

COURS
DE
DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL,

PAR M. DURANTON,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,

MEMBRE DE LA LÉGIION-D'HONNEUR.

Quatrième Edition,

REVUE ET CORRIGÉE;

AUGMENTÉE DE L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE ET DES LOIS RÉCENTES
QUI ONT TRAIT AU DROIT CIVIL.

TOME CINQUIÈME.

PARIS,

G. THOREL, LIBRAIRE,

Successéur d'ALEX-GOBELET,
PLACE DU PANTHÉON, 4, et PLACE DAUPHINE, 29.

GUILBERT, LIBRAIRE,

RUE J.-J. ROUSSEAU, 3.

1844

COURS
DE
DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL.

V.



COURS
DE
DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL,

PAR M. DURANTON,
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
MEMBRE DE LA LÉGION-D'HONNEUR.

QUATRIÈME ÉDITION,
revue et corrigée,
AUGMENTÉE DE L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE ET DES LOIS RÉCENTES
QUI ONT TRAIT AU DROIT CIVIL.



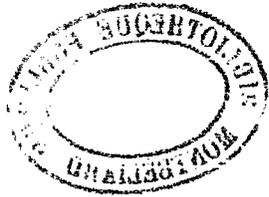
PARIS.

G. THOREL,
succ^d d'ALEX-GOBELET,
Place du Panthéon, 4, et pl. Dauphine, 29.



E. GUILBERT,
LIBRAIRE,
Rue J.-J. Rousseau, 3.

1844.



COURS DE DROIT FRANÇAIS SUIVANT LE CODE CIVIL.

SUITE DU LIVRE II.

SUITE DU TITRE III.

CHAPITRE VI.

DES DROITS D'USAGE ET D'HABITATION.

SOMMAIRE.

1. *Liaison avec ce qui précède.*
2. *Le droit d'usage veut être considéré sous un double point de vue.*
3. *Division du chapitre.*

1. Nous avons expliqué au tome précédent tout ce qui est relatif au droit d'usufruit ; il nous reste maintenant à traiter sur ce titre ce qui concerne les droits d'usage et d'habitation, et l'usage dans les bois et forêts.

Mais les droits d'usage et d'habitation ont tant d'affinité avec celui d'usufruit, que la plupart des explications que nous avons données sur ce dernier droit leur conviennent également ; ce qui nous commande la brièveté et nous engage à éviter toute répétition inutile.

Cependant il existe entre ces diverses modifications du droit de propriété quelques différences assez importantes pour mériter d'être signalées avec exactitude, et c'est ce que nous tâcherons de faire le plus succinctement qu'il nous sera possible.

2. Le droit d'usage veut être considéré sous un double point de vue : ou comme appartenant à un ou plusieurs particuliers sur les biens d'un autre particulier, ou comme appartenant à une commune ou communauté d'habitans sur des fonds situés dans le territoire de son établissement. Ce dernier est perpétuel de sa nature ; il fait partie des biens communaux, et conséquemment il est régi comme bien communal : les biens communaux, porte l'article 542, sont ceux à la propriété ou *au produit* desquels les habitans d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis.

L'usage dans les bois et forêts est également soumis à des lois particulières (art. 636). Nous en parlerons au chapitre suivant.

3. Dans celui-ci, nous traiterons d'abord du droit d'usage de particulier à particulier ;

Ensuite du droit d'habitation ;

Et enfin de l'usage appartenant à une commune ou communauté d'habitans.

SECTION PREMIÈRE.

DU DROIT D'USAGE APPARTENANT À UN PARTICULIER SUR LES BIENS D'UN AUTRE PARTICULIER.

SOMMAIRE.

1. *Division de la section.*

§ I^{er}.

Comment s'établit le droit d'usage de particulier à particulier.

5. *Généralement les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit.*
6. *Cependant la loi n'établit pas elle-même le droit d'usage ou d'habitation, tandis qu'elle établit le droit d'usufruit dans certains cas.*
7. *On peut aussi acquérir l'usufruit par prescription, et il n'en est pas ainsi du droit d'usage dans tous les cas.*
8. *Mais le droit d'habitation peut aussi s'acquérir par prescription.*

§ II.

De la nature et de l'étendue du droit d'usage.

9. *L'usage est mesuré sur les besoins de l'usager, au lieu que l'usufruit attribue tout l'émolument de la chose à l'usufruitier.*
10. *L'usufruit peut s'acquérir ou s'éteindre pour partie, mais non l'usage : l'un est divisible, l'autre indivisible.*
11. *L'usufruit peut être constitué à titre universel ; le droit d'usage ou d'habitation est toujours constitué à titre particulier.*
12. *Le droit d'accroissement peut avoir lieu en matière de legs d'usufruit, mais non dans le legs du droit d'usage.*
13. *Si on lègue à l'un l'usufruit d'un fonds, et à l'autre l'usage de ce même fonds, l'usager doit être servi le premier sur les fruits, dans la mesure de ses besoins.*
14. *Le droit d'usufruit, quoique pouvant être établi au profit de plusieurs personnes successivement, ne peut cependant être perpétuel ; au lieu qu'on peut constituer un droit d'usage à perpétuité.*
15. *Comme le droit d'usufruit, les droits d'usage et d'habitation sont des droits réels : conséquences.*
16. *Disposition et interprétation de la L. 8, ff. de Servitutibus.*
17. *L'étendue du droit d'usage se règle par le titre constitutif.*
18. *Étendue du droit quand le titre ne s'explique pas.*

4 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPRIÉTÉ.

19. *Quelles sont les personnes qui font partie de la famille de l'usager, et pour lesquelles il a droit aux fruits.*
20. *Le droit d'usage ne peut être vendu, cédé ni loué ;*
21. *Même dans le cas où l'usager absorberait tous les fruits.*
22. *Il ne peut par cela même être saisi ;*
23. *Ni être hypothéqué ; au lieu que l'usufruit peut être vendu, cédé, loué, saisi, et hypothéqué s'il réside sur un immeuble.*
24. *Si le titre constitutif autorisait l'aliénation du droit d'usage, toutes les prohibitions ci-dessus cesseraient.*
25. *La prohibition légale d'aliéner le droit d'usage, en l'absence de disposition contraire dans le titre, s'étend-elle aux fruits perçus ou-délivrés ?*
26. *Si l'usager meurt avant d'avoir consommé les fruits, ce qui en reste appartient-il à ses héritiers ?*
27. *Quand le titre ne s'en explique pas, l'usager peut-il cultiver lui-même le fonds, ou doit-il seulement recevoir les fruits dont il a besoin ? Dispositions du Droit romain à cet égard, et résolution de la question par une distinction.*
28. *L'usage peut être établi au profit de plusieurs successivement : application du principe.*
29. *Établi au profit d'un individu et de ses enfans, cela s'entendrait des enfans au premier degré, mais chacun d'eux serait usager en titre.*
30. *Établi au profit d'une personne et de ses descendans, il serait censé constitué pour toute la postérité ;*
31. *Mais il ne peut être établi par donation entre-vifs ou par testament qu'au profit des enfans ou descendans conçus au moment de la donation ou du décès du testateur, sauf les cas de substitution permise : secus quand il est constitué à titre onéreux.*
32. *Quel est le sens du mot famille dans une constitution d'usage au profit d'un individu et de sa famille ?*
33. *Le droit d'usage est tantôt servitude personnelle, tantôt servitude réelle : importance de la distinction.*
34. *Règles qui peuvent servir à l'établir avec justesse.*

§ III.

Des obligations de l'usager.

35. *En principe, l'usager ne peut jouir sans donner préalablement caution, ni sans faire des états ou inventaires, comme l'usufruitier.*
36. *Le vendeur ou donateur avec réserve du droit d'usage est dispensé de fournir caution.*
37. *Quand l'usager ne fait que recevoir les fruits, au lieu de cultiver par lui-même, il n'y a pas obligation pour lui de faire des états ou inventaires, quoiqu'il doive néanmoins caution pour assurer le paiement de sa part contributoire dans les frais de culture, d'entretien et d'impôts.*
38. *Comment se règle cette part contributoire, surtout quant aux semences.*
39. *Il ne faut pas confondre, soit par rapport à cette contribution, soit quant à la nature du droit, la constitution d'une prestation annuelle d'une certaine quantité de fruits, avec le droit d'usage.*
40. *Si le fonds désigné pour fournir la prestation ne donnait pas, pendant une ou plusieurs années, suffisamment de fruits, la question de savoir si le débiteur serait obligé de suppléer à ce qui manque se résout par les termes de l'acte.*
41. *Quant la constitution est d'une quotité des fruits de tel fonds, le concessionnaire contribue aux frais de culture et aux impôts ; et la nature de son droit se détermine par l'esprit du titre constitutif.*

§ IV.

De l'extinction du droit d'usage.

42. *Manières dont s'éteint le droit d'usage.*
 43. *La disposition de l'article 619, qui limite à trente ans la durée de l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, ne s'applique pas à l'usage établi au profit des communes, communautés d'habitans ou établissemens publics.*
4. Il y a à voir sur le droit d'usage de particulier à particulier,

6 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPR.

- 1° Comment ce droit s'établit ;
- 2° Sa nature et son étendue ;
- 3° Les obligations de l'usager ;
- 4° L'extinction du droit d'usage.

§ 1^{er}.

Comment s'établit le droit d'usage de particulier à particulier.

5. Suivant l'article 625, les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit¹ ; par conséquent ils s'établissent par acte entre-vifs ou testamentaire.

6. Mais nous ne connaissons aucune disposition législative qui établisse un droit d'usage proprement dit tel que celui dont nous nous occupons, tandis que la loi établit dans plusieurs cas le droit d'usufruit. (Art. 579, combiné avec les articles 384 et 754).

Cette observation, qui n'est, au surplus, que de pure doctrine, s'applique également au droit d'habitation : nulle part la loi n'établit elle-même ce droit tel qu'on le conçoit d'après les règles consacrées dans cette partie du titre que nous expliquons maintenant.

Voudrait-on, en effet, voir un droit d'usage et d'habitation établi par la loi dans cette disposition de l'ar-

¹ Les INSTITUTES, tit. *de Usu et habit.*, disent aussi : *Iisdem illis modis, quibus usufructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet; iisdemque illis modis finitur, quibus et usufructus desinit.*

Toutefois, cela n'est pas rigoureusement exact, même dans les principes du Droit romain ; car l'usufruit pouvait être constitué par le juge dans les jugemens de partage. L. 6, § 1, *de Usufr.* ; L. 6, § 1, ff. *Famil. ercis.* ; L. 6, § 10, ff. *Comm. divid.*, et rien de semblable quant à l'usage.

De plus, quand l'usage s'éteignait, il retournait toujours à la propriété, et jamais au co-légataire : il en était autrement de l'usufruit, ainsi que nous l'avons dit au tome précédent, n° 655.

ticle 1465, qui accorde à la veuve, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont donnés pour faire inventaire et délibérer, la faculté de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et, à défaut, par emprunt au compte de la masse commune, à la charge d'en user modérément; qui l'affranchit de tout loyer à raison de l'habitation qu'elle a pu faire, pendant ces délais, dans une maison dépendante de la communauté ou appartenant aux héritiers du mari; et qui veut enfin que, au cas où la maison qu'habitaient les époux à l'époque de la dissolution de la communauté, était tenue par eux à titre de loyer, le prix de la location, pendant ces mêmes délais, soit pris sur la masse? Mais il est évident que c'est là un droit particulier, qui n'a que peu ou point de rapport avec le droit d'usage ou d'habitation proprement dit : c'est une indemnité accordée à la femme pendant que, en faisant l'inventaire, elle fait les affaires communes, et voilà tout.

Nous en dirons autant de l'option à elle accordée par l'article 1570, d'exiger, à la mort de son mari, ou les intérêts de sa dot pendant l'an de deuil, ou de se faire fournir des alimens pendant ledit temps aux dépens de la succession du mari, indépendamment, dans les deux cas, de l'habitation durant cette année, qui doit, ainsi que les habits de deuil, lui être fournis sur la succession, sans imputation sur les intérêts à elle dus. Cela ne constitue non plus ni un droit d'usage, ni un droit d'habitation proprement dits, soit que l'on

considère la durée de cette jouissance, soit que l'on considère les charges dont l'usager ordinaire est tenu, et dont la veuve est généralement affranchie : notamment en ce qui touche l'obligation de fournir caution, imposée à l'usager par l'article 626, et qui ne saurait être exigée de la veuve, et notamment aussi en ce qui concerne les impôts, auxquels contribue l'usager proprement dit, et dont, selon nous, la veuve n'est point tenue.

7. En second lieu, l'usufruit, suivant ce que nous avons démontré au tome précédent, n° 502, peut s'acquérir par prescription ; et il n'en saurait être indistinctement ainsi aujourd'hui du droit d'usage.

Ce droit est une espèce de servitude : c'est généralement ¹ une servitude personnelle, en ce que c'est la chose d'autrui qui sert à la personne de l'usager, à la différence de la servitude réelle, dans laquelle c'est le fonds de l'un qui est asservi au fonds de l'autre.

Or, suivant le Code (art. 691), toute servitude discontinuée dans son exercice, apparente ou non, ne peut actuellement s'acquérir par prescription, même immémoriale : il faut un titre pour cela. Les auteurs du Code ont pensé, avec raison, que la jouissance ou possession dans les servitudes de cette espèce ne pouvait avoir, d'une manière parfaite, le caractère essentiellement exigé dans toute possession pour pouvoir fonder la prescription : la continuité (art. 2229). Les faits isolés, interrompus, par lesquels on exerce ces

¹ Nous disons *généralement*, parce que quelquefois, comme on le verra plus loin, l'usage est servitude réelle.

sortes de servitudes, leur ont paru porter un caractère équivoque, clandestin, de simple tolérance, ou du moins susceptible d'être souvent tel, et dès-lors incompatible avec la nature de la possession pure et parfaite, la seule propre à produire l'acquisition du droit par le moyen de la prescription. Ils ont toutefois respecté les servitudes de cette espèce, déjà acquises de cette manière lors de la publication de la loi sur les servitudes, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de la sorte; le tout suivant les explications que nous donnerons sur ce point au titre *des Servitudes*.

Et comme le droit d'usage qui consisterait dans la faculté de prendre des fruits de telle ou telle espèce dans le champ d'autrui pour ses besoins personnels, de prendre, par exemple, le bois de son chauffage dans la forêt d'autrui, ne peut s'exercer autrement que par une jouissance discontinue, par des actes isolés, plus ou moins répétés, et à des intervalles plus ou moins longs, nous en concluons qu'une telle jouissance ne peut servir de base à la prescription; sans préjudice toutefois de l'usage qui aurait été acquis lors de la publication de la loi sur les servitudes, soit par la prescription trentenaire, soit par la possession immémoriale, dans les pays où il pouvait s'acquérir de cette manière.

Notre décision principale, ainsi que la modification que nous y apportons relativement aux droits déjà acquis par la prescription lors de la publication du Code, nous paraissent confirmées par l'arrêt suivant, que nous trouvons au *Répertoire* de M. Merlin, au mot

Usage, et dont il n'est pas sans utilité de rapporter l'espèce, telle qu'elle nous est transmise par ce savant auteur.

« Entre Michel Arnaud, Clément-Médard Arthui; la dame Soulange Poncet, veuve Châlons, et Marie-Charlotte-Élisabeth, veuve Grignault, demandeurs en cassation d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Bourges, le 12 août 1807, d'une part ; François Branchu, et Marie Feuillot sa femme, défendeurs, d'autre part.

« Dans le fait, le 15 thermidor an x, les demandeurs en cassation ont partagé entre eux un bois appelé *les usages de la Gravelle*, qu'ils prétendent être une dépendance exclusive de leurs propriétés.

« Les défendeurs ont prétendu être en possession immémoriale, par eux, leurs locataires ou fermiers, de l'usage et jouissance de ce bois, tant en y coupant leur chauffage qu'en y envoyant pacager librement leurs bestiaux en toute saison : et regardant tant le partage que l'arpentage qui l'a précédé comme une atteinte portée à leurs droits, ils ont, après un essai de conciliation, assigné devant le tribunal civil d'Issoudun, pour voir dire qu'eux, mariés Branchu, seraient maintenus et gardés dans leurs droits et possession immémoriale, notamment depuis trente ans, et qu'il serait fait défense aux demandeurs de les y troubler.

« Arnaud et consorts signifèrent des exceptions par lesquelles, se fondant sur le principe que tout demandeur doit donner copie de ses titres en tête de sa demande, ils conclurent à ce que Branchu et sa femme

fussent déclarés non recevables, faute de justification de titres.

« Les Branchu reconnurent qu'ils n'avaient point de titres, mais ils prétendirent que leur possession immémoriale équivalait à un titre, et ils demandèrent à faire la preuve par témoins de cette possession.

« Arnaud et consorts soutenaient, au contraire, qu'ils étaient exclusivement possesseurs du bois dont il s'agit, et ils invoquaient plusieurs titres à l'appui de cette prétention.

« Le tribunal d'Issoudun, pour s'éclairer par la contradiction sur l'influence de ces titres, ordonna d'abord qu'ils seraient communiqués à Branchu et à sa femme.

« Cette communication eut lieu, et les titres communiqués furent ensuite produits devant le tribunal, qui, par un jugement définitif, du 21 ventôse an XIII, déclara Branchu et sa femme mal fondés dans leur demande, et leur fit défense de s'immiscer dans les droits d'usage des bois de la Gravelle.

« Branchu et sa femme ont appelé de ce jugement devant la cour d'appel de Bourges ; et là ils ont soutenu qu'Arnaud et consorts n'étaient pas propriétaires ; qu'ils étaient simples usagers, comme eux, et qu'à ce titre ils ne pouvaient écarter les effets de la possession immémoriale dans la jouissance des mêmes usages, possession qu'ils ont encore offert de prouver, en se fondant sur les dispositions des Coutumes voisines du Berri, auxquelles il fallait, suivant eux, avoir recours, puisque celle du Berri ne s'expliquait pas sur ce

point; et, réduisant le procès à un combat entre de simples usagers, ils ont demandé à être admis, contre leurs co-usagers, à la preuve de leur possession immémoriale.

