le droit d'y ouvrir des jours ou fenêtres, par quoi *les privautés dou jardin ne dou praël soit empirée*. Beaumanoir ajoute que, s'ils voulaient tirer du jour de ce jardin, ils devaient y faire une verrière afin d'avoir du jour sans nuire aux privautés du voisin.

Les décisions de Mazuer , Bouteiller et nos anciens praticiens, sont presque toutes tirées du droit romain.

Plus tard les coutumes recueillirent et érigèrent en lois les usages établis dans diverses grandes villes : ces principes diffèrent souvent de ceux du droit romain, bien que quelques-unes des dispositions paraissent remonter aux usages particuliers que les romains avaient fait adopter dans les Gaules, lorsqu'elles étaient soumises à leur empire. On peut, citer par exemple, cet article de la coutume locale de saint Clément, dans la haute Auvergne, qui nous rappelle l'usage où l'on était du temps des romains, de laisser un espace de cinq pieds entre deux héritages voisins, lequel espace appartenait par moitié à chacun des deux voisins : *au seigneur supérieur appartient le terme entre deux héritages, tant que les pieds du seigneur de l'héritage se peuvent étendre quand il est dessus*.

Définition de la servitude.

Pothier définissait le droit de servitude, un droit qu'a le propriétaire d'un héritage sur l'héritage voisin pour la

commodité du sien. Ce sont, ajoutait-il, des appartenances et dépendances de l'héritage qui passent avec lui en quelques mains qu'il passe.

Domat disait : La servitude est un droit qui assujétit un fonds à quelque service pour l'usage d'un autre fonds qui appartient à un autre maître ; comme, par exemple, le droit qu'a un propriétaire d'un héritage de passer par le fonds de son voisin pour aller au sien.

Barthole considérait la servitude relativement au fonds, en faveur duquel elle est établie : *Servitus est jus quod dam prædio inhærens, ipsius utilitatem respiciens, et alterius prædii jus seu libertatem minuens.*

De ces trois définitions, celle qui à première vue se rapproche davantage de celle du Code, est de Domat. C'est cependant celle que critiquait le tribun Albisson, lorsqu'il disait que le mot droit ayant toujours un sens actif, ne pouvait convenir dans une définition de servitude, chose essentiellement passive.

Aucun de ces auteurs n'a nommé la servitude un démembrement de la propriété, et cependant, de nos jours, un grand nombre de légistes lui appliquent cette qualification. Il est certain que la servitude enlève toujours à la propriété quelque chose : qu'il soit très exact de dire que cette privation constitue un véritable démembrement de la propriété. C'est ce que je ne me permettrai pas d'affirmer. Mais s'il est une espèce de servitudes dont on puisse réellement dire qu'elles démembrent la propriété, ce sont surtout les servitudes continues, dont la jouissance s'effectue sans le fait de l'homme, et dans les-

quelles il ne peut y avoir participation de jouissance de la part du propriétaire du fonds servant.

Les servitudes s'établissent par titre, par prescription et par la destination du père de famille. Les servitudes continues et apparentes sont seules susceptibles d'être acquises par prescription (1).

La servitude s'éteint par la perte d'un des héritages auxquels elle est affectée, sauf à revivre en cas de reconstitution du fonds, pourvu que le temps suffisant pour faire présumer son extinction ne soit pas écoulé.

Elle s'éteint aussi par le non-usage pendant trente ans, soit à partir du jour où l'on a cessé d'user (2), soit à partir du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude.

Division des servitudes d'après le Code Napoléon.

Le Code Napoléon nous offre, dans l'article 639, une division des servitudes. « La servitude dérive ou de la » situation naturelle des lieux, ou des obligations em- » ployées par la loi, ou des conventions entre les pro- » priétaires. »

On a beaucoup critiqué la terminologie de cet article : On a dit d'une part que ce n'étaient point les servitudes qui résultaient des obligations imposées par la loi, mais bien les obligations qui résultaient des servitudes. D'autre part, de savants commentateurs ont nié que les obliga-

(1) C. C. 792, 793, 794.
(2) 703, 710.

tions imposées par la loi puissent être présentées comme la source des servitudes légales, puisqu'elles ne sont pas autre chose que les servitudes elles-mêmes.

Les rédacteurs du Code avaient fait droit d'avance à ces critiques, en modifiant la rubrique du chapitre 2.

On a attaqué avec plus de raison la dernière proposition de cet article : ou des conventions entre les propriétaires. Il eût été bien plus exact de dire : ou par le fait de l'homme, expression employée aussi comme rubrique du chapitre 3; car les servitudes peuvent encore être établies par testament ou par l'effet de la prescription.

Quoiqu'il en soit, la loi nous présente trois espèces de servitudes imposées :

Par la situation des lieux ;

Par la loi ;

Par le fait de l'homme.

Examinons d'abord quel peut être le mérite de cette classification fondamentale.

Plusieurs auteurs ont blâmé la distinction faite par le Code en servitudes dérivant de la situation des lieux et servitudes établies par la loi. Cette distinction, d'après eux, n'existe pas : les premières sont comme les secondes, établies par la loi, et réciproquement les secondes ne sont, comme les premières, consacrées par la loi, qu'à raison de la situation des lieux.

Quelques exemples viennent à l'appui de cette critique : quelle différence y a-t-il, par exemple, entre le droit qu'a un voisin d'obliger son voisin à contribuer au bornage de leurs propriétés contiguës (article 646, sec-

tion des servitudes, provenant de la situation des lieux) et le droit qu'a le voisin d'obliger son voisin à contribuer aux réparations de la clôture faisant séparation de leur maison (article 663, section des servitudes établies par la loi). Pourquoi consigner les droits des propriétaires riverains sur les cours d'eau, dans l'article 644, chapitre 1, et le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, dans l'article 650, chapitre 2. Il faut le reconnaître; il n'y a pas de raison valable d'une semblable classification. Mais en reconnaissant ici une erreur partielle, ou la suite nécessaire d'une division trop absolue, faut-il en conclure que les deux grandes classes de servitude peuvent sans inconvénient être fondues en une seule, comme l'ont fait MM. Toullier (1) et Zachariæ, et que cette distinction ne présente aucun intérêt juridique (2) ?

Ecoutons M. Demolombe;

« La vérité est que les servitudes qui dérivent de la situation des lieux ont, avant tout, pour cause la situation des terrains, la conformation des propriétés, et qu'elles sont écrites, pour ainsi dire, sur le sol, tel que Dieu lui-même l'a fait : Comme par exemple, la charge pour le fonds inférieur de recevoir les eaux qui découlent du fonds supérieur. Ces servitudes-là, la loi ne les établit pas; elles existent naturellement par la force même des choses, avec un caractère de perpétuité et d'universalité, qui fait qu'on les retrouve les mêmes dans tous les temps

(1) Zachariæ, t. 2, p. 39 et 43. Toullier, t. 2, nº 484.

(2) Mourlas sur l'art. 339. Demante père, Cours. An. t. 2, 488.

et dans tous les pays. En l'absence même de tout règlement de la part du législateur, il aurait toujours fallu les admettre; les lois positives qui s'en occupent, les reconnaissent bien plutôt qu'elles ne les imposent; et elles ne font en général que consacrer, à cet égard, des règles, en quelque sorte, préexistantes, de nécessité et de bon sens.

Très-différentes, sous ce rapport, les servitudes imposées par la loi, qui sont au contraire des dispositions plus ou moins arbitraires, que le législateur établit relativement à des héritages dont la main de l'homme a changé l'état primitif, et qui varient en égard aux mœurs, aux usages et aux convenances particulières et locales de chaque époque et de chaque pays. Celles-là, elles n'ont d'autre cause que la loi positive d'où elles émanent; sans doute, elles sont généralement fondées sur des considérations très-puissantes d'utilité publique et d'intérêt général, afin de maintenir l'harmonie dans les relations du voisinage, de prévenir les inconvénients et les dangers d'une agglomération formée sans les précautions convenables, de favoriser les communications., etc. Mais enfin il a fallu que le législateur lui-même les établit; et s'il ne l'avait pas fait, il n'aurait pas été possible au juge de les admettre.

Il y a donc, au moins, au point de vue de la cause qui les a fait naître, une grande defférence entre ces deux classes de droits, et cela nous paraît une réponse assez concluante à toutes les objections.

