

Fabrègue, Jules-Hippolyte. Faculté de droit de Paris. De l'Établissement des servitudes réelles en droit romain et en droit français, thèse pour le doctorat... par Jules-Hippolyte Fabrègue,..... 1867.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

INVENTAIRE
F34.103

FACULTE DE DROIT DE PARIS.

DE L'ÉTABLISSEMENT
DES
SERVITUDES RÉELLES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.

PAR

Jules-Hippolyte FABRÈGUE.

Avocat à la Cour Impériale de Paris.

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET,

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES. 11.

1867

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DE L'ÉTABLISSEMENT

DES

SERVITUDES RÉELLES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

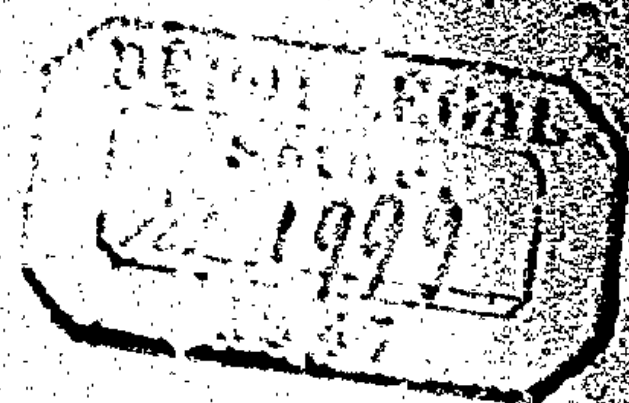
Le Mercredi 20 Mars 1867, à 2 heures

PAR

Jules-Hippolyte FABRÈGUE.

Avocat à la Cour Impériale de Paris.

Né à Clermont (Oise.)



En présence de M. l'Inspecteur-Général **Ch. GIRAUD.**

Président : M. VALETTE, Professeur.

SUFFRAGANTS : {
MM. ORTOLAN.
MACHELARD
DEMANTE
DESJARDINS

{ Professeurs
Agrégé

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET,

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES. 11.

1867

34703

561631

A MON PÈRE, A MA MÈRE.

A MON FRÈRE



DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES RÉELLES

PREMIÈRE PARTIE.

De l'établissement des servitudes réelles.

EN DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DES SERVITUDES RÉELLES.

Préliminaires.

Le droit de propriété se compose de deux éléments distincts. Le propriétaire a d'abord la faculté d'user, de jouir et de disposer de sa chose, sans autres limites que celles qui résultent des lois. Ainsi, en dehors des prohibitions légales, il peut tout ce qu'il lui plaît, et les tiers auxquels l'exercice de son droit cause un préjudice, ne sont pas fondés à se plaindre. — *Altius quidem ædificia tollere, si domus servitutem non debeat, dominus ejus minime prohibetur.* C. liv. III, tit. 34, l. 8.

En second lieu, le propriétaire a la faculté d'empêcher toute autre personne d'agir sur ce qui lui appartient. — *Per agrum quidem alienum, qui servitutem non debet ire vel agere vicino minime licet...* Même titre, loi 11.

Mais il peut se faire que l'une ou l'autre de ces facultés se trouve restreinte, et qu'un tiers ait le droit ou d'empêcher le propriétaire de faire de sa chose ce qu'il voudrait, ou de participer lui-même à l'utilité qu'elle procure.

On appelle libres les biens qui ne doivent de services qu'à leur propriétaire, et dans l'usage desquels celui-ci n'est gêné par personne. Comme nous n'envisageons les choses que d'après l'utilité qu'elles peuvent nous procurer, il nous paraît tout naturel qu'elles rendent des services à celui à qui elles appartiennent.

Lorsqu'au contraire, par exception, un tiers a le droit de faire sur la chose quelque acte de propriété, ou d'empêcher le propriétaire d'en faire, on dit que cette chose est en servitude, qu'il y a servitude.

Si le droit de servitude est établi en faveur d'une personne individuellement déterminée, nous avons une servitude personnelle telle que l'usage ou l'usufruit, qui peut porter sur un meuble comme sur un immeuble, et qui doit s'éteindre avec le titulaire du droit. Mais si l'avantage existe en

faveur d'un héritage, la servitude est appelée réelle. Le sujet actif du droit est alors le fonds même, ou plutôt la personne quelconque qui en est propriétaire, et le sujet passif est également un immeuble. Les choses mobilières se déplacent, en effet, trop facilement pour qu'on puisse établir entre elles les rapports permanents qui forment les servitudes réelles; on ne conçoit pas d'ailleurs la nécessité de telles servitudes sur les meubles.

Les servitudes sont les seuls droits réels consacrés et garantis par le droit civil; l'emphytéose, la superficie et l'hypothèque n'ont été introduites que par la jurisprudence prétorienne.

Les servitudes ont encore ce caractère particulier qu'elles sont inséparables de la personne ou de l'immeuble auquel elles sont attachées. Ainsi l'usufruitier ne peut aliéner son droit, il ne peut faire qu'une autre personne soit usufruitière en son lieu et place.

De même une servitude prédiale ne peut être transférée d'un immeuble à un autre; elle ne peut être aliénée ni louée qu'avec l'immeuble auquel elle est inhérente.

Mais aussi elle est transmise activement et passivement à tous les propriétaires successifs des fonds au profit desquels ou sur lesquels elle est établie, en leur seule qualité de propriétaires; le fonds servant ne peut être cédé qu'avec

sa charge; et, quoique le fonds dominant soit vendu par portions, comme la servitude due à un fonds est due à toutes ses parties, chaque acquéreur a le droit de soutenir que la servitude lui est due.

II. Définition des servitudes réelles.

La servitude réelle, ou simplement la servitude, comme disaient les jurisconsultes, est un droit inhérent à un fonds pour son utilité, et qui diminue le droit et la liberté d'un autre fonds.

Les Romains considéraient toujours la servitude au point de vue actif, et elle leur apparaissait comme un droit, comme un avantage. Envisagée au point de vue passif, c'est au contraire une restriction de la propriété. L'article 657 du Code Napoléon la définit en ce sens : *une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.*

Les servitudes ne peuvent exister qu'entre deux immeubles, c'est pour cela qu'on leur a donné la qualification de *prédiales*.

L'héritage (*prædium*) auquel la servitude est due s'appelle le *fonds dominant*, celui qui la doit le *fonds servant*. L'un et l'autre doivent appartenir à des propriétaires différents. La propriété étant la réunion de droits la plus considérable

qu'il soit donné d'avoir sur une chose, il est évident qu'un propriétaire ne peut avoir sur sa chose une servitude *formelle*, les droits de cette sorte, sont naturellement compris dans celui de propriété, dont ils ne sont que l'exercice partiel. C'est ce que les Romains expriment par cette phrase : *nemini res sua servit*.

Par suite de ce principe, il est inévitable que la servitude s'éteigne, lorsque la propriété de l'héritage dominant et celle de l'héritage servant se confondent dans la même main, nous trouvons effectivement la confusion parmi les modes d'extinction des servitudes.

III. Les servitudes doivent procurer un avantage.

La servitude, étant une dérogation au droit commun de la propriété, ne peut être valablement établie, à défaut d'intérêt; on ne peut imposer à sa propriété des restrictions qui ne profitent à personne. Ainsi un propriétaire ne peut à titre de servitude s'obliger à ne point séjourner, à ne point passer sur son propre fonds, ni s'interdire l'usage de sa chose. Une pareille servitude ne serait pas valable, par la raison que celui à qui on l'aurait cédée n'en tirerait aucun avantage. Mais il en serait autrement de la concession par laquelle on renoncerait à la faculté de puiser de l'eau dans son puits, pour ne pas tarir celui du voisin. Du mo-

ment où il ne s'agit pas d'empêcher quelqu'un de se livrer à un acte de propriété dans son fonds, mais d'acquérir le droit de faire quelque chose chez lui, encore que cette faculté soit sans utilité pour celui qui l'acquiert, la servitude peut être valablement constituée, car l'on a toujours intérêt à acquérir quoi que ce soit; d'ailleurs l'utilité peut se manifester dans l'avenir.

Lors même que le droit concédé présente incontestablement une certaine utilité ou un certain agrément, il ne peut avoir le caractère d'une servitude réelle, si l'avantage qu'il est destiné à procurer est directement dans l'intérêt d'une personne, et que celle-ci, pour en profiter, n'ait pas besoin d'être propriétaire d'un fonds. La charge imposée à un héritage, ne constitue donc une servitude réelle, qu'autant qu'elle améliore un autre héritage considéré en lui-même, et abstraction faite de la personne à laquelle il appartient pour le moment.

La concession par suite de laquelle on attribuerait au propriétaire d'une maison voisine d'un jardin, le droit de s'y promener, d'y cueillir des fruits, ou d'y prendre ses repas, ne serait pas une véritable servitude, parcequ'elle pourrait être faite tout aussi bien à un individu qui ne serait pas propriétaire foncier. Dans le même ordre d'idées, la servitude ne peut recevoir plus d'étendue que

n'en exige l'utilité du fonds pour lequel elle est constituée. La charge doit se restreindre dans la limite de ce qui est nécessaire, utile ou avantageux au fonds dominant; elle s'étend à la vérité aux accroissements survenus par alluvion; mais le propriétaire ne pourrait en faire profiter un fonds qu'il aurait acquis postérieurement, ni en communiquer l'usage à ses voisins.

Les servitudes n'ont pas d'existence matérielle: ce sont des choses incorporelles qui, selon l'expression du jurisconsulte Paul, ne sont ni dans nos biens, ni hors de nos biens; mais elles peuvent être considérées comme des qualités avantageuses ou défavorables des immeubles avec lesquels elles se confondent, comme les immeubles eux-mêmes, tels quels, *qualiter se habentia*. L. 1 au D., liv. 35, tit. 2.

IV. Les deux fonds doivent être voisins.

L'utilité que le fonds dominant peut tirer du fonds servant dépend toujours de la position respective des deux héritages: aussi leur voisinage est-il une condition essentielle de la servitude; mais ce rapport peut être plus ou moins étroit, suivant l'espèce de servitude que l'on se propose d'établir. Si la servitude doit consister dans le droit pour l'un des propriétaires d'enfoncer des

poutres dans le mur de l'autre, il est nécessaire que les deux fonds soient limitrophes ; mais cette nécessité disparaît pour les servitudes d'aqueduc, de passage, de prospect et autres.

Il faut seulement que les fonds intermédiaires soient eux-mêmes grevés, ou que la servitude puisse s'exercer sans porter aucune atteinte à leur liberté.

Lorsqu'un lieu sacré ou religieux sépare deux fonds, on ne peut établir sur l'un au profit de l'autre une servitude de passage : le fonds intermédiaire, qui ne peut devoir aucune servitude, empêche toute communication entre les deux autres.

Lorsque par suite de la distance, d'un pli de terrain ou d'un bâtiment intermédiaire plus élevé, deux fonds ne sont point en vue l'un de l'autre, comme il n'y aurait aucun avantage pour l'un des propriétaires à ce que l'autre ne bâtit pas sur son fonds, une pareille servitude ne pourra être imposée entre les deux héritages.

V. De la perpétuité des servitudes.

Les servitudes, nous dit Papinien dans la loi 4, D., liv. 8, tit. 1, ne peuvent de plein droit être constituées ni à partir d'un certain terme, ni jusqu'à un certain terme, ni sous condition suspen-

sive, ni sous condition résolutoire. Cependant si ces clauses ont été ajoutées, l'exception de pacte ou de dol peut être opposée par le propriétaire du fonds grevé à celui qui manque à la convention et à la bonne foi en revendiquant la servitude.

La limitation de la durée d'une servitude par un terme ou une condition souffre difficulté, dans le droit civil, tout à la fois à raison des formalités des actes par lesquels le droit s'établit, et par l'idée qu'on attache au droit lui-même. Les servitudes sont considérées comme perpétuelles. Qualités avantageuses ou défavorables des immeubles auxquelles elles sont attachées, elles doivent durer aussi longtemps que ces immeubles eux-mêmes, dont l'existence est indéfinie ; il est donc contraire à leur nature d'être modifiées par un terme extinctif ou une condition résolutoire : la seule convention ne peut changer la manière d'être d'un fonds. Nous n'avons pas ici à distinguer parmi les actes juridiques qui peuvent servir à établir une servitude ; le droit lui-même n'admettant pas la modalité, il importe peu que l'acte juridique l'admette ou non.

Il nous semble, au contraire, que le texte de Papinien n'est pas absolument vrai pour le *dies a quo* et la condition suspensive. A la vérité, la servitude, dans le droit classique, ne peut s'établir entre vifs que par la *mancipatio*, la *cessio in jure*,

ou l'*adjudicatio* ; or, ce sont là trois *actus legitimi*, qui consistent dans une déclaration de fait ou de volonté avec laquelle toute idée de terme ou de condition est incompatible; et la loi 77, au Digeste, liv. 50, tit. 17, déclare que les *actus legitimi* sont viciés en entier par l'addition de ces modalités. Mais nous pensons qu'on peut léguer une servitude à terme ou sous condition suspensive. Ces modalités sont admises dans les testaments, et la nature du droit de servitude ne nous paraît pas les repousser. L. 3, D., liv. 33, tit. 3.

En effet, la loi 11, liv. 8, tit. 3, et la loi 18 même livre, tit. 4 au D. posent une hypothèse dans laquelle la servitude se trouve par *cessio in jure* établie sous une sorte de condition tacite. Ces lois partent du principe qu'un des co-propriétaires d'un fonds ne peut établir de servitude sur sa part indivise; mais, loin de prononcer la nullité de la *cessio in jure* qui a eu lieu de la sorte, elles admettent que ses effets resteront seulement en suspens, et qu'elle sera confirmée par la *cessio in jure* que fera plus tard l'autre co-propriétaire.

On peut constituer une servitude au profit d'un édifice qui n'existe pas encore ou à sa charge, par la force des choses; il y a là aussi une servitude soumise à une condition suspensive.

On a objecté que la distinction ainsi établie

entre les actes entre vifs et les testaments était la violation du texte de Papinien qui résolvait précisément la question pour les legs : mais la mention que fait le jurisconsulte des exceptions de pacte ou de dol, prouve bien qu'il s'est placé au point de vue des constitutions par actes entre vifs.

Sauf le cas où l'addition du terme ou de la condition vicie l'acte de constitution et s'oppose à l'établissement même de la servitude, le droit civil ne tient aucun compte de ces modalités. On n'attend l'arrivée ni du *dies a quo*, ni de la condition suspensive pour commencer l'exercice de la servitude ainsi constituée, et cet exercice ne cesse point par l'arrivée du *dies ad quem* ou de la condition résolutoire.

Les Proculiens s'en tenaient au droit strict, et repoussaient les tempéraments que nous signale le texte de Papinien.

Les principes que nous venons d'exposer ne font pas obstacle à ce qu'une servitude soit soumise à une résolution conditionnelle. Toutes les fois qu'elle aura été consentie par une personne qui n'a qu'une propriété résoluble, elle disparaîtra avec le droit du constituant ; tel serait le sort de celle établie par un héritier sur un fonds légué à sa charge sous une condition qui vient à se réaliser. C'est l'application de la règle : *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*.

D'autre part, on peut convenir qu'on n'exercera la servitude que de 2 en 2 jours, que de telle à telle heure ; il n'y a là qu'un règlement du mode de jouissance qui n'éteint ni n'ajourne l'usage de la servitude. Bien que celle-ci soit sujette à des intermittences résultant de la convention ou de sa nature même, elle n'en est pas moins perpétuelle, et pendant le temps qu'on ne peut en user, le fonds ne cesse pas d'être servant.

On peut stipuler une servitude à terme ou sous condition suspensive, parce qu'alors ce n'est pas le droit de servitude qui est affecté par le terme ou la condition, mais seulement la stipulation ; le droit réel ne sera créé qu'à leur arrivée. Mais on ne peut stipuler le même droit pour durer jusqu'à telle époque fixe ou conditionnelle ; car dans ce cas, le terme ou la condition porte sur la servitude et ce droit n'admet pas de limitation quant à la durée.

VI. -- De la perpétuité de la cause.

Non-seulement les servitudes sont, ainsi que nous venons de le dire, perpétuelles de leur nature, mais encore nous trouvons dans la loi 28, D. liv. 8. tit. II, cette autre règle que toutes elles doivent avoir une cause perpétuelle : *causa est*, dit Polhier, *id cujus causa servitus constituitur ut in servi-*

tute aquæductus aqua. Toute chose qui a besoin du travail de l'homme pour s'accomplir n'a pas une cause perpétuelle, constante.

Il n'est pas nécessaire que la cause ait un effet continuel, puisqu'il y a des servitudes discontinues, telles que celles de passage; mais il faut que l'acte de la servitude, lorsqu'il y a lieu de l'exercer, puisse se reproduire naturellement. Ainsi l'eau du ciel est une cause perpétuelle de la servitude d'égout; car, bien qu'il ne pleuve pas toujours, il pleuvra tant que le monde existera, et à tout instant il peut pleuvoir. En vertu de cette règle, le propriétaire d'un fonds ne peut acquérir de servitude sur les eaux qui découlent du fonds supérieur, si elles y sont apportées à main d'homme. On ne pourrait non plus acquérir une servitude de prise d'eau sur un étang, un torrent ou une citerne, qui, n'étant pas alimentés par des eaux vives et perpétuelles, sont exposés à se dessécher. Enfin la servitude de passage ne peut exister entre deux fonds séparés par un cours d'eau, s'il n'y a ni gué, ni pont, et qu'il faille faire usage d'un bateau. Le moyen de passer, n'est en effet, dans ce cas, ni naturel, ni permanent.

On a prétendu que les Romains ne s'étaient pas tenus rigoureusement à la nécessité de la *causa perpetua*, et que le préteur avait peu à peu éludé une règle dont la subtilité pouvait faire obstacle à

l'établissement de servitudes quelquefois fort utiles. On a invoqué, à l'appui de cette opinion, la loi 9, D., de *serv. præd. rust.*: *servitus aquæ ducendæ vel hauriendæ, nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest, hodie tamen ex quocumque loco constitui solet*. Ce texte de Paul ne nous paraît pas avoir rapport à la *causa perpetua*, mais plutôt à un autre principe énoncé dans la loi 1, D., liv. 35, tit. 2 : *Nec usus, nec usufructus itineris, actus, viæ, aquæductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest*. La servitude, étant une fraction du droit de propriété, ne peut exister, comme lui, que sur une chose corporelle, sur un fonds. Le propriétaire du fonds dominant, auquel il est interdit d'aggraver la charge du propriétaire du fonds servant, ne peut attribuer à un tiers des droits contre le fonds grevé. Toutefois la loi 53, D., liv. 8, tit. 4, après avoir déclaré que l'individu qui a une conduite d'eau traversant plusieurs fonds, ne peut concéder aux propriétaires des fonds servants, ni à quelque autre de ses voisins, le droit de puisage à son aqueduc, soit parce qu'un fonds ne peut se devoir de servitude à lui-même, soit parce qu'une servitude ne peut être établie sur une autre servitude, admet que l'on pourra créer, au moyen d'un pacte et d'une stipulation, une obligation personnelle, qui passera même aux héritiers des contractants.

C'est la possibilité de cet équivalent qui aura fait dire à Paul dans la loi 9 précitée que de son temps on pouvait établir une servitude de prise d'eau non-seulement sur une source, mais encore *ex quocumque loco*, c'est-à-dire même sur un point quelconque d'une conduite d'eau.

V. Indivisibilité des servitudes.

Les servitudes prédiales sont indivisibles, ce qu'il faut entendre en ce sens qu'elles ne peuvent pas être établies sur une partie ou pour une partie indivise d'un fonds. On ne conçoit pas, en effet, comment une servitude pourrait être attachée à une telle part, qui est une abstraction; comment le propriétaire auquel un droit de passage aurait été concédé dans de pareils termes, pourrait passer sur une partie du fonds, dont l'étendue et la situation ne sont pas connues.

Les servitudes sont des qualités bonnes ou mauvaises des fonds; elles ne sauraient dès lors affecter une part indivise sans affecter les autres. Aussi la servitude qu'un propriétaire a voulu imposer ou acquérir pour une simple part indivise d'un fonds qui lui appartient en propre, se trouve-t-elle imposée ou acquise quant au fonds entier. Mais il ne saurait en être de même lorsque le fonds appartient en commun à plusieurs; car l'un des com-

munistes ne peut acquérir que pour lui, et, d'autre part, il ne lui est pas permis d'amoindrir le droit des autres. Sans doute le copropriétaire qui aura voulu imposer à lui seul une servitude de passage ou autre sur le fonds commun, ne pourra pas empêcher le concessionnaire de passer ; et de même celui qui aura prétendu acquérir une servitude pour le fonds dont il n'est que copropriétaire, ne pourra pas être troublé dans sa jouissance comme son copropriétaire pourrait l'être ; mais dans les deux cas il n'y aura qu'une obligation personnelle, et non un droit réel : la servitude ne sera due ni par le fonds, ni au fonds.

Il résulte de ce caractère d'indivisibilité qu'une servitude ne peut subir la réduction résultant de la loi Falcidie ; elle doit être fournie en entier au légataire ; mais l'héritier la fera estimer, et, grâce à l'exception de dol, il ne sera obligé de la constituer qu'autant que le légataire lui aura versé le quart de l'estimation.

Lorsque l'un des deux communistes stipule un droit de passage au profit du fonds commun, la stipulation est inutile ; car le bénéfice ne peut lui en être procuré ; mais si pareille stipulation est faite par tous les copropriétaires réunis, ou par un esclave qui leur est commun, l'opération est valable ; car elle est réalisable. Loi 10, D., liv. 8, tit. 3.

Lorsque le propriétaire d'un fonds s'est fait promettre par stipulation une servitude, et qu'avant la constitution de celle-ci il aliène une part indivise de sa propriété, par ce fait il anéantit la stipulation en amenant les choses au point où elle n'aurait pu se produire.

Si celui qui a promis ou celui qui a stipulé la servitude vient à décéder, chaque héritier agit ou est tenu pour le tout.

Chacun des propriétaires du fonds auquel une servitude est due, a le droit en entier et peut le revendiquer pour le tout. En sens inverse, l'action pour le tout existe également contre chacun des copropriétaires du fonds servant. L. 4, D., liv. 8, tit. 5.

Il faut faire toutefois une exception pour la servitude *oneris ferendi*, qui comprend l'obligation d'exécuter certains travaux, lorsque le fonds qui doit cette servitude appartient à plusieurs, comme l'estimation des réparations à faire ou des dommages-intérêts à payer est parfaitement susceptible de division, chacun ne peut être actionné que pour sa part.