« De leur côté, les intimés ont persisté à soutenir qu'ils étaient seuls propriétaires du bois de la Gravelle, et que la preuve offerte par les appelans n'était pas admissible.

« La cour d'appel de Bourges s'est proposée à décider deux questions: 1° Le droit d'usage peut-il être rangé dans la classe des servitudes proprement dites? 2° Branchu et sa femme sont-ils admissibles à établir, par la preuve testimoniale, le droit d'usage qu'ils prétendent dans le bois connu sous le nom *d'usages de la Gravelle*?

« Sur la première question, la cour a considéré que, suivant la définition généralement reçue en Droit, la servitude est une redevance, charge ou sujétion imposée sur un héritage, pour l'usage ou l'utilité d'un autre héritage, appartenant à un autre maître, et dont l'exercice ne doit jamais tendre à altérer le fonds de l'héritage asservi; qu'un droit d'usage, au contraire, participe du droit de propriété, en ce qu'il peut, en certains cas, attaquer la substance même de l'objet sur lequel il s'exerce: qu'aussi la plupart des Coutumes qui régissaient la France admettaient une distinction entre les servitudes et les droits d'usage, en établissant des règles particulières à l'un et à l'autre droit, distinction nouvellement consacrée par les dispositions

du Code civil, liv. II, tit. 5 et 4, et que par conséquent, les maximes et les principes adoptés en matière de servitude ne sont pas applicables au droit d'usage.

« Elle a considéré, sur la seconde question, que, dans le silence de la Coutume du Berri, sur le mode d'établir ou conserver un droit d'usage de la nature de celui dont il s'agissait dans l'espèce, on était forcé de recourir aux Coutumes circonvoisines, et de consulter le Droit commun; qu'il résultait particulièrement de la Coutume du Nivernais, articles 9 et 10, au titre *des Bois et Forêts*, que le droit d'usage s'établissait ou par titres, ou par jouissance accompagnée du paiement de redevance, ou par la seule possession immémoriale, et que cette possession était articulée par Branchu et sa femme.

« En conséquence, par arrêt du 12 août 1807, la cour d'appel a autorisé Branchu et sa femme à faire la preuve par eux offerte. »

C'est de cet arrêt que la cassation était demandée.

Les demandeurs prétendaient que la preuve de l'ancienne possession alléguée par les défendeurs n'était pas admissible.

« Le droit d'usage dans les bois, disaient-ils, est un droit de servitude. — En qualité de servitude, l'article 691 du Code civil ne permet pas de l'acquérir par la possession, même immémoriale. — Cet article contient bien une exception pour les servitudes acquises dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière; mais dans le Berri, suivant les ar-

articles 1, 2 et 3 du tit. II, de la Coutume de ce pays, le principe *nulle servitude sans titre* était admis. Ainsi l'exception de l'article 691 du Code civil ne peut s'appliquer à l'ancien ressort de cette Coutume, et la cour de Bourges devait se borner à l'application de l'article 688 et de la première partie de l'article 691 du même Code. Et en supposant la Coutume du Berri muette sur les prescriptions en matière de servitude, ce n'était pas à la Coutume du Nivernais qu'on devait recourir, mais à la Coutume de Paris, qui formait le Droit commun de la France, ou plutôt au Code civil.

« Sur quoi, ouï le rapport de M. Borel, et après en avoir délibéré en la chambre du conseil :

« Attendu que l'instance a été introduite antérieurement à la promulgation des titres 3 et 4 du livre II, du Code civil¹ ; d'où résulte que les dispositions contenues dans ces titres ne peuvent être invoquées comme applicables à la cause, en les supposant introductives d'un nouveau Droit ;

« Attendu que les articles 1, 2 et 3 du tit. II de la Coutume du Berri sont étrangers aux droits d'usage dans les bois et forêts ;

Attendu que, dans le silence de la Coutume du Berri, sur les effets et les caractères de la possession en matière d'usage dans les bois et forêts, la cour d'appel de Bourges, qui d'ailleurs n'a rien préjugé à

¹ Cette circonstance de l'introduction de l'instance avant la promulgation du titre III et IV du Code civil, devait être fort indifférente quant à la solution de la question, dès qu'il ne s'agissait pas d'une forme de procédure, mais du fond du droit.

l'égard de ladite possession, a pu recourir aux Coutumes voisines, et y puiser des raisons de décider sans violer aucune loi précise ;

« La cour, sans qu'il soit besoin de s'occuper de la fin de non-recevoir proposée par les défendeurs, rejette le pourvoi... »

Il résulte de cette décision trois choses :

1° Que, sous le Code, les droits d'usage, dont il s'agissait dans l'espèce, ne peuvent s'acquérir par prescription ; qu'il faudrait pour cela un titre, puisque ce n'est que parce que la cour d'appel a reconnu qu'ils s'acquerraient par la longue possession dans les lieux de la situation des biens, que celle de cassation s'est déterminée à rejeter le pourvoi.

2° Qu'on a dû maintenir ceux qui étaient déjà acquis par la possession immémoriale lors de la publication de la loi sur les servitudes, parce qu'ils pouvaient s'acquérir dans les lieux de la situation des biens, comme l'a reconnu en fait la cour d'appel ;

3° Et que, pour le décider ainsi, cette cour a pu, dans le silence de la Coutume du territoire de la situation des biens, et sans violer aucune loi, recourir aux Coutumes voisines, et y puiser les motifs de sa détermination ; par conséquent, que si la Coutume de la situation eût admis formellement la prescription, l'arrêt de la cour d'appel, qui a toutefois été maintenu, eût été bien plus inattaquable encore.

Mais s'il s'agissait d'un droit exercé par une jouis-

sance ou une possession continue, on devrait décider, comme nous l'avons fait ¹ touchant le droit d'usufruit, en citant à ce sujet un arrêt de la cour de cassation, qui l'a jugé ainsi, qu'il peut aussi s'acquérir par prescription, soit de dix à vingt ans, avec titre et bonne foi, soit de trente ans si ces conditions n'étaient pas réunies. Par exemple, que l'on suppose que celui qui a joui comme usager ait été en jouissance et possession du fonds, parce qu'il en absorbait tous les fruits : dans ce cas, sa possession, ou, si l'on veut, sa jouissance n'a pas différé de celle d'un usufruitier ; il a, comme lui, perçu tout l'émolument, supporté toutes les charges, soit relativement aux impôts, soit relativement à la culture et à l'entretien du fonds (art. 635) : il a eu, comme lui, une possession continue, permanente, une jouissance non interrompue ; à la différence du cas où, n'étant point dans le fonds, il ne fait que prendre ou recevoir de loin en loin les fruits pour ses besoins personnels.

On ne saurait, en effet, mettre sur la même ligne ces deux modes de jouissance : l'un est continu de sa nature, puisqu'il est accompagné de la possession libre de la chose, non pas, il est vrai, à titre de propriétaire, mais à titre d'usager : de même que dans l'usufruit, l'usufruitier possède à titre d'usufruitier ² ; l'autre, au contraire, n'étant point accompagné de la possession du fonds, est nécessairement discontinu, et ne se manifeste que par des actes isolés, comme dans

¹ Tome précédent, n° 502.

² Voyez tome IV, n° 513.

les servitudes discontinues ; et conséquemment par le motif qui a déterminé les auteurs du Code à rejeter l'acquisition de ces servitudes par le mode de la prescription, milite avec la même force pour l'exclure dans les usages où l'usager n'est point en possession du fonds. Mais aussi, en sens inverse, la raison qui a fait admettre la prescription à l'effet d'acquérir l'usufruit, est la même quand il s'agit d'un droit d'usage qui absorbe tous les fruits, et dont on jouit comme on jouirait d'un droit d'usufruit ; car alors la différence entre ces deux droits est plutôt dans les dénominations que dans le fonds des choses elles-mêmes ¹.

Ainsi, supposez que Paul, qui était en possession d'un jardin appartenant à Jean, m'ait vendu, donné ou légué l'usage de ce jardin ; que j'aie été mis en jouissance, en possession, en un mot, par exemple, parce que tous les fruits du fonds étaient nécessaires à mes besoins et à ceux de ma famille : j'ai ainsi joui de ce jardin paisiblement, publiquement, et, après un assez grand nombre d'années, Jean fait juger contre Paul, ou l'héritier de celui-ci, que le jardin lui appartient. Nul doute, selon nous, et d'après les principes qui ont été consacrés par l'arrêt de la cour de cassation, dont nous rapportons la décision au tome précédent, n° 502, que je ne puisse invoquer avec succès la prescription de dix et vingt ans contre Jean, comme l'a fait, dans l'espèce de l'arrêt, celui qui avait joui comme usufrui-

¹ Sauf ce que nous dirons relativement à la défense imposée par la loi à l'usager de céder et de louer son droit, et sauf en outre les variations que peuvent éprouver les besoins de l'usager.

tier, puisque sa jouissance a réuni tous les caractères de celle de ce dernier.

8. Nous en disons autant du droit d'habitation, quand bien même celui qui l'aurait exercé n'aurait pas occupé toute la maison ; car il a possédé comme usager la partie qu'il a occupée : il en a joui comme l'usufruitier jouit de la chose soumise à l'usufruit, sauf les différences qui peuvent d'ailleurs exister entre l'un et l'autre droit, mais qui ne font rien quant à la question qui nous occupe, puisque nous ne considérons rien autre chose, relativement à la prescription, que la nature de la possession, que nous voulons continue, paisible, publique, et pour soi, et qui nous offre tous ces caractères aussi dans ce cas.

La question de prescription doit donc se résoudre par la nature de la jouissance et de la possession de l'objet sur lequel aura été exercé le droit d'usage ou d'habitation : point d'acquisition du droit sans titre aujourd'hui, si cette jouissance n'a consisté que dans des actes isolés, discontinus, car ils peuvent n'avoir été que le résultat d'une concession précaire, ou d'une usurpation clandestine plus ou moins répétée ; mais on devra pouvoir acquérir le droit par la prescription de dix et vingt ans, avec titre et bonne foi, et même par celle de trente ans, sans titre ou bonne foi, si celui qui a exercé le droit prétendu a joui du fonds comme en jouit un usufruitier, d'une manière continue, permanente, et non par des faits isolés, interrompus ; et, dans toutes les hypothèses, sans préjudice encore des droits qui auraient pu être acquis par prescription,

lors de la publication de la loi sur *les Servitudes*, dans les pays où ils pouvaient s'acquérir de cette manière, par application de l'article 691 lui-même.

§ II.

De la nature & de l'étendue du droit d'usage.

9. L'usage est le droit attribué à quelqu'un de se servir de la chose d'autrui, mais seulement pour ses besoins journaliers et ceux de sa famille, à la charge d'en conserver la substance¹.

Au lieu que l'usufruit, comme on l'a dit, consiste dans le droit de percevoir tous les fruits, tous les produits, tout l'émolument que la chose est susceptible de donner, suivant sa destination et la manière dont en jouissait le propriétaire au temps de la constitution de l'usufruit, et de disposer de cet émolument comme on l'entend. Il y a donc un droit bien plus étendu dans l'usufruit que dans l'usage².

10. De cette importante différence entre l'un et l'autre droits résultent plusieurs effets très-différens.

Ainsi, l'usufruit peut s'établir pour partie comme pour le tout : par exemple, je vous lègue la moitié, je ne dis pas de mon jardin, mais de l'usufruit de mon jardin, ce qui s'étend sur le tout ; tandis que le droit d'usage, considéré en lui-même, et par abstraction,

¹ L. 10, § 1, ff. de *Usu et habit.*

² Cependant, quand il s'agit de l'usage d'une somme, ce droit est en tout point aussi plein que celui d'usufruit de la même somme, puisque, dans les deux cas, la propriété des deniers passe à celui qui a le droit, et que dans les deux cas aussi il perçoit tout l'émolument. Voyez la L. 5, § *ult.* ; et la L. 10, § 1, ff. de *Usufr. earum rer. quæ usu consum.*

ne peut être constitué pour partie ¹; car étant mesuré sur l'étendue des besoins de la personne, en tant, bien entendu, que la chose peut y subvenir, il est clair qu'il ne remplirait plus sa destination s'il n'était pas entier. Il peut, au reste, recevoir plus ou moins d'étendue par l'acte constitutif (art. 628); mais il n'est pas moins indivisible de sa nature, subsistant, à ce titre, sur tout le fonds sur lequel il a été imposé; de même que le droit d'hypothèque, qui grève l'immeuble *totum in toto et in quâlibet parte*.

En sens inverse, l'usufruit peut s'éteindre pour partie, puisqu'il consiste dans l'émolument : par exemple, il résidait sur tel fonds, et par l'effet d'une convention postérieure, il est réduit à la moitié sur le même fonds, ce qui ne donnera plus que la moitié des fruits qu'on en retirera. Tandis que l'usage ne saurait s'éteindre pour partie ², parce que, bien que les besoins de la personne vinssent à diminuer, ce droit en soi resterait toujours entier; sauf aussi aux intéressés à restreindre, s'ils le jugent à propos, l'étendue de l'objet sur lequel il s'exerçait primitivement, et à déterminer un certain canton du fonds sur lequel seulement il s'exercera désormais; mais comme droit d'usage, il n'en subsistera pas moins encore entier sur la partie sur laquelle il doit dorénavant s'exercer.

44. L'usufruit peut être constitué à titre universel, ainsi qu'on l'a vu précédemment ³; mais le droit d'u-

¹ L. 5, ff. de Usufr.; L. 19, ff. de Usu et habit.; ubi Paulus ait : *Frui quidem pro parte posse, uti non posse.*

² Mêmes lois.

³ Tome IV, n^o 482 et 632.

sage n'ayant pas ordinairement pour objet tout l'émo-
lument de la chose, étant, au contraire, limité aux be-
soins de l'usager, il ne saurait être constitué à ce titre,
n'importe que l'acte de concession donnât à l'usager
le droit de prendre des fruits sur tous les biens de ce-
lui qui l'a constitué ; car il n'en prendra jamais au-
delà de ses besoins, et c'est là un titre particulier, et
non un titre universel.

Cela est bien plus sensible encore à l'égard du droit
d'habitation.

12. On a vu aussi ¹ que, dans l'usufruit, le droit
d'accroissement a lieu dans les cas déterminés par la
loi ; et il n'en saurait être ainsi du droit d'usage, car
l'usager ne peut prendre des fruits que pour ses be-
soins : le surplus reste au propriétaire. Il est sensible
néanmoins que, dans le cas où le fonds n'en produirait
que peu au-delà de ce qui est nécessaire à l'usager, il
serait utile à celui-ci d'être seul, puisque le concours
d'un autre lui en laisserait moins à prendre qu'il ne
lui en faudrait ; mais la mort du co-usager n'opérerait
pas pour cela un véritable accroissement.

15. Si on léguait à l'un l'usufruit d'un fonds, et à
l'autre l'usage du même fonds, il y aurait bien, si l'on
veut, concours quant au droit d'usage, parce que ce
droit est implicitement compris dans celui d'usufruit ²,

¹ Tome IV, n° 496 et suiv. ; voyez aussi n° 555 et suiv., au même volume.

² Toutefois il en est distinct sous quelques rapports, notamment en ce
qu'il ne s'éteint point par la confusion quand les deux droits se réunis-
sent dans la même main. Par exemple, je lègue à celui qui avait déjà un
droit d'usage sur mon fonds, l'usufruit du même fonds, mais pour prendre
fin à telle époque ou à l'arrivée de tel événement : dans ce cas, l'usage,

mais cependant l'usager n'en devrait pas moins prendre sur les fruits ceux dont il aurait besoin, par préférence à l'usufruitier; en telle sorte que l'usage pourrait être plus avantageux que l'usufruit : par exemple, si le fonds ne donnait que peu de fruits au-delà des besoins de l'usager. On doit, en effet, assimiler l'usufruit à un genre, et l'usage à une espèce, parce que c'est comme si tous les fruits du fonds avaient été légués à l'usufruitier, et seulement une certaine quantité à l'usager; or, *species generi derogat*. C'est tout comme si j'avais légué à l'un mes chevaux, et à l'autre tel de mes chevaux : il n'y aurait pas concours entre eux quant à ce cheval. La question est décidée en ce sens par la loi 42, *princip. ff. de Usufr.*; par Voët, tit. *de Usu et habit.*; et par les professeurs de Louvain, *Recitationes ad Pandectas*, sur le même titre. Cependant la volonté du disposant serait la première règle à suivre; conséquemment la solution de la question serait subordonnée à l'esprit de l'acte constitutif; mais, dans le doute, le principe ci-dessus devrait être suivi.

14. On peut bien établir un droit d'usufruit au profit de plusieurs personnes successivement, ainsi qu'on l'a vu au tome précédent, nos 81 et 491; mais on ne peut le faire à perpétuité, parce que le droit de propriété deviendrait inutile, et même à charge au propriétaire; tandis que l'on peut, comme on le verra plus bas, constituer un droit d'usage au profit d'un in-

dont l'exercice est assoupi pendant la durée de l'usufruit, s'exercera lors de l'extinction de ce dernier droit, s'il n'est pas lui-même éteint par une cause quelconque; et ce ne sera pas là une renaissance de ce droit d'usage, car il n'a jamais été éteint.

dividu et de sa postérité, cas dans lequel l'usage peut n'avoir pas de terme ; et la propriété ne sera pas pour cela sans effet, puisque les usagers n'auront toujours droit aux fruits qu'en raison de leurs besoins. C'est une autre différence entre l'usage et l'usufruit.

15. Mais, comme le droit d'usufruit, les droits d'usage et d'habitation sont des droits réels, qui affectent la chose et la grèvent, puisqu'ils sont, comme lui, rangés par le Code au nombre des modifications du droit de propriété ; d'où les conséquences suivantes :

1° Ils sont aujourd'hui pleinement constitués par le seul fait de la volonté du constituant, régulièrement exprimée, sans qu'il soit besoin d'une tradition quelconque, d'une entrée en jouissance de l'usager, ou d'une délivrance de fruits. Maintenant la propriété est transférée par le seul effet du consentement des parties (art. 711 et 1138), et les droits d'usage et d'habitation étant, ainsi que nous venons de le dire, des modifications du droit de propriété, par conséquent des droits sur la propriété elle-même, ils se transmettent, par la même raison, comme elle, par l'effet du seul consentement.