On ne doit pas croire, toutefois, que le législateur ait suivi à la lettre et sans dévier le programme qu'il s'était

tracé. L'art. 649, par exemple, est ainsi conçu : « Les » servitudes établies par la loi, ont pour objet l'utilité » publique ou communale, ou l'utilité des particuliers. » Quelle servitude pourrait se référer plus directement à l'intérêt public, communal surtout, que celle dont il est question dans l'art. 643 : « Le proprietaire de la source ne » peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants » d'une commune, village ou hameau, l'eau qu'il lui est » nécessaire. » Et cependant cet article se trouve compris dans la catégorie des servitudes qui dérivent de la situation des lieux. Les rédacteurs du Code, en entreprenant cette division, n'en sentaient point la difficulté. Posée dans de semblables termes, il serait impossible de la mettre à l'abri de la critique.

Pour ce qui est de la pratique, cette distinction n'est pas sans intérêt. Les servitudes dérivant de la situation des lieux, n'avaient pas absolument besoin de la sanction du législateur. Aussi croyons-nous que les juges, qui peuvent être appelés à suppléer le silence de la loi, doivent avoir, dans ce cas, un pouvoir d'interprétation plus large qu'en ce qui concerne les servitudes légales.

Dans celles-ci, en effet, la loi a parlé ; là où elle s'arrête, là cesse le pouvoir du juge ; ce sont des dispositions arbitraires que le juge n'aurait pu suppléer. Aussi bien qu'aucun article, dans le chap. I, ne parle d'éboulements, d'avalanches de terres entraînées par les eaux, il est clair que le juge se croira autorisé à décider, d'après sa raison, que le fonds inférieur est obligé de les supporter, tandis qu'il ne se croira jamais fondé à rien ajouter aux règles sur la mitoyenneté.

Du reste, les sources de ces différentes règles ne sont pas les mêmes ; celles qui concernent les servitudes dérivant de la situation des lieux, sont en général empruntées au Droit Romain : Celles au contraire qui sont relatives aux servitudes de la loi, sont tirées du Droit Coutumier. Ainsi, les lois 2 et 3 *de aqua et aquæ pluv. arcendæ*, se trouvent reproduites dans l'article 640. Les règles sur le bornage semblent avoir été toutes puisées dans le titre *finium regundorum*.

D'un autre côté, l'art. 676 du Code est la copie presque en acte de l'art. 229 de la coutume d'Orléans : « Celui » qui a droit de veuë sur l'héritage d'autruy par fenestres, » ou autres ouvertures, doit ses ouvertures tenir barrées » à barreaux de fer, et voirre dormant, sinon qu'il y ait » convention expresse au contraire. » L'art. 675 de notre Code est aussi la reproduction de l'art. 231 de la coutume.

Enfin, il y a de nombreux rapports entre les règles sur la mitoyenneté de notre Code, et dans la coutume, j'en cite une seule ; elle est relative à l'art. 653. « En la » ville et fauxbourgs d'Orléans, dit la coutume, et autres » villes closes du bailliage d'Orléans, tous murs sont » communs entre voisins jusqu'à neuf pieds ; c'est assa- » voir deux pieds en terre, et sept pieds au-dessus de » terre, qui n'a titres ou marques au contraire ; et s'il » faut réparer ou réédifier lesdits murs, ce sera aux dé- » pens communs des parties jusqu'à ladite hauteur (1). » Cette présomption de communauté se tirait de l'art. 236, qui lui-même a été reproduit dans l'art. 663 de notre code.

(1) V. C. d'Orléans, 234.

Les droits dont il est question dans les Chapitres 1 et 2 du Titre IV, sont-ils des servitudes?

Il s'élève, sur l'art. 639, une question plus importante et aussi plus difficile, celle de savoir quel doit être le sens précis du mot servitude; à quel genre de droits plus spécialement ce terme peut s'appliquer.

Ce mot devait être primitivement banni de notre Code, mais dans un autre ordre d'idées que celui qui nous occupe. Au sortir des grandes crises qui avaient achevé l'œuvre commencée depuis tant de siècles, l'abaissement des seigneurs, l'établissement de l'égalité civile, l'Assemblée Législative, émue encore des excès révolutionnaires, osait à peine proférer ces mots, qui rappelaient l'ancienne humiliation de la classe des serfs, et rejetait avec soin tout ce qui aurait pu ressembler à un retour vers l'ancien ordre de choses. Le temps n'était pas éloigné où les baux à fiefs établissaient des rapports de supériorité, non-seulement de fonds à fonds, mais encore d'homme à homme, et où l'on avait, à côté d'un fief dominant et d'un fief servant, un seigneur et un vassal qui ne possédait qu'à charge de foi et hommage; témoin ce passage de Dumoulin : *Feudi substantia in solâ fidelitate, quæ est ejus forma substantialis, con-*

sistit. (Voir aussi défin. du fief, rapportée dans Pothier). Aussi le législateur n'emploie-t-il ce mot de servitude qu'en l'accompagnant d'un autre terme explicatif : Servitude ou service foncier (art. 543, intitulé du Titre); ce n'est que peu à peu que la force de l'habitude l'entraîne à se servir uniquement du mot servitude. Il a complètement rejeté ce terme pour les droits d'usufruit et d'usage. Le mot de servitude personnelle aurait pu blesser les susceptibilités nationales. C'est par la même raison qu'il n'a pas voulu employer les expressions autrefois consacrées, et que l'on retrouve à tout moment dans Pothier (Pothier, § 2, article prél., introd. au Traité des fiefs), de fonds dominants et fonds servants, et qu'il les a remplacées par fonds asservis ou assujétis.

L'Assemblée Constituante avait formulé d'une manière énergique les droits des citoyens et la liberté du territoire français. La loi du 28 septembre-6 octobre 1791 avait posé l'un des grands principes du droit public en ces termes : « Le « territoire de France, dans toute son étendue, « est libre comme les personnes qui l'habitent. « Ainsi, toute propriété territoriale ne peut être « sujette envers les particuliers qu'aux redevan- « ces et aux charges dont la convention n'est pas « défendue par la loi, et envers la nation qu'aux « contributions publiques établies par le Corps

« Législatif, et aux sacrifices que peut exiger le « bien général, sous la condition d'une juste et « préalable indemnité. »

L'article 638 du Code n'était que la consécration de ces principes, le résumé, pour ainsi dire, de cette déclaration solennelle, et c'est là un des caractères les plus saillants de notre régime sur les servitudes. Un fonds est assujéti à un autre, son exploitation en peut être gênée; les agréments, et conséquemment sa valeur vénale diminuée; mais quelle que soit la cause d'un semblable état de choses, le fonds qui asservit n'est pas au-dessus de l'autre; il n'a sur lui aucune espèce de droit que celui qui est strictement désigné par la convention; il jouit d'un droit de plus que le voisin, il le prive à son profit de l'exercice d'un de ses droits, sans pouvoir cependant prétendre sur lui aucune espèce de supériorité. Cette disposition, ne fût-elle pas écrite dans le Code (art. 638), ressortirait de l'ensemble de la législation. Il est évident que tous les rapports amenés par la servitude ayant lieu d'héritage à héritage, le maître de l'un des héritages n'avait droit à aucune prééminence sociale ni politique sur le maître de l'autre.

Mais était-il nécessaire, était-il juste de comprendre dans ce titre les droits réciproques résultant entre propriétaires voisins de la situation des

lieux, ou des décisions de la loi. En un mot, ces droits sont-ils réellement des servitudes, ou bien sont-ils une manière d'être, une conséquence, une condition de la propriété? Faut-il leur conserver ce titre, quoiqu'ils soient imposés uniformément à tous les fonds qui se trouvent dans telle ou telle position, ou n'est-il pas plus raisonnable d'accorder que c'est là l'état normal de la propriété divisée entre les habitants d'un pays?

La propriété, pour être libre, pour être absolue, a-t-elle besoin d'une liberté telle qu'elle pourrait seulement exister dans un pays, où l'on supposerait la terre indivise ou partagée de manière à ce que chaque fonds pût se suffire à lui-même? Merlin et plusieurs auteurs sont de cet avis; ou bien lui suffit-il d'avoir toute la latitude nécessaire à une administration éclairée pour arriver à un bon état de culture et à la plus grande fertilité possible? Un grand nombre d'auteurs, parmi lesquels MM. Pardessus et Demolombe, inclinent dans ce sens, et je n'hésite pas à adopter leur opinion. Vainement l'on soutiendrait que la nature du droit de propriété est d'être absolue. D'abord, ce genre de propriété ne pourrait pas exister dans un Etat policé. En second lieu, la nature elle-même impose des charges à la propriété; la loi a seulement pris soin de consacrer cette œuvre de la nature.