La servitude ne peut non plus être exercée pour partie ; on ne peut user de partie de la servitude sans user de la servitude entière, loi 17, *de serv.*

Le fait de l'un des copropriétaires, qui évidemment ne peut éteindre la servitude pour le tout, ne

peut pas davantage l'éteindre pour sa part. La possession conservée d'une partie de la servitude doit la conserver pour le tout. Lorsqu'une servitude est constituée au profit de mon fonds, si j'acquiers pour une part indivise la propriété du fonds servant, la servitude subsiste, car elle ne peut s'éteindre pour partie, et la confusion n'a eu lieu que dans cette limite. Un fonds dont je suis propriétaire unique peut donc être grevé d'une servitude au profit d'un fonds dont je n'ai que la copropriété, ou réciproquement ; mais il faut pour cela que la servitude ait été constituée avant l'acquisition de la copropriété.

La règle est différente lorsqu'il s'agit d'une part divise ; une telle part est déterminée, certaine, et forme un tout particulier. Aussi lorsqu'un fonds est séparé en diverses régions, les servitudes peuvent être acquises ou éteintes séparément pour une ou quelques-unes de ces régions, loi 6, D. liv. 8, tit. 4.

L'indivisibilité des servitudes ne met point obstacle à ce que le droit puisse être limité dans son usage, soit quant au temps, soit quant au lieu, soit quant au mode proprement dit.

Quant au temps. — Par exemple, un droit de passage peut être accordé de telle sorte qu'il ne doive être exercé que le jour ou la nuit, à certaines heures, de deux jours l'un, l'été seulement, tous

les 20 ou 25 ans pour rentrer des coupes de bois.
Loi 5, D. liv. 8, *de serv.*

Quant au lieu. — On peut délimiter la partie du fonds que doit affecter la servitude, et affranchir de la charge une partie déterminée du fonds servant.

Quant au mode. — On peut convenir que le passage sera exercé à pied, à cheval ou en voiture. On peut spécifier le nombre de chevaux de trait, et le poids des chargements.

CHAPITRE II.

DIVISION DES SERVITUDES RÉELLES, SERVITUDES DE FONDS URBAINS ET SERVITUDES DE FONDS RUSTIQUES.

VIII. Fonds urbains et fonds rustiques.

Nous devons d'abord déterminer exactement le sens des mots *fonds urbains*, *fonds ruraux*, dans la matière des servitudes. A première vue, on est tenté de ne considérer que la situation des héritages, et de donner le nom d'urbains à tous ceux qui sont situés dans les villes, et celui de ruraux à tous ceux qui sont situés dans les campagnes. Tel est l'avis de Nératius qui reconnaît cependant pour héritages urbains les maisons de plaisance, placées il est vrai à la campagne, mais destinées à

l'habitation. D'autres jurisconsultes pensent précisément que l'on doit toujours régler la qualification des héritages sur leur destination. Dans cette opinion on nomme héritages urbains, ceux qui servent à l'habitation, et héritages rustiques non seulement les terres de rapport, mais encore les bâtiments d'exploitation, tels que les étables, les granges, les pressoirs. Enfin, dans l'opinion qui a prévalu, on distingue le sol de la superficie; les fonds urbains sont tous les édifices, en quelque lieu qu'ils s'élèvent, et quelle que soit leur destination; les fonds rustiques sont les terrains vides de toute construction. C'est donc la manière d'être d'un fonds, sa nature suivant qu'il est bâti ou non bâti, qui le rend urbain ou rustique, loi 198, D. liv. 50, tit. 16. *In hac materia, dit Pothier, urbana prædia non loco sed specie a rusticis secernimus quum juris effectum spectamus.* Telle est la règle qui résulte de textes nombreux insérés au Digeste et des *Institutes de Justinien*, où elle est ainsi formulée : *ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint.*

IX. Caractère distinctif des servitudes.

Recherchons maintenant à quelle idée nous devons nous attacher pour déterminer la classe dans laquelle rentre telle ou telle servitude réelle.

Assurément ce n'est point le fonds servant qui donne son caractère urbain ou rural à la servitude; mais l'opinion de ceux qui prétendent qu'il faut s'attacher au caractère du fonds dominant mérite examen. C'est celle en effet qui a été professée par la plupart des commentateurs du droit romain. Les servitudes, dit Cujas, tirent leur nom du fonds dominant comme du plus noble; et les rédacteurs du Code Napoléon répètent dans l'article 687 : *Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments ou pour celui des fonds de terre. Celles de la première espèce s'appellent urbaines, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues, soient situés à la ville ou à la campagne, celles de la seconde espèce se nomment rurales.*

Nous écarterons néanmoins sans peine les textes invoqués à l'appui de ce système. Ulpien, dans la loi 1, § 1 D. liv. 43, tit. 17, déclare que l'interdit *de itinere actuque privato* est destiné à protéger les servitudes rustiques seulement : *pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitutes*. Ce texte, a-t-on dit, suppose évidemment qu'il y avait aussi une servitude *itineris prædii urbani* à laquelle l'interdit ne s'appliquait pas. Mais en réalité ce texte nous présente, au contraire, le passage comme étant toujours une servitude rustique. D'après la loi 1, § 11, D. liv. 43, tit. 20, *de aqua quotidiana*, cet interdit peut être employé, lors-

qu'il s'agit, soit de l'eau destinée à l'irrigation des terres, soit de celle destinée aux usages domestiques; mais rien ne donne à penser dans la loi que l'aqueduc devienne pour cela une servitude urbaine.

De même la loi 20 § 1, D. liv. 8, tit 2, qui prévoit des cas dans lesquels le droit de passage existe en faveur d'héritages urbains, n'en conclut pas qu'il prenne le caractère d'une servitude urbaine.

Nous reconnaissons que dans le principe les servitudes tiraient leur nom de l'héritage dominant; mais, tout en conservant des locutions auxquelles on était habitué, les jurisconsultes ne s'arrêtèrent pas à cette idée; et, pour qualifier les servitudes, ils finirent par les prendre elles-mêmes en considération, c'est-à-dire leur nature propre qui ne change pas selon qu'il plaît aux propriétaires de bâtir ou de démolir sur leur fonds. Dans le système que nous adoptons la servitude rurale est celle *quæ in solo consistit* qui peut se concevoir, abstraction faite de l'idée de construction; ainsi la servitude de passage est toujours rustique; car ici vous n'avez besoin que de songer à un terrain, l'idée de sol suffit. La servitude urbaine est celle qui ne peut se concevoir indépendamment d'un bâtiment; ainsi la servitude de ne pas bâtir, qui peut exister sans qu'il y ait aucune construction ni sur l'un ni sur l'autre fonds, est urbaine parce qu'elle

implique nécessairement l'idée d'un édifice, *in superficie consistit*, il y a là un état de choses imposé à la superficie.

De même la servitude d'aqueduc qui est en général une servitude rurale, nous est présentée par la loi 11, § 1, D. liv. 6, tit. 2, comme une servitude urbaine lorsqu'elle traverse une maison ; c'est que dans ce cas il est impossible qu'elle ne nécessite pas une construction spéciale ; l'idée de construction fait alors partie intégrante de cette servitude.

L'importance de la division des servitudes en urbaines et rurales se présentait à plusieurs points de vue.

X. Au point de vue de la mancipation.

Les servitudes rurales étaient admises parmi les choses de mancipation, les servitudes urbaines étaient *res nec Mancipi*. Cette distinction n'existait toutefois que lorsqu'il s'agissait de fonds situés en Italie, ou jouissant du droit italique, car les héritages eux-mêmes lorsqu'ils étaient situés dans les provinces, n'étaient pas *res Mancipi*. Les *res Mancipi* étaient seules susceptibles d'être acquises par la mancipation ; leur aliénation souffrait plus de difficulté que celle des *res nec Mancipi*. Ainsi :

- 1° La volonté commune des parties et la tradition

ne suffisaient pas pour l'opérer, le transfert de la propriété ne pouvait être atteint qu'au moyen de la mancipation ou d'un des modes d'acquisition reconnus par le droit civil. 2° La femme qui se trouvait sous la tutelle de ses agnats ne pouvait aliéner une *res Mancipi* sans le consentement de son tuteur. Gaius, Inst. com. I, § 192, 3° l'usucapion ne pouvait transférer la propriété d'une *res Mancipi* appartenant à une femme en tutelle, à moins que le tuteur n'eût consenti à la tradition faite par celle-ci. Gaius, Inst. § 47 com. II.

Les servitudes rustiques étaient de toutes les choses incorporelles les seules qui ne fussent pas *res nec Mancipi*. Les Romains adonnés à l'agriculture avaient compris de bonne heure l'utilité, la nécessité de cette sorte de servitudes, et ils les avaient mises au nombre des choses qu'ils considéraient comme les plus précieuses. Ils ne connurent que plus tard, à une époque où la liste des *res Mancipi*, était close, les avantages qui pouvaient résulter des servitudes urbaines ; dans les premiers siècles en effet, leurs maisons étaient isolées et séparées les unes des autres par des ruelles, d'où leur venait leur nom d'*insulæ*.

Cette première différence entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales, fort importante dans l'ancien droit, disparut à l'époque de Justi-

nien qui abolit la distinction du domaine *quiritaire* et du domaine *bonitaire* et celle des choses *mancipi* ou *nec Mancipi*.

XI. Au point de vue du gage et de l'hypothèque.

Il semble que la nature des servitudes se refuse absolument à ce qu'elles puissent être données en gage ou hypothéquées; mais les textes nous apprennent qu'il n'en est rien, du moins pour les servitudes rustiques. Sans doute le propriétaire d'un fonds dominant ne peut jamais engager ou hypothéquer isolément le droit de servitude qui lui appartient; mais un débiteur peut s'obliger à établir une servitude sur son fonds pour le cas où il ne paierait pas son créancier à l'échéance. C'est là une convention d'hypothèque. Loi 11, 3, D., liv. 20, tit. 1. Le créancier obtiendra son paiement en vendant la servitude à un voisin. S'il a été convenu que le créancier, en attendant l'échéance, exercerait lui-même le droit, nous avons alors un contrat de gage. Loi 12, D., liv. 20, tit. 1. La raison de la différence qui existe à ce point de vue entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines, vient de ce que les premières peuvent être presque toujours également avantageuses à plusieurs fonds. Pour qu'il y ait utilité à donner une servitude en gage, il ne suffit pas que

le créancier possède un fonds voisin, il faut, de plus, que la servitude convienne à d'autres propriétaires : un gage, en effet, n'est utile qu'autant qu'il peut être vendu. Il n'est pas probable que le créancier qui a reçu en gage le droit d'appuyer une poutre sur le mur de son débiteur, ou de verser des eaux dans sa cour, ait un autre voisin auquel la même servitude puisse être utile ; et si un tiers voulait faire l'acquisition d'une servitude sans avantage pour son fonds, le droit ne pourrait être constitué, faute d'intérêt.

Il arrive très souvent, au contraire, qu'une servitude rustique présente une grande utilité pour un certain nombre de voisins. Dès lors, si le créancier non payé à l'échéance la met en vente, il trouvera des enchérisseurs.

Il faut convenir que la distinction, sous ce rapport, était peu importante et rarement applicable en pratique.

XII. Au point de vue de la possession.

Les servitudes de fonds rustiques n'ont jamais pu être usucapées, soit parce qu'elles ne sont pas susceptibles de possession en tant que choses incorporelles, soit parce qu'en général elles sont discontinues. Les servitudes de fonds urbains au contraire, dont l'usage est continu, et qui supposent un état de fait constant, admettaient primiti-

vement l'usucapion, c'est-à-dire l'acquisition par la possession prolongée pendant deux ans; mais une loi Scribonia a supprimé cette usucapion, et dès lors il n'a plus existé à ce point de vue aucune différence entre les servitudes de l'une et de l'autre classe.

XIII. Au point de vue de l'extinction par le non usage.

La division des servitudes en continues et discontinues, si féconde dans notre droit français, n'avait été qu'entrevue par les jurisconsultes romains, et ils l'avaient confondue dans celle qu'ils avaient formulée entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales. Les premières en effet présentent, pour la plupart, un caractère de continuité qui ne se rencontre pas dans les secondes. Les servitudes rurales, nous dit la loi 14, liv. 8, tit. 1, ne comportent pas une possession certaine et continue; car personne ne peut exercer si souvent un droit de passage que sa possession ne paraisse jamais interrompue. En conséquence, les servitudes de cette classe s'éteignent *non utendo*, sans aucun fait de la part du propriétaire de l'héritage servant, et par cela seul que le propriétaire de l'héritage dominant, ni personne de sa part, n'a usé de son droit pendant deux ans.

Les servitudes urbaines au contraire, qui en

général s'exercent sans avoir besoin du fait actuel de l'homme, se conservent d'elles-mêmes : *Servitutes quæ in superficie consistunt possessione retinentur*. Leur extinction ne peut donc être le résultat de la seule inaction du propriétaire du fonds dominant ; il faut encore que le propriétaire du fonds servant reconquière la liberté de son immeuble par une sorte d'usucapion, en faisant ce que défendait la servitude, et en maintenant ce nouvel état de choses pendant le temps requis. — Les servitudes urbaines, comme les servitudes rurales, s'éteignent par le non usage pendant un temps déterminé, mais avec cette différence que pour elles le non usage ne suffit pas, et qu'il faut en même temps que le voisin usucape sa liberté ; par exemple, si vous êtes tenu, à titre de servitude, de ne pas exhausser votre maison pour ne pas nuire aux jours de la mienne, et que pendant le temps fixé, j'aie laissé mes fenêtres fermées, je ne perds mon droit que si depuis aussi longtemps votre maison se trouve exhaussée ; si vous n'avez fait aucun ouvrage nouveau, je conserve mon droit. De même si votre maison doit soutenir une poutre de la mienne, et que j'aie enlevé cette poutre, je ne perds mon droit que si vous avez bouché le trou qu'elle a laissé vide, et que les choses soient restées dans cet état d'opposition pendant deux ans. (loi 6, D., liv. 8, tit. 2).

Nous retrouvons une disposition analogue en droit français, articles 706 et 707 du Code Napoléon.

706. — *La servitude est éteinte par le non usage pendant trente ans.*

707. — *Les trente ans commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues.*

Le Code Napoléon n'exige pas que l'acte contraire à la servitude émane du propriétaire du fonds servant, et il s'attache exclusivement au caractère de continuité ou de discontinuité de la servitude, sans s'inquiéter si elle est rustique ou urbaine. Chez les Romains la servitude d'aqueduc s'éteignait par le simple non usage, parce qu'elle était rurale, il n'en serait plus ainsi aujourd'hui parce qu'elle est continue.

XIV. Principales servitudes.

La liberté des conventions et la faculté que chacun a de disposer de sa chose comme bon lui semble peuvent créer une variété infinie de servitudes. Nous n'avons donc pas la prétention de donner une énumération.

Nous indiquerons seulement les servitudes les plus usuelles et les plus importantes, celles dont les jurisconsultes se sont spécialement occupés, et auxquelles ils ont donné des noms particuliers qui en déterminent l'étendue, sans qu'il soit besoin de recourir au titre ou à la possession.

En tête des servitudes rurales, les textes nous signalent les quatre suivantes qui sont assurément les plus anciennes :

1° *Iter*. C'est le droit de passer pour la personne, soit à pied, soit à cheval, soit en litière.

2° *Actus*. L'objet essentiel de l'*actus*, comme l'étymologie du mot l'indique, c'est la conduite des troupeaux et des bêtes de somme ou de trait.

3° *Via*. C'est le droit de passage sans restriction; il comprend donc nécessairement l'*iter* et l'*actus*, et de plus le droit de charrier des matériaux; à défaut de disposition contraire, la voie doit avoir une largeur fixe déterminée par la loi des douze Tables.

Le droit de passage concédé à un fonds ne fait qu'une servitude, bien qu'il soit imposé à plusieurs fonds; c'est par chaque fonds dominant et non par chaque fonds servant, qu'il faut compter une servitude. S'il y a plusieurs fonds dominants, nous n'aurons pas une seule servitude, mais plusieurs de la même espèce.

Les jurisconsultes, pour marquer la différence

qui existe entre une servitude et la propriété, ont soin de faire remarquer que celui qui a un droit de passage sur le fonds voisin, ne peut y bâtir, parce que l'emplacement sur lequel s'exerce la servitude, n'appartient pas au propriétaire du fonds dominant.

4° *Aquæductus*. C'est le droit de faire passer un courant d'eau dans le fonds d'autrui.

On peut encore citer comme servitudes rurales le droit de puiser de l'eau, qui comprend nécessairement le droit de passage, le droit d'abreuver son troupeau, de le faire paître, le droit de prendre du sable, des échalias, de cuire de la chaux dans le fonds de son voisin, le droit de serrer des récoltes dans ses granges.

Toutes les servitudes de cette classe, considérées au point de vue actif, sont affirmatives, et consistent par conséquent *in patiando* pour le fonds servant.

Les servitudes urbaines sont tantôt positives et tantôt négatives; elles consistent, d'une part, *in habendo aut in prohibendo*; et de l'autre, *in patiando aut in non faciendo*.

1° Servitude *oneris ferendi*. — Cette servitude consiste à supporter sur nos propres constructions celles d'un autre propriétaire; elle a un caractère tout à fait particulier.

En général la servitude, envisagée au point de

vue du fonds servant, est une diminution de droit, une restriction de la propriété; elle consiste, soit *in patiando*, soit *in non faciendo*. Le propriétaire doit laisser faire quelque chose sur son fonds, ou s'abstenir d'y faire lui-même quelque chose; mais la servitude ne peut avoir pour effet de le contraindre à agir; elle perdrait sa nature, et dégènererait en une obligation : *servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat*. Loi 15, 1, D., liv. 8, tit. 1.

Contrairement à ce principe, celui dont le fonds est grevé de la servitude *oneris ferendi* est forcé à faire quelque chose; il doit entretenir son mur toujours en état de soutenir le bâtiment voisin, et par conséquent le réparer et le reconstruire au besoin. *Paries oneri ferendo uti nunc est ita sit*, dit la formule anciennement employée pour constituer cette servitude. Loi 33, D., *de serv. præd. urb.* — Mais là se borne l'obligation du propriétaire du fonds servant; ce n'est pas à lui à soutenir la maison pendant les réparations, et il peut toujours se dispenser de les faire, en délaissant son héritage. Cette particularité de la servitude *oneris ferendi* tient à ce qu'elle ne peut exister si le pilier ou le mur n'est pas en état de supporter la charge. L'obligation de l'entretien avait paru une conséquence naturelle de la concession principale.

A la vérité, le jurisconsulte Gallus avait soutenu qu'on ne pouvait imposer de servitude, fût-ce celle *oneris ferendi*, qui obligeât le propriétaire du fonds servant *ad faciendum*; mais l'opinion contraire avait prévalu.

2° La servitude *tigni immittendi* donne également le droit d'enfoncer une poutre dans le mur du voisin, mais sans aucune obligation positive de la part du propriétaire grevé.

3° Par la servitude *altius non tollendi*, on empêche son voisin d'élever ses constructions au delà d'une certaine hauteur.

4° Mais que faut-il entendre par la servitude *altius tollendi*? Chacun peut exhausser son bâtiment comme il lui plaît en vertu de son droit de propriété et de la liberté de son fonds, il n'a pas besoin de justifier d'une servitude établie à son profit.

La servitude en effet déroge au droit commun, et autorise, par exception, ce que le droit de propriété ne permet pas. Comment se fait-il donc que les textes mentionnent, parmi les servitudes, le *jus altius tollendi*?

Certains auteurs ont prétendu qu'il n'y avait pas là une servitude particulière, mais simplement une certaine manière d'envisager la servitude *altius non tollendi*. Le plaideur qui revendique cette servitude soutient que son voisin n'a pas le

droit d'exhausser; celui, au contraire, qui nie l'existence de la servitude sur son fonds, déclare qu'il a le droit d'exhausser, *jus sibi esse altius tollendi*.

D'autres ont supposé qu'il existait dans les villes une hauteur déterminée pour les maisons, et qu'il y avait dès lors dérogation à la règle générale, et par conséquent servitude, lorsqu'un propriétaire était tenu de souffrir que son voisin élevât son bâtiment au-dessus de la hauteur légale. En règle générale, a-t-on dit, le droit de bâtir appartient aux propriétaires en raison de la liberté de leurs fonds, et quelque préjudice qu'il doive en résulter pour les voisins; mais si un statut local a assigné une hauteur commune aux bâtiments, le propriétaire qui veut la dépasser doit obtenir l'autorisation de ses voisins, et par là il grève à son profit leurs propriétés de la servitude *altius tollendi*, puisqu'ils sont tenus désormais de souffrir ce à quoi ne les astreignait pas le droit de la cité. Il est vrai que les écrits de quelques auteurs attestent que dans certaines villes il y avait une hauteur *maximum* pour les maisons; mais nous avons peine à croire que cette prohibition de la loi n'ait eu en vue que l'intérêt privé, et dès lors nous ne saurions admettre que les particuliers aient pu autoriser ce que la loi défendait par des motifs d'intérêt général, d'ordre public.

On a aussi imaginé de dire qu'un propriétaire pouvait être tenu d'exhausser sa maison pour préserver le fonds voisin du vent, du froid, ou des regards indiscrets. Mais il y aurait là une obligation de faire pour le propriétaire du fonds grevé, et les textes nous signalent la servitude *oneris ferendi* comme une exception unique.

Dans une quatrième opinion, la servitude *altius tollendi* est une modification avantageuse de la servitude *altius non tollendi* : c'est le droit acquis par un propriétaire d'élever, mais dans une certaine mesure seulement, sa construction grevée de la servitude *altius non tollendi* ; le fonds servant acquerrait une servitude lorsque celle qui pèse sur lui vient à être allégée.

Cujas va plus loin : il considère la servitude dont nous nous occupons comme la libération de la servitude *altius non tollendi*. La faculté de bâtir, dit-il, peut se concevoir de deux façons : le propriétaire dont le fonds est en état de liberté exhausse ses constructions en vertu de son droit de propriété ; mais celui-là exhausse par droit de servitude dont le fonds était grevé de la servitude *altius non tollendi*, et qui a obtenu la remise de cette charge. C'est ainsi que Théophile, dans sa paraphrase des Institutes, entend le *jus altius tollendi*. Nous nous en tiendrons donc à cette explication, tout en critiquant la manière de voir

des jurisconsultes romains, qui prenaient pour la constitution d'une servitude le rétablissement de la liberté d'un fonds.