2° Et ce qui est, au reste, une suite nécessaire de cette première conséquence, en quelque main que passe le fonds soumis à l'usage, depuis sa constitution, l'usager pourra l'y suivre pour exercer son droit. Tout ce que nous avons dit à cet égard en parlant de l'usufruit ¹, s'applique aux droits d'usage et d'habitation.

¹ Voyez tome IV, n°s 467 et 512.

16. D'après la loi 8, ff. *de Servitutibus*, la convention *ut pomum decerpere liceat, vel ut spatari, aut ut cœnare in alieno possimus*, ne constitue point un droit de servitude, puisqu'en effet ce n'est point pour l'utilité d'un fonds qu'elle est faite. Mais un grand nombre de jurisconsultes, cités par Vinnius, sur le titre de *Usufructu*, INSTIT., et Vinnius lui-même, décident qu'elle produit, au moyen de la quasi-tradition, une servitude personnelle, un droit d'usage irrégulier, qui grève le fonds comme l'usage proprement dit, et qui le suit en quelque main qu'il passe.

Cujas (24 *observ.*, cap. 24) prétend, au contraire, qu'une telle convention n'engendre aucune espèce de servitude, même personnelle, aucun droit d'usage quelconque, mais un simple droit d'obligation, semblable à celui qui naît du contrat de louage; par conséquent, que la chose n'est nullement grevée, et que si les héritiers de la partie qui a contracté l'engagement sont obligés, comme de raison, à l'exécuter, les tiers entre les mains desquels a passé le fonds n'en sont point tenus, attendu qu'ils ont reçu le fonds libre, et qu'ils ne sont nullement tenus des obligations personnelles de celui qui le leur a transmis; pas plus, dit-il, que l'acquéreur d'un fonds affermé ne serait, d'après la L. 9, Cod. *de Locato conducto*, obligé d'exécuter le bail passé par le vendeur, si la condition ne lui en avait point été imposée par le contrat de vente ¹.

¹ Cœpola, *de Servitutibus*, cap. 2, n° 10, décide aussi, avec Accurse, Barthole et plusieurs autres anciens docteurs, que la concession dont il s'agit ne constitue qu'un simple droit d'obligation personnelle, qui n'af-

En admettant, avec Cujas, qu'une telle convention ne dût être assimilée, dans ses effets à l'égard des tiers détenteurs du fonds, qu'à celle de louage, nous ferons remarquer qu'aujourd'hui la question serait bien moins importante qu'elle ne l'eût été jadis, puisque, d'après l'article 1743, le fermier ou le locataire qui a un bail ayant date certaine antérieure à la vente du fonds, ne peut être expulsé par l'acquéreur, à moins que le vendeur n'eût stipulé le contraire dans le bail. Mais elle aurait néanmoins de l'intérêt sous d'autres rapports : par exemple, si l'on décidait que le droit de prendre des fruits dans tel jardin, *ut pomum decerpere liceat*, est un droit réel, il ne tomberait pas dans la communauté de celui à qui il appartiendrait, attendu que ce serait un droit immobilier : les fruits perçus durant la communauté y entreraient sans doute, mais non le droit lui-même. Si ce n'était, au contraire, qu'un simple droit d'obligation, il y tomberait sans reprise comme droit mobilier, à moins de clause à ce contraire dans le contrat de mariage, ou dans le titre constitutif. (Art. 1401.)

Pour nous, nous pensons qu'il faut s'attacher principalement à l'esprit de ce titre ; et pour le découvrir, quand il ne se manifeste pas par les termes, l'on doit

fecte nullement le fonds ; et il ajoute que telle est l'opinion commune, ce qui est très-contestable, d'après ce que nous enseigne Vinnius.

Il ne fait même pas exception pour la concession *ut pomum decerpere liceat*, quoiqu'elle participe évidemment du droit d'usage, puisqu'elle tend, dans ses effets, à enlever au propriétaire du verger une partie de l'utilité de son fonds, pour la transporter au concessionnaire ; aussi les raisons qu'il donne à l'appui de son opinion sur ce cas ne nous ont-elles point convaincu.

considérer les circonstances particulières de l'affaire dont il s'agit, et voir, d'après cela, s'il est vraisemblable que le constituant a entendu grever la chose même, ou ne conférer qu'un simple *jus ad rem, aut impersonam*, à l'autre partie.

17. Le droit d'usage se règle par le titre qui l'a établi, et reçoit, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue. (Art. 628.)

Tel est le principe général de la matière.

Ainsi, s'agit-il d'un droit d'usage sur une terre labourable pour fournir à l'usager le blé dont il a besoin, on peut limiter ce droit à une certaine quantité de mesures, par exemple, à six hectolitres par année, de manière que, lors même qu'il en faudrait une plus grande quantité à l'usager, à raison de l'augmentation survenue dans sa famille, il n'aurait toujours droit que d'en prendre ou recevoir la quantité indiquée au titre.

En sens inverse, l'usager qui, de Droit commun, ne peut prendre ou exiger des fruits que pour ses besoins personnels, ceux de sa famille et des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage (art. 630), pourrait, d'après le titre, être autorisé à en prendre ou à en exiger aussi ¹ pour les besoins de telle ou telle personne qu'il recevrait chez lui comme commensal ou à titre d'hospitalité. Nous verrons aussi tout à l'heure que l'usager qui, de Droit commun, ne peut

¹ Nous verrons plus bas pourquoi nous disons ici *prendre* ou *exiger*. Au surplus, nous dirons, quant à présent, que, dans l'usage dans les bois et forêts, les usagers ne peuvent pas *prendre*, mais seulement *recevoir*; qu'ils ne peuvent pas se servir eux-mêmes.

ni vendre, ni céder, ni louer son droit, pourrait cependant être autorisé par le titre à le faire.

De même, quoiqu'en principe l'usage soit établi pour toute la vie de l'usager, on peut néanmoins le limiter à un certain temps.

48. Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue du droit d'usage, l'article 629 porte qu'il se règle ainsi qu'il suit :

« Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne peut
« en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses be-
« soins et ceux de sa famille.

« Il peut en exiger pour les besoins même des
« enfans qui lui sont survenus depuis la concession
« de l'usage. »

Quand même il n'aurait pas été marié à cette époque¹.

Et comme ces besoins peuvent varier à raison de l'augmentation ou de la diminution qu'éprouve la famille de l'usager, la quantité des fruits, quand elle n'est pas réglée par le titre constitutif, suivra cette même variation : en sorte qu'il en prendra quelquefois plus, quelquefois moins que l'année précédente.

19. On doit entendre ici par *famille* non-seulement le conjoint et les enfans de l'usager, mais encore les domestiques qui sont nécessaires à son service, suivant son état et sa condition. On ne peut pas naturellement supposer qu'il les tient chez lui

¹ INSTIT., tit. de *Usu et habit.*

pour faire une consommation de fruits exorbitante ¹.

On doit aussi y comprendre ses enfans naturels reconnus et habitant avec lui : ils font partie de sa famille, puisqu'il exerce sur eux la puissance paternelle, et que son consentement, en principe, est nécessaire à leur mariage. (Art. 383-158.)

Nous en dirons autant de l'enfant adoptif, car il est tellement de la famille de l'adoptant, qu'il lui succédera comme un fils né du mariage, et qu'ils se doivent réciproquement des alimens. (Art. 349 et 350.)

Mais les ascendans ne seraient pas, dans le sens de la loi sur le droit d'usage, censés faire partie de la famille de l'usager, encore qu'il leur dû des alimens. On entend, en effet, ici par *famille* celle dont il est le chef.

Les gendres ne devraient pas non plus compter, lors même qu'ils habiteraient avec l'usager : ils sont eux-mêmes chefs de famille. A plus forte raison les parens collatéraux, même les frères et sœurs, et les neveux et nièces, ne devraient point compter dans le nombre des personnes pour les besoins desquelles l'usager a droit aux fruits ; sauf l'effet d'une disposition particulière dans le titre constitutif.

20. Comme la faculté de prendre des fruits est mesurée sur les besoins de l'usager et de sa famille,

¹ Les *INSTITUTEES* font formellement mention des domestiques, en parlant des personnes pour les besoins desquelles l'usager a le droit de prendre des fruits.

il s'ensuit que celui-ci ne peut vendre, céder, ni louer son droit à un autre (art. 631); car les besoins de ce dernier pourraient être plus étendus que ceux de l'usager.

Plusieurs interprètes du Droit romain ¹ en donnent encore une autre raison. Selon eux, l'usager ne rend pas, comme l'usufruitier, les fruits siens par la seule perception qu'il en fait; il faut, de plus, qu'il les consomme: tellement, disent-ils, que s'il mourait après les avoir détachés de la terre, cas dans lequel ils appartiendraient à l'usufruitier et se transmettraient à ses héritiers, ceux de l'usager n'y auraient aucun droit. Or, ajoutent-ils, en louant ou cédant le droit d'usage, l'usager conférerait à un autre la faculté de consommer des fruits qui ne lui appartiennent pas encore, puisqu'ils ne lui appartiendront définitivement que par la consommation qu'il en fera. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point

21. Voët ² décide même que l'usager ne peut céder ni louer son droit, encore qu'à raison du peu d'étendue du fonds, il dût en absorber tous les fruits ³; et quoique, dit-il, l'usage, dans ce cas, diffère peu de l'usufruit, puisqu'il ne reste non plus aucun produit au propriétaire, il en diffère encore néanmoins sous ce rapport. L'article 635 suppose bien, en effet, le cas où l'usager absorberait tous les fruits du fonds, et ce-

¹ Voyez les professeurs de Louvain, *Recit. ad Pandectas*, tit. de *Usu et habit.*, § 2.

² *Tit. de Usu et habit.*, n° 3.

³ Cette décision est combattue par plusieurs auteurs.

pendant les auteurs du Code n'en ont pas moins établi, sans distinction, qu'il ne peut ni céder ni louer son droit à un autre. Dans les simples baux à ferme ou à loyer, la faculté de sous-louer peut être interdite pour le tout ou partie, et cette clause est toujours de rigueur (art. 1717); or, c'est la loi qui la stipule en matière d'usage.

D'ailleurs, si l'usager absorbe aujourd'hui tous les fruits du fonds, demain il n'en aura peut-être pas besoin intégralement. Ajoutez enfin que, dans le système contraire, pour être conséquent, il faudrait également décider, quelle que fut l'étendue du fonds, que l'usager peut se substituer quelqu'un, pourvu que celui-ci ne prit pas plus de fruits qu'il n'en aurait pris lui-même, car alors le propriétaire serait également sans intérêt à se plaindre; mais qui ne voit que cela ferait presque toujours naître une foule de difficultés dans une matière qui en est déjà hérissée? Cette considération, jointe aux précédentes, nous fait donc décider, avec le texte formel de la loi, que, de Droit commun, l'usage ne peut jamais être cédé ni loué sans l'assentiment du propriétaire.

Mais dans le cas où tous les fruits du fonds seraient nécessaires à l'usager, il semble qu'il devrait pouvoir donner à cultiver le fonds à un métayer ou colon partiaire, car ce n'est véritablement pas louer le fonds que de le faire cultiver de cette manière. Le bail à métairie est plutôt un contrat de société, dans lequel l'un fournit sa chose et l'autre son travail, que ce n'est un véritable contrat de louage, et il doit être,

dans l'espèce, assez indifférent au propriétaire, qui ne cultive probablement pas le fonds en pareil cas, que l'usager le fasse cultiver par un colon partiaire, ou bien par des ouvriers à la journée, puisqu'il ne peut pas exiger qu'il le cultive lui-même ; cela serait même impossible dans beaucoup de cas.

22. Et puisque l'usage, en principe, ne peut être ni cédé ni loué, qu'il est inhérent à la personne de l'usager, il s'ensuit aussi qu'il ne peut non plus être saisi sur lui, car la saisie amènerait la vente, qui est interdite.

23. Par la même raison, il ne peut être hypothéqué, quoique, lorsqu'il réside sur un immeuble¹, ce soit réellement un droit immobilier. Aussi l'article 2118 ne le range-t-il pas au nombre des biens qui sont seuls susceptibles d'hypothèque. En un mot, il ne présenterait qu'un simulacre de gage au créancier qui le recevrait à hypothèque, puisque celui-ci ne pourrait le faire vendre pour être payé sur son produit par préférence aux autres créanciers, seul effet utile de l'hypothèque.

24. Nous avons raisonné jusqu'ici dans les termes du Droit commun, c'est-à-dire sur les cas où le titre constitutif ne s'explique point sur l'étendue des droits de l'usager ; mais, d'après la combinaison des articles 629 et 631 avec l'article 628, qui porte que ces droits

¹ Nous ne voyons guère dans nos mœurs de droits d'usage proprement dits sur des meubles seulement, mais il peut s'en présenter, et ils étaient très-fréquens dans le Droit romain, comme on peut le voir aux *INSTIT.* de Justinien, à ce titre, où il est question du droit d'usage sur des esclaves, sur un troupeau, et même sur un seul animal.

se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue, il nous paraît évident que si ce titre autorisait l'usager à vendre, céder ou louer son droit, celui-ci pourrait par conséquent le faire. Cette clause n'ayant rien de contraire à l'ordre public, elle devrait être respectée comme toute autre convention licite.

Vainement dirait-on qu'elle est contraire à la nature du droit d'usage, parce que les besoins d'une personne ne sont pas mesurés sur ceux de l'autre; car, puisque les parties pouvaient établir un droit d'usufruit, qui aurait comporté la faculté dont on vient de parler, elles ont bien pu constituer un simple droit d'usage, généralement moins étendu, avec cette même faculté: qui peut le plus, peut le moins. Elles sont censées avoir traité en conséquence. Aussi Voët, après avoir établi en principe que l'usager ne peut ni vendre, ni céder, ni louer son droit, même dans le cas où il absorbe tous les fruits du fonds, porte-t-il une décision contraire quand le titre constitutif lui accorde cette faculté. Il suffit même, selon lui, que la volonté du constituant à cet effet puisse être présumée telle: *ut tamen permissa locatio sit, si vel hæc videatur fuisse mens concedentis usum, vel fortè aliter inutilis usuario usus esset...*¹.

Tout ce qu'il y a à dire sur ce point, c'est que si l'usager cédait son droit à une personne dont les besoins, à raison de la composition de sa famille, seraient bien plus considérables que ne le seraient les siens propres, dont la jouissance, en un mot, serait plus onéreuse

¹ Voyez aussi la L. 12, § 4, ff. de Usu et habit.

au propriétaire, on pourrait voir dans cette cession un abus de jouissance qui donnerait lieu à une fixation de fruits plus modérée. Ce serait une interprétation de contrat, ou de disposition testamentaire, et la question se résoudrait d'après l'esprit de la clause qui a soustrait, quant à ce point, l'usage ainsi établi à l'application des règles du Droit commun.

La clause dont il s'agit pourra se rencontrer volontiers dans les constitutions d'usage sur un fonds dont la totalité des fruits serait nécessaire à l'usager, parce qu'alors il diffère peu de l'usufruit. Elle se rencontrera même plus souvent encore dans les constitutions du droit d'habitation, encore que celui au profit duquel il sera établi n'ait pas besoin de toute la maison, ou ne doive, d'après le titre, en occuper qu'une partie désignée. Dans ce dernier cas, il s'élèvera même moins de difficultés que dans le premier, sur l'étendue de la jouissance de la personne que l'usager se sera substituée, par la raison que la sienne était moins variable que dans l'usage des fruits d'un fonds.

Et puisque l'usager, lorsque le titre constitutif le lui permet, peut céder et transporter son droit à un autre, nous devons décider, pour être conséquent, que dans ce cas, on peut le saisir sur lui, attendu que la seule cause d'insaisissabilité, l'inaliénabilité, n'existe plus.

Dans cette hypothèse, il peut également, selon nous, l'hypothéquer, parce que si l'article 2118, en expliquant quels sont les biens susceptibles d'hypothèque, parle de l'usufruit d'immeubles, et se tait sur le droit d'usage, c'est par le seul motif que ce droit est de sa

nature inaliénable; mais quand, au contraire, il est aliénable par l'effet du titre constitutif, alors il participe, sous ce rapport, ainsi que sous plusieurs autres, du droit d'usufruit : il est, comme lui, un droit réel immobilier, étant établi sur un immeuble; et la raison qui a fait admettre que l'un est susceptible d'être hypothéqué, veut la même décision à l'égard de l'autre.

25. Mais de ce que, en l'absence de toute disposition contraire dans le titre constitutif de l'usage, l'usager ne peut ni céder ni louer son droit à un autre, s'ensuit-il qu'il ne peut non plus, lorsqu'il a perçu les fruits dont il a besoin, ou qu'ils lui ont été délivrés par le propriétaire, les vendre ou les donner ?

Suivant plusieurs auteurs, l'usager est devenu propriétaire des fruits par la perception qu'il en a faite, ou la délivrance qu'il en a obtenue. En ce point, ces jurisconsultes assimilent la nature du droit d'usage à la nature du droit d'usufruit. Ils citent à l'appui de leur sentiment la loi 22, ff. de *Usu et habit.*, où il est dit : *Divus Adrianus, cum quibusdam usus sylvæ legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri : quia, nisi liceret legatariis cedere sylvam, et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.*

De ce texte particulier, qui statue sur l'usage dans une forêt, et qui l'assimile, quant à la faculté de vendre les produits, à l'usufruit, ces auteurs ont inféré, en thèse générale, que l'usager peut vendre les fruits une fois qu'ils sont détachés¹; ils ont même été plus loin

¹ Vinnius dit, en effet, sur le titre de *Usufr. et hab.*, que Connanus

encore, ils ont décidé que l'usager d'une forêt peut céder son droit.

Mais il est évident que cette loi ne statue que sur un cas particulier ¹, ainsi résolu parce que la volonté du disposant n'aurait pu être exécutée si les usagers n'avaient eu la faculté de vendre le produit du droit d'usage, la forêt étant peut-être tellement éloignée de leur demeure, qu'il eût mieux valu pour eux acheter du bois, que de faire transporter celui de la forêt elle-même.