Si la propriété était telle qu'on la dit, cet état de choses ne pourrait se comprendre que par la réciprocité, qui amènerait des guerres, des empiètements et des représailles. Il en est de cette liberté des fonds comme de la liberté humaine. Quelqu'un prétendra-t-il qu'on a attenté à la liberté humaine en édictant des lois qui défendent à l'homme de tuer ou de dépouiller ses semblables? Cette maxime « *Quod tibi fieri non vis alteri* « *ne feceris* », est-elle donc attentatoire à la liberté humaine? Qu'on le remarque bien, d'ailleurs, quand ces restrictions imposées au droit de propriété auraient réellement le caractère de servitudes; quand même elles l'asserviraient, au lieu de confirmer sa liberté, elles perdraient ce caractère par cela même qu'elles seraient générales.

La servitude implique l'idée d'une exception à la règle, au droit commun (1); l'idée d'une augmentation de droits en faveur d'un fonds aux dépens d'un autre fonds (2). Ni l'un ni l'autre de ces caractères ne se retrouve dans ces prohibitions ou ces ordres donnés simultanément à tous les fonds indistinctement. De plus, un des caractères essentiels des servitudes, comme nous le verrons

(1) Contraria quippe sunt libertas et servitus. (VINNIUS.)
(2) Quum quis posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit... D. de operis, Nov., hunc; loi 5, § 9.

plus tard, est de pouvoir forcer à souffrir et à s'abstenir, jamais à faire; or, ici, le législateur ordonne souvent le *facere;* dans l'art. 663, et l'art. 676, par exemple. La majeure partie de cet article s'intitulerait plus justement : loi sur le voisinage que loi sur les servitudes.

Cela est si exact que si le propriétaire du fonds dominant renonçait à l'exercice de ce droit, il constituerait à son préjudice une servitude ; il y aurait alors une servitude contraire, semblable à celle des Romains et dont l'origine se trouverait bien dans les statuts, non pas locaux, mais publics. Ainsi, l'article 671 défend de planter des arbres à haute tige, à moins de deux mètres de distance du fonds voisin. Mais, si on les a plantés à une moindre distance et que le propriétaire voisin n'ait pas exigé qu'on les coupe, on peut acquérir, par la prescription, le droit de les conserver. Ici, encore, la renonciation à un droit concédé par la loi, donne naissance à une servitude. Seulement, cette servitude n'est point perpétuelle, et le droit de conserver des arbres n'implique pas celui de les remplacer (1).

Enfin, l'art. 544 nous définit la propriété : « le » droit de jouir et de disposer de la chose de » la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en

(1) Delvincourt. Marcadé sur l'art. 671. Cass. Déc. 1857.

» fasse pas un usage prohibé par les lois et les » réglements ». « Les différentes prohibitions introduites par les lois et les règlements, dit Demolombe, sont donc inhérentes au droit de » propriété lui-même..... et ces prohibitions, » qui forment dans chaque pays la règle commune de la jouissance et de la disposition des » propriétés, bien loin d'être des servitudes, » sont, au contraire, constitutives de la liberté » même des fonds, telle que le législateur la reconnaît. » C'est peut-être sous l'influence de ces idées que le législateur a renvoyé au chapitre des servitudes établies par le fait de l'homme, toutes les règles qui concernent l'établissement, l'extinction et la division des servitudes.

Les Romains ne considéraient point ces règlements comme des servitudes, mais comme un genre de restrictions au droit de propriété, d'obligations naturelles aux fonds. Je n'en veux d'autre preuve que la loi, I, § 3 au *Dig. de aqua et aquæ*, dans laquelle Ulpien, parlant de l'écoulement des eaux d'un champ sur l'autre, ajoute : *eritque ista quasi servitus.*

Pothier ne s'occupe des restrictions apportées au droit de propriété par la situation des lieux ou les décisions de la loi que dans un appendice au contrat de société, et il les désigne sous le nom de quasi-contrat de voisinage. Il condamne la classi-

fication adoptée dans le titre XIII des servitudes réelles de la Cour d'Orléans : « Il est traité, dit-il, » sous le titre non-seulement des servitudes qu'un » héritage peut devoir à l'héritage voisin, mais de » plusieurs autres matières que concernent le voi- » sinage » ; et, plus loin : « il est aussi traité sous » ce titre des obligations que forme le voisinage » entre voisins (1). »

Quelle raison a donc pu décider les législateurs a comprendre ces diverses règles dans le titre des servitudes. Sans doute, le désir de réunir en un seul chapitre les lois qui règlementent la propriété foncière. Tous ces droits, en effet, frappent avant tout les fonds et n'atteignent les personnes que comme propriétaires.

Les auteurs ont déduit une conséquence fort juste de cette classification. Le législateur attribuant à toutes les servitudes le même caractère de réalité, il s'ensuit rigoureusement que toutes les contestations dont elles seront l'objet devront être *portées au tribunal* de la situation de l'immeuble qui est compétent, d'après l'art. 59, § 3, Code de Procédure. En effet, ces droits, qu'ils soient ou non des servitudes, sont si étroitement liés à la propriété qu'il serait impossible à tout autre juge que celui de la situation de décider pertinemment.

(1) Pothier, introd. au titre XIII, § 22, 24, 27.

Servitudes négatives et servitudes affirmatives.

Il existait une autre division en servitudes négatives et servitudes affirmatives. Les servitudes négatives sont celles qui consistent *in non faciendo*. Les servitudes affirmatives celles qui consistent *in patiendo*. Au point de vue du droit romain, l'intérêt de cette distinction était celui-ci : les servitudes affirmatives étaient susceptibles de tradition ou de quasi-tradition, tandis que les servitudes négatives ne l'étaient pas.

Dans notre ancien droit, en particulier dans le ressort de l'ancien Parlement de Toulouse, la prescription des servitudes négatives n'avait lieu qu'à *dei prohibitionis* et était accomplie, si la possession avait duré trente ans, contre un particulier, quarante ans contre l'Eglise. Pour les servitudes affirmatives, au contraire, la prescription commençait au même jour que la possession (1).

De plus, les servitudes qui consistent *in patiendo*, de la part du maître du fonds servant, c'est-à-dire *in faciendo*, de la part du maître du fonds dominant, se perdent par le fait seul du non-usage pendant trente ans ; tandis que les servitudes qui con-

(1) Voir Lalaure, de la manière dont s'acquièrent les servitudes en Languedoc.

sistent *in non faciendo* de la part du propriétaire du fonds servant, ne périssent que si le non-usage par le propriétaire du fonds dominant est accompagné d'un fait du propriétaire servant impliquant contradiction à la servitude.

La même distinction peut s'établir entre les servitudes continues et discontinues. Cette division, remarquons-le, s'accorde parfaitement avec celle dont il vient d'être question. Les servitudes continues sont négatives, les servitudes discontinues sont affirmatives. Les premières s'exerçant, comme nous le verrons plus tard, sans aucun fait actuel de l'homme, ne peuvent s'éteindre que par un fait qui mette fin à cette jouissance pour ainsi dire spontanée. Les secondes, au contraire, qui ne s'exercent que par le fait actuel de l'homme, s'éteignent tout naturellement par la cessation, ou, du moins, l'interruption prolongée de cette jouissance (art. 707, Code Civil). On ne parle presque plus de nos jours des servitudes affirmatives et négatives.

Caractères généraux et accidentels des servitudes.

Les servitudes ont divers caractères que l'on peut diviser en caractères généraux et caractères accidentels. Le mot accidentel, généralement adopté, n'indique point suffisamment que toutes les servi-

tudes ont la même qualité ou la négation de cette même qualité. La continuité ou la discontinuité, l'apparence ou la non apparence.

Caractères généraux.

Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire (art. 637).

La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.

On le voit, la définition contenue dans l'art. 637 est très importante. Elle contient à elle seule l'énonciation des principaux caractères des servitudes. La servitude est une charge pour le fonds servant, mais en échange elle est un droit pour le fonds dominant. Elle n'est, de chaque côté, qu'un simple attribut, comme l'a dit très heureusement M. Demolombe, et pour ainsi dire une qualité bonne dans l'un, mauvaise dans l'autre.