5° La servitude *ne luminibus officiatur* diffère de la servitude *altius non tollendi* en ce qu'il n'est même pas permis au propriétaire qui doit celle-ci d'avoir des arbres au-dessus de la hauteur convenue. Elle comporte plus ou moins d'étendue, selon qu'elle est concédée seulement au profit des ouvertures existantes au jour de la concession, ou qu'elle vise également celles que l'on pourra pratiquer par la suite.

6° La servitude de *prospect* consiste à empêcher le propriétaire du fonds assujéti de rien bâtir ni planter qui puisse diminuer la liberté et l'agrément de la vue dont jouit le fonds dominant.

7° La servitude *projiciendi* consiste dans le droit de faire avancer un balcon ou tout autre ouvrage en saillie sur le fonds du voisin.

8° La servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi* est le droit de faire tomber l'eau de ses toits chez le voisin. Il y a *stillicidium* lorsque l'eau tombe goutte à goutte, et *flumen* lorsqu'elle s'échappe d'une gouttière où elle s'est amassée.

9° Pour la servitude *stillicidii vel fluminis non recipiendi*, on reproduit les explications proposées relativement à la servitude *altius tollendi*. Les uns supposent que dans certaines localités il était

admis, comme droit commun de la propriété, que chacun pouvait bâtir à l'extrémité de son terrain, de sorte que les eaux des toits tombaient naturellement sur le fonds du voisin ; mais celui-ci pouvait obtenir la remise de cette servitude légale, et constituer au profit de son fonds la servitude *stillicidii non recipiendi*. Selon d'autres, il s'agirait du droit de s'approprier, de recueillir les eaux qui découlent des toits du voisin, soit pour arroser son jardin, soit pour remplir sa citerne. Nous pensons que la servitude *stillicidii non recipiendi* n'est que l'affranchissement de celle qui consiste à recevoir les eaux du bâtiment d'autrui.

CHAPITRE III.

DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES RÉELLES.

XV. Qui peut établir ou acquérir une servitude.

Nous allons examiner maintenant quelles sont les personnes qui peuvent constituer ou acquérir des servitudes. Une servitude étant une charge imposée sur un héritage en faveur d'un autre héritage, celui qui n'est pas propriétaire foncier ne peut constituer ni acquérir de servitude. Ainsi celui qui livre simultanément ses deux maisons à deux acheteurs différents ne peut imposer de servitude

sur l'une au profit de l'autre, car il n'est plus propriétaire. Loi 6. — *Contra* loi 8, D. liv. 8, tit. 4,

La servitude étant un démembrement de la propriété, il faut pour la constituer la même capacité que pour aliéner le domaine; le propriétaire doit donc être maître de ses actions et avoir la libre disposition de son bien.

Tous ceux qui peuvent imposer une servitude à un fonds peuvent *a fortiori* lui en acquérir une. En règle générale on peut améliorer la condition d'un bien, tandis qu'il est des cas où on ne peut pas la rendre pire.

Le pupille, la femme en tutelle, si nous nous reportons au temps où cette tutelle était en vigueur, ne peuvent constituer de servitudes sur leurs fonds sans *l'auctoritas tutoris*. Le prodigue interdit peut en acquérir, mais il ne peut en constituer, car il n'a de capacité que pour améliorer sa condition.

La loi *Julia* défend au mari propriétaire de la dot d'aliéner, sans le consentement de sa femme, le fonds dotal situé en Italie; elle lui défend par là même de le grever d'une servitude, puisque la constitution d'un pareil droit est une aliénation partielle. (Loi 8, liv. 23, tit. 8, *de fundo dotali*.)

Le nu-propriétaire ne peut imposer de servitude au préjudice de l'usufruitier, même du consentement de celui-ci. L'usufruitier étant surtout inté-

ressé à ce que la servitude ne soit pas établie, c'est lui qui semblerait la concéder; or par cet établissement *causa ususfructus deterior fieret*, et nous savons que l'usufruitier ne peut détériorer la substance de la chose. Le nu-propriétaire et l'usufruitier se font donc obstacle l'un à l'autre, de sorte qu'ils ne peuvent établir de servitude sur le fonds ni séparément ni de concert. (Loi 15, § 7, et loi 16, D., liv. 7, tit. 1.) Le nu-propriétaire peut acquérir une servitude, parce que l'usufruit n'en sera qu'amélioré.

L'un des copropriétaires ne peut à lui seul acquérir une servitude au fonds commun; il ne pourrait en effet l'acquérir pour lui sans l'acquérir en même temps pour ses copropriétaires, et le droit romain n'admet pas qu'on puisse acquérir par un homme libre. Il faut que la servitude soit acquise par tous ou par un esclave commun. Un seul pourrait toutefois acquérir une servitude au moyen de la prescription.

Il est évident que l'un des copropriétaires ne peut pas non plus, sans le consentement des autres, leur porter préjudice en affectant d'une servitude le fonds commun.

Voici comment Paul s'exprime à ce sujet dans la loi 18, D., liv. 8, tit. 4 :

Il est reçu que plusieurs copropriétaires, quoiqu'en différents temps, peuvent constituer ou

acquérir des servitudes. La première concession, tant que celui qui l'a faite n'a pas changé de volonté, reste en suspens, et se continue jusqu'à la dernière, de manière que la servitude parait établie par tous lors de la dernière concession. Si à cette époque la concession qui a été faite la première n'est plus possible, soit parce que le premier concédant est mort, soit parce qu'il a aliéné sa part de propriété, la dernière restera en suspens jusqu'à ce que les héritiers ou les ayants cause à titre singulier du premier concédant renouvellent la concession faite par leur auteur.

Il en est de même si la servitude est cédée à l'un des copropriétaires et que l'autre meure ou aliène sa part avant d'avoir obtenu le même droit. A l'inverse, si un pareil événement se produit dans la personne de celui qui n'a pas cédé la servitude, ceux qui avaient pris les devants devront renouveler leur concession.

On a voulu seulement accorder une certaine latitude pour la concession du droit; mais celle-ci ne peut en définitive être faite à un seul ou par un seul; les consentements doivent se rencontrer. Il faut en dire autant si l'un cède et que l'autre lègue la servitude. Si tous les copropriétaires en font l'objet d'un legs et que leurs successions respectives soient toutes acceptées au même moment, le legs sera valable. Si l'addition des différentes successions

a lieu en différents temps le legs sera inutile, car on n'admet pas que les dernières volontés des morts puissent rester en suspens, comme celles des vivants.

Cependant, bien que la constitution ne soit valable qu'après que tous les copropriétaires y ont consenti, ceux qui ont donné leur consentement les premiers ne peuvent pas s'opposer à l'exercice du droit, et de même ceux qui ont accepté une pareille concession avant les autres ne peuvent être troublés dans leur jouissance. (Loi 11, liv. 8, tit. 3.)

Plusieurs propriétaires par indivis de deux maisons, lorsqu'ils en aliènent une, peuvent la grever de servitude au profit de celle qu'ils retiennent, comme le ferait un propriétaire unique.

Celui qui n'a qu'une propriété résoluble peut constituer des servitudes qui seront soumises à la même résolution, et s'éteindront par conséquent avec son droit de propriété. L'héritier, qui se trouve momentanément propriétaire d'un fonds légué sous condition, peut imposer ou acquérir des servitudes à ce fonds, mais avec cette différence qu'à l'arrivée de la condition, celles qu'il aura imposées s'éteindront comme son droit de propriété, et que celles qu'il aura acquises passeront avec le fonds au légataire.

Avant l'époque de Justinien, c'est le peuple romain ou l'Empereur qui est propriétaire des

fonds provinciaux ; les particuliers n'en ont que la possession et l'usufruit ; ils ne peuvent donc constituer des servitudes de plein droit, mais la jurisprudence prétorienne les autorise à le faire.

Le préteur assimilait également à un propriétaire le superficiaire, c'est-à-dire celui qui avait une construction sur le sol d'autrui, il lui reconnaissait le droit de constituer ou d'acquérir une quasi servitude quant à la superficie. Ulpien nous dit dans la loi 1, § 9, D., liv. 43, tit. 18, de *superficiebus* : — *Servitutes quoque prætoris jure constituentur : et ipsæ ad exemplum earum quæ ipso jure constitutæ sunt utilibus actionibus petuntur ; sed et interdictum de his utile competet.*

Le prince peut concéder à un particulier le droit de faire passer un aqueduc sur la voie publique. Le juge, en procédant à un partage, peut établir une servitude sur un lot au profit d'un autre lot. Enfin la servitude peut encore être constituée sans la volonté expresse du propriétaire, par l'usage.

On acquiert une servitude pour son héritage non seulement par soi-même, mais encore par ceux que l'on a sous sa puissance. *Filius ut ire patri liceat stipulando acquirit ei.* Loi 130, D. liv. 43, tit. 1.

XVI. — Sur quels biens peuvent être établies les servitudes,

Les servitudes réelles ne peuvent, à la différence des servitudes personnelles, être constituées sur des meubles, elles ne peuvent l'être non plus sur une chose incorporelle : *servitus servitutis esse non potest*. Elles ne peuvent s'attacher de plein droit qu'aux héritages, soit rustiques, soit urbains, situés sur le sol italique. Les fonds provinciaux ne sont pas susceptibles de propriété privée ; ils ne sont pas *in commercio*, et on ne peut leur appliquer les modes d'acquérir établis par le droit civil.

Jusqu'à l'époque de Justinien, qui rendit la législation uniforme pour tout le territoire de l'empire, il est donc impossible de constituer sur ces fonds de véritables servitudes. Toutefois, comme en proclamant le droit de propriété du peuple ou de l'empereur, on n'avait voulu que légitimer la perception des impôts fonciers, de fait les possesseurs provinciaux étaient propriétaires, et le préteur faisait respecter les servitudes dont ils avaient grevé leurs possessions : *In provinciali prædia constitui servitus aqueductus vel aliæ servitutes possunt, si ea præcesserint quæ servitutes constituunt : tueri enim placita inter contrahentes debent*. (Cons. 3, C., liv. 3, tit. 34.

Les servitudes peuvent être imposées ou ac-

quises à une partie divise d'un fonds, mais non pas à une partie indivise.

On peut établir une servitude donnant le droit de chercher une source pour la conduire dans son fonds après l'avoir découverte, de même qu'on peut imposer une servitude sur une maison qui n'est pas encore construite.

Une servitude ne peut être imposée sur un fonds déjà grevé de servitude, lorsque la nouvelle concession doit préjudicier à celles précédemment faites.

Une servitude ne peut être imposée sur les choses de droit divin, *res sacræ, religiosæ sanctæ*, sur lesquelles les particuliers ne peuvent acquérir de droit. — La servitude de passage pour arriver à une sépulture demeure de droit privé ; elle peut donc être remise au propriétaire du fonds servant, et même être acquise après que le lieu est devenu religieux. Loi 14, § 1, liv. 8, tit. 1.)

Enfin, d'après la constitution 7, C., liv. 4, tit. 81, toutes les fois que l'aliénation d'un bien est prohibée par la loi, par la volonté d'un testateur, ou par convention, par voie de conséquence, la constitution d'une servitude l'est également.

XVII. — Divers modes d'établissement des servitudes.

Nous trouvons en droit romain divers modes d'établissement des servitudes. Quelques uns de

ces modes ont été admis à toutes les époques : adjudication et testament. — D'autres, à un certain moment, ont cessé d'être en usage : *mancipatio* et *cessio in jure*. — D'autres encore n'ont commencé que tard à être employés : *præscriptio* et *quasi traditio*. — Enfin il en est qui ne sont applicables qu'à certaines servitudes : *mancipatio*. — Nous examinerons successivement la *mancipatio*, la *cessio in jure*, l'*adjudicatio*, le testament, l'usage et la quasi-tradition.

XVIII. — Mancipation.

La *mancipation* est l'image du mode de vente usité chez les anciens Romains; elle se fait au moyen de paroles solennelles et de gestes consacrés, en présence d'un *libripens* et de cinq témoins, tous citoyens et pubères. Elle n'est cependant pas toujours employée pour réaliser une vente. C'est un mode d'aliénation mis en pratique tout aussi bien par celui qui veut faire une libéralité, que par celui qui a contracté dans un but intéressé. Elle ne peut avoir lieu qu'entre citoyens romains, et s'applique exclusivement aux *res mancipi*. Les servitudes rurales sont donc les seules qui puissent s'établir par ce moyen. Cela n'est vrai toutefois qu'autant que l'on voudrait établir directement une servitude urbaine par la mancipation,

car un propriétaire peut, en transférant la propriété d'un fonds par mancipation, déduire ou retenir une servitude, soit rustique, soit urbaine, au profit d'un autre fonds qu'il conserve. Dans ce cas, ce n'est point la servitude, mais le fonds, c'est-à-dire une *res Mancipi* qui fait l'objet de l'opération. Dès que les formalités de la mancipation sont accomplies, la servitude est constituée, le droit réel existe.

XIX. — Cessio in jure.

La *cessio in jure* est la représentation fictive d'une action en revendication. On l'a définie : l'abdication qu'une personne fait de son droit au profit d'une autre, sous la forme d'un acquiescement à la revendication exercée par celle-ci. Ce mode d'aliénation exige donc la présence de trois personnes : celle qui abandonne sa propriété, celle qui se prétend propriétaire à sa place, et le magistrat qui attribue le droit à cette dernière. Pour établir la servitude de cette manière, on fait le simulacre d'une action confessoire intentée par celui qui veut l'acquérir.

La *cessio in jure* est le mode le plus usité pour constituer une servitude par acte entre vifs ; elle a un domaine plus large que la *mancipatio*, car elle s'applique aux *res nec Mancipi* aussi bien qu'aux

res Mancipi, et peut être employée pour l'établissement d'une servitude urbaine comme pour celui d'une servitude rustique. Toutefois l'*in jure cessio*, qui exigeait la présence du magistrat, était moins commode que la *mancipatio* à laquelle on pouvait procéder par soi-même, avec le concours de quelques amis; ensuite, dans la première il fallait nécessairement agir en personne, tandis que dans la seconde on pouvait se faire représenter par un *filius-familias* ou par un esclave. Aussi, d'après le témoignage de Gaius, lorsqu'il s'agissait d'une servitude rustique prenait-on de préférence la voie de la *mancipatio*.

La *cessio in jure* peut également servir à établir une servitude par voie de *deductio*. Un propriétaire peut, sur le fonds qu'il a aliéné par *cessio in jure*, se réserver une servitude au profit d'un autre fonds qu'il conserve; mais il faut que ce soit précisément dans la *mancipatio* ou dans la *cessio in jure*, et non dans le contrat, la vente, par exemple, qui a eu lieu précédemment, que la réserve soit faite, sinon la servitude n'existerait pas encore, et le propriétaire aurait seulement le droit d'en réclamer l'établissement par une action personnelle.

L'*in jure cessio* transfère aussi par elle-même le droit réel.

XX. Adjudicatio.

L'*adjudicatio* est l'attribution de la propriété ou d'un de ses démembrements faite non plus par le magistrat, mais par le juge, c'est-à-dire par le simple particulier que le magistrat a préposé à la décision d'un procès.

Dans l'action en partage d'une hérédité ou d'une chose commune, le juge peut constituer une servitude prédiale en grevant un des lots qu'il adjuge au profit d'un autre lot; mais il ne peut grever un fonds héréditaire au profit d'un fonds qui ne fait pas partie de l'hérédité : *Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbitrarè disponere non potest : quia ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.* (Loi 18, D., liv. 10, tit. 5.)

C'est dans ces cas de partage que la nécessité de créer des servitudes se rencontre le plus fréquemment. Supposons en effet une propriété qui ne possède qu'un puits ou qu'un accès à la voie publique : lorsqu'il s'agira de la partager, certains lots devront être nécessairement grevés au profit des autres de la servitude de puisage ou de celle de passage.

L'*adjudicatio*, d'ailleurs, pouvait établir aussi bien une servitude urbaine qu'une servitude rurale.

XXI. Testament

Les servitudes peuvent s'établir par testament, *mortis causa*. Le tit. 3 du liv. 33, au Digeste, porte pour rubrique : *De servitute legata*.

Dans le droit classique, on reconnaît quatre espèces de legs : *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, et *per præceptionem*. Les legs *per vindicationem* et *per præceptionem* sont les seuls qui transfèrent directement la propriété ou l'un de ses démembrements, et encore faut-il que le testateur soit lui-même propriétaire. Pour que la constitution de la servitude, comme droit réel, résulte de la volonté du testateur, le legs doit donc être fait dans l'une de ces deux formes. Quant au point de savoir à quel moment précis l'acquisition s'opérait au profit du légataire, tous les juriconsultes n'étaient pas d'accord. Les Sabinien pensaient que le droit réel était constitué, même à l'insu du légataire, dès que l'héritier avait fait adition d'hérédité. Suivant les Proculiens, il fallait que le légataire eût accepté le legs; il ne l'acquerrait qu'à l'instant où il avait la volonté de l'acquérir. Les autres sortes de legs ne créent qu'un droit de créance pour le légataire, et pour l'héritier l'obligation personnelle d'établir le droit réel. Mais tandis que toutes les

servitudes peuvent être léguées *per damnationem*, celle, par exemple, qui doit consister à empêcher l'héritier d'exhausser ses bâtiments ne peut être l'objet d'un legs *per vindicationem*.

Cette différence entre les legs n'existe plus au temps de Justinien. Il n'y a plus dès-lors à s'arrêter aux termes employés par le testateur ; le legs, quelle que soit sa forme, établit la servitude comme droit réel, du moment où le testateur est en mesure de transférer ce droit.

La manière la plus ordinaire de constituer une servitude par testament, c'est de faire de la servitude même l'objet du legs. — Quelqu'un peut, dans son testament obliger son héritier à ne pas élever plus haut sa maison, à ne pas masquer la vue de la maison voisine ; il peut accorder au voisin le droit d'appuyer sa poutre, de faire écouler ses eaux, de passer dans le fonds de l'héritier. (Loi 16, D., liv. 8, tit. 4.) — Mais le testateur peut aussi indirectement, en léguant la propriété d'un fonds, déclarer que ce fonds sera grevé d'une servitude au profit d'un autre fonds qui doit demeurer à l'héritier. (L. 19, D., liv. 7, tit. 1.)

Les modes d'acquisition universels ne pouvaient servir à acquérir isolément une servitude ; mais on recueillait par leur moyen des héritages au profit desquels existaient des servitudes.

Il nous reste à examiner les modes de constitu-

tion qui n'ont été introduits que par le droit prétorien. Ce sont : la prescription de long temps et la quasi tradition.

XXII. — Prescription.

D'après certains jurisconsultes, les servitudes ne s'acquièrent pas par usucapion, parce que ce sont des choses incorporelles auxquelles l'idée de possession, fait matériel, ne peut qu'improprement s'appliquer, et que sans possession continuée pendant un certain temps il n'est pas d'usucapion possible. Il est douteux que ce soit là la véritable raison qui fit déclarer que les servitudes ne seraient pas susceptibles d'usucapion, car ce mode d'acquérir ne leur a pas toujours été étranger, du moins à certaines d'entre elles. Merlin pense que dans l'origine les servitudes rustiques seules furent sujettes à l'usucapion qui, selon lui, ne s'appliquait qu'aux *res mancipi*. Les textes nous prouvent au contraire que l'usucapion n'a jamais eu d'effet pour les servitudes rustiques ; la raison en est qu'elles sont discontinues, que leur exercice se trouve interrompu à chaque instant, car on ne peut passer incessamment sur un chemin, ni puiser continuellement de l'eau à une fontaine.

Quant aux servitudes urbaines, qui étaient d'abord susceptibles d'usucapion à cause de la con-

tinuité de leur jouissance, elles ont cessé de l'être depuis la loi Scribonia. *Eam usucapionem sustulit lex Scribonia quæ constituebat servitutem :* (Loi 4, § 29, D., liv. 41, tit. 5.)

Nous ignorons d'ailleurs la date précise de cette loi. Les uns la placent en l'an 720 de la fondation de Rome; d'autres présument qu'elle fut portée sous l'empereur Tibère.

Depuis lors les servitudes urbaines elles-mêmes ne peuvent plus être usucapées, du moins isolément, car lorsqu'un fonds est usucapé, il l'est *cum sua causa*, avec ses dépendances et qualités, par conséquent avec les servitudes qui peuvent lui appartenir. En ce sens on peut toujours dire que les servitudes sont susceptibles d'usucapion. *Hoc jure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint cum ædificiis possint.* (Loi 10, § 1, liv. 41, tit. II, de usurpat.)

Le droit civil ne tenait donc aucun compte de l'exercice prolongé d'une servitude. Mais les jurisconsultes reconnurent une *possessio juris*, une *quasi possessio* dans l'exercice de ces droits, et les édits des préteurs vinrent au secours de ceux qui jouissaient depuis longtemps de certaines servitudes.

Ce tempérament dut être admis particulièrement pour les servitudes urbaines. *Servitutes, quæ in superficie consistunt, possessione retinentur.*

Nam, si forte ex ædibus meis in ædes tuas lignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam ligni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet etsi mœnium in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum projecero : quia in tuo aliquo utor, et sic quasi facto quodam possideo. (Loi 20, D., liv. 8, tit. II.)

Toutefois la jurisprudence prétorienne étendit aussi sa protection aux servitudes rurales. *Scævola respondit, solere eos qui juri dicundo præsumt, tueri ductus aquæ quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur, (Loi 26, D., liv. 39, tit. 3, de aqua.)*

Si quis servitutem jure impositam non habeat, habeat autem velut longæ possessionis prærogativam ex eo quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest. (Loi 5, § 3, liv. 43, tit. 19, de itinere actuque privato.)

Les textes n'indiquent pas au juste combien de temps devait durer cette quasi-possession pour consommer l'acquisition de la servitude; ils renferment tour à tour les expressions : *longa consuetudo, longi temporis consuetudo, usus, vetustas*. Suivant certains auteurs, la possession continuée pendant 10 ou 20 ans était suffisante. D'autres pensent qu'elle devait être immémoriale, sur la foi de la loi 3, § 4, liv. 43, tit. 20 : *Ductus aquæ cujus origo memoriam excessit jure constituti loco habetur.*

Il nous semble que les préteurs durent d'abord s'inspirer dans chaque espèce des circonstances et de la nature de la servitude pour accorder ou refuser l'action utile; mais qu'ils finirent par exiger le même temps que pour l'acquisition de la propriété par la *præscriptio longi temporis*, c'est-à-dire 10 ans entre présents, lorsque les deux intéressés habitaient la même province, et 20 ans dans le cas contraire, entre absents, sans tenir compte de la situation de l'immeuble.