Cela est démontré, observe très-bien Voët ², par les dernières expressions de la loi ; car comment pourrait-on dire, hors cette circonstance ou autre semblable, qu'un pareil droit d'usage serait inutile à l'usager, parce que celui-ci n'aurait pas la faculté de le céder ou de vendre le bois ? Ne serait-ce donc rien, en effet, que d'en pouvoir prendre pour ses besoins journaliers, chose en quoi consiste spécialement le droit d'usage ? Aussi ce judicieux auteur restreint-il, avec Jean Fabre, l'application de cette loi 22, au cas où la forêt usagère est tellement éloignée du domicile de l'usager, que, sans la faculté de pouvoir louer le droit, ou disposer du bois, il ne retirerait aucun avantage de l'usage. Ce texte ne renferme donc réellement qu'une décision sur une interprétation de volonté du disposant, et non la consécration d'un principe.

et Wesembecius estiment que, en général, on ne doit pas s'opposer à ce que l'usager vende ou donne les fruits qu'il a perçus et recueillis pour son usage particulier.

¹ Tel est le sentiment commun des docteurs : Vinnius, au même endroit.

² Tit. *de Usu et habit.*, n° 3.

On peut ajouter que le but de l'usage n'est pas, comme celui de l'usufruit, de procurer à l'usager un avantage autre que celui qui consiste dans la satisfaction de ses besoins journaliers, et que dès qu'il n'emploie pas les fruits à son usage particulier, mais les vend ou en dispose d'une autre manière, ce but est manqué; que c'est agir contre la nature de ce droit, quand le titre constitutif, ou l'intention bien évidente du disposant, ne le permet pas¹.

On trouve au *Répertoire* de M. Merlin, au mot *Usage* (*droit d'*), sect. 2, § 5, un arrêt du parlement de Grenoble, du 17 décembre 1782, qui a même poussé l'application de ces principes, selon nous, jusqu'à la rigueur. Un usager de la forêt de Mongard, appartenant à la communauté, après avoir, avec la permission de la maîtrise, coupé dans la forêt une certaine quantité de pieds d'arbres, dont il avait besoin pour réparer ses bâtimens, les avait échangés contre d'autres, bien mieux à sa portée. Cet arrêt le condamna à en payer la valeur aux propriétaires, avec dépens et dommages-intérêts. En vain donnait-il pour excuse que l'éloignement de la forêt usagère, et l'extrême difficulté des chemins, rendaient pour lui, à cause des frais de transport, le bois coupé sans aucune valeur réelle; il n'en fut pas moins condamné, sur l'unique fondement

¹ La L. 12, § 4, ff. *de Usu et habit.*, nous offre l'exemple d'un cas où la volonté du constituant a été évidemment que l'usager pût louer la chose grevée de l'usage; c'est lorsque quelqu'un a légué à un cocher ou loueur de chevaux, connaissant sa profession, l'usage de certains chevaux: le testateur, dit le jurisconsulte, a eu en vue la profession du légataire, et a voulu que le droit qu'il lui conférait contribuât à l'exercice de son métier. Cette décision est parfaitement juste.

que le bois qu'il avait eu le droit de couper ne devait pas servir à autre chose qu'à la réparation de ses bâtimens. On s'est évidemment écarté, dans ce cas, du tempérament équitable apporté aux principes par la loi 22, citée plus haut. Mais cet arrêt est une preuve que ces mêmes principes ont été confirmés par la jurisprudence, et que, en thèse générale, l'usager n'a pas le droit de disposer des fruits autrement que pour sa consommation personnelle, puisqu'il prouverait par là qu'il n'en aurait réellement pas besoin. Et d'ailleurs cela pourrait donner lieu à des fraudes dans beaucoup de cas, surtout dans les usages sur les bois et forêts¹.

26 Vinnius regarde aussi la consommation des fruits comme tellement nécessaire pour que l'usage soit pleinement exercé, qu'il décide que, dans le cas où l'usager meurt dans le courant de l'année, sans avoir absorbé sa provision, ce qui en reste n'appartient point à ses héritiers, *quia usuarius fructus, quos decerpsit aut collegit, neque suos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario : sed tantum jus iis modicè utendi habet.*

Dans notre législation on ne suivrait probablement pas cette dernière décision : elle est trop rigoureuse. On ne la suivrait certainement pas si les héritiers de l'usager étaient ses enfans habitant avec lui ; mais elle est une preuve de la justesse de notre opinion, que

¹ C'est dans la vue de les prévenir que le nouveau Code forestier défend à tous usagers dans les bois et forêts, indistinctement, de pouvoir disposer du bois qui leur a été *délivré*, si ce n'est selon la destination de l'usage. Nous reviendrons sur ce point au chapitre suivant.

l'usager n'a pas le droit de disposer des fruits autrement que pour ses besoins et ceux de sa famille, sauf disposition contraire résultant des termes ou de l'esprit du titre constitutif.

27. Cette matière offre un autre point susceptible de difficulté, quand l'acte constitutif ne s'en explique pas, ce qui peut se présenter fréquemment dans les constitutions d'usage faites par legs ; nous voulons parler du point de savoir si l'usager a le droit de jouir par lui-même, de se mettre en possession du fonds, de prendre et percevoir lui-même les fruits dont il a besoin, ou s'il doit seulement les recevoir des mains du propriétaire, ou obtenir de lui, à chaque perception, l'autorisation de la faire. Et nous ferons abstraction des droits en bois dans les bois et forêts, droits communément connus sous le nom d'affouages ; car pour ceux-là, les lois sur la matière, ainsi qu'on le verra bientôt, interdisent aux usagers de se servir eux-mêmes : le bois doit leur être *délivré*.

L'article 630 porte que celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. Or, le sens du mot *exiger* n'est pas le même que celui de *prendre* : suivant le premier de ces termes, l'usager recevrait les fruits auxquels il a droit ; tandis que, selon le second, il se servirait par ses mains, il viendrait prendre sa portion de fruits à chaque récolte, ou même il cultiverait le fonds, et serait, comme un usufruitier, en possession, *quo ad jus suum*, dans le cas où il absorberait tous les fruits ou presque tous les fruits du fonds.

De plus, dans le premier sens, l'article 635 porte que si l'usager ne prend qu'une partie des fruits, il *contribue* au prorata aux frais de culture, aux réparations d'entretien et au paiement des contributions; ce qui indique que ce n'est pas lui qui fait ces frais de culture, qui cultive lui-même, puisque autrement ce serait au propriétaire à *contribuer* au paiement de ces mêmes frais.

Mais, d'autre part, ce même article se sert de ces expressions : « Si l'usager ne **PREND** qu'une partie des « fruits, etc. »; il *prend* donc, et ne *reçoit* pas seulement.

D'ailleurs, suivant l'article 626, on ne peut, quant à l'usage, comme quant à l'usufruit, en jouir sans donner préalablement caution, et sans faire des états et inventaires : or, chacun sent le peu d'importance qu'aurait ce cautionnement ¹, et surtout ces états ou inventaires, si l'usager ne devait pas cultiver le fonds, y demeurer en quelque sorte, le posséder à titre d'usager. Ces états et inventaires ne sont prescrits que pour constater l'état des lieux, et servir à fixer les dommages-intérêts en cas de dégradation de la part de l'usager, qui évidemment n'est point en position d'en commettre plus qu'un autre, s'il ne jouit pas par lui-même du fonds, s'il n'est pas mis en possession réelle, s'il ne fait que recevoir la portion de fruits de qui lui sera nécessaire, au fur et à mesure des récoltes.

Le Droit romain lui permet, d'une manière géné-

¹ Il en aurait toutefois encore pour assurer le paiement de la part contributive de l'usager quant aux contributions et aux frais de culture.

rale, de demeurer dans le fonds, pourvu qu'il ne soit pas trop incommode au propriétaire, ni un obstacle à ce que les ouvriers le cultivent ¹. Il jouit même seul des celliers et autres bâtimens destinés à la conservation des fruits : tellement que le propriétaire n'en jouit pas malgré lui ². Il a même seul aussi le droit d'aller et de venir dans les lieux destinés à la conservation des fruits ³. Bien mieux, il peut, en vertu de son droit, occuper la métairie, et même empêcher le maître d'y venir ⁴ : seulement il est obligé de souffrir que le colon et les personnes nécessaires à la culture l'habitent ; de même, il ne peut empêcher que le propriétaire n'y vienne pour percevoir les fruits, et y habite pendant la saison de la récolte ⁵. Tel est le sens, d'après Vinnius, du passage des *Institutes* qui permet à l'usager de demeurer dans le fonds, par conséquent de le posséder, de le cultiver par lui-même, pourvu qu'il ne soit pas trop incommode au propriétaire, ni un obstacle aux cultivateurs du fonds à ce qu'ils le cultivent.

L'insuffisance du Code civil sur ce point ne saurait, selon nous, être suppléée, dans tous les cas, par les diverses dispositions des lois romaines, ni par les opinions plus ou moins concordantes des anciens auteurs

¹ *In eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt impedimentum.* § 1, *INSTIT.*, de *Usu et habit.*

² L. 10, in fin ff. de *Usu et habit.*

³ L. 12, § 1, eod. tit.

⁴ *Sed villam jure suo occupabit, et dominum illò venire prohibere poterit.* Vinnius, sur le § 1, *INSTIT.*, hoc tit. n° 3.

⁵ L. 10, § ult ; et L. 12 in princip.

qui ont cherché à les prendre pour règle de leurs décisions ; mais nous pensons que, dans le cas où l'usager, à raison de ses besoins et de ceux de sa famille, absorberait la totalité ou presque totalité des fruits du fonds, il pourrait, en l'absence de toute clause contraire dans le titre constitutif, en jouir par lui-même, le cultiver suivant sa nature de produits, à la charge de fournir la caution et de faire les états et inventaires dont parle l'article 626, et de remettre au propriétaire le surplus des fruits, s'il ne les absorbait pas en totalité. Dans cette dernière hypothèse, ce serait le propriétaire qui contribuerait aux frais de culture, impôts et réparations d'entretien.

Que si, au contraire, l'usager n'avait besoin que de la moindre partie des fruits, il n'aurait pas le droit de se mettre en jouissance directe du fonds et de le cultiver par lui-même : il n'aurait que celui d'exiger la quantité de fruits qui lui serait nécessaire, d'obliger pour cela le propriétaire à le cultiver, si mieux n'aimait celui-ci le lui laisser cultiver lui-même : dans l'hypothèse où celui-ci ne le voudrait pas, l'usager devrait bien également fournir caution pour sûreté du paiement de sa part contributive dans les impenses annuelles, mais nous ne voyons guère l'utilité qu'il y aurait à l'obliger de faire des états et inventaires ; car, dans ce cas, il ne serait pas plus à même que tout autre de commettre des dégradations sur le fonds, et d'ailleurs le Droit commun serait toujours là pour protéger le propriétaire.

Toutes ces difficultés seront ordinairement préve-

nues par le titre constitutif dans les constitutions d'usage par acte entre-vifs ; mais, nous le répétons, dans celles faites par testament, le disposant négligera souvent de s'en expliquer. En pareil cas, les décisions que nous venons de donner peuvent être adoptées sans inconvénient, sauf à les modifier suivant les circonstances particulières.

28. Non-seulement l'usage peut être établi au profit d'un seul ou de plusieurs simultanément, mais il peut l'être aussi au profit de plusieurs successivement : par exemple, au profit de Paul et de ses enfans.

Dans ce cas, il est progressif dans ses effets ; en sorte, comme l'observe très-bien M. Proudhon ¹, que chaque enfant de l'usager en titre aura lui-même, après la mort de celui-ci, un droit d'usage pour lui et sa famille ; mais du vivant du père il ne jouirait que de l'usage appartenant à celui-ci, et comme membre de sa famille. C'est un droit successif, et non cumulatif, à moins que le contraire ne résultât de l'esprit du titre constitutif.

Une telle constitution, faite par testament ou par institution contractuelle, dit encore le même auteur, aurait de plus cet avantage pour les enfans de l'usager en titre, que s'il venait à mourir avant le disposant, c'est-à-dire avant l'ouverture du droit, l'usage leur appartiendrait comme à des substitués *vulgairement*, s'ils réunissaient d'ailleurs les conditions requises pour pouvoir le recueillir. Au lieu que dans une constitution simplement faite au profit d'un individu, celui-ci au-

¹ *De l'usufruit*, tome VI, page 514.

rait bien sans doute la faculté de prendre des fruits pour ses enfans comme pour lui, si le droit s'ouvrait en sa personne, mais s'il mourait avant le disposant, le droit ne s'étant jamais ouvert en lui, ses enfans n'y pourraient rien prétendre.

29. M. Proudhon décide que, par le mot *enfans*, on doit simplement entendre ceux du premier degré, parce que l'interprétation du titre doit plutôt se faire pour borner que pour étendre la servitude, d'autant mieux que l'usage n'étant pas transmissible de sa nature, c'est un motif de plus pour ne pas lui donner des effets extraordinaires. Nous partageons ce sentiment, en faisant observer que, puisqu'il s'agit d'une question d'interprétation, il importe peu que le mot *enfans* se prenne ordinairement dans les actes, comme dans les lois, pour tous les descendans indistinctement : dans l'espèce, sa signification serait restreinte aux enfans du premier degré, aux enfans proprement dits.

50. Il en serait autrement de l'usage établi au profit d'une personne et de ses descendans, ou de sa postérité, ou de ses enfans, à perpétuité : l'intention de l'établir au profit de toute la descendance serait manifeste. Chacun d'eux en jouirait *ordine successivo*, c'est-à-dire après la mort de son chef direct et immédiat.

51. Quand un droit d'usage est ainsi constitué au profit d'un individu et de ses enfans ou descendans, on doit distinguer ¹ entre le cas où la constitution a

¹ Comme nous l'avons fait au tome précédent, nos 81 et 491, relativement à une constitution d'usufruit établie de la même manière.

lieu par donation entre-vifs ou par testament, et le cas où elle est à titre onéreux.

Dans le premier, l'usage ne peut avoir lieu qu'au profit des enfans ou descendans de l'usager qui se trouvaient déjà conçus au moment de la donation ou du décès du testateur, puisqu'il ne pouvait recueillir la libéralité pour eux comme pour lui, que sous cette condition, de leur conception à cette époque (art. 906) : leur vocation à l'usage y était subordonnée. Ceux donc qui n'auraient été conçus que depuis ne pourraient jouir de l'usage que comme membres de la famille de celui en la personne duquel il se serait ouvert, mais non comme appelés par le titre à en jouir de leur chef.

Dans le second cas, l'usage sera valablement stipulé pour les enfans ou descendans indistinctement, attendu que nous stipulons pour nos héritiers comme pour nous-mêmes (art. 1122), qu'ils soient ou non conçus au moment de la stipulation, et attendu que l'héritier de notre héritier est aussi notre héritier ¹.

M. Proudhon ne fait pas cette distinction, qui nous paraît cependant fondée sur les vrais principes.

52. Cet auteur se demande ce qu'on doit entendre par *famille* dans une constitution d'usage au profit d'un individu et de sa famille.

Il distingue entre le cas où le mot *famille* se trouve employé seul et sans autre désignation, et celui où il y a, en outre, dans la disposition, des termes indiquant

¹ L. 14, Cod. de Usufr.

que le constituant a voulu étendre l'usage même aux générations à venir de l'usager.

Quand, dans la disposition, dit-il, le mot *famille* se trouve employé seul, et sans autre désignation, le droit d'usage ne doit être acquis qu'aux personnes qui composent actuellement la famille du premier usager, lorsque le droit s'ouvre à son profit. Quand on parle de la famille de quelqu'un, ce mot n'étant pris qu'au singulier, il ne serait pas naturel, ajoute-t-il, d'en étendre l'application à toutes les familles qui peuvent naître de cette première famille, par la succession de toutes les générations futures.

Mais, continue le même auteur, s'il était démontré, à vue de la disposition, par quelques termes ajoutés au mot *famille*, que le testateur a eu en vue toute la postérité du premier légataire, il faudrait bien se conformer à ses intentions, puisque sa volonté ferait la loi.

Nous adoptons cette décision, toutefois avec le tempérament résultant de la distinction que nous venons d'établir entre les constitutions à titre gratuit et les constitutions à titre onéreux, ne pensant pas que, dans les premières, et d'après les principes du Code civil, qui prohibe les substitutions, du moins en général, ceux des enfans ou descendans du donataire ou légataire, non conçus à l'époque de la donation ou du décès du testateur, puissent jamais se prétendre utilement appelés par le titre. M. Proudhon convient lui-même que les enfans et descendans du premier légataire recueillent le droit *ordine successivo* : ils sont donc, d'a-

près cela, de véritables appelés à la disposition : or, sauf les cas de substitution permise, pour lesquels nous faisons sans doute exception à notre décision, pour recevoir par donation entre-vifs ou par testament, il faut être conçu au moment de la donation ou du décès du testateur. (Art. 906.)

On ne peut nier, en effet, que, par la mort de l'usager en titre, son droit ne soit éteint. Si son fils est appelé à l'usage, ce n'est pas celui qu'avait son père qui lui est transmis, c'est un autre droit qui naît en sa personne, puisque le premier étant éteint ne pouvait passer à un autre¹. La loi 38, § 12, ff. *de Verb. oblig.*, consacre clairement ces principes, en décidant que, dans le cas où je stipule un droit d'usufruit pour moi et mon héritier, il y aura deux usufruits ; et il en doit être de même du cas où il s'agit d'un droit d'usage.

53. Les auteurs et la jurisprudence reconnaissent deux espèces de droit d'usage : l'un, servitude personnelle, l'autre, servitude réelle.

Ce dernier est établi en considération d'une métairie ou tout autre siège d'exploitation d'immeubles ; par exemple, le droit de pacage, ou de prendre du bois sur le fonds d'autrui pour l'usage de telle métairie².

Mais ce dernier est une véritable servitude : nous

¹ Voyez Voët, tit. *quib. mod. ususfr. amitt.*, n° 1, et ce qui a été dit tomé précédent, n° 491.