La servitude s'exerce sur un héritage.

La servitude n'a de vie que par un héritage et pour un héritage. C'est là un des principes dominants de la matière. Les servitudes ne sont ni *extra bona* ni *in bonis*, disait Paul (1). Il est impossi-

(1) Loi 1, de usu et usufructu.

ble, en effet, de leur supposer une existence à part. Elles font partie de l'immeuble, elles participent de sa nature, elles sont une de ses manières d'être. A la différence des servitudes qu'on nommait personnelles, comme l'usufruit et l'usage, elles ne peuvent exister que sur un immeuble. Aussi faut-il remarquer que, quoique réelles et immobilières, elles forment un droit incorporel. Mais par cela même qu'elles n'existent que par l'immeuble, elles ne peuvent être cédées ni louées sans lui. Tout droit qui n'a pour objet que la personne est formellement exclu de cette classe.

La loi, du reste, tolère les obligations qu'une personne pourrait contracter au profit d'un fonds, et celles qu'elle pourrait imposer au fonds en sa faveur, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public. Mais ce qu'elle n'admet pas, c'est qu'on fasse de ces obligations des servitudes réelles. Ainsi, le législateur a autorisé par une exception remarquable un démembrement perpétuel de la propriété. De grands motifs d'utilité publique ont, comme nous l'avons vu, motivé cette exception. Une privation insignifiante pour un fonds est souvent la richesse de l'autre, et l'intérêt public exigeait qu'on fît taire ici les principes ordinaires. Ce serait sortir complètement de ses vues que de vouloir utiliser au profit seulement des personnes ce qu'elle n'a voulu faire qu'en faveur des hérita-

ges. Sans doute, c'est le propriétaire en définitive qui en jouit, mais d'une manière secondaire, et, de telle sorte, que la personnalité du fonds seule est en jeu, jamais la sienne. Quelle que soit la succession, que les familles changent, qu'il y ait mutation, que le fonds revienne à l'Etat par droit de déshérence, c'est toujours le propriétaire, et, pour être plus exact encore, le possesseur qui jouit de la servitude. Il en jouit, avec son caractère de réalité, quoiqu'il soit complètement étranger à l'acte d'acquisition et alors même qu'il n'a pas été question de la transmissibilité, *etsi nihil dictum sit.*

Il s'ensuit, rationnellement, qu'aucun possesseur ne peut accorder sur une servitude un droit quelconque d'hypothèque, ou d'usufruit. Comment hypothéquer isolément un droit qui n'a pas d'existence isolée. Quel moyen y aura-t-il chez nous de retirer un prix quelconque d'un semblable gage. D'abord, en thèse, ce droit isolé du fonds est incessible. De plus, il serait inutile, alors même qu'il pourrait être cédé, à la grande majorité des créanciers. Il faudrait supposer, pour assigner une utilité quelconque à une semblable hypothèque, que les créanciers hypothécaires se trouvent précisément des voisins, possédant des fonds auxquels la même servitude peut être avantageuse. Le hasard seul pourrait amener de semblables résultats, et encore faudrait-il toujours reculer devant l'impos-

sibilité d'appliquer à un pareil gage la vente aux enchères usitée de nos jours.

De plus, quels débats ne pourraient pas être élevés par le propriétaire du fonds servant à propos de cette cession. Tantôt la servitude serait rendue plus onéreuse, tantôt elle le serait moins. Quelquefois il faudrait changer le mode d'exercice, et de semblables procès n'auraient pas de fin.

La cession d'une servitude isolée est donc chez nous de toute impossibilité. On trouve, il est vrai, quelques textes qui portent à croire qu'à Rome une semblable convention aurait pu être tolérée. Mais, outre que cela n'a rapport qu'aux servitudes rurales (1), Paul était d'avis qu'une semblable convention n'était pas juridique, mais qu'on devait l'admettre : *propter utilitatem contrahentium*. Conséquemment, cette hypothèque ne pouvant être créée qu'en faveur d'un voisin, on ne peut pas dire que légalement le droit de servitude soit susceptible d'hypothèque.

Il serait également impossible d'accorder un droit d'usufruit : *servitus servitutis esse non potest* (2). Il suffit, pour nous en convaincre, de revenir aux termes de notre définition *imposée sur un héritage*. On connaît le sens de ce vieux mot ; il est chez nous synonyme d'immeuble : il vient

(1) Loi 2, § 3; loi 12, Pr. D., Pign., et hypoth.
(2) Loi 1, de usu et usufructu.

sans doute des Romains chez qui *heres* était synonyme d'*hæres*. La servitude n'est pas un immeuble ; elle y est inhérente, elle en est une qualité : *Quid aliud sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia* (1).

Il ne faut pas en induire toutefois que le propriétaire du fonds dominant ne puisse faire profiter de la servitude un propriétaire voisin: ce droit il le possède pourvu que cela n'aggrave point la position du fonds servant, et alors seulement que l'objet de la servitude est en quelque sorte devenu sien (2).

Enfin, par cela même que la servitude est inhérente à un héritage et qu'on ne peut disposer séparément de cet héritage, le propriétaire, en faveur duquel on aurait constitué une servitude, ne pourrait recourir aux formalités de la purge. Ici encore il faudrait avoir recours à une enchère impossible.

Quels caractères distinguent la servitude des droits de copropriété ou de créance.

Il résulte manifestement de tout ce qui précède qu'on ne peut pas confondre la propriété souterraine, superficiaire, ou indivise avec la servitude,

(1) Dig., 86, de verb., signif.
(2) Pardessus, § 33, des servitudes.

et que la servitude se distingue aussi de la créance simple ou hypothécaire.

La servitude est comme la propriété un droit essentiellement réel. On peut même admettre, avec Pothier, que la servitude prédiale n'est autre chose que l'héritage servant lui-même, considéré comme appartenant à certains égards au propriétaire du fonds dominant (1). Mais, tout en étant un démembrement, une émanation de la propriété, elle n'est en même temps qu'une charge, une chose incorporelle, qui n'a d'existence que par l'immeuble qu'elle affecte (art. 526, Code Napoléon). Considérée comme passive, elle est une charge ; comme active, elle est un accessoire, un attribut. C'est ainsi que la servitude par elle-même ne peut être classée dans aucune des deux sortes de biens que distingue l'art. 516. Mais considérée dans son union avec l'immeuble, elle est de la même nature que lui (art. 526).

La propriété superficiaire ou souterraine ne peut pas se confondre avec la servitude. D'après le droit coutumier, comme d'après le Code Civil, en l'absence d'un titre contraire, la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous : *Quiconque*, dit la coutume de Paris, *a le sol appelé l'héritage*

(1) Des choses, § 2, Pothier.

du rez-de-chaussée (1), *a le dessus et le dessous de son sol... s'il n'y a titre au contraire.* On peut donc être propriétaire du rez-de-chaussée sans l'être, soit du dessus, soit du dessous, et, par suite, dans une maison où le rez-de-chaussée appartiendra à un maître, et la cave ou le premier étage à un autre maître, il y aura deux propriétaires et non un seul propriétaire partiaire du fonds grevé. Il y a là, comme le disait Boutaric, propriété cisaillée. Les deux art. 552, 553, Code Civil, n'ont fait que reproduire le sens de l'article de la coutume de Paris.

Il est à remarquer que lorsqu'il ne s'agira en pratique que de distinguer une propriété superficiaire ou souterraine exclusive, d'avec une servitude, la difficulté ne sera pas très grande, parce qu'il faudra que la possession ait été exclusive.

Mais il n'en sera pas de même pour la propriété indivise. Celle-ci ne peut pas non plus se confondre avec la servitude. La copropriété, sur quelque partie du fonds qu'elle porte, et alors même que celui qui l'a acquise n'aurait en vue que de se procurer les avantages que lui aurait fourni une servitude, offre toujours ce caractère particulier, qu'elle a une existence à elle, en dehors même de l'usage qu'en peut faire l'autre fonds, tandis que la

(1) Coutume de Paris, art. 187.

servitude disparaît avec ce fonds, et n'est plus rien dès que cette base vient à lui manquer.