La loi II, au Code, liv. III, tit. 34, dit en effet : *si aquam per possessionem Martialis, eo sciente, duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quæsisisti.*

Pour que la quasi-possession de la servitude soit acquise, deux conditions principales sont requises : *usus et patientia*.

Il faut d'abord que celui qui invoque la protection du préteur ait joui de la servitude, et qu'il en ait joui *pro suo, jure servitutis*.

La loi 23, D., liv. 8, tit. 6, dit en effet : *Servitute usus non videtur, nisi is qui suo jure uti se credit : ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit nec interdictum nec actio utiliter competit.*

Il faut en second lieu la tolérance du propriétaire du fonds prétendu servant; or il ne peut y

avoir tolérance de sa part qu'autant qu'il a connaissance de la prétention de son voisin.

Quant au titre, les auteurs ne sont pas d'accord sur sa nécessité. La plupart distinguent un double mode d'acquisition des servitudes par l'usage. Le premier a lieu, dit-on, comme pour les choses corporelles immobilières, lorsque quelqu'un acquiert une servitude d'une personne qu'il croyait être propriétaire, et en use même à l'insu du véritable maître. Le second est propre aux servitudes; l'acquisition alors s'opère sans que l'on ait besoin de justifier d'un titre; mais il faut avoir usé du droit *nec vi, nec clam, nec precario*, au vu et su du vrai propriétaire de l'héritage prétendu servant. La tolérance de celui-ci pendant le temps voulu tient lieu du juste titre et de la bonne foi.

Il ne nous semble pas que ces deux modes aient existé parallèlement. Nous pensons que le prêteur, pour accorder une action utile confessoire, demandait seulement que les actes de servitude ne fussent ni violents, ni clandestins, ni précaires, mais que le titre émané d'un non propriétaire et la bonne foi au moment de l'appréhension de la possession ne pouvaient tenir lieu de la tolérance du véritable maître. — Celui qui par un usage prolongé et une longue quasi-possession a acquis un droit d'aqueduc n'a pas besoin de représenter le titre d'imposition de la servitude, mais il a une action utile

par laquelle il est admis à faire preuve qu'il a usé du droit en question pendant tant d'années, et que sa jouissance n'a été ni violente, ni clandestine, ni précaire. (Loi 10, pr. D., liv. 8, tit. 5.)

Justinien au contraire ne s'inquiète plus du point de savoir si le véritable propriétaire a eu ou non connaissance du droit que l'on acquérait contre lui; mais il applique à la prescription des servitudes les mêmes conditions que pour la prescription des choses corporelles sous le rapport du titre et de la bonne foi, et complète ainsi l'assimilation déjà commencée quant à la durée de la possession.

Telle est la disposition qui ressort évidemment de la constitution 12, C., liv. 7, tit. 33..... *Nemo posthac dubitet, neque inter præsentes, neque inter absentes, quid statuendum sit, ut bono initio possessionem tenentis, et utriusque partis domicilio requisiti, sit expedita quæstio pro rebus ubicunque positis; nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Eodem observando, etsi res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, veluti ususfructus, et cæteræ servitutes.*

Toutefois, à défaut de juste titre, le possesseur d'une servitude pouvait opposer une *præscriptio triginta annorum* au propriétaire qui avait laissé

passer trente ans sans revendiquer la liberté de son fonds.

Du mode. — Celui qui a joui d'une servitude d'une manière autre que celle qui avait été expressement ou tacitement autorisée par le titre, ne peut par cette jouissance prolongée acquérir une extension de droit. Les lois romaines n'admettent pas que le mode de la servitude puisse être modifié par la prescription, soit en bien, soit en mal. On conserve telle quelle la servitude de passage par exemple, quand on en fait usage, soit qu'on se serve d'un chemin d'une dimension plus large ou plus étroite que celle convenue. Le mode constitue toujours l'usage de la servitude, et cet usage la conserve sans diminution comme sans augmentation d'étendue..... *Is, cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat usus : videamus, ne amiserit servitutem : et alia sit ejus conditio, qui amplius oneris, quam licuit, vexerit : magisque hic plus, quam aliud, egisse videatur : sicuti, latiore itinere usus esset, aut si plura jumenta egerit, quam licuit, aut aquæ admiscuerit aliam. Ideoque in omnibus istis questionibus servitus quidem non amittitur : non autem conceditur plus, quam pactum est in servitute habere.* (Loi 11, pr. D., liv. 8, tit. 6.)

XXIII. — Quasi-tradition.

Dans l'ancien droit, la tradition faite *ex justa causa*, avec volonté et capacité d'aliéner, n'était un moyen de transférer la propriété que pour les *res nec mancipi*. Elle ne pouvait évidemment servir à constituer les servitudes de fonds rustiques qui étaient chose de mancipation ; mais elle ne s'appliquait même pas à celles de fonds urbains, car, au moins à partir de la loi Scribonia, tous les textes nous enseignent que les servitudes, en tant que choses incorporelles, ne sont pas susceptibles de possession, et la tradition n'est que la translation volontaire de la possession. *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est*, nous dit Gaius, Com. 2, § 28.

Lorsqu'une servitude avait fait l'objet d'une vente ou de tout autre contrat, à défaut de la tradition qui n'était pas admise en cette matière, la créance ne se convertissait donc pas en droit réel, et l'acheteur, pour se garantir autant que possible du danger d'être exclu de l'exercice de la servitude par l'aliénation du fonds dominant, devait faire prendre à son vendeur l'engagement de ne pas le troubler, et stipuler une peine en cas de contravention.

Tel était le droit à l'époque où écrivait Labéon,

jurisconsulte contemporain d'Auguste ; mais Javolenus, qui vivait sous Trajan, nous atteste dans ses notes sur Labéon les progrès de la jurisprudence. « Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo jure uti possit : quia nulla ejus modi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. » (Loi 20, D., liv. 8, tit. 1.)

Le droit prétorien admit donc que la tolérance du propriétaire du fonds servant, en présence de l'exercice de la servitude de la part du propriétaire du fonds dominant, tiendrait lieu de tradition. Lorsque l'exercice de la servitude exigeait la confection de quelque ouvrage, la quasi-tradition n'était réputée accomplie que quand il était terminé.

La servitude ainsi constituée n'existait pas en droit civil ; mais les préteurs, qui avaient commencé à la garantir par des interdicts quasi-possessoires, ainsi que nous l'apprend Javolenus, finirent par accorder dans ce cas même une action réelle connue sous le nom de publicienne. — « Si a te emero, ut mihi liceat ex ædibus meis in ædes tuas stillicidium immittere : et postea, tesciente, ex causa emptionis immissum habeam : quæro,

« an ex hac causa, actione quadam, vel excep-
 « tione tuendus sim ? Respondi, utroque auxilio
 « me usurum. » (Loi 16, D., liv. 8, tit. 5.)

« Si de usufructu agatur tradito, Publiciana
 « datur. Itemque servitutibus urbanorum præ-
 « diorum par traditionem constitutis, vel per pa-
 « tientiam, forte si per domum quis suam passus
 « est aquæductum transduci : item rusticorum :
 « nam et hic traditionem, et patientiam tuen-
 « dam constat. » — Loi 11, § 1, liv. 6, tit. 2,
de Publiciana in rem actione.)

Ce système d'acquisition ne resta pas limité au sol provincial pour les besoins duquel il avait été introduit dans la jurisprudence. Les institutions prétoriennes protégèrent au même titre ceux qui, sur le sol italique, s'abstenant des modes solennels du droit civil, s'étaient contentés pour l'établissement d'une servitude, soit de la quasi-tradition du droit, soit d'une réserve faite dans la tradition d'un fonds : *Si quis duas cedes habeat, et alteras tradat potest legem traditioni dicere : ut vel istæ, quæ non traduntur, servæ sint his, quæ traduntur, vel contra : ut traditæ retentis ceditibus serviant..... Idem erit et in prædiis rusticis : nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere, tradendo.* (Loi 6, D., liv. 8, tit. 4.)

Enfin sous Justinien, alors que le droit civil et le droit prétorien sont confondus, de même que

tous les fonds peuvent être aliénés par tradition, de même dans tous les cas la quasi-tradition est admise comme mode d'établissement des servitudes, et elle remplace la *mancipatio* et la *cessio in jure*, qui ont cessé d'être en usage.

XXIV. Pactes et stipulations.

Gaius nous indique les pactes et les stipulations comme un expédient pour constituer sur les fonds provinciaux l'équivalent de servitudes réelles. Voici comment il s'exprime au commentaire II de ses Institutes, § 29 et 31 :

« 29. Jura praediorum urbanorum in jure tantum cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt. »

« 31. Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt; alioquin in provincialibus praediis, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi aedes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiantur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt. »

Théophile nous explique cette accumulation du

pacte et de la stipulation : le pacte intervenait pour régler l'établissement de la servitude, d'après les intentions respectives des contractants; mais comme il ne produisait pas d'action, celle des parties qui consentait la servitude s'engageait en outre par stipulation, c'est-à-dire par une promesse faite en termes solennels et civilement obligatoire, à payer une somme déterminée, pour le cas où elle n'observerait pas la convention.

Ce qui, dans l'ancien droit, s'appliquait aux fonds situés hors de l'Italie, s'applique, dans le droit de Justinien, à tous les immeubles, en quelque lieu qu'ils se trouvent. La *mancipatio* et la *cessio in jure* étant alors abolies, l'Empereur généralise le mode d'établissement usité avant lui pour les fonds provinciaux : « Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. » (Inst., liv. 2, tit. 3, par. 4.)

Quel était l'effet de ces pactes et de ces stipulations? Engendraient-ils simplement une relation de personne à personne, un droit d'obligation, une créance, ou avaient-ils pour résultat immédiat la création d'un droit réel, absolu?

La question présente un intérêt pratique considérable. Et, en effet, si nous admettons la première solution, les successeurs à titre particulier : l'acheteur, le donataire ou autres, n'étant point

tenus⁹ des obligations de leur auteur, pourront s'opposer à l'exercice de la servitude, si leur propre contrat ne contient aucune clause qui y soit relative; le stipulant n'aura pas contre eux d'action réelle, sa seule ressource sera de se faire indemniser par celui avec qui il a traité.

Que nous envisagions la question, soit après les réformes de Justinien, soit antérieurement sous la jurisprudence prétorienne, la doctrine, d'après laquelle les pactes et les stipulations seraient un moyen direct et immédiat de constituer le droit réel de servitude, nous semble contraire aux principes de la législation romaine, qui distingue avec un soin tout particulier le domaine des droits de créance et celui des droits réels.

Plusieurs textes nous prouvent que les conventions et les obligations qu'elles font naître sont insuffisantes pour opérer le transport de la propriété ou de quelqu'un de ses démembrements :

« Traditionibus et usucapionibus dominia rerum,
 « non nudis pactis transferuntur. » (Loi 20, C.,
 liv. II, tit. III.) « Obligationum substantia non in
 « eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut ser-
 « vitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obs-
 « tringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel
 « præstandum . » (Loi 3, pr. D., liv. 44, tit. 7.)

D'autres passages des Pandectes font ressortir la différence qui existe précisément entre la stipula.

tion et la constitution d'une servitude. Si le stipulant, après la convention faite, mais avant le droit réel constitué, aliène son fonds ou une part indivise de ce fonds, la stipulation devient sans effet, parce que la servitude ne peut être acquise, ni par un non-propriétaire, ni pour une part indivise.

Au contraire, l'aliénation totale, ou pour une part indivise du fonds dominant, après la constitution de la servitude, ne porte pas atteinte à celle-ci. (Loi 11, liv. 8, tit. 1; loi 30, § 1, tit. 2.)

Il est vrai que pour l'hypothèque le prêteur accorde une action réelle utile en vertu d'un simple pacte; mais ce *jus in re* nous est toujours signalé comme exceptionnel. Quant à l'argument de texte tiré du mot *constituere*, qui se trouve dans Gaius et dans les Institutes, il est encore moins décisif, puisque Gaius lui-même emploie cette expression pour exprimer l'effet d'un legs *per damnationem* qui ne produisait certainement qu'une créance au profit du légataire : « Omnium prædiorum, jure
• legati potest constitui ususfructus, ut heres ju-
• beatur dare alicui usumfructum. Dare autem
• intelligitur, si induxerit in fundum legatarium,
• eumve patiatur uti frui. Et sine testamento si
• quis velit usumfructum constituere, pactionibus

« et stipulationibus id efficere potest. » (Loi 3, pr. D., liv. 7, tit. 1.)

La lettre des Institutes ne mentionne à la vérité que les pactes et les stipulations; mais il n'y a pas lieu d'en conclure que la quasi tradition soit exclue de la constitution des servitudes; car, à l'inverse, lorsqu'on énonce que la propriété ou la servitude s'acquiert par la tradition, on ne prétend pas non plus supprimer la juste cause d'acquisition qui a dû précéder : « Nunquam nuda traditio transfert dominium : sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. » (Loi 31, D., liv. 41, tit. 1.)

Les pactes et les stipulations, comme la vente et tous autres contrats, ne créent que des obligations et des actions personnelles. C'est la quasi-tradition, faite en exécution de la convention précédente, qui seule constitue le droit réel et donne au concessionnaire une action contre tout détenteur du fonds assujetti. La nécessité de la quasi-tradition nous est attestée par de nombreux textes du Digeste, et par les moyens que le préteur employait pour protéger la servitude; les interdits quasi-possessoires, et l'action publicienne sont en effet des institutions qui supposent toutes deux qu'il y a quasi-possession. Mais ici une difficulté s'élève pour les servitudes négatives. Les servitudes qui consistent simplement en ce que le propriétaire

d'un fonds s'est interdit de faire quelque acte fermé dans son droit de propriété, sont en général considérées comme n'étant par leur nature, susceptibles, ni de quasi-tradition, ni de quasi-possession. Partant de ce principe, les auteurs qui soutiennent que les pactes et les stipulations établissent les servitudes en tant que droits réels. On remarque que s'il n'en était ainsi, il ne serait pas possible à l'époque de Justinien, après la suppression de la *mancipatio* et de la *cessio in jure*, de constituer entre vifs des servitudes négatives. Les partisans de l'opinion adverse ont répondu de différentes manières à cette objection. Les uns ont prétendu que la *cessio in jure* avait été maintenue pour la constitution des servitudes négatives; d'autres qu'il y avait dans ce cas une *inductio in fundum*. On a aussi imaginé de dire que le propriétaire du fonds servant simulait un acte contraire à la servitude, et que de la réclamation du propriétaire du fonds dominant résultaient la quasi-tradition et le droit réel.

Ne peut-on pas aller plus loin et soutenir que celui à qui une servitude négative, telle que celle de ne pas bâtir, a été concédée, est en possession du droit, par cela seul que le propriétaire asservi ne bâtit pas sur son terrain? La jouissance consiste ici dans ce fait, que la situation respective des hé-

ritages est conforme au titre, et la tradition est effectuée, dès qu'il y a possibilité actuelle d'user de la servitude.

SECONDE PARTIE.

DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES RÉELLES EN DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DES SERVITUDES RÉELLES.

1. — Origine et importance des servitudes réelles.

Les servitudes sont aussi anciennes que la propriété. Lalaure, dans son savant traité nous donne l'explication suivante de leur origine : Dès que les hommes, comprenant les avantages de la culture et de la propriété, commencèrent à vivre en société, et formèrent des établissements durables, les chefs de tribu, pour conserver une juste égalité dans le partage des terres, accordèrent à ceux dont le terrain était privé d'eau la faculté de venir en puiser dans le terrain voisin plus favorisé de la nature, d'y faire abreuver leurs bestiaux, ou encore d'y passer. Ces différentes servitudes, que la néces-

sité commune avait fait imposer sur certains héritages dans le premier établissement par autorité publique, fournirent aux particuliers l'idée d'en constituer d'autres pour leur commodité privée; de manière que les servitudes, qui n'avaient d'abord été établies qu'en faveur du bien public, tombèrent dans le commerce particulier.

« Les servitudes, dit le tribun Albisson dans son rapport sur la loi relative à cette matière, sont d'une importance majeure dans la législation civile; elles tiennent doublement au droit de propriété qu'elles modifient et atténuent en quelque sorte dans le fonds assujetti, tandis qu'elles l'améliorent dans celui auquel le service est dû. A ce titre seul, qu'elles rattachent à cette base fondamentale de l'ordre social, elles auraient éminemment droit à l'attention et à la sollicitude du législateur, quand elles ne les réclameraient pas sous d'autres rapports bien intéressants. »

Les besoins de l'agriculture et de l'industrie, ainsi que la commodité de toutes les relations de voisinage, réclament l'établissement des servitudes réelles; et les propriétaires, en vertu du droit absolu qui leur appartient de disposer de leur chose, peuvent constituer toutes celles que bon leur semble, pourvu qu'elles ne soient pas prohibées par la loi (art. 844 et 686 C. N.). Il s'ensuit que le

nombre en est aussi varié que peuvent l'être les intérêts ou les simples convenances des parties.

II. Définition des servitudes réelles.

Le Code Napoléon définit ainsi les servitudes réelles : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire (article 203). » — Cet article envisage la servitude au point de vue passif, par rapport au fonds qui la doit. Mais, au contraire, relativement au fonds à qui elle est due, elle nous apparaît comme un droit réel, en vertu duquel un propriétaire peut faire sur le fonds de son voisin quelque acte qui, autrement, lui serait interdit ou empêcher celui-ci de faire sur son propre fonds quelque acte qu'il pourrait faire sans cela. C'est dans ce second sens que la considéraient le plus ordinairement les Romains, et que la prend encore l'art. 526 du Code, qui la met au nombre des immeubles par l'objet auquel elle s'applique.

Les servitudes en elles-mêmes ne peuvent, à la vérité, être classées ni dans les meubles, ni dans les immeubles. Ce sont des choses incorporelles; mais comme elles ne sont, au point de vue passif, que des charges qui diminuent la valeur du fonds grevé, et, au point de vue actif, que des accessoires du fonds pour l'utilité duquel elles sont

constituées, on les a considérées comme étant de la même nature que les immeubles. Ce sont, d'après Pothier, des *appartenances* et des *dépendances* des héritages, qui ne peuvent subsister en dehors de leur union avec eux. Ainsi elles ne peuvent être ni vendues, ni louées, ni hypothéquées isolément. La translation d'une servitude sur un autre fonds ne pourrait être que l'extinction de celle servitude et la constitution d'une nouvelle. Celui qui vend un fonds auquel une servitude est due, ne pourrait se réserver cette servitude. Mais aussi les servitudes suivent, même en l'absence de toute stipulation, l'héritage servant ou dominant, dans quelques mains qu'il passe. Leur objet est en effet d'attribuer au fonds auquel elles appartiennent un droit qui frappe le fonds grevé, indépendamment de toute obligation personnelle. On comprend dès lors que les mutations de propriétaires n'apportent aucun changement aux rapports réciproques des deux fonds.

Celui qui acquiert un fonds auquel une servitude est due peut l'exercer, quoique son contrat garde le silence à cet égard; et, d'autre part, le nouveau propriétaire d'un héritage grevé d'une servitude en est tenu envers celui à qui la concession a été faite, lors même qu'il aurait acheté sans charge, sauf son recours contre son vendeur : les

fonds se transmettent avec leurs qualités bonnes ou mauvaises.

La servitude, conférant un droit réel sur le fonds grevé et non une simple créance contre la personne, le refus d'en souffrir l'exercice ne se résoudrait pas simplement en dommages-intérêts : le propriétaire du fonds dominant, après avoir fait reconnaître son droit en justice, pourrait employer les moyens autorisés par les articles 1143, 1144, et 1610 pour s'en procurer la jouissance effective.

III. — Une servitude ne peut être établie que sur un fonds.

Une servitude ne peut être établie qu'entre deux héritages; elle ne peut pas être imposée à la personne au profit d'un fonds. Cette disposition de la loi contenue dans l'article 686 ne prohibe pas indistinctement toute obligation qu'une personne contracterait envers le propriétaire d'un fonds. L'article 1710 du Code, qui déclare spécialement que : « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles, » autoriserait sans doute la convention en vertu de laquelle un propriétaire s'engagerait à labourer, à faucher, à arroser pendant un certain temps l'héritage d'un autre. Mais bien qu'une telle disposition soit profitable au fonds, on ne pourrait lui imprimer le caractère d'un service

foncier, et en faire une charge réelle, qui, sans qu'il fût besoin de l'exprimer, passerait à tout possesseur du fonds; elle ne constitue qu'une obligation personnelle de faire, effet ordinaire des contrats (article 1793.)

La pensée du législateur a été de proscrire les conventions contraires à l'indépendance des personnes, qui, sous prétexte de servitude, auraient ressuscité certains droits féodaux; il a ainsi défendu de stipuler que le propriétaire de tel héritage serait tenu, en cette seule qualité, de fournir certains services pour l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

IV. — Au point de vue passif la servitude est négative, sauf convention contraire.

La servitude doit donc simplement consister, de la part du propriétaire du fonds servant, soit à s'abstenir sur son fonds d'un acte qu'il aurait naturellement droit d'y faire, soit à tolérer que le propriétaire d'un fonds voisin y exerce un droit quelconque.

L'héritage se trouvant seul assujetti, et celui à qui il appartient n'étant pas obligé à agir directement, c'est évidemment à l'autre propriétaire à exécuter les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude. Nous allons voir toutefois que l'obligation de faire ces travaux peut être ajoutée à la

servitudo sans en changer le caractère : « Les ouvrages nécessaires pour user de la servitude ou pour la conserver, » dit en effet l'article 698, « sont aux frais du propriétaire du fonds dominant, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire. »

Les Romains n'admettaient qu'une seule exception au principe que le propriétaire du fonds servant ne peut être assujetti à des services personnels; mais cette exception résultait de plein droit de la servitude *oneris ferendi*. Chez nous il est permis, en règle générale, de mettre aux frais du propriétaire du fonds servant les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude; mais nous ne pensons pas que cette obligation ait jamais lieu de plein droit, et qu'il y ait encore aujourd'hui dans la servitude *oneris ferendi* tacite convention que celui qui la doit entretiendra le mur à ses dépens.

La servitude elle-même, le fait principal dans lequel elle consiste, ne peut jamais être imposée à la personne. Les travaux d'établissement et d'entretien sont seuls susceptibles d'être mis à la charge du propriétaire du fonds assujetti; mais cette obligation, lorsqu'elle existe, constituant un accessoire, une modalité, une partie de la servitude, est imposée comme elle au fonds lui-même, et comme elle, doit revêtir le caractère de charge

réelle. Nous ne saurions adopter l'opinion de quelques auteurs qui soutiennent qu'elle ne se transmet pas passivement comme la servitude même à tous les possesseurs de l'héritage servant.