² On regarde aussi comme usage servitude réelle, le droit établi au profit d'une forge, de prendre du bois ou du charbon de terre dans tel fonds, pour son exploitation ; le droit établi au profit d'un fonds, de prendre dans un autre de la craie, de la marne, du sable, etc., pour l'utilité de ce fonds.

en développerons les règles avec plus d'étendue au titre suivant.

Nous ferons seulement observer, quant à présent, que celles que nous exposons sur l'usage proprement dit ne sauraient être appliquées à l'usage servitude réelle qu'avec d'importantes distinctions.

Ainsi, par exemple, de Droit commun, l'usage proprement dit, l'usage servitude personnelle, ne peut être ni cédé ni loué, tandis que l'usage servitude réelle peut être loué ou aliéné, non pas sans doute par lui-même, mais par la location ou l'aliénation du fonds au profit duquel il est établi.

Ainsi encore, l'usage servitude personnelle s'éteint par la mort de l'usager, tandis que l'usage servitude réelle ne prend pas fin par cette cause.

Il importe beaucoup, d'après cela, de distinguer soigneusement ces deux espèces d'usages, et de voir quand celui qui a été constitué l'a été comme servitude personnelle, ou bien comme servitude réelle.

54. D'abord, il est clair que si le titre n'établit la concession qu'au profit d'une personne désignée nommément, sans relation avec un fonds de terre, ce ne sera qu'un droit purement personnel, qui s'éteindra par le décès de l'usager, et qui, en principe, ne sera point cessible : *Si tamen testator demonstravit personam, cui servitutum pecoris præstari voluit, emptori vel heredi non eadem præstabitur servitus. L. 4, ff. de Servit. præd rustic.*

Au contraire, la concession d'un droit de pacage ou de mener boire un troupeau à tel étang, paraît plu-

tôt faite en considération du fonds où est ce troupeau, qu'en considération de la personne du maître du fonds, surtout quand son revenu consiste principalement dans le produit du troupeau : *Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si prædii fructus maxime in pecore consistat, prædii magis quàm personæ videtur.* Même loi.

Quand, dit M. Proudhon ¹, la concession est faite d'un droit d'usage à un individu, pour lui et ses descendants, sans en rattacher l'exercice à aucune habitation particulière et désignée, ni à aucune exploitation rurale, pour accorder plus d'aisance à l'habitant ou au cultivateur, ce n'est toujours qu'un droit d'usage servitude personnelle qui a été établi; mais il doit durer autant que la postérité du premier usager, sauf néanmoins les autres causes par lesquelles il peut prendre fin, comme, par exemple, le non-usage pendant trente ans ².

Mais si le droit a été concédé à quelqu'un tant pour lui que pour *ses successeurs dans la possession* de telle métairie ou de tel fonds, ou tant pour lui que pour *ses ayants-cause*, il aura, dit aussi le même auteur ³, la nature de la servitude réelle activement inhérente au fonds possédé par le premier concessionnaire; conséquemment le droit est perpétuel de sa nature, et il

¹ Tome VI, page 540 et suiv.

² Et sauf aussi ce que nous avons dit nos 31 et 32, *suprà*, pour le cas où le droit a été constitué à titre gratuit; cas dans lequel nous ne l'étendons point aux descendants qui n'étaient ni nés ni conçus à la mort du testateur, ou au temps de la donation.

³ *Ibid.*

passé aux acquéreurs du fonds du premier concessionnaire, parce que les expressions *successeurs* et *ayant-cause* s'appliquent également à tous ceux qui succèdent dans la possession des choses qui nous appartiennent.

L'une des marques les plus visibles de la réalité du droit d'usage s'aperçoit donc dans l'espèce ou la nature des émolumens qui en sont l'objet. Le droit de faire paître son bétail se rapporte, en effet, directement à l'utilité des fonds pour la culture desquels ce bétail est employé, soit comme agent de labourage, soit comme moyen de produit. Mais s'il s'agissait, par exemple, du pâturage d'une ou plusieurs vaches tenues par un individu qui n'aurait point de fonds de terre, comme on le voit souvent dans les petites villes, et même dans les campagnes, où des individus entretiennent une ou plusieurs vaches pour avoir toujours du laitage à leur disposition, il ne serait pas vrai de dire alors que le droit de mener paître ces animaux dans le fonds d'autrui a été établi pour l'utilité d'un fonds, et constitue un usage servitude réelle.

Il est sensible encore, ajoute M. Proudhon, que le droit de prendre dans une forêt des arbres futaies propres à la bâtisse des maisons, se rapporte aussi directement à l'utilité des édifices qui peuvent appartenir aux concessionnaires de ce droit; et en conséquence, dans ce cas et autres semblables, le droit doit être présumé réel chaque fois qu'il n'est pas évident, à vue du titre constitutif, qu'on n'a voulu accorder au concessionnaire qu'un simple droit personnel, un véritable usage.

Les lois romaines exigent, pour qu'il y ait servitude réelle, une condition dont l'absence peut lever les doutes dans beaucoup de cas ; nous voulons parler de l'existence d'un fonds voisin au profit duquel doit être établi le droit pour qu'il constitue une véritable servitude réelle. *Neratius ex Plautio ait : nec haustum pecoris, nec adpulsum, nec cretæ eximendæ calcisque coquendæ, jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum¹ habeat : et hoc Proculum et Atilicinum extimasse ait.* L. 5, § 1, ff. de *Servit. præd. rust.*

La conséquence qu'on a tirée de ce principe, c'est que la servitude ne peut pas s'étendre au-delà de l'utilité qu'elle procure à l'héritage en faveur duquel elle a été établie. Ainsi, dit le même Nératius dans la loi précitée : *Ut maximè calcis coquendæ et cretæ eximendæ servitus constitui possit, non ultra posse, quàm quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.*

La loi suivante offre un exemple remarquable de l'application du même principe. Elle suppose qu'un individu a dans son fonds de la terre propre à la fabrication de la poterie et de la tuile, et elle décide que si l'on a concédé à un tiers le droit d'y en venir prendre pour en faire commerce, ce ne sera pas une servitude réelle, une servitude prédiale, mais un droit d'usufruit, c'est-à-dire, comme l'observe Godefroy, dans ses notes sur cette loi, *jus quoddam personale.*

Ainsi, la faculté concédée à quelqu'un de prendre de

¹ Mais comme l'observe Pothier, *ad Pandectas*, tit. de *Servit.*, n° 9, *hæc vicinitas strictiùs aut largiùs accipitur, pro diversâ diversarum servitutum natura.*

la terre pour faire de la poterie ou de la tuile, ou de prendre de la pierre pour faire de la chaux, comme objet de commerce, ne constituerait, suivant cette loi, qu'un simple droit personnel, une espèce d'usage irrégulier, conséquemment non transmissible, à la différence du cas où les vases que l'on fabriquerait avec l'argile sortie du fonds seraient destinés à contenir les vins d'un autre fonds, ou la tuile et la chaux, à en entretenir les bâtimens, cas dans lequel ce serait une servitude réelle.

Cependant nous pensons, en ne nous attachant pas trop rigoureusement à la pureté des principes du Droit romain, qu'il y aurait servitude réelle, avec tous ses effets, dans la concession que le propriétaire d'un fonds ferait au propriétaire d'une tuilerie voisine, ou d'un four à chaux voisin, du droit de prendre chez lui l'argile ou la pierre calcaire dont ce dernier aurait besoin pour l'exploitation de sa tuilerie ou de son four à chaux.

Il est vrai que, dans ce cas, la concession serait faite aussi bien en vue de la profession du concessionnaire, qu'en vue du fonds où est située la tuilerie ou le four à chaux ; mais n'en est-il pas ainsi dans les usages de bois établis au profit des forges ou autres usines, usages que l'on regarde sans difficulté comme constituant une servitude réelle, attachée activement et passivement aux deux fonds, et transmissible avec eux ? Il y a parité : l'argile ou la pierre calcaire prise dans le fonds du concédant est utile à l'exploitation de la tuilerie ou du four à chaux, comme le bois est utile à

l'exploitation de la forge ou de l'usine. D'après cela, on peut regarder la tuilerie ou le four à chaux comme étant l'objet principal, le véritable fonds pour l'utilité duquel la concession est faite; conséquemment c'est un droit qui ne s'éteint point par la mort du concessionnaire, à moins de disposition contraire dans le titre constitutif, qui est transmissible avec la tuilerie et le four à chaux, et qui suit le fonds assujéti en toutes mains.

§ III.

Des obligations de l'usager.

55. On a vu transitoirement que, d'après l'article 626, l'usager ne peut jouir sans donner préalablement caution, ni sans faire des états et inventaires, et que ses obligations, sous ce rapport, sont assimilées à celle de l'usufruitier.

56. Comme le vendeur ou donateur avec réserve d'usufruit est dispensé, de Droit commun, de fournir caution; de même, de Droit commun aussi, le vendeur ou donateur avec réserve d'un droit d'usage serait dispensé de la fournir.

57. Quant aux états ou inventaires, généralement prescrits à l'usager comme à l'usufruitier, nous le répétons, nous ne voyons pas de quelle utilité ils pourraient être dans le cas où l'usager ne jouirait pas du fonds par lui-même, en le cultivant ou faisant cultiver; car alors il n'y a pas plus à craindre de dégradations de sa part que de la part de tout autre.

L'usager doit, comme l'usufruitier, jouir en bon père de famille. (Art. 627.)

58. Suivant l'article 635, si l'usager absorbe tous les fruits du fonds, il est assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien et au paiement des contributions, comme l'usufruitier.

S'il ne prend qu'une partie des fruits, il contribue au prorata de ce dont il jouit.

Cette contribution est très-équitable, car si, par exemple, l'usager prend ou reçoit la moitié des fruits du fonds, il doit contribuer à la moitié des impôts et des frais de culture; le propriétaire ne doit pas être tenu de faire venir à ses dépens des fruits dont il ne profite point. Ce n'est pas lui qui est obligé, personnellement, c'est le fonds qui est grevé. Mais comme les récoltes ne donnent pas toujours la même quantité de fruits, il y aura lieu, dans la dernière hypothèse, à faire chaque année une appréciation de ce que l'usager aura pris de fruits, comparativement à la totalité qu'en aura produit le fonds, pour régler la contribution d'après des bases positives; ce qui ne sera pas sans quelque difficulté dans la pratique, d'autant mieux que les besoins de l'usager peuvent eux-mêmes varier beaucoup, mais cependant ce qui sera souvent nécessaire, afin que l'une des parties ne supporte pas plus d'impenses qu'elle n'en doit supporter d'après la règle ci-dessus.

Dans cette même hypothèse, il se présente une difficulté relativement aux semences, qui font évidemment partie des frais de culture; et une question sur le cas où le fonds est cultivé par un métayer ou colon partiaire, relativement à ces mêmes frais.

Que l'on suppose, en effet, l'usage établi sur une

terre labourable donnant habituellement 60 mesures de blé, mais qui en exige 10 pour les semences. Qu'on suppose aussi que l'usager ait annuellement besoin, pour lui et sa famille, de 30 mesures. Si l'on exige qu'il contribue aux semences, il ne lui restera plus que 25 mesures, ce qui serait insuffisant, ou bien il serait obligé de prendre sur ses deniers particuliers une somme pour payer la moitié des semences. Mais, en général, une récolte ne doit être appréciée, dans la quantité de fruits qu'elle donne, que semences déduites, parce qu'en effet on ne peut calculer les fruits d'un fonds qu'en raison de ce qu'on en obtient en définitive. Dans toute exploitation suivie, soit que l'on cultive par ses mains, soit qu'on le fasse par celles d'un colon ou métayer, on commence par prélever les semences, et c'est le surplus qui est considéré comme étant véritablement le produit de la récolte. Aussi pensons-nous que l'usager n'aurait à y contribuer que pour la première année, s'il fallait en acheter, parce qu'il n'y en aurait pas dans le fonds lors de l'ouverture du droit, ainsi que pour les années suivantes où l'on serait aussi forcé d'en prendre ailleurs, parce que toute la récolte serait venue à périr par force majeure. Nous croyons aussi que, dans le cas où le fonds est cultivé par un colon partiaire, l'usager n'a aucune contribution à subir pour frais de culture, puisque c'est le fonds lui-même qui y subvient. Il en est autrement des impôts, ainsi que des réparations d'entretien, qui sont de véritables déboursés.

59. Au surplus, il ne faut pas confondre, surtout

quant à cette contribution aux frais de culture, réparations d'entretien et impôts, la constitution d'une prestation annuelle d'une certaine *quantité* de fruits, avec le droit d'usage. Par exemple, si je lègue à Paul 20 mesures de blé annuellement, sa vie durant ou pendant dix ans, à prendre sur le produit de mon domaine A, Paul devra avoir annuellement les 20 mesures de blé sans être tenu d'aucunes charges. C'est là une véritable rente, une prestation annuelle, et non un droit d'usage proprement dit : aussi, Paul n'aura-t-il pas un droit réel immobilier, mais bien une simple créance mobilière et personnelle, et avec l'effet du privilège attaché à son legs, sur les biens de ma succession, par les articles 878 et 2111. En conséquence, son droit, comme chose mobilière, entrerait dans sa communauté, à moins de clause contraire, soit dans son contrat de mariage, soit dans mon testament; tandis que si c'était un droit d'usage, il n'y aurait que les produits échus pendant son mariage qui tomberaient dans sa communauté; le droit lui resterait en propre à la dissolution de son mariage.

40. La question de savoir si, dans le cas où le fonds désigné ne donnerait pas, pendant une ou plusieurs années, la quantité de blé portée au legs, mon héritier serait obligé de fournir le surplus, dépendrait de l'interprétation de ma volonté. Nos auteurs les plus exacts ¹ pensent que les mots à *prendre* dans tel fonds, sont simplement démonstratifs, qu'ils indiquent *undé*

¹ Notamment Pothier, *des Obligations*, n° 623. Voyez aussi le même auteur *ad Pandectas*, tit. de *Condit. et demonstr.* n° 235.

solvetur, et ne restreignent pas rigoureusement l'objet de l'obligation aux seuls fruits du fonds désigné ; que le testateur, en indiquant ce fonds, a simplement voulu l'indiquer pour fournir de préférence la chose léguée ; mais que lorsqu'il a dit : Je lègue tant de mesures de grain *de tel fonds*, ces mots *de tel fonds* sont limitatifs, et restreignent aux fruits produits par ce fonds les choses léguées, de manière que s'il n'en fournit pas suffisamment, l'héritier n'est pas obligé d'y suppléer, à moins, bien entendu, que ce ne fût par la faute de l'héritier, qui n'aurait pas cultivé le fonds, ou qui ne l'aurait pas cultivé d'une manière convenable.

41. Si la constitution était d'une certaine *quotité* des fruits de tel fonds, par exemple de la moitié, avec ou sans détermination fixe de durée, celui au profit de qui elle serait établie devrait, pendant sa jouissance, contribuer, au prorata, aux frais de culture, réparations d'entretien et paiement des impôts ; et la question de savoir si c'est un droit d'usage irrégulier qu'on a entendu établir, et en conséquence si ce droit est réel, immobilier, ou bien si c'est simplement un droit mobilier, se déciderait d'après l'esprit du titre constitutif. Il y aurait dans ce cas une communauté de jouissance, qui entraînerait une communauté de dépenses, comme dans l'usage ordinaire.

§ IV.

De l'extinction du droit d'usage.

42. D'après l'article 625, l'usage s'éteint de la même manière que l'usufruit.

Ainsi, il s'éteint par la mort naturelle ou par la mort civile de l'usager ;

Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ;

Par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usager et de propriétaire ;

Par le non-usage du droit pendant trente ans ;

Par la perte totale de la chose sur laquelle il avait été constitué.

Il peut aussi cesser par l'abus que l'usager ferait de sa jouissance. (Art. 617 et 618.)

Il cesse aussi par la résolution du droit de celui qui l'a concédé, et par la renonciation valable de l'usager.

En un mot, ce que nous avons dit au tome précédent, sur l'extinction de l'usufruit, est applicable à l'extinction du droit d'usage.

45. Mais la disposition de l'article 619, suivant laquelle l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure trente ans¹, n'est point applicable au droit d'usage établi au profit des communes ou communautés, nonobstant la généralité des termes de l'article 625, assez inexact, comme on l'a vu, sous d'autres rapports.

L'exercice de l'usufruit paralyse le plus puissant effet de la propriété, la jouissance de la chose ; il a donc fallu qu'il prît fin, et on lui a sagement assigné la durée de trente ans, en l'absence de toute

¹ Lorsque, bien entendu, le titre ne s'explique pas sur la durée du droit d'usage. Voyez tome précédent, n° 663.

clause à ce contraire, quand il n'est pas accordé à des particuliers. Mais l'étendue de l'usage étant mesurée sur les besoins de l'usager, et laissant, du moins ordinairement, une partie de la jouissance au propriétaire, la raison qui a fait limiter à trente ans la durée de l'usufruit accordé à des communes ou communautés n'a plus la même force quand il s'agit d'un droit d'usage. Nonobstant son exercice, la propriété aura toujours de l'utilité pour celui à qui elle appartient.

De plus, si l'usage était légué ou donné pour ali-mens, nous ne pensons pas qu'il dût s'éteindre par la mort civile de l'usager, malgré la généralité des termes de l'article 625 combiné avec l'article 617. Nous croyons, au contraire, que ce serait plutôt le cas d'appliquer les règles sur la rente viagère, laquelle ne s'éteint point par la mort du créancier; non pas toutefois en ce sens que les héritiers de l'usager dus-sent, comme en matière de rente viagère, jouir du droit pendant la vie naturelle de leur auteur, mais en ce sens que le droit resterait attaché à sa personne nonobstant sa mort civile.

SECTION II.

DU DROIT D'HABITATION.

SOMMAIRE:

44. *Ce qu'on entend par droit d'habitation, et comment ce droit s'établit.*
45. *Son étendue.*
46. *Comme l'usage, il est inaliénable, à moins de disposition contraire dans le titre constitutif.*

47. *Si le titre est muet sur ce point, il faut voir, d'après son esprit, si c'est un droit d'habitation, ou bien d'usufruit, que le constituant a voulu établir.*
48. *Les rédacteurs du Code, en décidant, en principe, que le droit d'habitation ne peut être cédé ni loué, ont confondu ce droit avec l'usage des bâtimens, usus ædium, et se sont ainsi éloignés des principes du Droit romain sur l'habitation proprement dite.*
49. *Obligations de l'usager quant à la contribution aux charges, au cautionnement à fournir, et aux états à faire.*
50. *Comment prend fin le droit d'habitation.*

44. Le droit d'habitation est le droit d'habiter la maison d'autrui, à la charge, comme dans l'usufruit et dans l'usage, de conserver la substance de la chose.