En pratique, cependant, et en l'absence des titres, il sera beaucoup plus difficile de la distinguer de la servitude. Je prends une hypothèse : Un puits est sur la limite de nos deux héritages, mais chez moi. Mon voisin y puise de l'eau comme moi, et cela depuis très longtemps. La servitude de puisage est une de celles qui n'admettent pas la prescription (691, C. C.), aussi j'attaque mon voisin pour l'empêcher de venir puiser de l'eau chez moi. Le voisin n'a d'autre alternative (s'il n'a pas de titre), que de renoncer à tout droit sur le puits, ou d'en réclamer la copropriété. S'il adopte ce dernier parti, et que moi-même j'aie un titre, sa prétention sera mise à néant, parce que moi, propriétaire, je n'ai rien eu à défendre : On n'a attenté à aucun de mes droits. Je ne pouvais voir, dans l'action de puiser de l'eau à mon puits, une prise de possession surtout pendant que je jouissais moi-même du puits. D'ailleurs, *tantum prescriptum quantum possessum*. On n'a pas possédé la propriété du puits. On ne l'a donc point prescrite; on n'en a pas non plus prescrit l'usage. Ainsi mon voisin devra être débouté de sa demande. Mais si je n'ai pas de titre, le juge se verra obligé d'admettre la preuve de la prescription de la propriété, chose d'une bien plus grande importance, en défi-

nitive, que cette servitude pour laquelle la loi lui ordonne de la rejeter.

Ce cas sera rare, sans doute, et le plus souvent quelques titres viendront éclairer le juge. S'il n'en existait pas, il devra se guider d'après les circonstances. Par exemple, si la partie qui n'a pas de titre constatant la propriété du puits, avait des moyens d'établir son droit de propriété sur le terrain qui l'environne, s'il entretenait le puits, y faisait toutes les grandes réparations de longue date, supportait, enfin, tout ce que la propriété peut avoir d'onéreux, tandis que l'autre ferait exactement les dépenses nécessaires à sa jouissance, le premier devrait être réputé propriétaire, et le second serait censé n'avoir exercé qu'une servitude (1).

La servitude se distingue aussi des créances simples ou hypothécaires. La servitude est un droit réel, la créance un droit personnel. Le droit qui résulte d'une servitude frappe l'immeuble indépendamment de toute obligation personnelle du propriétaire ou possesseur.

Celui, au contraire, qui résulte d'une créance s'exerce contre la personne; s'il finit par atteindre le fonds, ce n'est que subsidiairement. La servitude n'est pas, comme la créance, susceptible

(1) V. Pardessus, p. 1, § 8.

de remboursement, non plus que de compensation, et ne peut même se résoudre en dommages-intérêts (1142). Il est évident qu'on ne peut, par les formalités de la purge, délivrer l'immeuble de la servitude.

Le propriétaire du fonds dominant, peut être autorisé à exiger la jouissance effective, comme s'il réclamait la jouissance d'une chose à lui appartenant (1143, 1144, 1610, C. C.).

Quant à l'hypothèque, elle a avec la servitude de nombreux points de ressemblance. Comme elle, elle constitue un droit réel sur des immeubles; elle est indivisible. Mais il est une chose qu'il ne faut point perdre de vue. L'hypothèque ne peut jamais être qu'une chose secondaire ou accessoire; elle est subordonnée à la créance qui est personnelle. La servitude est au contraire une chose spéciale qui ne dépend que de l'immeuble sur lequel elle s'exerce. La jouissance de la servitude commence par la mise en possession, se continue par l'usage; il n'*est besoin d'aucune inscription pour la conserver*. On ne peut jamais forcer le propriétaire de la servitude à en souffrir le rachat, à moins qu'une loi l'exige; mais celui-ci ne peut non plus exiger qu'on transforme la servitude en créance.

La servitude est établie en faveur d'un héritage.

Les servitudes ne peuvent être établies que sur un héritage et au profit d'un autre héritage. C'est ce qui leur a fait donner le nom de *prædiales, servitutes prædiorum.*

La servitude diminue les droits d'un fonds en faveur d'un autre. La loi a permis ici de conférer à perpétuité des droits sur les immeubles. Mais elle veut que cela soit utile. Que ce mot utile ait un sens très large, c'est ce que tous les auteurs admettent ; il suffit que ce fonds retire de la servitude un profit quelconque, que le rapport ou seulement l'agrément en puisse être augmenté (686, C. C.).

Il ne faut pas perdre de vue que c'est le fonds qui doit recueillir cet avantage et non la personne. Sans doute, je l'ai dit déjà, c'est toujours le propriétaire qui jouit du fonds et de tous les embellissements qui viennent s'y joindre. Mais il n'en jouit que d'une manière médiate, et le sujet principal dans cette matière est toujours le fonds.

Il s'ensuit directement que le propriétaire du fonds ne peut abuser de la servitude, et en user en dehors des besoins de son domaine.

Il n'est pas besoin d'insister sur l'inutilité de cer-

taines stipulations qui auraient pour but d'imposer une privation au fonds servant sans aucun avantage pour le fonds dominant : La prohibition de cultiver tel ou tel champ, sur lequel je n'aurais de droit d'aucune espèce, outre qu'elle serait contraire à l'ordre public, ne pourrait constituer une servitude. Mais, à côté de cela, il ne faut pas oublier que l'intérêt du fonds dominant est l'unique condition ; c'est ainsi qu'il m'est permis d'imposer (par convention) à mon voisin de ne pas venir puiser de l'eau à une source qui est sur son fonds, lorsque j'ai sur cette source un droit de puisage, et que la jouissance commune me serait préjudiciable (1).

Le mot utilité doit s'entendre dans un sens encore plus large. Ce qu'a voulu la loi, c'est qu'on ne pût, par un pur caprice, gêner les travaux de ses voisins, s'approprier une sorte de droit personnel et exorbitant, et entraver ainsi l'agriculture.

Mais elle ne défend pas de prévoir les besoins plus ou moins prochains, de stipuler un droit pour le cas où on bâtirait; du moment que la servitude peut être en quelque manière, soit dans le présent, soit dans l'avenir, utile au fonds dominant, elle peut être stipulée. D'ailleurs, dit Pardessus, d'après Dumoulin, celui qui a une ou plusieurs

(1) Dig. de Serv., Loi 15, pr. — Loi 1, § 28, de aquâ cott

issues, peut en acquérir une nouvelle, quoiqu'il n'en ait aucun besoin, et quelque probable qu'il soit que jamais il n'aura besoin de s'en servir (1).

La saine logique ne peut pas permettre de regarder comme utile à un fonds ce qui ne fait qu'augmenter les revenus du maître, si, du moins, cette augmentation ne se fait par l'intermédiaire du fonds dominant. Je prends une hypothèse : Le fonds A a acquis le droit de prendre du sable ou de la marne sur le fonds B. Ce droit ne sera considéré comme une servitude prédiale qu'à la condition que le sable ou la marne sera employée sur le fonds B. Mais si on n'avait en vue que la vente de ce sable ou de cette marne, il y aurait là un droit personnel, un droit d'usufruit (2), que pourrait affecter le fonds quel qu'en soit le propriétaire, mais non suivre la transmission d'un fonds par voie de concession ou de louage (631), non plus que par succession. Ce droit pourra néanmoins être établi pour un temps plus long que la vie du concessionaire, mais jamais pour un temps indéfini (3).

(1) Pardessus, tit. 1, § 14. Dig. de servit., Loi 19.

(2) V. Pardessus et Loi 5, § 1. Loi 6, in pr. et § 1, de servit. præd. rust.

(3) Demol., Traité des servit.

Le fonds dominant et le fonds servant ne doivent pas appartenir au même propriétaire.

La servitude ne pourrait s'établir sur un fonds au profit d'un autre fonds appartenant au même propriétaire. Si, de deux fonds appartenant au même propriétaire, l'un fournissait à l'autre, soit un passage, soit toute autre servitude, ce ne serait jamais qu'une destination de père de famille qui cesserait cependant de porter ce nom pour prendre celui de servitude, lorsque les fonds viendraient à être de nouveau séparés (1). Il faudrait, toutefois, pour cela, que la servitude eût été accordée par un titre, qu'elle fût de celles qu'on nomme continues et apparentes, ou, enfin, qu'elle rentrât dans l'application de l'art. 694 (693, 694, 695, C. C.).