Il résulte en effet positivement de l'art. 699, que l'obligation n'est pas *in personam*, puisque celui-là même, qui a consenti la servitude, peut, comme le pourrait un tiers acquéreur, se libérer de la charge de faire les travaux en abandonnant le fonds assujetti, c'est-à-dire le fonds entier, si la servitude s'exerce sur tout le fonds, sinon, la partie seule sur laquelle elle s'exerce. S'il s'agissait d'un simple engagement personnel, cet engagement passerait du contractant à son héritier et non au tiers acquéreur. Il y aurait donc des cas où celui qui devrait pourvoir aux travaux stipulés n'aurait pas la propriété du fonds, ce qui serait évidemment contraire à l'intention du législateur, qui veut que la personne grevée des travaux puisse toujours s'en affranchir par l'abandon du fonds.

Si nous supposons que l'acte d'établissement, ou un acte postérieur, ait imposé au propriétaire du fonds assujetti la charge d'un fait quelconque autre que celui de supporter les frais des ouvrages nécessaires pour user de la servitude et pour la conserver, nous ne nous trouvons plus dans l'hypothèse en vue de laquelle l'article 698 a admis une dérogation aux principes ; nous sommes en

présence d'un engagement personnel. Nous pouvons dire alors avec raison qu'il ne se transmet pas de plein droit avec la propriété du fonds, mais aussi qu'il subsiste après comme avant l'aliénation, dans la personne de celui qui l'a contracté.

V. Une servitude ne peut être établie qu'au profit d'un fonds.

Aux termes exprès de l'article 686, on ne peut constituer, avec les effets des servitudes réelles, des services qui seraient exclusivement en faveur des personnes. On ne peut stipuler ou disposer que tel fonds sera grevé, *in perpetuum*, d'une charge qui n'a pas pour objet l'utilité d'un autre héritage, mais l'utilité purement individuelle de la personne ; il n'y a pas servitude réelle, quand le droit est concédé à une personne qui n'est pas propriétaire d'un fonds : ainsi, chaque fois que la convention ne suppose pas l'existence d'un immeuble dont le produit, la commodité, l'agrément soient augmentés par l'effet de la charge imposée sur le fonds d'autrui, cette charge n'a pas le caractère de servitude réelle. Le droit de faire cuire de la chaux, celui de prendre du sable dans un fonds constituent d'ordinaire des servitudes prédiales ; mais si le fonds dominant n'a pas besoin de ces matières, et si le propriétaire en fait profit, ce sont de simples droits personnels. De même

nous ne pouvons pas reconnaître pour servitudes réelles les droits de chasse et de pêche. Ces sortes de droits ont pour objet principal, non pas l'utilité ou l'agrément du fonds considéré en lui-même, mais l'agrément de la personne, ils n'améliorent pas la condition du fonds. Au contraire, malgré l'autorité de la loi 8, D., liv. 8, tit. I, il nous semble que, sous l'empire du Code, on pourrait acquérir comme servitude prédiiale le droit de se promener dans le fonds du voisin. Il y a, en effet, dans une telle convention une utilité réelle pour la maison qui en acquiert une valeur plus grande, et devient d'une habitation plus agréable. Nous n'apercevons pas la raison qui ferait refuser à une telle convention le caractère d'une servitude, lorsque tous les auteurs l'accordent à un droit de prospect.

Si l'avantage que l'on a voulu procurer existe au profit d'une personne considérée en elle-même, cette disposition, nous l'avons vu, ne peut constituer une servitude réelle, mais elle n'est pas pour cela illicite. Les servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage et l'habitation, sont précisément des charges imposées sur un fonds, et attachées à la personne pour l'utilité de laquelle elles ont été constituées.

La volonté des parties peut attribuer à une servitude ordinairement réelle le caractère de servi-

tude personnelle; mais, à notre avis, il faut que cette volonté résulte véritablement des termes de l'acte. Lorsqu'un droit de passage, par exemple, a été stipulé sans condition, il y a certainement lieu de présumer que les parties n'ont pas entendu limiter l'effet de leur convention à leur personne (Cassation, 7 février 1825). Cependant, d'après quelques auteurs, dans le doute il faut décider que le droit n'est stipulé qu'au profit de la personne, et c'est la décision la plus favorable à la liberté des héritages qui doit prévaloir.

VI. La servitude doit procurer un avantage.

Il n'est pas permis de déroger inutilement à l'état normal de la propriété, et d'établir une servitude s'il ne doit pas en résulter un avantage appréciable et permanent. Une prétendue servitude, qui ne rendrait le fonds dominant ni plus fertile, ni plus commode, qui n'aurait pour lui aucun intérêt, serait nulle. Ainsi la stipulation par laquelle on obligerait quelqu'un à ne faire aucun usage de sa propre chose, ne serait pas une servitude, à moins qu'elle n'eût pour objet l'avantage réel d'un autre fonds. Si deux héritages sont séparés par une montagne qui ne permette pas à la vue de s'étendre de l'un à l'autre, l'un des propriétaires n'ayant aucun avantage à ce que l'autre

ne bâtit pas sur son fonds, on n'exhausse pas ses constructions, une pareille servitude ne peut exister entre les deux fonds. Lorsque par un événement postérieur à sa constitution, la servitude devient sans objet, le propriétaire du fonds dominant ne peut en réclamer le maintien. C'est ce qui aurait lieu si le fonds grevé de la servitude *altius non tollendi* était séparé du fonds dominant par une maison intermédiaire dont l'exhaussement rendrait la servitude inutile.

Mais il faut que l'absence d'intérêt soit évidente; car l'utilité dont parle l'art. 637 doit être entendue d'une manière fort large : un simple agrément suffirait. Il se peut aussi que l'utilité ne soit qu'éventuelle : tel est le cas d'une servitude stipulée au profit d'un immeuble qui n'est pas encore construit.

Il est clair que l'héritage dominant et l'héritage servant doivent être assez rapprochés l'un de l'autre pour que le premier soit à portée de retirer utilité ou agrément de la servitude. Ce rapport de voisinage varie suivant les différentes espèces de servitudes. Souvent il faut que les deux fonds soient contigus, par exemple si la servitude consiste dans le droit qu'a le propriétaire d'appuyer sa poutre sur le mur de son voisin; mais quelquefois aussi la distance peut être assez considérable

entre les deux fonds, s'il s'agit de servitudes de passage, d'aqueduc ou de *prospect*.

VII. La servitude ne peut exister que sur la chose d'autrui

Pour qu'une servitude prédiale puisse être établie, il faut nécessairement qu'il y ait deux héritages : celui qui devra la servitude, et celui auquel elle sera due. Il faut encore que ces deux héritages appartiennent à des maîtres différents. Le droit de propriété renfermant, en effet, la jouissance la plus étendue de la chose qui en est l'objet, il s'ensuit qu'un propriétaire ne peut avoir sur sa chose un droit de servitude, un démembrement du domaine qui lui appartient en entier. L'art. 657 n'a fait que reproduire sur ce point la règle romaine : *Nemini res sua servit*.

Ainsi, lorsque le maître de deux fonds a établi sur l'un d'eux un passage pour l'exploitation de l'autre, cette disposition n'a pas le caractère d'une servitude tant que les fonds restent réunis dans la même main. Mais, en sens inverse, dès que deux fonds, entre lesquels une servitude existait, viennent à appartenir au même maître, la servitude s'éteint, (article 703). Toutefois la copropriété dans une chose ne suffit pas pour exclure l'existence simultanée de droits de servitude sur cette même chose, en faveur de l'un des copropriétaires.

L'article 637 n'empêche pas que l'on ne puisse acquérir, au profit d'un héritage dont on est propriétaire unique, une servitude sur un héritage dont on est copropriétaire par indivis, et réciproquement les copropriétaires d'un héritage indivis peuvent avoir des servitudes sur un héritage appartenant exclusivement à l'un d'eux. Les droits individuels de chacun des copropriétaires sur ce qui leur appartient en propre, sont en effet distincts de leurs droits communs dans l'objet dont ils ont la copropriété. Et lors même que tous les copropriétaires du fonds indivis auquel est due la servitude achèteraient en commun le fonds qui la doit, il n'y aurait encore confusion absolue que si les parts de chacun étaient les mêmes dans l'un et l'autre fonds.

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

L'intention du législateur, en énonçant dans l'article 638 ce principe qui est évident, et sur lequel aucun doute ne s'élève dans les lois romaines, a été d'éloigner tout souvenir et toute tentative de restauration du régime de la féodalité. La première Assemblée constituante, par un décret du 4 août 1789, avait détruit entièrement le régime féodal, et la loi des 28 septembre, 6 octobre 1791, titre 1,

article 1, portait : « Le territoire de la France, « dans toute son étendue, est libre comme les per- « sonnes qui l'habitent; ainsi, toute propriété terri- « toriale ne peut être sujette envers les particuliers « qu'aux redevances et aux charges, dont la con- « vention n'est pas défendue par la loi..... »

L'orateur du gouvernement, présentant au Corps législatif le titre des servitudes, a soin de rappeler « qu'il ne s'agit point ici de ces préémi- « nences d'un fonds sur l'autre qui prirent nais- « sance dans le régime à jamais aboli des fiefs; » et le tribun Albisson dans son rapport sur le même titre, fait remarquer également que l'article 638 actuel « a achevé la définition de la servitude, en « prévenant toute arrière-pensée qui pourrait se « porter sur cette désastreuse hiérarchie foncière « qui a déshonoré la législation française jusqu'à « la nuit du 4 août 1789. »

C'est par suite de la même préoccupation que les rédacteurs du Code ont évité d'employer les expressions : *héritage dominant* et *héritage servant*, consacrées par les jurisconsultes, qu'ils ont ajouté au mot *servitudes* la qualification de *services fonciers*, et qu'ils ont pris soin de répéter, dans l'article 686, que les servitudes ne peuvent être imposées ni à la personne ni en faveur de la personne.

IX. — Les servitudes doivent n'être pas contraires à l'ordre public.

A bien plus forte raison, le législateur aurait-il pu se dispenser de rappeler que les servitudes doivent ne pas être contraires à l'ordre public. Cette règle n'a en effet rien de spécial à la matière que nous traitons. L'article 6 du titre préliminaire disait déjà : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; » et nous trouvons des dispositions analogues dans la matière des donations entre vifs et des testaments, ainsi que dans celle des contrats (articles 900 et 1133.)

En conséquence, on ne saurait considérer comme valable la servitude qui consisterait à affranchir un propriétaire de certaines des obligations énumérées dans l'art. 674. Même avec le consentement de son voisin, un propriétaire ne pourrait adosser une cheminée, une forge ou un fourneau près d'un mur mitoyen ou non, sans faire les ouvrages prescrits par les règlements et usages pour ces sortes de constructions; les précautions exigées ici par la loi sont évidemment prescrites dans un intérêt de sécurité publique. Mais lorsque la loi n'a eu en vue que l'intérêt des particuliers, ceux-ci peuvent renoncer au bénéfice

introduit en leur faveur : c'est ainsi que les conventions expresses ou présumées des parties, peuvent apporter des dérogations ou des modifications au droit commun de la propriété tel qu'il est réglementé par le Code dans les chapitres 1 et 2 du titre 4, du liv. II, intitulés : 1° *des servitudes dérivant de la situation des lieux* ; 2° *des servitudes établies par la loi*.

X. De l'indivisibilité des servitudes.

La plupart des auteurs considèrent l'indivisibilité comme un caractère essentiel des servitudes ; et, bien que ce principe ne soit énoncé dans aucun texte, ils déclarent que les articles 700, 709 et 710 le supposent, et n'en sont que des applications.

Ces articles sont ainsi conçus :

700. — « Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujéti soit aggravée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit. »

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. »

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. »

Il nous semble cependant que toutes les servitudes ne sont pas indivisibles, et que les articles ci-dessus s'expliquent naturellement, sans que nous ayons besoin d'invoquer ce caractère d'indivisibilité.

La servitude étant due par un fonds à un fonds, sans considération de la personne des propriétaires, il est naturel que la division, soit du fonds dominant, soit du fonds servant, ne change rien aux droits et aux devoirs que la servitude établit entre eux, (article 700). D'autre part les articles 709 et 710 s'occupent tous deux du cas où la propriété est indivise. Or, dans le cas d'indivision, chacun des communistes a un droit qui frappe sur toutes les parties du fonds, comme sur le fonds entier. Il s'ensuit que les actes utiles qu'il accomplit profitent non pas à telle ou telle partie du fonds, mais à tout le fonds, comme s'ils étaient faits par les divers copropriétaires réunis. Les droits de chacun étant égaux, et se trouvant ainsi mêlés et confondus sur chacune des portions du fonds dominant, il est impossible de comprendre comment la servitude, qui est une qualité du fonds, pourrait être conservée pour les uns et perdue pour les autres.

Quand un seul des copropriétaires a joui de la

servitude, ou se trouve dans la catégorie des personnes contre lesquelles la prescription n'a pu courir, (article 2282,) le droit se trouve conservé au profit du fonds, et dès lors au profit de tous les copropriétaires. Chaque communiste conserve le droit des autres en conservant le sien. On peut dire encore qu'il en est des communistes, comme des associés, qui sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer les uns pour les autres, (article 1839,) et que quand un seul a joui de la servitude, il a exercé le droit au nom de tous.

Par suite des mêmes règles, chacun des copropriétaires de l'héritage dominant a qualité pour exercer seul l'action en reconnaissance de la servitude, et à l'inverse, l'action peut être intentée pour le tout contre chacun des copropriétaires du fonds assujetti.

Lors au contraire que l'indivision a cessé, chaque propriétaire a désormais un droit distinct qu'il doit conserver par ses actes ou par sa qualité propre, et la servitude devient susceptible d'être perdue séparément pour l'une ou l'autre des portions.

Si c'est le fonds assujetti qui est divisé, et que la servitude cesse d'être exercée sur telle ou telle portion pendant le temps déterminé par la prescription, cette portion est affranchie.

L'action pour le tout cesse également dès que les fonds sont partagés.

Enfin la servitude peut être restreinte par la prescription au détriment de celui qui ayant droit de puiser tant de tonneaux d'eau, n'en a puisé pendant trente ans qu'une quantité moindre.

Nous ne voulons pas dire toutefois que les servitudes ne sont jamais indivisibles; elles peuvent l'être ou ne pas l'être, suivant que les faits qui les constituent sont divisibles ou non. Il est évident, par exemple, qu'un héritage ne peut avoir pour partie, sur l'héritage voisin, un droit de passage, et qu'un héritage ne peut être grevé pour partie de cette charge; car l'utilité que procure un droit de passage n'est pas susceptible de partie.

Nous reconnaissons également que si on envisage les servitudes dans le droit qu'elles établissent, elles sont toutes indivisibles.

XI. De la perpétuité de la durée, et de la cause.

Chez les Romains, les servitudes devaient être perpétuelles; elles ne pouvaient, du moins dans les principes rigoureux du droit civil, s'établir ni sous condition, ni pour commencer ou pour finir à telle époque.

Il n'est pas douteux que ces diverses modalités ne soient parfaitement légales chez nous, et que la

servitude s'éteigne de plein droit à l'arrivée du terme ou de l'événement prévu. La perpétuité de la durée n'est donc plus de l'essence des servitudes. Sans doute ces droits, étant des qualités inséparables des fonds, sont constitués d'ordinaire pour durer autant que la propriété; mais la loi n'a pas prohibé les servitudes temporaires, et, d'après les principes généraux de la matière, *il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble.*

Rien n'indique non plus, dans notre législation, que les servitudes doivent avoir une cause perpétuelle, ainsi que l'exigeait le droit romain.

CHAPITRE II.

DES DIVISIONS DES SERVITUDES RÉELLES.

XII. Servitudes positives et servitudes négatives.

Toutes les servitudes, en les considérant relativement au propriétaire du fonds servant, sont négatives, en ce sens qu'elles n'obligent pas ce propriétaire à faire quelque chose; mais, en les considérant relativement à leur objet, on a été amené à appeler négatives celles dont le seul effet est d'interdire au propriétaire du fonds servant certains actes de propriété qu'il aurait naturellement

le droit de faire, sans que d'ailleurs le propriétaire du fonds dominant puisse exercer lui-même aucun acte matériel sur le fonds servant. Telle est la servitude de ne pas bâtir.

Les servitudes sont positives, au contraire, lorsqu'elles autorisent le propriétaire du fonds dominant à agir sur le fonds servant, et imposent ainsi au propriétaire de ce fonds l'obligation de souffrir et de tolérer : telles sont les servitudes de passage et d'aqueduc.

Dans notre ancien droit cette division n'était pas sans intérêt. Le temps pour acquérir les servitudes affirmatives comptait du jour qu'on en avait usé. Mais pour les négatives la prescription ne commençait qu'après contradiction, c'est-à-dire à partir de la défense faite par celui qui prétendait avoir le droit d'empêcher son voisin d'exercer telle ou telle faculté, par exemple de bâtir sur son fonds.

Les premières s'éteignaient par une simple cessation d'usage, pendant le temps requis; les secondes ne se perdaient que par un changement d'état des lieux qui anéantissait la servitude.

Le Code s'est attaché à d'autres caractères pour régler l'acquisition et l'extinction des servitudes par prescription, et il n'a pas rappelé une division qui n'a plus d'importance par elle-même. Si nous remarquons en effet que les servitudes négatives

ne peuvent jamais s'acquérir par prescription, cela tient à ce qu'elles sont toutes non apparentes, et que les servitudes de cette espèce ne peuvent s'acquérir que par titre.

Celui qui prétendrait avoir acquis par prescription une servitude négative ne pourrait justifier de sa prétention, car il n'a rien possédé sur le fonds du voisin. Celui-ci, en s'abstenant de faire telle ou telle chose, de bâtir par exemple sur son fonds, n'a fait qu'user d'une pure faculté, ce qui est exclusif de toute prescription aux termes de l'article 2232 :

« Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder, ni possession, ni prescription. »

Il en serait ainsi aujourd'hui, encore qu'il s'écoulât plus de trente ans depuis la sommation qui lui serait faite de ne pas bâtir, car cette sommation ne serait pas un titre, et une telle servitude ne peut s'établir que par titre.

XIII. — Servitudes urbaines et servitudes rurales.

La division des servitudes réelles en servitudes de fonds urbains et servitudes de fonds ruraux, était fondamentale en droit romain; elle avait aussi une grande importance dans quelques unes de nos anciennes provinces. C'est cette division qu'a voulu reproduire l'article 687 du Code : « Les servitu-

« des sont établies ou pour l'usage des bâtiments,
 « ou pour celui des fonds de terre. Celles de la
 « première espèce s'appellent urbaines, soit que
 « les bâtiments auxquels elles sont dues, soient
 « situés à la ville ou à la campagne. Celles de la
 « seconde espèce se nomment rurales. »

Le législateur, suivant en ce point la doctrine de presque tous les commentateurs du droit romain, fait dépendre le caractère de la servitude de celui du fonds dominant. Nous avons essayé de démontrer dans notre première partie, que ce n'était point là précisément la division romaine, et que la même servitude ne devenait point urbaine ou rurale, selon qu'elle était due à un fonds de terre ou à un bâtiment.

Quoi qu'il en soit, on a dit avec raison que cette division des servitudes ne figurait dans le Code que pour l'honneur des traditions; elle n'a plus aucune influence sur la manière de les acquérir, d'en user ou de les perdre. Si la plupart des servitudes urbaines, sont susceptibles de s'acquérir par prescription comme par titre, c'est uniquement parce qu'elles sont à la fois continues et apparentes, et c'est parcequ'elles sont en général discontinues et non apparentes, que les servitudes rurales ne peuvent pas s'acquérir de cette manière.

XIV. Servitudes continues et servitudes discontinues.

Art. 688. — « Les servitudes sont ou continues, « ou discontinues. Les servitudes continues sont « celles dont l'usage est ou peut être continu, « sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : « tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues « et autres de cette espèce. Les servitudes dis- « continues sont celles qui ont besoin du fait « actuel de l'homme pour être exercées : tels sont « les droits de passage, puisage, pacage et autres « semblables. »

Les jurisconsultes romains n'avaient fait qu'en-
trevoir cette distinction; et ils l'avaient rapportée
à la division générale, établie par eux, entre les
servitudes de fonds urbains et les servitudes de
fonds ruraux. Ce sont les interprètes du droit ro-
main qui ont cru la trouver dans ce droit; et qui
l'ont en réalité inventée eux-mêmes pour concilier
les lois diverses.

Nos anciens auteurs distinguaient la servitude
quasi continue de la servitude continue. De cette
dernière, on disait qu'elle était *semper in usu actuali-
ter et potentialiter*, c'est-à-dire que non seulement
l'usage en pouvait être continu, mais qu'il l'était
en réalité, comme dans les servitudes d'aqueduc
ou de ne pas bâtir. La servitude quasi-continue
était celle dont le fonds subsistait toujours, mais

dont l'usage cessait par intervalles comme celle d'égout. Sans doute il ne pleut pas perpétuellement, mais la gouttière une fois posée est toujours prête à recueillir l'eau, et la servitude s'exerce sans le fait de l'homme, dès que tombe la pluie; l'ouvrage destiné à l'exercice de la servitude est permanent, bien qu'il ne fonctionne pas toujours. Cette distinction était à la vérité de pure théorie, et l'on rangeait les servitudes quasi-continues dans la classe des servitudes continues. L'article 688 a confondu ces deux espèces de servitudes, en déclarant que la servitude continue, est celle dont l'usage *est ou peut être continu*, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme. La continuité résulte donc, d'après le Code, de l'état même des lieux, la servitude n'a pas besoin d'être exercée à chaque instant; il suffit qu'elle puisse l'être sans le fait de l'homme. Une servitude de prise d'eau pour l'irrigation est considérée comme continue, encore que l'on soit obligé de lever une vanne chaque fois que l'on veut recevoir de l'eau, parceque, l'obstacle une fois levé, l'eau coule d'elle-même. Le fait de l'homme dans ce cas ne constitue pas l'exercice de la servitude; il ne fait que le préparer. A plus forte raison, la servitude ne perd-elle pas son caractère de continuité, lorsqu'elle a besoin du fait de l'homme, pour être établie dans le principe.

Nous avons déjà remarqué que les servitudes négatives, qui consistent uniquement dans le droit d'empêcher d'agir le propriétaire du fonds servant sont toutes non apparentes; elles sont aussi continues, puisqu'elles ne nécessitent pas le fait de l'homme pour être exercées.