Ce droit s'établit aussi, d'après l'article 625, de la même manière que l'usufruit.

Et comme celui qui l'exerce a une jouissance continue, lors même qu'il n'occuperait qu'une partie de la maison, nous en avons conclu, ainsi que pour l'usufruit, et l'usage dans certains cas, que le droit d'habitation est susceptible de s'acquérir par la prescription¹.

45. Celui qui a un droit d'habitation dans une maison peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné. (Art. 632.)

Le droit est restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui il a été concédé, et de sa famille. (Art. 633.)

46. Dans le silence du titre constitutif sur ce point,

¹ Voyez *suprà*, n^{os} 7 et 8.

le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué. (Art. 628 et 634 combinés.)

Si le titre constitutif autorise la cession ou la location, alors s'applique ce que nous avons dit à cet égard en parlant de l'usage ¹.

47. Si le titre est muet sur ce point, il importe de bien apprécier quelle est l'espèce de droit que le constituant a entendu concéder, de voir si c'est un droit d'usufruit, ou simplement un droit d'habitation.

Quand les termes mêmes du titre ne seront pas formels, et que les autres circonstances de la disposition ne rendront pas manifeste l'intention du disposant, on devra incliner à y avoir un simple droit d'habitation, si, à raison de l'étendue de la maison, le concessionnaire n'en doit occuper qu'une partie.

Au contraire, on devra incliner à y voir une constitution d'usufruit, s'il doit occuper toute la maison; en conséquence, il pourra louer ou céder son droit.

Ce sera surtout dans le cas de vente du droit d'usage qu'il sera permis de se livrer à cette interprétation des parties, parce que, dans la vente, le vendeur doit expliquer clairement ce à quoi il s'oblige, et que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre lui (art. 1602), attendu qu'il n'a tenu qu'à lui de s'expliquer plus clairement. Or, il est plus avantageux pour l'acheteur d'avoir un droit d'usufruit, qu'un simple droit d'habitation. Dans les dispositions testamentaires, qui s'interprètent aussi assez volontiers en

¹ Voyez *suprà*, n° 24.

faveur des légataires, on pourra également faire l'interprétation en faveur du légataire du droit dont il s'agit.

48. En décidant que le droit d'habitation ne peut être cédé ni loué, sauf, ainsi que nous l'avons dit, le cas de disposition contraire dans le titre constitutif, les rédacteurs du Code ont confondu le droit d'habitation avec l'usage des bâtimens, *usus ædium*, et ont ainsi, sinon rejeté, du moins omis le droit d'habitation proprement dit, tel qu'il existait dans la législation romaine.

En effet, suivant le § 2, INSTIT., *de Usu et habit.*, celui qui a l'usage d'un bâtiment a seulement le droit d'y habiter avec son épouse, ses enfans, ses affranchis et les personnes du service desquelles il a besoin journellement. A peine, est-il dit dans ce texte, peut-il y recevoir un hôte : *et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat*. Il ne peut surtout transférer son droit à un autre.

Au contraire, d'après le § 5, au même titre, le droit d'habitation n'est pas considéré comme un droit d'usage, ni comme un usufruit, mais bien comme un droit particulier ¹, *sed quasi proprium aliquod jus*, et

¹ Aussi ne s'éteignait-il pas par le non-usage. L. 10, ff. *de Usu et habit.*, parce que *habitatio magis in facto, quàm in jure consistit*. L. pen. ff. *de Cap. minut.*; c'est-à-dire, *quod legatæ habitationis jus non semel cedat, sed per dies singulos, perindè ut ususfructus in singulos dies relictus*. L. 1, princip., ff. *Quando dies usufr. leg. ced.* En d'autres termes, *plura hic sunt legata et quasi nova singulorum dierum habitatio*. C'est pour cela qu'avant Justinien, alors que l'usufruit et l'usage s'éteignaient par le petit changement d'état, ce qu'il a changé par la L. pen. Cod. *de Usufr.*, l'habitation elle-même ne prenait pas fin de cette manière.

il est permis à celui qui l'a, non-seulement d'habiter lui-même la maison, *sed etiam aliis locare*.

De là, plusieurs docteurs ont soutenu que l'habitation n'est point une servitude quelconque, qu'elle n'affecte point la chose; conséquemment, qu'elle ne donne point l'action *confessoire*, ni contre les tiers détenteurs, ni contre le concédant ou son héritier; qu'elle n'est rien autre chose qu'un droit d'obligation, et n'engendre qu'une action personnelle, contre le constituant ou son héritier, à la différence du droit d'usage établi sur un bâtiment ou toute autre chose.

Mais Vinnius, sur le § 5, *hoc. tit.*, INSTIT., démontre évidemment, du moins selon nous, que cette opinion n'est pas fondée, et que l'habitation, comme le droit d'usage, était, dans le Droit romain comme dans le Droit moderne, une espèce de servitude personnelle, grevant le domaine d'un droit réel, et donnant ainsi une action réelle contre tout détenteur. Au reste, puisque l'habitation, dans notre Code, est confondue avec l'usage des bâtimens, cette controverse n'a plus d'objet, et il est bien certain que ce droit est un droit réel, une modification de la propriété, comme l'usufruit et l'usage proprement dit, un droit qui peut s'exercer contre tout détenteur quelconque du bâtiment affecté; enfin, que c'est un droit réel immobilier, qui, à ce titre, n'entrerait point dans la communauté de celui à qui il serait concédé, si ce n'est pour la jouissance seulement pendant son mariage.

49. Si celui qui a l'habitation occupe toute la maison, il est assujetti non-seulement aux réparations

locatives, mais de plus aux réparations d'entretien et au paiement des contributions, comme l'usufruitier.

S'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata de ce dont il jouit. (Art. 635).

Il doit également fournir caution, comme l'usager (art. 626), sauf les exceptions que nous avons signalées sur l'usage lui-même; et il doit faire des états dans tous les cas. (*Ibid*).

Et si l'on a donné ou légué l'usage d'une maison avec les meubles qui la garnissent, il faudra faire aussi un inventaire des meubles, comme dans le cas d'usufruit de meubles.

50. Le droit d'habitation prend fin de la même manière que l'usage et l'usufruit (art. 625). Il faut, en conséquence, se reporter à ce que nous avons dit à cet égard.

SECTION III.

DE L'USAGE APPARTENANT À UNE COMMUNE OU COMMUNAUTÉ D'HABITANS SUR LES TERRES VAINES ET VAGUES, LES PRÉS OU MARAIS SITUÉS DANS SON TERRITOIRE.

SOMMAIRE.

51. *Les biens communaux sont de deux sortes : ceux dont la commune a la propriété, et ceux dont elle a simplement l'usage.*
52. *La propriété de ces derniers appartient à des particuliers, et quelquefois à l'État.*
53. *La question de savoir à qui, en l'absence d'un titre positif à cet égard, du seigneur ou de la communauté, était censée appartenir la propriété des marais et terres incultes dont celle-ci a l'usage, a été vivement controversée jadis ; elle a été tranchée dans l'intérêt des communes par la nouvelle législation.*
54. *Dispositions de la loi du 13 avril 1791 sur ce point,*

64 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPRIÉTÉ.

55. *Dispositions de celle du 28 août 1792.*
56. *Dispositions de celle du 10 juin 1793.*
57. *Point sur lequel cette loi n'a pas dérogé à celle du 28 août 1792.*
58. *Quand, d'après les lois ci-dessus, le représentant d'un ci-devant seigneur ne justifie pas de ses droits de propriété sur les terres usagères de la commune, il n'y a pas lieu entre elle et lui à transiger, ni à cantonnement.*
59. *Observations générales sur l'esprit de ces diverses lois.*
60. *Comme elles n'ont pas statué sur les bois, leurs dispositions ne sont point applicables à ce genre de propriété.*
61. *Il en est de même à l'égard des prairies.*
62. *L'étendue des droits d'usage appartenant aux communes ou communautés se règle par le titre constitutif, ou par la possession paisible et constante.*
63. *Quelle est l'autorité compétente pour connaître des contestations.*
64. *La réunion d'une commune ou d'une section de commune à une autre, n'établit pas une communauté dans le droit d'usage au profit de cette dernière.*
65. *Un droit d'usage concédé à une commune ou aux habitants d'un territoire, s'est-il accru avec la population? Résolution de la question par une distinction.*
66. *L'usage au profit d'une commune ou communauté d'habitans est toujours servitude réelle.*
67. *Ce qui concerne les impôts et autres charges se règle par les actes ou par des lois particulières.*
68. *Ce que c'est que le cantonnement; il peut être aussi demandé sur les terrains vains et vagues, et aussi bien par la commune contre le propriétaire, que par le propriétaire contre la commune; dispositions des lois nouvelles sur la matière du cantonnement.*
69. *Il peut être aussi demandé dans le cas d'usage sur des prés, à moins que l'usage ne fût borné à un simple droit de parcours après les premières herbes, auquel cas il n'y aurait que le propriétaire qui pût l'exiger.*

4. En traitant des biens dans leurs rapports avec

ceux qui les possèdent, nous avons dit, au tome précédent, d'après l'article 542, que les biens communaux sont ceux à la propriété ou au profit desquels les habitans d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis.

Ainsi, deux sortes de biens communaux : ceux dont la commune a la propriété, et dont elle jouit selon les règles qui leur sont propres ; et ceux sur les produits desquels seulement elle a un droit acquis, et ce droit est un droit d'usage.

52. Quant à ces derniers, la commune ou communauté d'habitans n'en ayant que l'usage, la propriété en appartient à des particuliers, et quelquefois à l'Etat, car le droit d'usage et celui de propriété ne sauraient être réunis dans la même main : ils s'excluent réciproquement ; leur réunion opère confusion et extinction du premier, d'après la règle si connue, *res sua nemini servit*.

55. Et comme le droit de propriété est infiniment plus plein que le simple droit d'usage, il importe de bien distinguer le cas où la commune peut invoquer le premier de ces droits, du cas où elle ne peut invoquer que le second seulement.

Sur ce point s'est élevée anciennement la question de savoir à qui, en l'absence de tout titre positif à cet égard, du seigneur ou de la communauté, est censée appartenir la propriété des marais et des terres incultes dont celle-ci a l'usage, et quel genre de preuve on peut faire valoir en cette matière ?

Cette question, du plus haut intérêt, si controver-

sée jadis¹, et jugée si diversement par les différens parlemens, à raison de la manière dont chacun supposait que le droit des communes avait pu se former dans l'origine, ou se perdre par suite de l'établissement du régime féodal; cette question, disons-nous, a été tranchée dans l'intérêt des communes par la nouvelle législation.

§4. Suivant l'article 7 de la loi du 13 avril 1791, « le droit de s'approprier les terres vaines et vagues « ou gastes, landes, biens hermes ou vacans, garigues, flégards ou wareschains, n'aura plus lieu en « faveur des ci-devant seigneurs, à compter de la « publication des décrets du 4 août 1789.

« Et néanmoins, porte l'article suivant, les terres « vaines et vagues ou gastes, landes, biens hermes « ou vacans, garigues, flégards ou wareschains, dont « les ci-devant seigneurs ont pris publiquement possession avant la publication des décrets du 4 août « 1789, en vertu des lois, coutumes, statuts ou usages « locaux lors existans, leur demeureront irrévocablement acquis, sous les réserves ci-après.

Art. 9. « Les ci-devant seigneurs seront censés « avoir pris publiquement possession desdits terrains « à l'époque désignée par l'article précédent, lorsqu'à « cette époque ils les auront, soit inféodés, ascensés « ou arrentés, soit clos de murs, de haies ou fossés, « soit cultivés ou fait cultiver, plantés ou fait plan-

¹ Voyez au Répertoire de M. Merlin, au mot *Usage (droit d')* sect. 2, § 1.

« ter, soit mis à profit de toute autre manière,
« pourvu qu'elle ait été exclusive et à titre de pro-
« priété.

Art. 10. « Il n'est préjudicié, par les deux articles
« précédens, à aucun des droits de propriété et d'u-
« sage que les communautés d'habitans peuvent avoir
« sur les terrains y mentionnés ; et toutes actions leur
« demeurent réservées à cet égard. »

55. La loi du 28 août 1792 a apporté des innova-
tions à l'ancienne législation sur les biens commu-
naux, et même à la loi du 13 avril 1791.

Par son article 8, elle décide que « les communes
« qui justifieront avoir anciennement possédé des biens
« ou droits d'usage quelconques, dont elles auront été
« dépouillées en totalité ou en partie par des ci-devant
« seigneurs, pourront se faire réintégrer dans la pro-
« priété et possession desdits biens ou droits d'usage,
« nonobstant tous édits, déclarations, arrêts du con-
« seil, lettres-patentes, jugemens, et possession con-
« traire, à moins que les ci-devant seigneurs ne pré-
« sentent un acte authentique qu'ils ont légitimement
« acheté lesdits biens. »

L'article 9 porte : « Les terres vaines et vagues ou
« gastes, landes, biens hermes ou vacans, garigues,
« dont les communes ne pourraient pas justifier avoir
« été anciennement en possession, sont censés leur ap-
« partenir et leur seront adjugés par les tribunaux, si
« elles forment leur action dans le délai de cinq ans,
« à moins que les ci-devant seigneurs ne prouvent,
« par titre ou par possession exclusive continuée pai-

« siblement et sans trouble pendant quarante ans,
« qu'ils en ont la propriété. »

56. Cette disposition parut encore trop favorable aux ci-devant seigneurs, et voici, en conséquence, ce qu'a réglé sur ce point la fameuse loi du 10 juin 1793.

L'art. 1^{er} de la quatrième section est ainsi conçu :
« Tous les biens communaux en général, connus dans
« toute la république sous les divers noms de terres
« vaines et vagues, gastes, garigues, landes, pacages,
« pâtis, bruyères, bois communs, hermes, vacans, pa-
« lus, marais, marécages, montagnes, et sous toute
« autre dénomination quelconque, sont et appartiennent
« de leur nature à la généralité des habitans ou
« membres des communes ou sections de commune,
« dans le territoire desquelles ces communaux sont si-
« tués ; et comme tels, lesdites communes ou sections
« de commune sont autorisées à les revendiquer. »

Suivant l'article 8 de la même section, « la possession
« de quarante ans exigée par la loi du 28 août
« 1792 pour justifier de la propriété d'un ci-devant
« seigneur sur les terres vaines et vagues, gastes, ga-
« rigues, landes, marais, biens hermes, vacans, ne
« pourra, en aucun cas, suppléer le titre légitime ; et
« le titre légitime ne pourra être celui qui émanerait
« de la puissance féodale, mais seulement un acte au-
« thentique qui constate qu'ils ont légitimement acheté
« lesdits biens, conformément à l'article 8 de la loi du
« 28 août 1792. »

57. Au surplus, cette loi du 10 juin 1793 n'a pas

dérogé à celle du 28 août 1792 quant au délai dans lequel les communes étaient tenues de se pourvoir contre leurs ci-devant seigneurs, pour faire juger que les terres vaines et vagues situées dans leur territoire respectif étaient des biens communaux ; d'où il suit qu'une commune qui aurait laissé passer cinq ans après la publication de la loi du 28 août 1792, sans se pourvoir contre son ci-devant seigneur en délaissement des terres vaines et vagues dont il avait alors une possession légitimée par la loi du 13 avril 1791, ne serait plus aujourd'hui recevable à réclamer ces biens. C'est en quoi, observe fort bien M. Merlin ¹, les terres vaines et vagues diffèrent des biens productifs dont il est parlé dans l'article 8 de la loi du 28 août 1792 ; car cet article ne détermine aucun délai fatal dans lequel les communes soient tenues d'agir, et conséquemment il leur laisse pour cela tout le temps qu'il faut, de Droit commun, pour que l'on puisse prescrire une action réelle contre une commune.

58. Le même auteur fait aussi l'observation que l'article 7 de la loi du 28 août 1792, et l'article 8 de la section 4 de la loi du 10 juin 1793, ne réputent biens communaux que les terres vaines et vagues situées dans le territoire d'une commune. « Quant à
 « celles, porte l'article 11 de la première des lois ci-
 « tées, qui ne se trouveraient pas circonscrites dans
 « le territoire d'une commune ou d'une ci-devant
 « seigneurie, elles sont censées appartenir à la nation,
 « sans préjudice des droits que les communautés ou

¹ Voyez *Répertoire*, au mot *Communaux*, § 2.

« les particuliers pourraient y avoir acquis, et qu'ils
 « seront tenus de justifier par titre ou par possession
 « de quarante ans. »

En conséquence de ces lois, le conseil-d'État, par avis du 26 juin 1808, approuvé le 17 juillet suivant, a refusé de sanctionner une transaction passée le 14 mai 1806 entre la commune d'Ouille et le sieur Michel d'Annoville, ci-devant seigneur d'Annoville, par laquelle ce dernier cédait à la commune ses prétentions de propriété et d'usage sur les trois quarts des landes et terrains vagues d'Ouille, en se réservant l'autre quart franc et exempt de toute servitude. L'avis du conseil-d'État porte de plus que la commune d'Ouille continuera à posséder, ou *prendra possession* des landes et terrains vagues existant dans son enceinte, attendu que, d'après l'article 8, section 4 de la loi du 10 juin 1793, la possession paisible et quadragénaire ne suffit pas pour constater les droits de propriété en faveur des ci-devant seigneurs; que le sieur d'Annoville ne justifie d'aucun titre primordial et légitime qui constate ses droits de propriété des landes et terres vagues d'Ouille; que par conséquent la commune en doit être regardée, aux termes de la loi, comme seule et légitime propriétaire, et quand le droit d'une commune n'est point douteux, il n'y a pas lieu à transaction.