Il suit de là que lorsque le fonds grevé et le fonds dominant viennent à se trouver réunis dans la même main, la servitude se trouve éteinte par la confusion. Seulement, s'ils venaient à être de nouveau séparés et que le propriétaire qui les a possédés tous deux ait laissé subsister les signes d'apparence, la servitude renaît d'elle-même.

La servitude réelle ne consiste jamais à faire.

En droit français, comme en droit romain, la

(1) Pardessus, T. I, § 16.

servitude ne peut consister qu'à souffrir jamais à faire. Si ce caractère n'eût pas été de tous temps celui des servitudes, le Code Napoléon l'aurait créé. J'ai parlé ailleurs de la tendance de l'époque à rejeter tout ce qui pouvait porter atteinte à la liberté des personnes.

L'aliénation de la propriété intégrale n'impose au vendeur aucune obligation ; il serait surprenant que l'aliénation d'une fraction d'un démembrement de ce droit pût avoir un effet plus puissant : *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis..... sed ut aliquid patiatur aut non faciat* (1).

Toutefois, on peut, et l'art. 699 le dit formellement, stipuler par titre que les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude sur le fonds servant, seront faits par le propriétaire de ce fonds. Et cela n'établit pas, comme on dit, une contradiction entre l'article 686 et les articles 698 et 699. Car il faut le remarquer, il y a ici deux choses : la servitude, chose principale qui existe sans aucun fait du propriétaire servant, et les travaux qui, à la vérité, doivent avoir trait directement à l'exercice et à la conservation de la servitude, mais qui n'en sont que l'accessoire. Ainsi, point de contradiction ni avec l'art. 637, ni avec l'art. 686, puisque, d'une part, il n'y a pas servitude im-

(1) Loi 15, § I, D. Servitutibus.

posée à la personne, et que, de l'autre, le propriétaire du fonds servant peut toujours se libérer par l'abandon du fonds.

On avait conservé dans notre ancien droit l'exception à ce principe que nous avons signalée en droit romain, au sujet de la servitude, *oneris ferendi*. Cette servitude, consistant à soutenir le poids d'un édifice, il fallait nécessairement avoir un mur pour l'appuyer, et c'eût été rendre la servitude inutile que de ne pas tenir ce mur en état (1).

Dans notre Code, il existe un article qui règle de semblables rapports, c'est l'art. 664. Mais je ne crois pas qu'il y ait d'autres cas où les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude puissent être mis à la charge du propriétaire du fonds servant, à moins que le titre ne le porte spécialement (2).

Du reste, le caractère purement passif de la servitude se trouve de nouveau consacré dans l'art. 638. Tant qu'elle n'est pas imposée à la personne, la servitude est sans danger pour l'ordre public. Mais s'il était permis de soumettre en même temps la personne et le fonds, cette prééminence dont l'art. 638 éloigne l'idée, ne tarderait pas à s'établir.

(1) Duranton. T. 5, § 503, 613.
(2) Toullier. T. 11, § 665. — Zachariæ. T. 2, p. 82.

J'ai dit que la perpétuité était un des caractères généraux, mais non pas essentiels de la servitude. Constituée sur un héritage pour un autre héritage, la servitude participe en général au caractère de perpétuité des fonds eux-mêmes ; mais la loi ne prohibe pas les conventions contraires.

Il ne faut pas induire de là que chez nous, comme à Rome, la servitude doit avoir une cause perpétuelle. J'ai dit ailleurs qu'il fallait éviter soigneusement de confondre cette perpétuité de la cause avec la perpétuité de la durée et la continuité des effets. La perpétuité de la cause n'a pas été bien précisément définie par tous les auteurs. Elle indique que le fonds servant doit être en mesure de servir le fonds dominant, sans discontinuation, lorsque les besoins de ce fonds le réclament. Elle est inhérente au fonds servant; elle dépend de sa nature, de son état. C'est de là que les Romains avaient conclu qu'une servitude d'aquéduc ne pouvait être établie sur un étang ou sur une citerne.

La continuité, dans le sens où nous la concevons, indique que la jouissance de la servitude doit s'accomplir sans un fait actuel de l'homme. Enfin, la perpétuité de la durée que je signale comme un des caractères généraux, mais non essentiels de la servitude, exprime l'idée que le

fonds dominant aura à tout jamais un droit sur le fonds servant.

Notre Code n'exige pas la perpétuité dans la cause, qui est d'ailleurs parfaitement étrangère à nos usages. On pourra donc très bien avoir une servitude d'aquéduc ou de puisage sur un étang ou une citerne. Le droit romain, du reste, s'était beaucoup relâché de sa rigueur, comme nous l'indique ce passage du Digeste : *Servitus âquæ ducendæ..... hodie tamen ex quocumque loco constitui solet* (1).

Ainsi, nous admettons toutes les modalités, qui en principe du moins n'étaient point reçues dans le droit romain. Notre droit est moins rigoureux et a, par suite, moins besoin de subtilités.

Il ne rejette pas, comme le droit romain, les servitudes constituées, *ex tempore, ad tempus, sub conditione, ad certam conditionem* (2). Les prêteurs avaient aussi fini par permettre de modifier de cette manière les servitudes, et ils avaient accordé l'exception de dol pour la sûreté de ces conventions.

La servitude est indivisible.

Je passe à un caractère qui a donné lieu à de

(1) Loi 9. D. de serv. præd. rust.
(2) Loi 4. Dig. de servit.

nombreuses controverses entre les plus savants auteurs. Je veux parler de l'indivisibilité : *fremant omnes licet*, disait Dumoulin, voulant démontrer que certaines servitudes étaient aussi divisibles que l'or et l'argent; *quam reditus pecuniarii*. D'autres auteurs, après lui, ont soutenu la même thèse, entr'autres Pardessus. Ce savant auteur reconnaît que souvent les servitudes consistent en faits indivisibles; mais il n'admet point que ce soit là leur essence. Je trouve dans cette seule phrase la condamnation de son système; car il établit une distinction entre les servitudes qui produisent des faits divisibles et celles qui produisent des faits indivisibles.

Or, voici comment Pothier, dans des observations qui ont trait à la constitution d'une servitude, nous enseigne à distinguer, à reconnaître quelle est la nature de l'obligation : « Observez que c'est la chose même ou le fait même qui fait l'objet de l'obligation qu'on doit considérer pour décider si l'obligation est divisible ou indivisible, et non pas l'utilité qui revient au créancier de l'obligation contractée à son profit, ni le détriment *onus et deminutio patrimonii*, qui en résulte pour le débiteur; autrement il n'y aurait aucune obligation qui ne fût divisible. C'est pourquoi, par exemple, si les deux propriétaires d'une maison se sont obligés envers les deux propriétaires de

la maison voisine d'imposer sur leur maison une servitude utile à la maison voisine, cette obligation est individuelle, parce que le droit de servitude qui en fait l'objet, est quelque chose d'indivisible, quoique l'utilité qui en résulte pour chacun de ceux envers qui elle est contractée, et le détriment qu'en souffrent ceux qui l'ont contractée s'évaluent à une somme qui est divisible. »

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que Pothier se base sur un principe émis, à propos des obligations, par Dumoulin, qui, dans les servitudes, oublie lui-même, pour adopter une opinion contraire, le principe qu'il a professé : *cum hic effectus sit quid remotum et separatum a substantia obligationis et rei debitæ non dicitur obligatio dividua vel individua, penes effectum, sed secundum se et secundum naturam rei immediatè in eam deductæ.*

Pothier revient sur l'indivisibilité des servitudes à propos de la protection accordée aux mineurs. Il explique que la prescription ne peut courir contre le mineur ni contre ses copropriétaires majeurs ; les droits de servitude *étant indivisibles* et ne pouvant s'éteindre pour partie. C'est le cas auquel le mineur relève le majeur : *Minor relevat majorem in individuis* (1).

(1) Pothier, sur la coutume d'Orléans, 226. (DUMOULIN.)

Il importe donc de préciser en quoi consiste l'indivisibilité. La servitude est indivisible, parce qu'elle est due à tout le fonds dominant et à toutes ses parties par tout le fonds servant, et par toutes ses parties (1) ; parce que, par suite, tout propriétaire du fonds dominant l'acquerra, tout propriétaire du fonds servant la devra tout entière.