XV. Importance de cette division.

Cette division a une importance considérable; avec la suivante, elle forme la base de toute la théorie du législateur sur les modes d'acquisition et d'extinction des servitudes, et sur les actions auxquelles elles peuvent donner lieu.

Les servitudes continues, lorsqu'elles sont en même temps apparentes, peuvent s'acquérir par la prescription, c'est-à-dire par la possession continuée pendant un certain temps; et comme la possession à l'effet d'engendrer les actions possessoires, doit réunir précisément les mêmes conditions que celle à l'effet d'acquérir par prescription, elles peuvent aussi être l'objet de ces actions, c'est-à-dire que celui qui les a exercées paisiblement, publiquement, et à titre non précaire pendant plus d'un an, doit être maintenu dans sa jouissance, s'il agit dans l'année du trouble, aux termes de l'article 23 du Code de procédure.

Les servitudes discontinues, au contraire ne

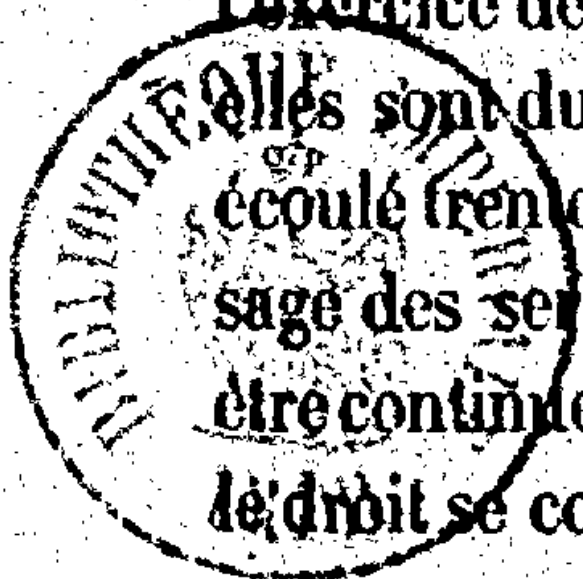
peuvent s'acquérir par la prescription, et par une conséquence toute naturelle ne sont point protégées par les actions possessoires quand elles s'exercent sans titre.

D'après plusieurs auteurs, la destination du père de famille ne peut jamais constituer que des servitudes continues ; mais nous pensons que, sous une certaine condition, elle peut également s'appliquer aux servitudes discontinues. (Article 694.)

Enfin le législateur tient encore compte de la continuité ou de la discontinuité de la servitude pour déterminer le point de départ du non usage qui doit éteindre le droit.

L'article 706 déclare que toute servitude est éteinte par le non-usage pendant 30 ans, et l'article 707 ajoute : « Les trente ans commencent
« à courir, selon les diverses espèces de servitudes,
« ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il
« s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où
« il a été fait un acte contraire à la servitude,
« lorsqu'il s'agit de servitudes continues. »

Les servitudes discontinues, consistant dans l'exercice de faits positifs de la part de ceux à qui elles sont dues, s'éteignent par cela seul qu'il s'est écoulé trente ans, sans qu'on les ait exercées. L'usage des servitudes continues étant ou pouvant être continuél sans avoir besoin du fait de l'homme, le droit se conserve de lui-même, et la prescription



ne peut courir que dans le cas où un acte contraire à la servitude a été fait. Cet acte n'est exigé, au moins à notre avis, que comme moyen de faire cesser l'exercice du droit, et c'est toujours le non-usage qui éteint la servitude. Il importe donc fort peu que l'acte contraire soit fait sur l'héritage dominant ou sur l'héritage servant, et l'on ne doit pas même distinguer s'il émane du maître du fonds servant ou du maître du fonds dominant; dans tous les cas il est vrai de dire que la servitude n'a pas été exercée, et par conséquent qu'elle s'est éteinte par le non usage.

Si les jurisconsultes romains exigeaient pour les servitudes urbaines que l'acte émanât du propriétaire du fonds servant, c'est que, d'après eux, les servitudes de cette classe ne s'éteignaient pas par le simple non-usage, mais par l'effet d'une usucapion fondée sur la possession de la liberté du fonds.

XVI. — Servitudes apparentes et servitudes non apparentes.

Article 689. « Les servitudes sont apparentes, « ou non apparentes. Les servitudes apparentes « sont celles qui s'annoncent par des ouvrages « extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un « aqueduc. Les servitudes non apparentes sont « celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur « existence, comme, par exemple, la prohibition

« de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à
« une hauteur déterminée. »

Les Romains n'avaient pas non plus dégagé cette distinction de la division générale en servitudes de fonds urbains et servitudes de fonds ruraux. Ce sont nos anciens auteurs qui l'ont introduite dans la jurisprudence; à ce point de vue les servitudes prenaient autrefois les qualifications de *patentes* et *latentes*.

Les ouvrages, les signes nécessaires pour rendre les servitudes apparentes peuvent indifféremment exister sur le fonds dominant ou sur le fonds servant; mais il faut qu'ils aient leur caractère d'apparence relativement au propriétaire du fonds assujéti.

L'apparence et la non-apparence ne sont pas, comme la continuité et la discontinuité, des caractères invariables de telle ou telle servitude. Ainsi une servitude de passage sera non apparente, si aucun signe extérieur ne la manifeste; elle sera apparente s'il existe une porte ou un chemin tracé.

XVII. — Importance de cette division.

Cette division des servitudes a la même importance que la précédente, soit quant à l'acquisition du droit par le moyen de la prescription, soit par

rapport à l'action possessoire. Les servitudes continues et apparentes sont les seules qui, à défaut de titre, soient susceptibles de s'acquérir par la possession et de devenir l'objet d'une action possessoire. En outre, les articles 692 et 694 nous déclarent que la destination du père de famille, comme mode d'établissement des servitudes, ne peut s'appliquer qu'à celles qui sont apparentes.

Les différents caractères des servitudes que nous venons d'exposer peuvent se trouver d'ailleurs tantôt réunis, tantôt séparés. Les servitudes peuvent être discontinues non apparentes : soit celle de puisage; continues non apparentes : soit celle de ne pas bâtir; discontinues apparentes : soit celle de passage lorsqu'il existe une porte percée sur le voisin. Il est à remarquer toutefois que les servitudes apparentes sont presque toutes continues.

CHAPITRE III.

DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES RÉELLES.

XVIII. Qui peut imposer une servitude.

Il faut nécessairement être propriétaire pour pouvoir constituer une servitude, puisque ces droits ne peuvent être imposés que sur des héritages, et qu'il n'est pas permis de disposer de la chose d'autrui. Il est permis aux *propriétaires*,

nous dit l'art. 686, d'établir sur leurs *propriétés* telles servitudes que bon leur semble.

Toutefois un mineur, un interdit, une femme mariée, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, ne pourraient à eux seuls constituer valablement des servitudes sur les immeubles qui leur appartiennent (art. 1124). La servitude étant un démembrement de la propriété, une sorte d'aliénation partielle, il faut non-seulement que le constituant soit propriétaire, mais encore qu'il ait la capacité d'aliéner, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, suivant le caractère de la constitution.

La circonstance que les biens d'une personne sont grevés d'hypothèques, ne l'empêche pas d'établir sur eux des servitudes. Mais elle ne peut néanmoins le faire au détriment des droits de ceux à qui elle a consenti ces hypothèques. Ceux-ci pourraient donc, si l'établissement de la servitude dépréciait notablement la valeur du fonds, poursuivre immédiatement leur remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque (article 2131), et ils conserveraient la faculté de faire vendre l'immeuble comme libre.

Le propriétaire dont le fonds est déjà grevé d'une servitude envers un héritage voisin, peut en constituer de nouvelles envers un autre héritage, pourvu que celles-ci ne diminuent point l'utilité de la première ; car personne ne peut disposer de

son bien au préjudice des droits que des tiers y ont acquis ; et l'art. 701, spécial à notre matière, défend au propriétaire du fonds débiteur de la servitude, *de rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode.*

De même celui qui n'a que la nue propriété d'un fonds dont un autre a l'usufruit peut y imposer des servitudes, pourvu que leur exercice commence seulement à la fin de l'usufruit, ou qu'elles ne soient pas de nature à nuire aux droits de l'usufruitier. Du reste, contrairement à la subtilité des principes romains, rien ne s'oppose, dans notre droit, à ce que le nu-propriétaire et l'usufruitier, d'un commun accord, n'établissent des servitudes aussi valables que si elles étaient concédées par une personne qui aurait entre ses mains la pleine propriété.

Lorsqu'un fonds appartient en commun à plusieurs copropriétaires, il faut, pour que la servitude existe véritablement, qu'elle ait été établie par tous. L'un des communistes ne peut grever la chose commune sans le consentement des autres. La constitution faite par un seul n'est pas nulle en elle-même, mais elle ne reçoit sa complète exécution que quand les autres copropriétaires ou leurs représentants légaux y ont donné leur assentiment. Même auparavant, celui qui a seul consenti à l'établissement de la servitude ne peut s'opposer

à ce qu'elle soit exercée, et si par l'effet d'un partage ou d'une licitation il devient propriétaire exclusif de l'héritage qu'il a grevé, la servitude est valablement établie; car l'exécution de la convention dépend désormais de lui seul.

Le donataire (articles 929 et 965), le grevé de substitution, l'acquéreur à pacte de rachat, l'héritier d'un bien légué sous condition, en un mot tous ceux qui n'ont sur un fonds qu'une propriété conditionnelle, résoluble ou sujette à rescision, peuvent grever ce fonds d'une servitude; mais celle-ci sera soumise aux mêmes conditions, à la même rescision, et elle s'évanouira avec le droit de propriété de celui qui l'a concédée.

Le mandataire doit avoir un pouvoir spécial et exprès pour grever de servitude l'immeuble qui lui est confié, car aux termes de l'article 1988 :
 « Le mandat conçu en termes généraux n'em-
 « brasse que les actes d'administration. S'il s'agit
 « d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre
 « acte de propriété, le mandat doit être exprès. »

Il est cependant un cas dans lequel la servitude peut se trouver établie sur un fonds sans la volonté du propriétaire, c'est celui de la prescription. Encore peut-on dire que ce mode d'établissement de la servitude est fondé sur la volonté tacite et présumée des parties.

XIX. — Qui peut acquérir une servitude.

En général on ne peut stipuler une servitude au profit d'un fonds dont on n'est pas propriétaire. D'après l'article 686, c'est aux *propriétaires* qu'il est permis d'établir en faveur de leurs *propriétés* telles servitudes que bon leur semble. On peut néanmoins en stipuler au profit d'un fonds qu'on se propose d'acquérir, la stipulation est alors conditionnelle.

Tous ceux qui peuvent établir des servitudes sur leurs fonds peuvent à plus forte raison en acquérir ; il y a même des personnes qui peuvent en acquérir, bien qu'elles n'aient pas le pouvoir d'en imposer, car l'acquisition d'une servitude augmente la valeur ou l'agrément du fonds sur lequel elle repose. Tels sont les tuteurs, les maris, et autres administrateurs légaux des biens d'autrui ; tels sont encore les individus qui ne sont pas maîtres de leurs droits, en ce sens qu'aux termes de l'article 1123, le concédant ne peut se prévaloir de l'incapacité de celui avec qui il a traité.

L'un des copropriétaires peut valablement stipuler une servitude au profit du fonds indivis. La communauté lui donne en effet le pouvoir de rendre plus avantageuse la chose commune ; il est toujours censé avoir reçu à cet effet mandat de ses coassociés. D'ailleurs, aux termes de l'article 1121, on peut stipuler pour autrui lorsque cette stipu-

lation est la condition de celle que l'on fait pour soi-même.

D'après M. Duranton, la servitude concédée à un propriétaire, dont le droit est éventuellement résoluble, tel qu'un grevé de substitution ou un acquéreur à pacte de rachat, doit nécessairement cesser avec le droit du concessionnaire, à moins qu'il ne se soit écoulé depuis la concession un temps suffisant pour l'acquisition par l'usage « la concession de la servitude, dit cet auteur, est censée avoir été faite sous la même condition résolutoire, tacite ou expresse, que celle dont était affectée la transmission de la propriété du fonds. On ne peut supposer que celui dont le droit était révocable, résoluble ou rescindable ait pu vouloir autre chose, puisqu'il était sans intérêt à ce que la concession produisît encore des effets, après la résolution de son droit. »

Nous convenons que le propriétaire commutable peut ne stipuler l'établissement de la servitude que pour lui-même, et en tant que le fonds lui demeurera propre. Mais il nous semble que la question doit être surtout décidée en fait, et qu'il importe d'examiner les circonstances et l'intention des parties : la stipulation doit même être facilement réputée faite pour le fonds, puisque le droit qu'il s'agit d'acquérir est de sa nature perpétuel, comme le fonds dont il est destiné à devenir

une qualité et qu'il est de l'essence des servitudes qu'elles aient le fonds et non la personne pour objet.

Dans le même ordre d'idées, le véritable propriétaire, recouvrant son héritage par l'effet de la revendication, pourra demander le maintien des servitudes qui auront été stipulées par le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, car en concédant la servitude, le propriétaire du fonds grevé n'a dû avoir en vue que le fonds lui-même. Le simple possesseur pourrait également acquérir des servitudes par prescription, car c'est le fonds plutôt que la personne qui exerce et acquiert la servitude. Le fermier, le locataire qui possèdent pour le propriétaire pourront *a fortiori* lui acquérir de pareils droits par leur jouissance.

XX. Sur quels biens peuvent être établies les servitudes.

Les fonds de terre et les bâtiments sont seuls susceptibles d'être grevés de servitudes. Les autres immeubles, et les meubles à défaut de situation fixe, ne peuvent être l'objet de charges de cette nature.

Il faut que l'héritage auquel on veut imposer la servitude soit dans le commerce, c'est-à-dire susceptible de propriété privée. La destination des choses qui composent le domaine public, ne se

prête point à l'établissement de véritables servitudes, article 2226. Le gouvernement peut concéder sur elles certains usages privés; mais ces concessions n'auraient pas pour effet d'empêcher les nouvelles dispositions qui pourraient les anéantir; elles seraient seulement, dans certains cas, des titres à une indemnité.

Les règles particulières sur l'administration des biens de l'Etat, des établissements publics et des communes ne permettent pas qu'ils soient aliénés autrement que dans les formes spéciales déterminées par des lois, article 557. Ces formes devront être suivies lorsqu'il s'agira d'une imposition de servitude.

Mais, au moyen de la prescription, on peut acquérir des servitudes sur ces biens, comme sur ceux appartenant à des particuliers, article 2227. Les biens formant la dotation de la liste civile, étant imprescriptibles et ne pouvant être grevés d'aucune charge sont soustraits à l'établissement de servitudes réelles.

XXI. — Du titre.

Ce mode d'acquisition est applicable à toutes les servitudes.

690. — « Les servitudes continues et apparentes 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. »

Le mot *titre* est employé par les rédacteurs du Code dans deux acceptions bien différentes. Il désigne tantôt le fait juridique qui donne naissance à un droit; tantôt ce que les Romains nommaient *instrumentum*, c'est-à-dire l'acte écrit destiné à constater, et par conséquent à protéger (*tueri titulus*) la cause efficiente du droit. C'est dans cette seconde acception qu'il est employé particulièrement dans l'art. 693. Mais, dans les art. 690 et 691, il faut entendre par titre l'aliénation même, la concession faite par le propriétaire du fonds servant, et non point comme le professe M. Pardessus, tout document écrit propre à constater l'établissement du droit.

Les servitudes peuvent être établies par toute espèce de titre gratuit ou onéreux, habile à transférer la propriété dont elles ne sont que des démembrements.

Ainsi, les donations entre vifs qui peuvent transférer la propriété entière, peuvent également servir à l'établissement des servitudes. Ici même la doctrine de M. Pardessus ne se trouve point inexacte : la servitude, en effet, ne peut être valablement acquise qu'autant que les formalités prescrites par

la loi pour la validité des donations ont été observées. Or, aux termes de l'art. 931 : « tous actes
 « portant donation entre vifs seront passés devant
 « notaires, dans la forme ordinaire des contrats ;
 « et il en restera minute, sous peine de nullité. »

D'après les règles exposées dans le Code, les testaments, comme les donations entre vifs, ne peuvent être faits que par écrit. Lorsqu'on veut établir une servitude par testament, il faut donc le faire par écrit, et remplir, en outre, les autres formalités requises pour la validité de cette sorte d'acte. Les servitudes se constituent par testament lorsqu'un testateur charge sa maison de quelque servitude au profit de son voisin, ou qu'en léguant un héritage, il retient au profit d'un autre bien qui reste à son héritier quelque droit de servitude.

A titre onéreux, au contraire, les servitudes peuvent être établies sans acte écrit, par une convention purement verbale. Néanmoins, tout en posant ce principe que l'établissement du droit n'est pas nécessairement lié à l'existence d'un écrit, nous devons reconnaître que, si la convention verbale est déniée, celui qui l'invoque se trouvera souvent dans l'impossibilité de la prouver, et qu'il sera alors considéré comme dépourvu de titre. S'il n'a point, en effet, de commencement de preuve par écrit pour rendre admissible la preuve testimoniale, il ne lui restera que la res-

source précaire de l'aveu et du serment, article 1550 4°. Celui qui se fait concéder une servitude agit donc sagement en exigeant un écrit qui constate son droit.

Voici, d'après l'art. 227 de la coutume d'Orléans, quelle devait être la teneur de l'acte constitutif de la servitude :

« Quand un père de famille met hors de ses mains partie de sa maison, il doit spécialement déclarer quelles servitudes il retient sur l'héritage qu'il met hors de ses mains, ou quelles il constitue sur le sien, et les faut nommément et spécialement déclarer, tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, mesure que espèce de servitude et par escrit, autrement toutes constitutions générales de servitudes sans les déclarer comme dessus ne valent. » Évidemment, une telle obligation n'existe plus dans notre législation actuelle, puisqu'un acte écrit n'est même pas indispensable. S'il en a été dressé un, il suffit qu'il soit rédigé en termes assez clairs pour faire connaître la véritable intention des parties, article 1129.

Comme un acte écrit est le plus souvent nécessaire pour prouver l'existence du titre, le législateur raisonnant dans cette hypothèse, déclare dans l'article 693 que l'acte primordial ne peut être remplacé que par un acte réconfortif émané de la

personne qui à l'époque où il a été dressé se trouvait propriétaire du fonds asservi. Nous pensons d'ailleurs que cet acte n'a pas besoin d'être rédigé dans la forme exigée par l'article 1557 ainsi conçu :

« Les actes récongnitifs ne dispensent point de la
« représentation du titre primordial, à moins
« que sa teneur n'y soit spécialement relatée... »

A notre avis une simple reconnaissance suffit.

« Quoique le long usage, nous dit Pothier,
« n'attribue pas droit de servitude, néanmoins si
« ma maison a depuis très longtemps un droit de
« vue sur la maison voisine, et que dans les an-
« ciens contrats d'acquisition qu'en ont faite mes
« auteurs, il soit énoncé qu'elle a ce droit de vue;
« ces anciens contrats, soutenus de ma possession,
« feront foi du droit de vue contre le propriétaire
« de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers,
« et que ses auteurs n'aient jamais été parties
« dans ces contrats. » — (Traité des obligations,
n° 740).

Dans notre droit nouveau, cette exception au principe que nul ne peut se faire de titre à soi-même n'est pas admissible, en présence des termes exprès de l'article 695, qui exige que le titre récongnitif soit émané du propriétaire du fonds asservi.

L'utilité d'un acte écrit s'est encore affirmée par la loi du 23 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire. L'article 2 de cette loi sou-

met en effet à la formalité de la transcription: 1° tout acte entre vifs, constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation; 2° tout acte portant renonciation à ces mêmes droits; 3° tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale; et l'article 3 déclare que « jusqu'à la transcription, les droits résultant des « actes et jugements sus-énoncés ne peuvent être « opposés aux tiers qui ont des droits sur l'im- « meuble et qui les ont conservés en se conformant « aux lois. » La convention constitutive d'une servitude n'est donc opposable aux tiers qu'autant qu'elle a été transcrite.

Entre les parties le droit de servitude est acquis à l'instant de la convention, de même que la propriété d'un fonds est transmise à l'acquéreur par la seule force du contrat, et en dehors de toute tradition. Ainsi contrairement aux principes du droit romain et de notre ancienne législation française, la servitude, bien qu'elle n'ait pas encore été exercée, existe comme droit réel par le fait même de la promesse, dès que les parties se sont accordées pour son établissement.

Les contrats au moyen desquels on établit le plus fréquemment des servitudes sont la vente, l'échange, la transaction et surtout le partage. M. Pardessus fait remarquer que dans le cas où un partage a lieu en justice soit entre des cohéritiers,

soit entre des copropriétaires, ou lorsque par suite soit d'une licitation, soit d'une expropriation forcée, un ou plusieurs corps de domaine sont vendus par lots, certains de ces lots peuvent se trouver grevés de servitudes envers les autres, et l'auteur en conclut que les jugements sont des titres propres à établir des droits de servitude : mais les jugements de l'espèce de ceux dont il vient d'être parlé sont de véritables contrats, les servitudes imposées de la sorte doivent donc rentrer dans la classe de celles établies par convention.

XXI. — De la prescription.

Nous avons trouvé en droit romain une distinction entre la possession proprement dite des choses corporelles, et la quasi-possession des servitudes. Le Code Napoléon n'a pas fait de difficulté pour admettre que les simples droits peuvent être possédés comme les objets matériels, art. 2228.

— « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. »

La possession pour opérer la prescription doit être « continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire, article 2229. Les servitudes continues et appa-

rentes sont les seules qui réunissent l'ensemble des qualités requises par cet article; aussi le législateur n'admet-il que pour elles l'acquisition par prescription.

Notre ancien droit présentait sur ce mode d'établissement des servitudes une incroyable variété de dispositions.

Par tradition des institutions romaines, nos pays de droit écrit admettaient en principe la faculté d'acquérir les servitudes de cette manière. La jurisprudence des Parlements était loin toutefois d'être uniforme, et le temps nécessaire pour consommer la prescription variait dans chaque pays, suivant la nature de la servitude, et les circonstances dans lesquelles on la réclamait.

La diversité, qui dans les pays de droit écrit ne portait que sur les détails, était bien plus grande encore dans les pays coutumiers où la prescription n'était pas reconnue universellement comme mode d'acquisition des servitudes.

Dans une première classe de coutumes, comme dans le droit écrit, le principe de la prescriptibilité des servitudes était hors de doute; mais tandis que les unes admettaient la prescription de toutes les servitudes indistinctement par la possession immémoriale; d'autres exigeaient un laps de temps plus ou moins long suivant que la servitude était continue ou discontinue, visible ou cachée.