Une chose très-remarquable, dans cette espèce, observe M. Merlin, c'est que le ci-devant seigneur d'Annoville avait constamment joui comme propriétaire des landes dont il s'agissait, et que la commune

d'Ouille n'y avait jamais, non-seulement exercé, mais même prétendu de droits d'usage : cependant le gouvernement n'a pas voulu sanctionner ce cantonnement.

59. Les dispositions de la loi du 13 avril 1791 nous paraissent parfaitement justes : elles respectent les droits acquis aux anciens seigneurs, au moins par la possession paisible et publique antérieure aux décrets du 4 août 1789, en vertu des lois, coutumes, statuts ou usages locaux lors existans. Sans doute la légitimité de cette possession est loin d'avoir été avouée par tous les bons auteurs qui ont traité cette matière délicate ; mais enfin faut-il que la propriété puisse se consolider en quelque main.

Les uns n'y ont vu, en effet, qu'une usurpation faite par suite de l'établissement du régime féodal, sur les habitans des communes, et une possession qui, n'ayant eu pour principe et pour appui que la force, ne devait jamais produire le droit de propriété en faveur des seigneurs.

D'autres, au contraire, ont soutenu que la plupart des terres vaines et vagues étaient abandonnées, et avaient été occupées librement et paisiblement par les gens de guerre ou autres personnages dominant dans l'ordre social ; que, surtout dans les pays de franc-alieu, et qui étaient en assez grand nombre dans l'ancienne France, la possession n'était point le résultat du régime féodal, mais bien l'effet d'une occupation libre ou d'une libéralité du souverain, qui était maître de ces mêmes biens par droit de conquête ou autrement.

Nous ne rappellerons pas ce que l'on a écrit de part et d'autre sur ce point assez obscur de notre histoire. Il nous a semblé que les divers systèmes qu'on a établis, soit pour favoriser les intérêts des habitans des communes, soit à l'appui des prétentions des anciens possesseurs, sont tous plus ou moins susceptibles d'objections, parce qu'ils reposent tous sur des bases qui sont loin d'être positives et avouées par les adversaires respectifs.

Écoutons toutefois M. Merlin; il s'exprime ainsi dans son *Répertoire*, au mot *Usage* :

« Parmi les Coutumes, il en est plusieurs qui s'occupent, avec le plus grand soin, de la qualité que doit avoir la possession des habitans, pour leur acquérir le droit d'usage dans les bois et marais de la seigneurie; de ce nombre sont Vitry, Nivernais, Bourgogne, etc., et nous n'en voyons pas qui parlent de la propriété des communautés sur ces mêmes biens, de la manière d'acquérir ou de conserver cette propriété, objet néanmoins plus important qu'un simple droit d'usage : tant il est vrai que les rédacteurs de nos Coutumes regardaient la propriété des seigneurs comme incontestable !

« Eh, que peut, contre tant de moyens réunis, l'algèbre de ce qui a précédé l'établissement des fiefs? Faut-il donc remonter jusqu'au déluge pour apprendre quels sont aujourd'hui les droits et les propriétés? Sans doute il y avait, comme l'expose Imbert dans son *Enchiridion*, au mot *Usages*, des hommes et des villages avant qu'il y eût des sei-

« gneurs; mais tout changea dans la propriété des
 « biens et dans l'état des personnes par l'établis-
 « sement du système féodal. Toutes les provinces de
 « France devinrent des fiefs ¹, et tous, ou presque
 « tous les habitans des campagnes, des serfs de la
 « glèbe. Tout appartenait aux seigneurs, même les
 « hommes. Comment imaginer que ceux-ci avaient la
 « propriété des bois ou des marais?

« La simple possession, tant qu'elle leur laissait
 « ces bois et ces marais simplement en usage, ne
 « suffisait pas pour leur donner le droit de propriété.
 « En effet, c'est une maxime incontestable, que l'u-
 « sager ne prescrit jamais la propriété, à moins
 « qu'un droit nouveau n'ait effacé les anciens, au-
 « trement la possession est censée continuer comme
 « elle a été commencée, et la loi réfère tous les actes
 « du possesseur au titre, etc. »

La loi du 13 avril 1791 consacrait ces principes, en maintenant les droits acquis par une possession ou par des actes de vente.

Celle du 28 août 1792, moins favorable aux ci-devant seigneurs que la précédente, exigeait, il est vrai, un titre d'acquisition par voie d'achat, ou une possession exclusive et paisible continuée pendant quarante ans, mais elle respectait du moins les droits acquis de cette manière; car si la longue possession, paisible et publique, ne suffit même pas pour consolider la propriété, ce droit n'est plus qu'un vain mot

¹ Sauf toutefois, comme nous l'avons fait observer, les pays de franc-alleu.

parmi les hommes : tout peut-être remis journellement en question, et personne ne peut se promettre de jouir plus long-temps de ce qu'il possède et de ce que ses ancêtres lui ont transmis. Cette loi, d'ailleurs, établissait un délai durant lequel les communes devaient élever leurs réclamations, si elles croyaient avoir le droit d'en former. Par là, ses auteurs voulaient consolider la propriété, en déterminant les signes auxquels on pourrait reconnaître le véritable propriétaire, et sous ce rapport, leur œuvre est digne d'éloge. Ils établissaient enfin un principe favorable aux communes, en créant la présomption de droit que les terres vaines et vagues leur appartenaient, sauf aux seigneurs à prouver le contraire par titre d'achat ou par possession paisible et continuée pendant quarante ans. C'était une présomption contraire à celle qui résultait du système féodal, et une immense conquête faite au profit des masses sur quelques-uns seulement.

Si l'on s'en fût tenu là, cette partie de la législation serait, selon nous, irréprochable; mais il ne serait pas également facile de justifier la dernière des lois citées, celle du 10 juin 1793, qui a méconnu, dans la main des seigneurs, la possession paisible et publique, quelle qu'en fût la durée. Elle a porté atteinte au droit de propriété, en repoussant l'un des moyens les plus naturels et les plus légitimes de l'acquérir, celui-là même qui fut le seul dans l'origine, et sur lequel tous les autres ont été entés dans la suite.

60. Aussi ne doit-on appliquer cette loi, et même celle du 28 août 1792, qu'aux objets sur lesquels elles statuent. En conséquence, comme elles ne parlent que des terrains vains et vagues, désignés sous ces dénominations, ou autres analogues, et nullement des *bois*, on doit décider, comme l'a fait la cour de cassation ¹, qu'un bois situé dans le territoire d'une commune, et dont elle prouve même avoir eu anciennement l'usage, n'est pas présumé pour cela lui appartenir. Le ci-devant seigneur ou ayant-cause qui en a la possession comme propriétaire ne peut en être évincé, quoiqu'il ne représente pas lui-même un titre légitime d'acquisition; sauf à la commune son droit d'usage.

D'où il suit encore qu'une commune ne peut pas revendiquer, en vertu de l'article 8 de la loi du 28 août 1792, un bois situé dans son territoire, quoiqu'elle prouve l'avoir possédé *animo domini*, mais sans titre légitime de propriété, pendant un temps insuffisant pour la prescription ².

61 Par la même raison, les communes qui exerçaient, lors de ces lois, des droits d'usage sur des prairies, après les premières herbes levées, comme on en voit en si grand nombre sur les bords de la Saône, et autres rivières ou fleuves, n'ont pu, pour se prétendre propriétaires, argumenter du bénéfice

¹ Arrêt du 14 floréal an x, rapporté aux *Questions de droit* de M. Merlin, au mot *Communaux (biens)*, § 1.

² Arrêt du 18 brumaire an xi, rapporté au même recueil, même mot, § 2.

desdites lois, qui ne parlent point des fonds de terre productifs, mais des terres vaines et vagues.

Ces communes ont simplement conservé leur qualité d'usagères; et dans les cas où, même à l'égard des terres vaines et vagues, les anciens seigneurs ou leurs représentans ont justifié de leurs droits de propriété, et que les communes ont établi par titres ou par possession leurs droits d'usage, ces droits font partie de la seconde classe des biens communaux, c'est-à-dire de ceux sur les produits desquels la commune ou section de commune a un droit acquis. (Art. 542.)

62. Il serait impossible de donner des règles précises sur le mode d'exercice de ces droits d'usage : il est déterminé par le titre constitutif, ou par la possession paisible et constante.

63. On doit toutefois tenir pour principe, que les contestations qui pourraient s'élever entre la commune usagère et le propriétaire sont de la compétence de l'autorité judiciaire; mais que les changemens qu'il y aurait à apporter dans le mode d'usage par rapport aux habitans entre eux, ou la fixation de ce mode, en cas de contestation, sont du ressort de l'autorité administrative¹.

64. Si, par l'effet d'une disposition administrative, deux communes ont été réunies en une seule, ou si une section a été détachée d'une commune pour être réunie à une autre, la commune ou la section con-

¹ A cet égard, voyez ce qui a été dit au tome précédent, n° 212 et suiv.

serve exclusivement ses droits d'usage, suivant ce que nous avons dit au tome précédent, n° 206; et quand même la commune ou section usagère consentirait à ce que les habitans de l'autre commune ou des autres sections participassent au bénéfice de l'usage, le propriétaire du fonds sur lequel il s'exerce aurait le droit de s'y opposer; car sa condition ne peut être aggravée sans son consentement.

65. Quand un droit d'usage a été concédé à une commune ou aux habitans d'un territoire, ce droit s'est-il accru avec la population?

Selon M. Proudhon¹ il faut distinguer entre les causes qui ont produit cette augmentation.

Si elle est provenue de l'étendue, du défrichement, de la fertilité du territoire, on doit décider, suivant ce jurisconsulte, que, généralement, tous les habitans ont un droit égal au bénéfice de l'usage anciennement concédé à la communauté dont ils font aujourd'hui partie. On ne doit pas même en exclure les gens de métier dont le travail est nécessaire aux besoins des habitans du lieu, ni les ouvriers dont les bras sont employés à la culture des terres: les uns et les autres ne sont que les accessoires et comme les adjudans de la population cultivatrice au profit de laquelle le droit d'usage est établi.

Mais si l'accroissement de population provient d'une cause étrangère aux besoins du sol, qui n'y a aucun rapport, et qui était loin d'être dans la pensée des par-

¹ Traité de l'Usufruit, etc. tome VII, page 77 et suiv., et page 128 et suiv., analysées.

ties contractantes ou du constituant à titre gratuit, comme l'établissement d'une route de poste, d'un canal de navigation, la fixation d'un chef-lieu de juridiction, l'érection d'une forteresse, l'établissement de diverses foires, la construction d'une manufacture ou d'une grande usine, le placement d'un bureau de douanes, etc. ; dans ce cas l'on doit dire qu'il n'y a parmi les habitans de la commune usagère que ceux qui représentent les colons originaires et qui font partie de la population agricole, qui aient droit à l'usage, parce que ce droit est une servitude réelle, qui n'étant attachée qu'aux fonds et en faveur de leur culture, ne peut être exercée que par ceux qui les détiennent et les cultivent; que décider autrement serait donner au droit d'usage une extension indéfinie et incompatible avec son caractère de servitude foncière, puisqu'on le détacherait du fonds pour le convertir en un usage personnel, à l'avantage de tous ceux qui viendraient exercer dans la commune des fonctions ou professions étrangères aux besoins du sol.

Au reste, suivant le même auteur, le montant ou la somme de l'usage doit avoir un *maximum* qu'on ne puisse dépasser, pour que le fonds assujéti ne soit pas arbitrairement épuisé, et ne devienne pas absolument inutile, et même à charge au propriétaire, puisque ces sortes d'usage ne sont pas, comme les droits d'usufruit, sujets à s'éteindre au bout d'un certain temps, ni par la mort de ceux qui en jouissent. Or, ce *maximum* existe, et il est fixé par la nature des choses, parce qu'un territoire quelconque ne peut toujours fournir

qu'aux travaux d'un certain nombre d'habitans occupés à la culture. Passé ce nombre, il n'y a plus d'usagers; c'est donc là qu'il faut s'arrêter.

Ces théories sont d'une justesse incontestable; mais que de difficultés doit faire naître leur application! Avec combien peu de certitude on distinguera les personnes employées directement ou indirectement à la culture du sol, de celles qui ne le sont pas, surtout si l'on songe aux fréquentes variations que doit nécessairement éprouver la population d'un territoire dans sa composition et dans les diverses classes des habitans qui la forment! Mais enfin les tribunaux, arbitres de l'esprit des conventions et de la volonté des disposans, se décideront pour le plus juste et le meilleur: tout en faisant respecter les droits des usagers, ils ne sanctionneront pas des prétentions qui rendraient la propriété absolument illusoire.

66. Cet usage au profit d'une commune ou communauté d'habitans est toujours servitude réelle; il est dû, comme on vient de le dire, mais sous les distinctions ci-dessus, à chacun des habitans; c'est en quelque sorte le prix de l'incolat.

D'où il suit que celui qui quitte la commune perd son droit à l'usage, et celui qui vient le remplacer, soit comme fermier ou locataire, soit comme acquéreur, ou même comme simple cultivateur, le remplace aussi, du moins généralement, dans l'exercice du droit d'usage commun¹.

¹ Voyez M. Merlin, *Additions aux questions de droit*, page 843, n° 10; et M. Proudhon, tome VII, page 35.

67. Tout ce qui concerne les impôts ou autres charges des produits se règle, dans ces droits d'usage, soit par le titre constitutif, soit par des conventions postérieures, ou des lois particulières.

68. Dans ces cas d'usages établis au profit des communes ou communautés d'habitans sur des biens appartenant à des particuliers, le cantonnement¹ peut être demandé, comme dans le cas d'usage constitué au profit de ces derniers ; c'est principalement, il est vrai, en matière d'usage dans les bois et forêts qu'il est réclamé, et c'est pour cela que nous remettons à en parler sur ces sortes de biens, au chapitre suivant ; mais il peut aussi être invoqué quoiqu'il s'agisse d'usages établis sur des fonds d'une autre nature de produits. La loi du 19 septembre 1790 porte, par son article 8, que « il n'est nullement préjudicié, par l'abolition du triage², aux actions en cantonnement de la part des propriétaires contre des usagers de bois, prés, marais et terrains vains et vagues, lesquelles continueront d'être exercées comme ci-devant, dans les cas de droit, et seront portées aux tribunaux de district ; » c'est-à-dire, aujourd'hui, devant les tribunaux d'arrondissement.

Le cantonnement, avant le décret de 1790, n'était

¹ En termes *forestiers*, le cantonnement est l'abandon d'une portion de la propriété d'un bois que l'on fait à des usagers pour leur tenir lieu du droit d'usage qu'ils avaient sur le tout.

Le cantonnement participe tout à la fois du rachat et du partage, et renferme par conséquent une aliénation à titre commutatif.

² Ce mot signifie le *tiers* que le seigneur mettait en réserve dans les bois situés dans l'étendue de sa seigneurie, et sur lesquels s'exerçaient ses droits de seigneur.

établi par aucune loi ; il s'était successivement introduit par la jurisprudence, et pour se conformer à l'esprit de conservation des forêts qui avait déterminé les sages dispositions de l'ordonnance de 1669.

Il n'était non plus accordé que sur la demande du propriétaire, parce qu'on pensait que c'eût été porter atteinte au droit de propriété, que de forcer le maître du fonds d'en abandonner une portion quelconque en retour de l'affranchissement de l'usage sur le surplus : attendu, disait-on, avec beaucoup de raison, que le partage ne doit avoir lieu qu'entre ceux qui sont en communauté de l'objet à partager, et que les simples usagers n'ont aucun droit sur la propriété de ce même objet,

L'article 5 de la loi du 28 août 1792 a tranché toute controverse à cet égard, en disposant que, « conformément à l'article 8 du décret du 19 septembre 1790, les actions en cantonnement continueront d'avoir lieu dans les cas de droit, et le cantonnement pourra être demandé tant par les usagers que par les propriétaires. »

Mais nous verrons au chapitre suivant qu'on est revenu, en ce qui concerne l'usage dans les bois et forêts, aux anciens principes, et que le cantonnement ne peut plus être demandé par les usagers.

69. Quoiqu'il puisse avoir lieu dans les usages sur des *prés*, ainsi qu'on vient de le voir, nous ne pensons néanmoins pas que les usagers pourraient le demander si l'usage était borné à un simple droit de

parcours ¹ après les premières herbes, sans aucun droit sur elles. Le principe du cantonnement est fondé sur la communauté des produits : il ne peut pas avoir une autre base. Il s'opère par un échange d'une portion de ces mêmes produits, qui se percevait par les usagers sur toute l'étendue du fonds, pour une portion du fonds lui-même. Or, quand les usagers n'ont aucun droit sur les premières herbes, qui forment le produit principal d'une prairie, on n'est plus dans l'esprit du système qui a introduit le cantonnement, ni dans celui des lois qui l'ont consacré, puisque ce serait forcer le propriétaire à céder non-seulement une partie du droit de propriété, mais encore une portion des produits qui lui appartiennent exclusivement.

Mais le propriétaire des prés pourrait le demander ; la restriction n'est qu'en sa faveur, parce que le motif sur lequel elle est fondée ne milite que pour lui.

CHAPITRE VII.

DES DROITS D'USAGE DANS LES BOIS ET FORÊTS.

SOMMAIRE.

70. *La matière des droits d'usage dans les bois et forêts est grandement simplifiée par le nouveau Code forestier.*

¹ Le *parcours*, appelé en quelques lieux *entrecours* ou *marchaye*, autorisé en certaines parties de la France par les coutumes et usages locaux, est une espèce de servitude en vertu de laquelle les habitans de deux communes voisines peuvent envoyer réciproquement leurs bestiaux paître en vaine pâture d'un territoire sur l'autre.

La *vaine pâture* est le droit réciproque que les habitans d'une même commune ont d'envoyer leurs bestiaux sur les terres les uns des autres, lorsqu'il n'y a ni semences ni fruits, et que d'après la loi ou l'usage elles ne sont pas *en défens*, c'est-à-dire lorsque l'entrée n'en est pas défendue à ceux qui ont droit d'y envoyer paître leurs bestiaux.

Nous parlerons avec plus d'étendue de ces droits au titre des *Servitudes*.