L'indivisibilité n'empêche pas la servitude d'être limitée sous le rapport du lieu, du temps ou du mode (art. 708), non plus que d'être conservée ou perdue séparément pour l'une ou pour l'autre des parties d'un fonds divisé : *atque si ab initio duobus fundis debita sit* (2).

Notre Code a consacré l'indivisibilité des servitudes telle que nous venons de la définir. Les dispositions des art. 700, 709 et 710 en font foi.

Peut-être aurait-on dû faire une distinction et séparer les servitudes dont l'émolument est indivisible de celles dont l'émolument est divisible : il aurait fallu pour cela abandonner le système de Pothier et apprécier la nature de la servitude d'après les faits qu'elle produit, d'après ses revenus pour ainsi dire. Suivant que ces faits auraient été ou non susceptibles de division, la servitude aurait été divisible ou indivisible. Mais si l'on ne

(1) Loi 23, § 3, de servit. præd. rust. — Loi 13, § 1, eod.
(2) Loi 8, § 1. Quemadmodum servitutes amitt.

précise pas le véritable sens de ce mot, il est difficile de s'expliquer pourquoi un droit limité qui consisterait, par exemple, dans le puisage d'un certain nombre de litres d'eau ne serait pas regardé comme divisible. La loi n'a point fait cette distinction. Les termes des art. 709 et 710 n'en contiennent aucune (1).

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.

Le Code ne dit pas formellement que les servitudes sont indivisibles, mais cela résulte évidemment des dispositions expresses de ces articles. Une conséquence bizarre et cependant rigoureuse de ce principe nous est indiquée par M. Demolombe. Un fonds est indivis entre trois propriétaires ; ce fonds possède sur un fonds voisin une servitude de puisage, limitée à trois tonnes d'eau par jour. Un seul des copropriétaires use de ce droit, et pour la portion qui lui serait dévolue si le fonds était partagé. Il puise donc journellement une

(2) Merlin, repert., chap 1, § 7.

tonne. Au bout de trente ans, le droit de puisage est réduit à cette quantité (art. 708). Mais la servitude ainsi réduite appartient encore à tout le fonds, et si ce fonds vient à être divisé, chaque propriétaire aura droit à puiser le tiers d'une tonne (1).

Malgré la singularité apparente de cette décision, on ne peut s'empêcher de la trouver logique. Celui qui a joui de la servitude en a usé en vertu d'un titre commun ; en usant de son droit il a usé aussi de celui des autres qui y était lié étroitement : il ne peut conserver pour lui seul, en vertu d'un titre commun, un droit qui appartient à tous.

Ainsi, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous. Mais, à l'inverse, si c'est le fonds servant qui est indivis et qu'il s'agisse, par exemple, d'une servitude de vue ou autre semblable de celles qui ne s'éteignent que par le non-usage accompagné d'actes d'opposition de la part du propriétaire du fonds servant, l'acte d'opposition fait par un seul des copropriétaires, suffira-t-il pour libérer le fonds au profit de tous ? Il faut décider que oui : car ici aussi il y a mandat, il y a jouissance par un seul au nom des droits communs; il y a, enfin, une servitude indivisible, qui ne peut s'éteindre pour une partie d'un fonds sans s'éteindre pour toutes les autres.

(1) Marcadé, art. 709, n° 675.

Les servitudes sont continues ou discontinues.

Les Romains avaient divisé les servitudes en urbaines et rurales. Cette distinction, qui était la base de leur système, n'est plus aujourd'hui d'une grande utilité, bien qu'elle soit mentionnée dans notre Code (art. 687). Mais elle a mis nos anciens jurisconsultes sur la voie d'une distinction bien plus simple et bien plus importante, celle des servitudes continues et discontinues, distinction qui a été insérée dans plusieurs coutumes et adoptée par notre Code dans l'art. 688.

Je vais étudier, en suivant pas à pas les définitions données par le législateur, la division qu'il indique.

« 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; telles 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, paccage, et autres semblables. »

Les anciens auteurs avaient admis une troisième classe de servitudes : les servitudes quasi-

continues. Cette classe contenait les servitudes dont la cause subsiste toujours, bien que l'effet en soit souvent interrompu. Telles sont les servitudes d'égout, de stillicide, etc. Tandis que les servitudes réellement continues étaient celles dont la puissance s'exerçait sans aucune intermittence, comme les servitudes de jour, le droit d'empêcher de bâtir, etc.

Plusieurs des servitudes que le Code classe parmi les servitudes continues ont primitivement besoin d'un fait de l'homme. Ainsi, pour établir la servitude d'aquéduc, il a bien fallu commencer par le bâtir. Mais cet ouvrage avait pour but plutôt l'établissement que la jouissance. Souvent encore le fait de l'homme est nécessaire pour amener la jouissance. Ainsi, pour jouir d'une prise d'eau, je suis bien obligé d'ouvrir ou de fermer l'écluse. Bien plus, il faut quelquefois que le fait de l'homme se répète fort souvent, lors, par exemple, que mon droit de prendre de l'eau ne peut s'exercer que tous les deux jours. Ce n'est plus alors ma seule commodité, mais l'intérêt et le droit de mon voisin qui me forcent à interrompre et à recommencer l'usage de mon droit. Toutes ces servitudes cependant sont continues, et, quelque imparfaite que puisse paraître leur continuité, il y a toujours entre elles et les servitudes discontinues une différence capitale. Dans celle-ci,

en effet, l'usage de la jouissance ne peut durer un seul instant sans le fait continu de l'homme. Vous voulez exercer une servitude de passage; il faut passer. Vous voulez l'exercer de telle heure à telle heure; il faut passer au moins à plusieurs reprises. Au contraire, voulez-vous jouir d'une prise d'eau, il suffit d'ouvrir l'écluse. La servitude de stillicide n'exige aucun fait. En sorte que l'on peut établir cette relation entre le fait et la servitude : Servitude continue, fait nul ou discontinu; servitude discontinue, fait actuel et continu.

C'est ainsi que certaines servitudes ne s'exercent que d'une manière tantôt périodique, tantôt accidentelle. J'ai le droit de jeter l'eau de mon toit sur votre terrain; je n'en puis user que lorsqu'il pleut. Mais quand bien même il ne pleuvrait pas de trente ans, vous ne seriez jamais affranchi de cette servitude; car vous êtes toujours forcé de laisser votre terrain en état de recevoir l'eau de mon toit. C'est pourquoi le Code a dit : Celles dont l'usage *est ou peut être* continuel, sans le fait actuel de l'homme. *Quia licet non exerceatur semper, tamen semper apta est exerceri, sine facto hominis* (1).

On a contesté qu'une servitude d'égout de cui-

(1) Cœpolla. Tract. I. Cap. XIX, n° 2.

sine ou d'eaux ayant servi à quelque industrie, pût constituer une servitude continue. L'intérêt de la question, on le comprend, est renfermé dans le droit qu'on aurait de repousser la prescription, si la servitude ne pouvait être considérée comme continue. Un fait actuel, dit-on, est nécessaire pour jeter l'eau, ou pour faire servir l'eau à la fabrique. Donc il ne peut y avoir une servitude continue. Mais le fait est nécessaire, non pas pour la jouissance de la servitude; l'eau s'écoule d'elle-même; le fait est nécessaire seulement pour faire de l'eau un usage utile, et cet usage en rend l'écoulement plus désagréable, moins facile à supporter pour le maître du fonds servant. C'est donc au propriétaire à s'y opposer.

On avait aussi nié la continuité du droit de vue, parce que, disait-on, pour voir il fallait ouvrir la fenêtre, ou tout au moins regarder; et il y a là un fait de l'homme. Sans doute; mais l'ouverture, le droit de regarder, par suite, existe toujours, sans aucun fait, et c'est là ce qu'il faut considérer. Ainsi ces deux servitudes sont continues.

En sens contraire, quelques auteurs ont soutenu que la servitude de passage, classée par le Code au nombre des servitudes discontinues, devrait être continue lorsque, par suite d'ouvrages, tels que la construction d'un portail, l'empierrement d'un chemin, on aura fait que la manifestation du droit

soit continuelle. On a ici confondu la continuité avec l'apparence dont je parlerai bientôt. Quelque travail qu'on ait fait on n'a pas pu transformer ce droit en une servitude continue. Le texte de la loi s'y oppose formellement ; et, de plus, ce droit de passage, attesté par toutes les constructions possibles, ne pourra jamais devenir une partie, une manière d'être du fonds dominant, comme, par exemple, un droit de vue, un droit d'égout. Quoi que l'on puisse faire, le fait actuel de l'homme sera toujours nécessaire pour jouir de la servitude de passage, tandis que celles de vue et d'égout s'exerceront toujours par elles-mêmes.

Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

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 aquéduc.

Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de ne bâtir que sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.

Ce caractère est, comme le fait remarquer M. Demolombe (1), bien différent de celui de continuité.

(1) Dem., liv. II, § 717.

Au lieu d'être un caractère intrinsèque, invariable, il dépend de la volonté de l'homme, de la situation des lieux qui permet ou nécessite certains ouvrages. Tandis que la servitude d'aquéduc ne peut jamais être que continue, la servitude de passage peut être tantôt apparente, si on a fait une porte ou tracé un chemin, tantôt non apparente lorsqu'on s'est contenté de passer, soit sur un chemin déjà frayé, soit sur un champ inculte.

Je reprends l'article tel qu'il est dans le Code. Il est question dans la première partie d'ouvrages, dans la deuxième de signe extérieur. Il n'y a pas lieu de baser une discussion sur cette différence de termes. Toutefois, comme il est incontestable que le mot signe a une signification plus étendue et que, d'ailleurs, le Code l'emploie dans d'autres articles (694), de préférence au mot ouvrage, il faut croire qu'il suffit pour constituer l'apparence d'un signe évident et extérieur, et que le législateur n'a pas eu l'intention de donner une signification différente à ces deux termes.

On voit, dans cet article, quel peut être sur une servitude de passage l'effet de la construction d'une porte ; elle lui donne l'apparence, mais jamais la continuité.

L'apparence exclut toute idée de dissimulation vis-à-vis du propriétaire voisin. On peut rappeler ici les règles de la possession : la servitude ne doit

être possédée ni à titre précaire, ni d'une manière équivoque ou violente. C'est vis-à-vis surtout du propriétaire du fonds que l'on prétend assujéti que la servitude doit être apparente.

On s'est demandé si les ouvrages qui constituent l'apparence doivent être établis sur le fonds dominant ou sur le fonds servant. Une remarque qui se présente d'abord, c'est que le caractère d'apparence sera d'autant plus évident que l'ouvrage aura été fait sur le fonds servant par suite de l'empressement que montre d'ordinaire tout propriétaire à faire respecter son bien.

Mais on décide généralement que la servitude de prise d'eau ne sera apparente, et conséquemment susceptible d'être acquise par la prescription, qu'autant que les travaux destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau seront faits sur le fonds servant (1). Pour ce qui est des autres servitudes, les travaux peuvent être faits sur le fonds dominant, lorsque l'espèce de la servitude le comporte (2).

Il faut se garder de croire que le caractère d'apparence consiste dans le droit d'établir des ouvrages extérieurs. La servitude ne sera apparente que si les travaux ont été mis à

(1) Pardessus, t. 1, n° 101. Demante, p. cours. an., t. 2, n° 493. Jurisprudence constante.

(2) Art. 699, Pardessus, t. 2, § 280, Zachariæ, t. 2, p. 78.

exécution. Les termes de l'art. 689 supposent évidemment l'existence actuelle de ces ouvrages.

J'ai insisté à plusieurs reprises sur la nécessité de distinguer la continuité de l'apparence.

Ces deux caractères peuvent souvent se combiner mais jamais se confondre : Ce sont deux qualités que la servitude peut avoir ensemble ou séparément. Ainsi une servitude peut être continue ou apparente comme un droit de vue, d'aquéduc, d'égout.

Continue et non apparente, comme la prohibition de bâtir sur un fonds ou de bâtir au-delà d'une hauteur déterminée.

Discontinue et apparente comme un droit de passage, pour l'exercice duquel on aurait fait construire une porte ou tracer un chemin.

Discontinue et non apparente comme un droit de paccage, ou un droit de passage dépourvu de signe extérieur.

Quant aux motifs et aux conséquences de ces distinctions, nous les trouvons dans les art. 690, 691, 692.

« 690. Les servitudes continues et appareutes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans.

» 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.

» 692. La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes. »

Il y a trois moyens d'acquérir les servitudes : titre, prescription, destination du père de famille. La destination du père de famille ne donne lieu à une servitude que lorsque les deux fonds ont primitivement appartenu au même propriétaire. Les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir par tous les moyens puisqu'elles se rapprochent en quelque sorte des objets matériels, que leur existence est toujours palpable, et que, par suite, chacun est fondé à les repousser ou à les tolérer suivant qu'il en a le droit ou la volonté. C'est par le même motif que l'article 692 n'a donné à la destination du père de famille la valeur d'un titre que pour les servitudes continues et apparentes. Réciproquement, les servitudes continues non apparentes, et continues apparentes, ou non apparentes, ne s'établissent que par titre parce qu'il serait trop difficile d'abord de repousser une possession qui ne se montrerait pas au grand jour, et ensuite de prouver, d'une manière satisfaisante

pour la justice, l'exercice de ces droits pendant le temps exigé pour la prescription. La même raison a fait rejeter la possession même immémoriale.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Pourquoi la cession de l'usufruit faite par l'usufruitier à un autre que le propriétaire était-elle sans effet, tandis que la cession de l'hérédité faite après l'adition avait pour effet d'éteindre les dettes actives de la succession, tout en conservant les dettes passives?

II. La servitude de prospect était-elle restreinte aux fenêtres ouvertes au moment où la servitude a été constituée, ou bien pouvait-on dans la suite augmenter le nombre des ouvertures? — Différences entre la servitude *ne luminibus* et *ne prospectui officiatur*.

DROIT FRANÇAIS.

I. La prescription trentenaire s'applique-t-elle seule aux servitudes, ou bien celui qui a acquis à juste titre une servitude à *non domino* peut-il invoquer la prescription de dix ou vingt ans contre le véritable maître qui recouvre ensuite la propriété de son héritage?

II. Comment peut-on concilier les art. 692 et 693 avec l'art. 694? Faut-il admettre que l'art. 694 a expliqué ou modifié l'art. 692?

III. Le droit à l'usage des eaux appartenant à un tiers que l'art. 643 attribue aux communautés d'habitants, peut-il être invoqué s'il existe sur d'autres points des cours d'eau accessibles à tous, bien que l'usage en soit, à raison de leur éloignement, beaucoup moins facile et moins commode; et, dans le même cas, les faits d'usage, quels qu'en soient le nombre et l'ancienneté, peuvent-ils porter aucune atteinte aux droits du propriétaire?

CODE DE PROCÉDURE.

Lorsque plusieurs demandes formées par une seule partie sont réunies dans le même exploit et fondées sur les mêmes moyens, le taux du ressort se détermine-t-il par la valeur totale de ces demandes, ou par le chiffre de chacune d'elles lorsqu'elles proviennent de causes distinctes?

DROIT PÉNAL.

I. Quel a été au point de vue politique et judiciaire l'effet de la loi du 10 mai 1853 sur l'institution du jury?

II. Le recouvrement de l'amende prononcée contre un accusé contumax peut-il être poursuivi sur ses biens pendant les vingt années qui lui sont accordées pour purger sa contumace, et pourrait-on soutenir que l'arrêt de contumace n'étant pas définitif et irrévocable, l'amende qu'il prononce constitue une créance exigible?

DROIT ADMINISTRATIF.

La règle que l'indemnité doit être préalable ne

s'applique-t-elle qu'au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, c'est-à-dire de dépossession définitive, et non au cas de simple occupation temporaire d'une propriété, autorisée, par exemple, dans le but de faciliter l'étude du tracé d'un chemin de fer ou l'extraction de matériaux pour réparer une route ?

DROIT COMMERCIAL.

I. L'obligation contractée par le commanditaire, relativement à sa mise de fonds, est-elle commerciale, et le commanditaire est-il contraignable par corps ?

II. Le commanditaire, en cas de faillite de la société, peut-il être forcé à rapporter les bénéfices qu'il a perçus ?

Approuvé :

Le Doyen de la Faculté de Droit,

DELPECH.

Vu et permis d'imprimer :

Le Conseiller honor. à la Cour de Cass.,
Recteur de l'Académie,

ROCHER.

M. LAURENS, *Président de la Thèse.*

Suffragants : MM. DUFOUR.
BRESSOLLES.
DEMANTE.
BEUDANT.