Dans une deuxième classe de coutumes on admettait la prescription pour certaines servitudes seulement, en la rejetant pour les autres. En Bretagne, toutes les servitudes pouvaient s'acquérir sans titre, excepté le passage et le pâturage sur les terrains vagues et non enclos. Dans d'autres pays, la prescription n'était reçue qu'en dehors des villes et faubourgs. Ici elle ne s'appliquait qu'aux servitudes rustiques, ailleurs qu'aux servitudes apparentes.

Dans la majeure partie des pays coutumiers on avait adopté la maxime : *nulle servitude sans titre*. Cependant toutes les coutumes de cette classe ne s'exprimaient pas aussi clairement que celle de Paris. Plusieurs ne parlaient que des vues et égouts; d'autres, tout en excluant la prescription en règle ordinaire, l'admettaient après contradiction; beaucoup enfin ne repoussaient pas textuellement la possession centenaire.

Dans les coutumes muettes qui formaient une quatrième classe, on se réglait généralement sur ce qu'avait décidé la coutume de Paris.

« Ne nous étonnons pas de toutes ces disparates,
 « dit le tribun Gillet dans son discours au Corps législatif, les mœurs qui introduisent entre voisins
 « une familiarité plus ou moins imprévoyante, qui
 « abandonnent ici plus de choses à la bonne foi,
 « et qui mettent là plus de rigueur et de défiance

« dans les communications, les mœurs où l'on re-
 « marque tant de nuances différentes d'un canton à
 « l'autre, ont dû avoir originairement une grande
 « influence sur cette matière. Maintenant que
 « leur impulsion est plus égale, toute cette partie
 « de la législation a pu être ramenée facilement à
 « quelques termes simples ; ils ont été posés avec
 « clarté par les articles 690 et 691 du projet. »

Ces articles sont ainsi conçus :

690. — Les servitudes continues et apparentes 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 titre.

Le Code fondant sa distinction sur les caractères d'apparence et de non apparence, de discontinuité et de continuité que présentent les servitudes, a pris un juste milieu entre la rigueur excessive de la maxime coutumière : *nulle servitude sans titre*, et les abus que faisait naître le système opposé en permettant d'acquérir par prescription toute espèce de servitude.

L'effet de la prescription est de suppléer par la possession au titre. Dans le cas de l'établissement de la servitude par prescription comme dans l'hypothèse d'un titre, le droit dérive toujours du fait

de l'homme, c'est-à-dire de la volonté des propriétaires respectifs ; seulement cette volonté, au lieu d'être formellement exprimée, n'est plus que tacite et présumée, et, comme le législateur n'a cru devoir attacher cette présomption qu'à des circonstances caractéristiques, il en résulte que la prescription ne peut établir que certaines servitudes, tandis que le titre s'applique indistinctement à toutes

Il est presque impossible que les servitudes continues et apparentes demeurent pendant tout l'espace de trente ans ignorées du propriétaire du fonds sur lequel elles s'exercent, et en outre elles constituent une telle atteinte à la propriété du fonds asservi qu'on ne saurait y voir le résultat d'une simple tolérance. Il n'est donc pas surprenant qu'elles fassent présumer le consentement du propriétaire lorsqu'elles ont été exercées sur son fonds pendant un si long temps sans réclamation de sa part.

Il en est tout autrement quand le caractère de continuité ou celui d'apparence vient à manquer. Pour qu'un propriétaire soit censé avoir abandonné son droit, il faut que la jouissance de celui qui prétend prescrire contre lui soit assez publique, pour qu'il sache qu'on acquiert à son préjudice, la non apparence d'une servitude fait présumer que le propriétaire n'en a pas eu connaissance, et dès-

lors, on ne peut venir prétendre contre lui que son silence équivaut à un consentement. La possession manque de l'une des conditions essentielles à l'effet de prescrire, c'est-à-dire de la publicité.

S'agit-il d'une servitude continue et non apparente, par exemple de la servitude de ne pas bâtir ? Mais de ce que j'ai laissé écouler plus de trente ans sans bâtir sur mon terrain il ne faut pas conclure que mon voisin a acquis contre moi la servitude de ne pas bâtir. Je n'ai fait qu'exercer à ma guise mon droit de propriété, j'ai usé d'une pure faculté, et, aux termes de l'article 2252, « les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription. »

Quant aux servitudes discontinues quelques auteurs ont pensé qu'elles ne s'acquerraient pas par prescription, parce que la jouissance de ces droits n'avait pas le caractère de continuité nécessaire pour constituer une possession utile aux termes de l'article 2229. Cette explication doit être rejetée. Pour que la possession soit continue, il suffit qu'elle n'ait point été délaissée et reprise, et qu'elle s'exerce par des actes aussi fréquents que le demande régulièrement la nature de la chose possédée ; or, une servitude discontinue : un droit de passage, est parfaitement susceptible d'être ainsi possédée.

Le véritable motif de l'imprescriptibilité des ser-

vitues discontinues, c'est que la possession de ces sortes de servitudes est toujours réputée équivoque et à titre précaire. Le législateur a reconnu que les faits qui les constituent, étant isolés, et offrant ainsi peu d'inconvénients, ne sont fondés le plus souvent que sur une simple tolérance, et il a généralisé ce qui est vrai dans le plus grand nombre de cas. Il n'a pas voulu qu'à la faveur des rapports de bon voisinage, on pût prétendre, à titre de droit, ce dont on n'aurait joui que par simple familiarité. Il a de la sorte prévenu les nombreux procès que motivaient anciennement les usurpations, et il a assuré la bonne harmonie entre les voisins, en leur permettant de se faire de mutuelles concessions, sans danger de les voir dégénérer en servitudes.

Dans l'ancienne jurisprudence, la doctrine qu'un titre coloré, accompagné de la bonne foi et de la possession, rendait prescriptibles les servitudes, était généralement professée, même sous l'empire des coutumes de Paris et d'Orléans, qui, plus rigoureuses que le Code, n'admettaient l'acquisition sans titre pour aucune d'elles. Devons-nous encore décider aujourd'hui que la bonne foi, jointe au titre émané *a non domino*, rend prescriptibles les servitudes discontinues et les servitudes continues non apparentes, les seules pour lesquelles le Code rejette l'acquisition par le seul

laps de temps? Il nous paraît difficile de tirer un argument d'analogie de l'ancien droit. L'article de la coutume de Paris ne disait pas que les servitudes ne pouvaient en aucun cas se prescrire; il portait simplement qu'elles ne s'acquerraient pas par longue jouissance, *sans titre*. On en avait conclu tout naturellement que la possession *avec titre* était un moyen de les acquérir. Mais la disposition de l'art. 691 est bien différente. Cet article déclare que les servitudes discontinues et les servitudes continues non apparentes ne peuvent s'acquérir que par titre. Il exclut donc formellement toute espèce de prescription; or, n'est-ce point par prescription que s'opère l'acquisition de celui dont le titre est émané *a non domino*? D'ailleurs, en rapprochant l'art. 691 du précédent, on aperçoit qu'il n'a voulu parler que du titre sorti des mains du propriétaire véritable. Enfin nous pouvons invoquer à l'appui de notre opinion l'art. 693, aux termes duquel il existe évidemment dans notre droit actuel des servitudes imprescriptibles.

Art. 693. « Le titre constitutif de la servitude
 « à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par
 « la prescription, ne peut être remplacé que par
 « un titre récongnitif de la servitude, et émané du
 « propriétaire du fonds asservi; »

Ce qui empêche les servitudes dont il est ques-

tion dans l'art. 691 d'être acquises par prescription, c'est que leur jouissance est toujours présumée précaire; or, le titre émané *a non domino* peut-il effacer cette présomption? Pothier le pense, et il déclare que dans le cas d'un titre coloré, la possession ne peut passer pour une tolérance, puisque l'acquéreur use du droit de servitude: *Tanquam existimans se jus servitutis habere*. Mais n'est-il pas plus vrai de dire que la précarité existe toujours à l'égard du véritable propriétaire de l'héritage que l'on prétend grever; car le titre dont on se prévaut lui est totalement étranger.

C'est également sur les termes précis et exclusifs de l'art. 691 que nous nous appuyons pour soutenir que la contradiction, opposée au droit du propriétaire, ne rend pas prescriptibles les servitudes discontinues ou non apparentes. Dans notre ancienne jurisprudence, un grand nombre de coutumes avaient des dispositions expresses qui faisaient courir la prescription *a die contradictionis*. Plusieurs auteurs veulent maintenir cette règle sous l'empire du Code. D'après eux, la défense une fois notifiée, il n'y a plus possibilité de supposer encore la familiarité et la tolérance, le propriétaire est averti que l'on entend réclamer sur lui un droit véritable; s'il garde le silence pendant trente ans, et à plus forte raison s'il défère à la défense, l'on ne peut se dispenser de présumer

qu'il reconnait le droit de servitude, ou qu'il consent à renoncer à la liberté de son fonds. N peut-on pas répondre qu'il serait assez singulier de permettre à un propriétaire de se créer son titre à lui-même, en déclarant par huissier à son voisin qu'il veut avoir une servitude sur lui, et de forcer celui-ci à s'engager dans un procès, ou à faire sur son fonds ce qu'il lui plait de ne pas faire? Au surplus, la contradiction, lors même qu'elle s'appuie sur un titre coloré, ne peut faire courir la prescription, puisque les servitudes dont il s'agit ne comportent pas ce mode d'établissement.

Dans quelques-unes de nos anciennes provinces, qui avaient adopté la maxime : « *Nulle servitude sans titre* », on admettait néanmoins l'acquisition par une possession immémoriale, c'est-à-dire telle que personne ne se rappelait même avoir entendu parler d'une époque où la servitude n'existait pas, on pensait d'après la doctrine de Dumoulat. à qu'une possession aussi longue devait être considérée comme un véritable titre. La seconde rédaction de la coutume de Paris repoussa formellement cette interprétation en déclarant que : « droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance, quelle qu'elle soit, sans titre, encore que l'on ait joui par cent ans. » La coutume d'Orléans ne contenant pas cette disposition exclusive, Pothier s'effor-

çait encore de défendre la cause de la prescription immémoriale sans titre; mais il reconnaissait lui-même que la jurisprudence inclinait beaucoup à interpréter les autres coutumes par celle de Paris. Les rédacteurs du Code ont considéré qu'une possession présumée précaire à son origine ne changeait pas de qualité avec le temps, quelque long qu'il fût; et, pour prévenir toute difficulté, après avoir énoncé que les servitudes discontinues et non apparentes ne peuvent s'établir que par titres, ils ont eu le soin d'ajouter que la possession immémoriale ne suffit pas pour les établir.

Les principes nouveaux introduits par le Code relativement à l'acquisition des servitudes par prescription ne pouvaient pas enlever des droits acquis à la faveur et sous la foi des lois précédentes. L'article 2 du code pose en principe général que la loi dispose seulement pour l'avenir, qu'elle n'a point d'effet rétroactif. Quelle que soit donc l'espèce de prescription admise par l'ancien droit, son effet doit être respecté. L'article 691 décide, en conséquence, que la loi nouvelle exclut de l'acquisition par prescription les servitudes discontinues ou non apparentes, « 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. » Il ne suffirait pas, conformément à l'article 2281,

que la prescription eût été commencée, lors de la promulgation du Code, et ceux qui invoqueraient aujourd'hui de pareilles servitudes devraient, à défaut de titre, prouver qu'au 10 février 1804 la possession trentenaire, centenaire ou immémoriale existait déjà. Est-il besoin d'ajouter que dans le pays où autrefois nulle servitude ne s'acquerrait par prescription, on ne peut compter pour l'acquisition des servitudes continues et apparentes que la possession postérieure à la promulgation du Code ?

L'article 690 déclare positivement que les servitudes continues et apparentes peuvent être acquises par la possession trentenaire. Mais celui qui a acquis de bonne foi et par juste titre une telle servitude de la personne qui possédait l'immeuble en qualité de propriétaire, peut-il invoquer la prescription de 10 à 20 ans contre le véritable maître qui vient recouvrer la propriété de son héritage ?

L'article 690, dit-on, ne parle que du titre et de la possession considérés isolément, il est donc naturel en cas de concours du titre et de la possession d'appliquer aux servitudes comme à tous autres immeubles l'article 2265. — « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort

« de la Cour royale dans l'étendue de laquelle
 « l'immeuble est situé ; et par vingt ans, s'il est
 « domicilié hors dudit ressort. » — Le Code qui
 se montre plus facile en matière de prescription
 que les coutumes de Paris et d'Orléans où l'on sui-
 vait la maxime : *nulle servitude sans titre*, n'a pu
 rejeter la prescription décennale qui était admise
 par ces coutumes.

D'ailleurs, on n'aperçoit pas pourquoi une pos-
 session qui permet d'acquérir la propriété entière
 ne serait pas jugée suffisante pour l'acquisition
 d'un droit de servitude, simple démembrement de
 la propriété.

Quelle que soit la force de ces arguments, nous
 pensons que l'art. 2263 est étranger à l'acqui-
 sition des servitudes, et que la prescription trente-
 naire doit être seule admise à cette fin. L'arti-
 cle 2264 déclare que *les règles de la prescription
 sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le
 titre 20 du livre III sont expliquées dans les titres
 qui leur sont propres*. Or, ce titre 20 ne men-
 tionne pas les servitudes, et les art. 690 et 691,
 qui doivent en conséquence régler complètement
 et exclusivement l'acquisition de ces droits ne par-
 lent pas de la prescription de dix à vingt ans, il ne
 peut donc y avoir en notre matière d'autre pres-
 cription applicable que celle de trente ans. L'arti-
 cle 690 est bien formel à cet égard, il ne se con-

tente pas d'énoncer d'une manière générale que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la prescription, il prend soin de préciser la durée que doit avoir la possession « *s'acquièrent par la possession de trente ans.* » Toute prescription de moindre durée se trouvant ainsi positivement exclue, il nous paraît impossible de tirer argument de l'ancienne jurisprudence sous l'empire de la coutume de Paris. Nous avons déjà fait remarquer combien le texte de cette coutume se prêtait aisément à l'acquisition de la servitude par prescription lorsqu'il existait un titre coloré. D'ailleurs, cette interprétation qui ne violait pas le texte de la loi était alors nécessaire pour apporter un tempérament à la rigueur de la maxime : *nulle servitude sans titre*, et atténuer ses fâcheux résultats. Ce motif n'existe plus aujourd'hui, puisque le législateur a déclaré prescriptibles les servitudes continues et apparentes, et qu'il a ainsi accordé à la possession des servitudes tout l'effet dont elle paraît susceptible. Enfin, il est facile de démontrer qu'il existait de bonnes raisons pour déroger ici à la maxime vulgaire : *qui peut le plus peut le moins*, en faisant une distinction entre la prescription de la propriété et celle des servitudes. Lorsqu'un individu possède un immeuble à titre de propriétaire ou même d'usufruitier, qu'il s'attribue par conséquent la jouissance exclusive de

la chose, il est presque impossible que le véritable propriétaire n'en ait pas connaissance; son silence ne peut guère être considéré que comme une reconnaissance du droit d'autrui ou une renonciation volontaire à son propre droit. La prescription de 10 à 20 ans a dès lors paru suffisante pour consolider la propriété sur la tête de l'acquéreur de bonne foi. Mais la possession d'une servitude même continue et apparente peut bien plus facilement être ignorée du propriétaire; pour me servir de l'expression de M. Troplong, elle ne constitue pas ce trouble éclatant qui est la suite de l'occupation de la propriété. Les mêmes raisons d'ordre public qui déterminaient le législateur à ne pas prolonger l'incertitude de la propriété ont dû l'engager à se montrer favorable à la liberté des héritages.

Le propriétaire de l'héritage au profit duquel existe une servitude qui n'a pu être établie que par titre, ne peut acquérir par prescription un mode d'exercice plus avantageux ni plus étendu, il doit en être autrement, quand il s'agit d'une servitude continue et apparente, lors même qu'en fait, elle aurait été acquise par titre, article 708 : — « Le mode de la servitude peut se prescrire
« comme la servitude même, et de la même manière. » Cet article à la vérité est placé sous la rubrique : *de l'extinction des servitudes*; mais nous

avons même raison de l'appliquer à leur acquisition, et l'article 2240 aux termes duquel *on ne peut prescrire contre son titre*, ne s'oppose pas à ce qu'on puisse prescrire au delà.

Dans tous les cas la prescription ne fait acquérir que ce qui a été possédé, *tantum prescriptum quantum possessum*, et c'est nécessairement du jour où la possession a commencé, que commence aussi à courir la prescription, c'est-à-dire à dater du moment où les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude ont été terminés. Il est indifférent au surplus que ces travaux soient établis sur l'héritage servant ou sur l'héritage dominant, qu'ils proviennent du propriétaire de ce dernier héritage, ou même d'un tiers.

XXIII. De la destination du père de famille.

La prescription étant fondée sur la durée de la possession, pendant le temps réglé par la loi, n'est acquise que quand ce temps se trouve expiré; la destination du père de famille au contraire donne immédiatement la propriété de la servitude. Du reste, elle se rattache aussi à la volonté tacite des propriétaires.

On appelle destination du père de famille certaine disposition, certain arrangement qu'un propriétaire établit avec intention de perpétuelle dé-

meure, entre deux héritages à lui appartenant, « Ainsi, dit Lalauro, lorsque je deviens propriétaire de deux maisons contiguës, lesquelles n'avaient point de vues l'une sur l'autre, et que pour ma commodité je fais percer des jours, ces sortes d'ouvrages sont ce que nous appelons destination de père de famille. » Tant que les deux fonds appartiennent à la même personne, il ne peut y avoir de servitude : *nemini res sua servit*. Mais si le service créé par le propriétaire unique, établit entre les deux fonds une relation telle, qu'elle constituerait une servitude, si ces fonds appartenaient à des propriétaires différents, il pourra en cas de division se convertir en une véritable servitude. Il est de principe que toute chose est réputée aliénée dans l'état où elle se trouve au moment de l'aliénation : articles 1018 et 1614. — En conséquence, lorsque deux fonds, dont l'un était grevé de quelque service pour l'utilité ou l'agrément de l'autre, cessent d'appartenir tous deux au même maître, si l'acte de séparation garde le silence sur la suppression ou le maintien de ce service, ou si cet acte n'est pas représenté, la loi suppose moyennant certaines conditions, que l'intention des parties a été de ne point changer la destination du père de famille; et, comme les fonds sont désormais dans les mains de propriétaires différents, le

service existant devient une servitude réelle; l'état de fait se change en un état de droit.

Nous trouvons au Digeste un texte du jurisconsulte Paul ainsi conçu : « Si quis ardes, quæ suis ardebis servirent, cum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est; et, si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberæ veniunt. » Loi 30, pr. liv. 8, tit. 2, Ulpien dit également dans la loi 10, liv. 8 tit. 4 : « Quidquid venditor servitutis nomine sibi recipere vult nominatim recipi oportet. » La destination du père de famille ne dispensait donc pas en droit romain, de représenter le titre constitutif des servitudes, mais elle était déjà reconnue sous l'empire de nos anciennes coutumes, comme moyen de les établir. Toutefois les règles de la matière étaient loin d'être partout uniformes, et nulle part elles n'étaient bien nettement posées. On était obligé de rechercher dans les arrêts et dans les docteurs quels caractères devait avoir la servitude pour que la destination du père de famille pût être valablement opposée. Il fallait au moins qu'elle fût apparente, mais la continuité n'était pas exigée.

Le Code a fixé les principes, en appliquant ici la même distinction que pour la prescription, article 492 : « La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparen-

« tes. » Lorsqu'une charge aussi gênante, subsiste encore après la séparation des deux fonds, c'est assurément que telle a été la volonté des parties qui n'ont pu ignorer son existence.

Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, la théorie de la destination du père de famille avait bien plus d'importance qu'aujourd'hui, puisqu'on n'admettait pas qu'une servitude pût s'établir par la simple possession, quelque longue qu'elle fût. Sous l'empire du Code, on n'a pas besoin d'invoquer la destination du père de famille, toutes les fois que, la servitude étant continue et apparente, on est en mesure de prouver trente ans de possession utile. Cette preuve, il est vrai, n'est pas toujours possible. En effet, bien qu'en principe les servitudes soient attachées aux héritages, sans considération des personnes à qui ces héritages appartiennent, la prescription peut néanmoins se trouver suspendue, si le propriétaire du fonds que l'on veut grever est mineur ou interdit. Dans ce cas la destination du père de famille pourra être invoquée à défaut de la prescription. L'article 694 nous indique en outre qu'une servitude simplement apparente, peut être établie, par la destination du père de famille, lorsque le titre qui a opéré la séparation des héritages étant représenté, on constate qu'il ne renferme aucune clause contraire à la maintenance de l'état des choses préexis-

tant. Or, la prescription est toujours impuissante à faire acquérir une servitude apparente, mais discontinue.

Dans les mêmes coutumes de Paris et d'Orléans, celui qui prétendait un droit de servitude en conséquence d'une destination de père de famille, devait avoir la preuve écrite que l'état dont il argumentait remontait au temps où les deux immeubles appartenaient au même propriétaire. Aujourd'hui, d'après l'art. 693 : « Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude. » — Cet article, à la différence de l'ancien droit, ne limite pas les moyens de preuve que peut employer le propriétaire du fonds prétendu dominant. D'après certains auteurs cependant, le fait que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude par le propriétaire unique peut, il est vrai, être prouvé par témoins ; mais il faut la preuve écrite que les deux fonds ont appartenu au même maître. Cette opinion ne nous paraît pas fondée ; car il ne s'agit pas d'établir en droit que l'auteur de la destination était réellement propriétaire des deux immeubles, mais simplement qu'en fait il les a possédés tous deux simultanément à titre de

propriétaire; or, la possession peut toujours être prouvée par témoins. Le législateur qui avait sous les yeux l'art. 216 de la coutume de Paris, a évidemment autorisé la preuve testimoniale, en ne reproduisant pas sa disposition. Ce qui le prouve encore, c'est que l'art. 692 du Code pose comme règle générale que la destination du père de famille *vaut* titre; or, si la preuve devait être faite par écrit, ce serait en définitive exiger un titre.

Dès qu'il est prouvé que les fonds ont appartenu au même propriétaire, on doit présumer que les lieux existaient dans l'état d'où résulte la servitude, dès le temps de leur réunion dans la même main.

D'après les art. 692 et 693, il faut que la servitude soit tout à la fois continue et apparente pour pouvoir s'établir par la destination du père de famille. Comment devons-nous donc interpréter l'art. 694, qui, paraissant se rapporter à la même hypothèse que les précédents, n'exige point la continuité.

Art. 694. « Si le propriétaire de deux héritages
 « entre lesquels il existe un signe apparent de ser-
 « vitude dispose de l'un des héritages, sans que le
 « contrat contienne aucune convention relative à
 « la servitude, elle continue d'exister activement
 « ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur
 « le fonds aliéné. »

Les auteurs ont cherché par différentes interprétations à concilier ces articles.

Dans un premier système, l'art. 694 a pour but de montrer que la destination du père de famille a force de titre non-seulement contre les héritiers ou ayant-cause du propriétaire, mais contre le propriétaire lui-même; il n'est donc que la suite et le développement de l'art. 692, et, dès lors, il ne doit se rapporter comme celui-ci qu'au cas où la servitude est tout à la fois continue et apparente. Presque toutes les servitudes apparentes étant à la fois continues, il n'est pas étonnant que le législateur en rédigeant l'art. 694 n'ait pensé qu'au cas le plus ordinaire.

Un deuxième système, qui est l'inverse du premier, consiste à effacer l'art. 692 pour s'en tenir uniquement à l'art. 694, et à prétendre qu'il n'est jamais besoin que la servitude soit continue.

Mais comment pouvons-nous admettre que les rédacteurs du Code aient laissé subsister pour exprimer la même règle deux articles dont les dispositions se contrarient ? N'est-il pas évident que dans leur pensée chacun est destiné à prévoir une hypothèse distincte.

Quelques auteurs ont proposé de distinguer entre les diverses espèces de titres qui peuvent faire cesser la réunion des héritages dans la même

main. D'après ce système, l'art. 694 serait venu restreindre au cas de partage entre cohéritiers la disposition de l'art. 692, et il réglerait à lui seul tous les cas où la séparation a lieu par un acte d'aliénation émané du propriétaire lui-même. On fait remarquer que cet article porte : si le *propriétaire* de deux héritages..... *dispose* de l'un des héritages sans que le *contrat* contienne aucune *conception* relative à la servitude. .. On ajoute que plusieurs de nos anciennes coutumes avaient ainsi distingué pour l'établissement des servitudes par destination du père de famille, le cas où il y avait eu partage ou division entre cohéritiers et parsonniers de la chose commune, et celui où un propriétaire mettait hors de ses mains partie de sa maison ou une de ses maisons.

Malheureusement les partisans de ce système ne peuvent donner un motif raisonnable de leur distinction. En effet, les copartageants malgré la fiction de l'article 883 sont, eux aussi, des *propriétaires* qui *disposent* des objets compris dans la masse, et si l'on peut soutenir que certaines coutumes, entre autres celle de Normandie, font une distinction entre le partage et les actes d'aliénation ordinaires, tels que la vente ou la donation, il faut bien reconnaître que c'est pour admettre plus facilement, la destination du père de famille dans le premier cas. Il s'en faudrait donc du tout au tout

que le code eût reproduit la distinction ancienne; puisque, se contentant en règle générale de l'apparence, il exigerait pour le seul cas de partage une condition de plus : la continuité.

Dans un autre système, les articles 692 et 693 règlent entièrement la matière de la destination du père de famille et cette destination d'après le second de ces articles existe seulement au cas où le propriétaire unique a mis lui-même les choses dans l'état d'où résulte la servitude. L'article 694 s'occupe d'une hypothèse toute différente : de celle où deux fonds dont l'un doit une servitude à l'autre, après avoir été réunis un moment dans les mêmes mains, viennent de nouveau à appartenir à des propriétaires différents. La servitude qui, sans avoir jamais cessé d'être exercée, avait perdu son nom, pendant que les deux fonds avaient un propriétaire commun, redevient servitude si lors de la séparation il y a signe apparent et silence du titre. Cette interprétation ressort, dit-on, des termes même de l'article 694 : *la servitude continue d'exister* ; et elle a été donnée par M. Albisson dans son rapport au Tribunat sur le titre des servitudes ou services fonciers. Après avoir exposé la théorie du projet de loi sur la destination du père de famille le tribun ajoute : « Autre question sur laquelle il était important de fixer la législation. — Le propriétaire de deux héritages,

« dont l'un, avant leur réunion dans sa main,
 « devait un service à l'autre, vient à disposer de
 « l'un ou de l'autre, sans qu'il soit fait aucune
 « mention de la servitude dans l'acte d'aliénation;
 « la servitude active ou passive continue-t-elle
 « d'exister? -- On pouvait opposer, et on opposait
 « en effet que toute servitude étant éteinte, lors-
 « que le fonds à qui elle est due et celui qui la
 « doit sont réunis dans la même main....., il était
 « indispensable, pour la conservation de la ser-
 « vitude, qu'elle eût été réservée expressément
 « dans l'acte d'aliénation. -- Mais on ne prévoyait
 « pas le cas où, la chose parlant d'elle-même, la
 « réservation ne devenait plus nécessaire; et c'est
 « ce cas que le projet prévoit très-sagement. Ainsi,
 « dans l'espèce supposée, si la chose parle d'elle-
 « même, c'est-à-dire, comme s'explique le projet,
 « *s'il existe entre les deux héritages un signe*
 « *apparent de servitude*, le silence des contrac-
 « tants n'empêchera pas qu'elle ne continue d'exis-
 « ter, activement ou passivement, en faveur du
 « fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. »

Il est évident, selon nous, que l'article 694, par la
 place qu'il occupe, a trait à la destination du père
 de famille, et la déclaration du tribun Albisson qui
 n'est après tout qu'une opinion individuelle, ne
 nous paraît pas suffisante, pour consacrer une
 distinction dont nous n'apercevons pas la raison

d'être. La seule chose en effet qu'il y ait lieu d'envisager comme significative, c'est l'état dans lequel les deux héritages se trouvaient respectivement au moment où la division a eu lieu. Peu importe d'ailleurs que la destination résulte du fait du propriétaire unique, ou que celui-ci se soit borné à conserver un état de choses préexistant. Le père de famille n'est-il pas censé avoir créé lui-même la destination, lorsque pouvant la changer il ne l'a point fait? D'après l'article 694, il suffit de prouver qu'au moment de la séparation des héritages, il existait un signe apparent de servitude, et que le contrat ne contient à cet égard aucune convention, il ne parle nullement de la nécessité de justifier de l'existence légale de la servitude avant la confusion. L'article 703 déclare que *la servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main*. On ne peut donc jamais dire exactement qu'elle continue d'exister, lorsque les fonds réunis dans la même main sont de nouveau divisés; elle ne fait que naître ou revivre, puisqu'elle avait cessé d'exister.

Voici pour notre part comment nous comprenons l'article 694. En règle générale, la destination du père de famille ne vaut titre que pour les servitudes continues et apparentes. Néanmoins, bien que l'apparence se rencontre seule, si la sé-

paration des fonds a eu lieu, sans que le contrat contint aucune convention relative à la servitude, l'établissement sera encore possible par la destination du père de famille. Lorsqu'en effet, la servitude est apparente, quoique discontinue, les parties prévenues de son existence à la seule inspection des lieux, ont dû nécessairement s'expliquer dans le titre au cas où elles n'entendaient pas la laisser subsister. Si donc celui qui invoque une telle servitude, présente le titre qui a opéré la séparation des héritages, et que ce titre ne contienne aucune convention relative à la servitude, il est naturel de présumer que les parties ont voulu maintenir la destination. Mais on le voit, cette présomption ne peut exister qu'à la condition que le titre par suite duquel la séparation s'est opérée, sera représenté, et que l'on pourra vérifier qu'il ne dit rien de contraire à la prétention de celui qui réclame la maintenue de l'état des choses.

Si la servitude est tout à la fois continue et apparente, il n'est pas nécessaire que celui qui invoque la destination du père de famille rapporte l'acte qui a opéré la séparation des deux héritages. Que si, au contraire, la servitude est simplement apparente sans continuité, alors la destination ne peut servir à l'établir qu'autant qu'il est prouvé que l'écrit constatant le contrat ne contient aucune réserve contre l'établissement de la servi-

tude, ce qui nécessite la représentation de ce titre. La différence de l'art. 694 avec les deux précédents consiste en ce que celui qui allègue la servitude doit produire le titre quelconque en vertu duquel s'est opérée la séparation des héritages, et c'est à la faveur de ce titre que la loi se contente de l'existence d'un signe apparent.

Ainsi entendu, l'art. 694 se concilie parfaitement avec les textes, et il se trouve tout à fait en harmonie avec l'art. 1638 qui décharge le vendeur de toute garantie pour les servitudes apparentes dont l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, parce que l'acheteur qui a eu nécessairement connaissance de l'état des lieux en les visitant ne peut se prétendre trompé. Art. 1638. — « Si l'héritage vendu se trouve grevé, « sans qu'il en ait été fait de déclaration, de ser- « vitudes non apparentes, et qu'elles soient de « telle importance qu'il y ait lieu de présumer « que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait « été instruit, il peut demander la résiliation du « contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une « indemnité. »

Les signes apparents peuvent se montrer sur le fonds dominant aussi bien que sur le fonds servant, mais il faut qu'ils soient tels qu'on ne puisse en contester l'existence, et que la destination ait un caractère de permanence.

Les art. 693 et 694 s'appliquent non-seulement lorsque la destination a été établie entre deux héritages qui sont de nouveau séparés, mais encore au cas de la division en plusieurs lots d'un même domaine. Nous ne voyons aucune raison de faire une distinction entre les deux cas, et les termes de nos articles se prêtent à l'assimilation. Dans le langage du droit, en effet, on appelle fonds ou héritage tantôt le corps du domaine tantôt ses parties : *Videri cum fundi appellatione non totum fundus sed partem appellasse, nam et pars fundum recte appellatur* (loi 34, § 18, D., liv. 30). La séparation d'ailleurs a toujours pour résultat de faire qu'il y a deux fonds, et c'est à ce moment que se place le législateur.

XXIV. — Résumé

En résumé, le Code reconnaît trois modes différents d'établissement des servitudes :

1° Le titre exprès, qui s'applique à toute espèce de servitude ;

2° La possession de trente ans, qui ne s'applique qu'aux servitudes continues et apparentes ;

3° La destination du père de famille, qui ne s'applique également qu'aux servitudes continues et apparentes lorsque l'acte de séparation des deux héritages n'est pas représenté, mais qui,

dans le cas contraire, peut servir à établir des servitudes apparentes et discontinues.

Ajoutons qu'une servitude peut quelquefois s'établir tacitement comme accessoire indispensable pour l'exécution d'une volonté manifestée :

Art. 696. « Quand on établit une servitude, on
 « est censé accorder tout ce qui est nécessaire
 « pour en user. — Ainsi la servitude de puiser de
 « l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessaire-
 « ment le droit de passage. »

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. — Les servitudes, au moins par legs, peuvent s'établir sous condition suspensive. — Loi 4, D. liv. 8, tit. 1.

II. — La division des servitudes réelles en servitudes de fonds ruraux et servitudes de fonds urbains ne se fonde, ni sur le caractère du fonds auquel est due la servitude, ni sur le caractère du fonds qui la doit.

III. — La servitude *altius tollendi* n'est que la libération de la servitude *altius non tollendi*.

IV. — Les pactes et les stipulations ne peuvent établir de véritables servitudes réelles.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. — Les droits de chasse ou de pêche ne peuvent constituer des servitudes réelles.

II. — Le propriétaire du fonds servant qui se trouve grevé de l'obligation de faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude n'a besoin, pour se débarrasser de cette charge, que d'abandonner la portion de son fonds affectée de la servitude. Article 699.

III. — L'exercice pendant trente ans d'une servitude non susceptible de s'acquérir par prescription, d'un droit de passage, par exemple, par un endroit différent de celui déterminé par le titre, a pour seul effet de déplacer l'assignation primitive.

IV. — Les servitudes discontinues ou non apparentes peuvent donner lieu aux actions possessoires lorsqu'elles s'exercent en vertu d'un titre.

V. — Les articles 709 et 710 doivent l'emporter sur l'article 883.

VI. — L'extinction d'une servitude ne peut jamais résulter d'un non usage moindre que trentenaire.

DROIT CRIMINEL.

I. — Le principe général qui veut que le complice d'un crime ou d'un délit soit puni de la même peine que l'auteur de ce crime ou de ce

délit, est applicable au complice non militaire d'un délit militaire lorsque d'ailleurs la peine portée contre ce délit est une de celles admises par le Code pénal ordinaire.

II. — Le plaignant étranger qui se porte partie civile n'est pas tenu de fournir la caution exigée par l'article 16 du Code Napoléon, lorsque le prévenu est lui-même étranger.

III. — La diffamation envers la mémoire d'un mort autorise de la part des héritiers une poursuite en police correctionnelle.

DROIT DES GENS.

I. — La conclusion de la paix ne fait revivre que certaines parties des traités antérieurs à la guerre.

II. — Une notification n'est pas nécessaire pour faire cesser le blocus.

HISTOIRE DU DROIT.

I. — Les fiefs ont leur origine dans les bénéfices de l'époque franque.

II. — Le lit et le cours des petites rivières sont des choses communes dont l'usage appartient aux riverains.

Vu par le Président de la Thèse,
VALETTE.

Vu, par l'Inspecteur général, délégué,
Ch. GIBAUD.

Vu et permis d'imprimer,
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
A. MOURIER.

TABLE DES MATIÈRES.

PREMIÈRE PARTIE. — DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DES SERVITUDES RÉELLES.

I. Préliminaires.	3
II. Définition des servitudes réelles.	6
III. Les servitudes doivent procurer un avantage.	7
IV. Les deux fonds doivent être voisins.	9
V. De la perpétuité des servitudes.	10
VI. De la perpétuité de la cause.	11
VII. Indivisibilité des servitudes.	16

CHAPITRE II.

DIVISION DES SERVITUDES RÉELLES.

VII. Fonds urbains et fonds rustiques.	21
VIII. Caractère distinctif des servitudes.	22
X. Au point de vue de la mancipation.	23
XI. Au point de vue du gage et de l'hypothèque.	27
XII. Au point de vue de la possession.	28
XIII. Au point de vue de l'extinction par le non usage.	29
XIV. Principales servitudes.	31

CHAPITRE III.

DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES RÉELLES.

XV. Qui peut établir ou acquérir une servitude.	39
XVI. Sur quels biens peuvent être établies les servitudes.	45
XVII. Divers modes d'établissement des servitudes.	46
XVIII. Mancipation.	47
XIX. Cessio in jure.	48
XX. Adjudicatio.	50
XXI. Testament.	51
XXII. Prescription.	53
XXIII. Quasi-tradition.	60
XXIV. Des pactes et des stipulations.	63

SECONDE PARTIE. — DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DES SERVITUDES RÉELLES.

I. Origine et importance des servitudes réelles.	70
II. Définition des servitudes réelles.	72
III. Une servitude ne peut être établie que sur un fon's.	74
IV. Au point de vue passif, la servitude est négative.	75
V. Une servitude ne peut être établie qu'au profit d'un fonds.	78
VI. La servitude doit procurer un avantage.	80
VII. La servitude ne peut exister que sur la chose d'autrui.	82

VIII. La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.	83
IX. Les servitudes doivent n'être pas contraires à l'ordre public.	85
X. De l'indivisibilité des servitudes.	86
XI. De la perpétuité de la durée, et de la cause.	89

CHAPITRE II.

DIVISIONS DES SERVITUDES RÉELLES.

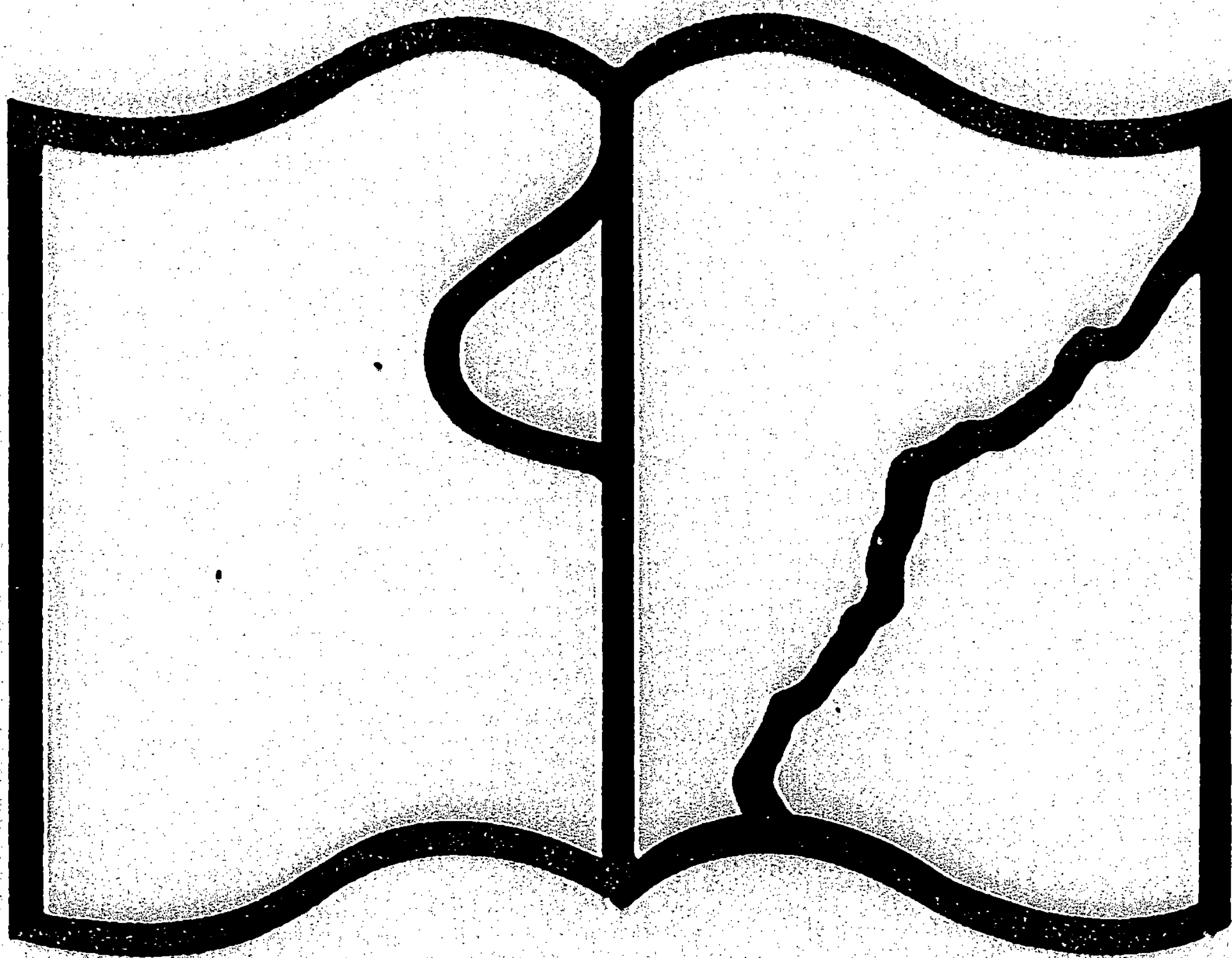
XII. Servitudes positives et servitudes négatives.	90
XIII. Servitudes urbaines et servitudes rurales.	92
XIV. Servitudes continues et servitudes discontinues.	94
XV. Importance de cette division.	96
XVI. Servitudes apparentes et servitudes non apparentes.	98
XVII. Importance de cette division.	99

CHAPITRE III.

DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES RÉELLES.

XVIII. Qui peut imposer une servitude.	100
XIX. Qui peut acquérir une servitude.	104
XX. Sur quels biens peuvent être établies les servitudes.	106
XXI. Du titre.	107
XXII. De la prescription.	113
XXIII. De la destination du père de famille.	128
XXIV. Résumé.	141
Positions.	143





Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11

PREMIERE PARTIE. - DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER. DE LA NATURE DES SERVITUDES REELLES.

- I. Préliminaires.
- II. Définition des servitudes réelles.
- III. Les servitudes doivent procurer un avantage.
- IV. Les deux fonds doivent être voisins.
- V. De la perpétuité des servitudes.
- VI. De la perpétuité de la cause.
- VII. Indivisibilité des servitudes.

CHAPITRE II. DIVISION DES SERVITUDES REELLES.

- VII. Fonds urbains et fonds rustiques.
- IX. Caractère distinctif des servitudes.
- X. Au point de vue de la mancipation.
- XI. Au point de vue du gage et de l'hypothèque.
- XII. Au point de vue de la possession.
- XIII. Au point de vue de l'extinction par le non usage.
- XIV. Principales servitudes.

CHAPITRE III. DE L'ETABLISSEMENT DES SERVITUDES REELLES.

- XV. Qui peut établir ou acquérir une servitude.
- XVI. Sur quels biens peuvent être établies les servitudes.
- XVII. Divers modes d'établissement des servitudes.
- XVIII. Mancipation.
- XIX. Cessio in jure.
- XX. Adjudicatio.
- XXI. Testament.
- XXII. Prescription.
- XXIII. Quasi-tradition.
- XXIV. Des pactes et des stipulations.

SECONDE PARTIE. - DROIT FRANCAIS.

CHAPITRE PREMIER. DE LA NATURE DES SERVITUDES REELLES.

- I. Origine et importance des servitudes réelles.
- II. Définition des servitudes réelles.
- III. Une servitude ne peut être établie que sur un fonds.
- IV. Au point de vue passif, la servitude est négative.
- V. Une servitude ne peut être établie qu'au profit d'un fonds.
- VI. La servitude doit procurer un avantage.
- VII. La servitude ne peut exister que sur la chose d'autrui.
- VIII. La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.
- IX. Les servitudes doivent n'être pas contraires à l'ordre public.
- X. De l'indivisibilité des servitudes.
- XI. De la perpétuité de la durée, et de la cause.

CHAPITRE II. DIVISIONS DES SERVITUDES REELLES.

- XII. Servitudes positives et servitudes négatives.
- XIII. Servitudes urbaines et servitudes rurales.
- XIV. Servitudes continues et servitudes discontinues.
- XV. Importance de cette division.
- XVI. Servitudes apparentes et servitudes non apparentes.
- XVII. Importance de cette division.

CHAPITRE III. DE L'ETABLISSEMENT DES SERVITUDES REELLES.

- XVIII. Qui peut imposer une servitude.
- XIX. Qui peut acquérir une servitude.
- XX. Sur quels biens peuvent être établies les servitudes.
- XXI. Du titre.
- XXII. De la prescription.
- XXIII. De la destination du père de famille.
- XXIV. Résumé.
- XXIV. Positions.