71. *Ce Code règle les droits d'usage dans plusieurs de ses titres, en considérant à qui appartiennent les bois sur lesquels ils s'exercent.*
72. *Il divise les bois en deux grandes classes : ceux qui sont soumis au régime forestier, et ceux des particuliers.*
73. *Il étend à plus d'objets que ne l'avait fait la législation précédente, l'assimilation des bois des communes ou des établissemens publics à ceux de l'État.*
74. *La rédaction de ce Code a été environnée de toutes les précautions propres à garantir la bonté d'une loi.*
75. *Division de cette matière.*

70. La matière des droits d'usage dans les bois et forêts, hérissée de difficultés quand on ne consulte que les lois anciennes, qui avaient passé sous silence une foule de points les plus sujets à contestation, se trouve grandement simplifiée par le nouveau Code forestier, dont les règles, claires et positives, embrassent généralement tous les cas dans lesquels s'élevaient les prétentions contradictoires des propriétaires et des usagers. Mais les doctrines des jurisconsultes et les décisions des tribunaux, si divergentes en cette matière, ont servi du moins à préparer une bonne loi pour la régir désormais.

Par là notre travail, que nous avons d'abord conçu sur un plan plus étendu, et semé d'observations plus nombreuses, se trouve considérablement réduit et rendu plus facile. Nous n'aurons point à recourir aux lois anciennes, qui, par l'effet d'une disposition heureusement positive et expresse, celle de l'article 218 ¹, se trouvent toutes abrogées. Les

¹ Cependant, en conformité du principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, le même article porte que les droits acquis antérieurement au présent

monumens de la jurisprudence et la doctrine des auteurs seront également écartés de notre discussion, comme ne portant en général que sur des points tranchés par le nouveau Code. Tout ce que nous dirons à cet égard sera positif comme la loi elle-même, puisqu'elle sera notre seul guide.

71. Dans ses dispositions relatives aux droits d'usage sur les bois et forêts, ce Code s'occupe d'abord des affectations à titre particulier dans les bois de l'État.

Il traite ensuite des droits d'usage en général dans les bois de l'État : ce qui comprend les droits d'usage en bois, et les droits de pâturage, sous la dénominations de *glandée*, *pâchage* et *paisson*.

Les titres suivans contiennent des dispositions relatives aux droits d'usage dans les bois de la couronne, dans ceux possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État, dans ceux des communes ou établissemens publics, et enfin dans les bois des particuliers.

72. Ce Code renferme une grande et importante innovation ; il divise les bois et forêts en deux classes : ceux qui sont soumis au régime forestier, et ceux qui appartiennent aux particuliers.

Suivant l'article 1^{er} : « Sont soumis au régime forestier, et seront administrés conformément aux dispositions de la présente loi :

Code seront jugés, en cas de contestation, d'après les lois, ordonnances, édits et déclarations, arrêts du conseil, arrêtés, décrets et réglemens alors en vigueur et maintenant abrogés.

- « 1° Les bois et forêts qui font partie du domaine de l'État ;
- « 2° Ceux qui font partie du domaine de la couronne ;
- « 3° Ceux qui sont possédés à titre d'apanage et de majorats réversibles à l'État ;
- « 4° Les bois et forêts des communes et sections de communes ;
- « 5° Ceux des établissemens publics ;
- « 6° Les bois et forêts dans lesquels l'État, la couronne, les communes ou les établissemens publics, ont des droits de propriété indivis avec des particuliers. »

Et d'après l'article 2, « les particuliers exercent sur leurs bois tous les droits résultant de la propriété, sauf les restrictions qui seront spécifiées par la présente loi. »

73. Cette soumission, au régime forestier, des bois des communes et des établissemens publics, avait été déjà tentée plusieurs fois par des lois, des décrets et par des décisions administratives, et même un grand nombre d'arrêts ont été rendus en conformité de ces dispositions ; mais ces diverses décisions, dont nous n'avons point à nous occuper, n'avaient établi l'assimilation de ces bois à ceux de l'État que relativement à certains points seulement, notamment en ce qui concerne la police des bois. Le nouveau Code l'a étendue à d'autres objets également importans. Toutefois, nous n'avons à envisager ses dispositions à cet égard que sous le rapport des droits d'usage seulement ; car

notre but n'est point de commenter cette nouvelle loi, mais bien uniquement d'en retracer les principes généraux en ce qui concerne l'application de notre article 636 du Code civil, portant que les droits d'usage dans les bois et forêts sont régis par des lois particulières.

74. Nous nous plaignons toutefois à dire que si la réunion de toutes les lumières, le concours de toutes les expériences, sont une garantie certaine de la bonté d'une loi, ce Code a droit aux hommages de tous ceux qui, reconnaissant l'insuffisance de la législation sur cette importante matière, son désaccord avec nos mœurs actuelles, soit sous le rapport des pénalités, soit sous celui des entraves trop nombreuses qu'elle mettait à l'exercice du droit de propriété, appelaient de leurs vœux des améliorations, et désiraient surtout vivement qu'une seule loi, un Code complet, dût la régir désormais.

« Un Code forestier, a dit le savant et éloquent M. de Martignac, en présentant le projet de loi à la Chambre des députés, un Code forestier était devenu une nécessité qu'il fallait satisfaire, et on a dû s'occuper avec un soin particulier d'un travail qui offrait des difficultés sérieuses, et qui demandait de longues méditations. Rien n'a été oublié de ce qui pouvait fournir au gouvernement d'utiles lumières.

« Dès 1823 des essais furent préparés dans le sein de l'administration forestière par des hommes en qui on était sûr de trouver la connaissance des besoins et des règles, et l'expérience des faits. Des membres

« du conseil d'État et des agens de la marine furent
« appelés à concourir avec l'administration à ce tra-
« vail préparatoire.

« Plus tard, ce premier essai fut soumis à une com-
« mission composée de magistrats, de jurisconsultes et
« d'administrateurs. Cette commission se livra à l'ac-
« complissement de sa mission avec zèle et avec persé-
« vérance. Elle comprit qu'elle devait concilier les be-
« soins de tous avec les droits de chacun ; qu'il lui
« fallait assurer par des mesures fortes et sages la con-
« servation de notre richesse forestière, premier objet
« de sa sollicitude, et ne soumettre toutefois l'indé-
« pendance de la propriété privée qu'à des restrictions
« commandées par un intérêt général évident, et
« dont chacun pût être le juge, etc. »

Le rapporteur de la commission choisie par cette chambre pour examiner le projet de loi, le judicieux M. Favard de Langlade, à qui la science est redevable de tant d'utiles travaux, disait aussi, en unissant sa voix à celle de l'orateur du gouvernement :

« En conservant avec soin ce que l'ordonnance de
« Louis XIV avait de bon et d'utile, le gouvernement
« s'est appliqué à mettre ce Code en harmonie avec
« notre législation moderne, et à concilier tous les in-
« térêts avec les besoins de la civilisation actuelle.

« La commission a d'abord applaudi au mode suivi
« pour préparer et perfectionner ce grand ouvrage
« avant de le soumettre à la délibération de la Cham-
« bre. Les bonnes lois ne s'improvisent pas ; elles sont
« le fruit de la méditation, si nécessaire pour leur im-

« primer le caractère de sagesse et de perfection sans
 « lequel elles ne sauraient être durables. Cette réflexion
 « est surtout incontestable lorsqu'il s'agit de combiner
 « et de coordonner une série de dispositions nombreu-
 « ses. Si, malgré quelques défauts, dont les conceptions
 « de l'esprit humain sont trop rarement exemptes, no-
 « tre Code civil a obtenu d'unanimes suffrages, sans
 « doute ils sont dus aux élaborations successives aux-
 « quelles il fut soumis, et au concours de lumières qui
 « jaillirent de toute part lors de sa confection.

« La même marche a été heureusement suivie pour
 « la préparation du Code forestier ; et il ne vous a été
 « présenté qu'après avoir subi les mêmes épreuves et
 « les mêmes perfectionnemens. »

Nous pourrions ajouter qu'il en a subi de plus dé-
 cisives encore : l'action pleine et entière de la liberté
 de la presse, et la discussion parlementaire dont nous
 sommes redevables à nos nouvelles institutions, et
 qui pouvait seule donner aux Chambres le moyen d'a-
 méliorer les projets de loi qui leur sont présentés :
 aussi celle des députés a-t-elle apporté au travail du
 gouvernement un grand nombre de modifications im-
 portantes, et qui l'ont amené à ce point de perfection,
 qu'il a été adopté à la presque unanimité dans l'une
 et l'autre Chambres : honorable résultat d'une grande
 conception législative, dont la sagesse et l'utilité se
 sont fait sentir à tous les esprits.

On comprend aisément qu'une foule de détails ont dû
 être abandonnés au domaine des ordonnances de mise à
 exécution : on y trouvera aussi l'explication de quelques

points sur lesquels il s'est élevé des doutes, et même des objections, surtout à la Chambre des pairs. Les commissaires du gouvernement, pour prévenir quelques amendemens et le retour de la loi à celle des députés, ce qui, vu l'époque avancée de la session, aurait pu, non pas sans doute compromettre le sort du projet, mais l'exposer à un ajournement à l'année suivante, ont donné toutes les explications désirables, et propres à résoudre toutes les difficultés.

C'est ainsi, notamment, que M. de Martignac disait devant la Chambre des pairs, que l'article 150, qui déroge au droit commun établi par l'article 672 du Code civil, relativement à la faculté qu'à tout voisin de forcer le propriétaire des arbres dont les branches s'avancent sur son terrain, à couper ces branches ¹, n'est qu'une disposition transitoire, dont l'effet est borné aux arbres qui avaient plus de trente ans lors de la publication du présent Code ²; car il avait paru peu raisonnable à plusieurs orateurs de maintenir le droit commun lorsqu'il ne peut guère y avoir lieu à en faire l'application, à cause de la jeunesse des arbres, qui ne permet pas de supposer, du moins généralement, que leurs branches s'étendent déjà sur le voisin, et de s'en tenir à l'exception précisément pour le cas

¹ Voyez *infra*, n° 393, et entendez ce que nous y disons à ce sujet avec ce tempérament.

² Le projet rendait, de la manière la plus absolue, inapplicable aux bois et forêts, l'article 672 du Code civil; la chambre des députés a amendé le projet en restreignant la défense, pour le voisin, de pouvoir demander l'élagage au cas seulement où les arbres de lisières auraient plus de trente ans; mais à la chambre des pairs, on est allé plus loin encore: on n'y a vu qu'une disposition transitoire, même à l'égard des bois de l'État ou des communes.

où les arbres sont parvenus à ce point de grosseur que leurs branches, en s'avancant sur le voisin, peuvent lui causer un grave préjudice. Les propriétaires de bois quelconques, ainsi avertis, ne devront désormais laisser venir en futaie les arbres de lisières qu'à une distance telle qu'ils ne pourront pas nuire aux riverains. Mais on ne devait point passer trop brusquement à l'application du droit commun, quand, jusqu'à ces derniers temps, les bois de l'État n'y avaient point été soumis à cet égard, et que nulle précaution par conséquent n'avait pu être prise pour prévenir le danger, très-grave pour la marine, de l'élagage des arbres de lisières, qui sont ordinairement les plus beaux et les plus propres au service.

75. Nous diviserons ce chapitre en trois sections.

Dans la première, nous parlerons des affectations dans les bois de l'État ;

Dans la seconde, des droits d'usage en bois dans les bois et forêts en général ;

Et dans la troisième, des droits de pâturage dans ces bois.

SECTION PREMIÈRE.

DES AFFECTATIONS A TITRE PARTICULIER DANS LES BOIS DE L'ÉTAT.

SOMMAIRE.

76. *Malgré la défense formelle de l'ordonnance de 1669, un grand nombre de concessions en bois ont été faites sur les forêts de l'État.*

77. *Beaucoup de ces concessions ont survécu au temps et aux troubles de la révolution : ces troubles avaient même donné lieu à une foule d'abus et d'usurpations.*

78. *Les lois du 28 ventôse an XI et du 14 ventôse an XII furent*

portées pour réprimer ces abus, en obligeant les prétendants à des droits d'usage de produire leurs titres : comment ces lois ont été expliquées.

79. *Dispositions du nouveau Code forestier relatives aux affectations à titre particulier dans les bois de l'État.*

76. Malgré la défense formelle de l'ordonnance de 1669 ¹, de grever d'aucune redevance ou droit d'usage quelconque en bois les forêts royales, une multitude de concessions ont néanmoins été arrachées ou surprises à nos rois, au grand préjudice de l'État.

Ces concessions ont été faites tantôt sous la dénomination d'*affectations*, tantôt sous celle de *droits d'usage*, ou toute autre équivalente.

Les premières ont eu lieu dans diverses provinces de France, et surtout dans les anciens États des ducs de Lorraine, en faveur de certains établissemens industriels ; et elles consistaient dans des livraisons annuelles d'une certaine quantité déterminée de bois, moyennant une rétribution qui n'était en aucune proportion réelle avec la valeur des matières délivrées ².

Les autres ont été établies à peu près indifféremment dans tous les lieux où il existait des forêts royales, et leur effet et leur étendue sont généralement dé-

¹ L'ordonnance portait : « Ne sera fait à l'avenir aucun don ni attribution de chauffage *pour quelque cause que ce soit* ; et si, par importunité ou autrement, aucunes lettres ou brevets en avaient été accordés ou expédiés, défendons à nos cours de parlement, chambres des comptes, grands-maitres et officiers, d'y avoir égard. »

² Discours de M. de Martignac à la chambre des députés, lors de la présentation du projet de loi.

terminés par le titre constitutif; ce qui veut dire qu'ils varient à l'infini.

77. Beaucoup de ces concessions ne subsistent plus sans doute, mais un grand nombre ont survécu au temps et aux troubles mêmes de la révolution. Bien mieux, ces troubles ont été l'occasion d'une foule d'abus et d'usurpations, surtout de la part des communes, et sont ainsi venus frapper les forêts de l'État de ces dévorantes servitudes.

78. Pour les réprimer, la loi du 28 ventôse an xi, rendue à une époque où l'ordre dans l'administration avait recouvré sa force, prescrivit à tous ceux qui prétendraient des droits d'usage dans les bois de l'État, aux communes et établissemens publics comme aux particuliers, de produire leurs titres devant les administrations départementales, dans le délai de six mois. Ce délai fut prorogé par une autre loi, du 14 ventôse de l'année suivante, qui déclarait déchu de tout droit d'usage ceux qui n'auraient pas produit leurs titres avant l'expiration du nouveau délai fixé.

« L'exécution de cette mesure, a dit M. de Martignac devant la chambre des députés, a été à peu près arbitraire. Un grand nombre d'usagers, et surtout de communes, ont négligé de se présenter pendant la durée du délai. Tantôt la déchéance a été rigoureusement appliquée, tantôt il a été accordé des relevés de déchéance et des autorisations de produire : plusieurs instances administratives et judiciaires existent encore aujourd'hui.

« Il fallait prendre un parti et substituer un ordre

« régulier et positif à cet état d'incertitude et d'arbitraire. Celui qui a été adopté et qui vous est proposé consiste à respecter la chose jugée, à maintenir les droits *reconnus* et acquis, et à ordonner que les instances encore pendantes seront jugées conformément aux règles prescrites par l'ordonnance de 1669, et par les deux lois que nous avons rappelées (celles de ventôse an XI et an XII). Cette proposition, qui paraît tout concilier, aura sans doute votre assentiment. »

79. Voici, en conséquence, les dispositions du nouveau Code forestier relatives aux affectations dans les bois de l'État. Nous ferons, à la section suivante, en parlant des droits d'usage dans les bois de l'État d'une manière plus générale, l'application des principes posés par l'orateur du gouvernement, et des modifications que les chambres y ont apportées du consentement du roi.

Art. 58. « Les affectations de coupes de bois ou délivrances, soit par stères, soit par pieds d'arbres, qui ont été concédées à des communes, à des établissements industriels ou à des particuliers, nonobstant les prohibitions établies par les lois et les ordonnances existantes, continueront d'être exécutées jusqu'à l'expiration du terme fixé par les actes de concession, s'il ne s'étend pas au-delà du 1^{er} septembre 1837.

« Les affectations faites au préjudice des mêmes prohibitions, soit à perpétuité, soit sans indication de terme, ou à des termes plus éloignés que le

« 1^{er} septembre 1837, cesseront à cette époque d'avoir aucun effet.

« Les concessionnaires de ces diverses affectations qui prétendraient que leur titre n'est pas atteint par les prohibitions ci-dessus rappelées, et qu'il leur confère des droits irrévocables, devront, pour y faire statuer, se pourvoir devant les tribunaux dans l'année qui suivra la promulgation de la présente loi, sous peine de déchéance.

« Si leur prétention est rejetée, ils jouiront néanmoins des effets de la concession jusqu'au terme fixé par le second paragraphe du présent article.

« Dans le cas où leur titre serait reconnu valable par les tribunaux, le gouvernement, quelles que soient la nature et la durée de l'affectation, aura la faculté d'en affranchir les forêts de l'État, moyennant un cantonnement qui sera réglé de gré à gré, ou, en cas de contestation, par les tribunaux, pour tout le temps que devait durer la concession; l'action en cantonnement ne pourra pas être exercée par les concessionnaires. »

Art. 59. « Les affectations faites pour le service d'une usine cesseront en entier, de plein droit et sans retour, si le roulement de l'usine est arrêté pendant deux années consécutives, sauf les cas d'une force majeure dûment constatée. »

Art. 60. « A l'avenir il ne sera fait dans les bois de l'État aucune affectation ou concession de la nature de celles dont il est question dans les deux articles précédents. »

SECTION II.

DES DROITS D'USAGE EN BOIS DANS LES BOIS ET FORÊTS EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

80. *Division de la section.*

§ 1^{er}.

Des droits d'usage en bois dans les bois et forêts de l'État.

81. *Liaison de cette section avec la précédente.*
82. *Comment ceux qui prétendent aujourd'hui des droits d'usage sur les bois de l'État, doivent justifier de leur prétention.*
83. *Conséquences du principe établi par l'article 61 du Code forestier, relativement à la manière de justifier des droits d'usage.*
84. *Les lois de ventôse an XI et an XII ont étendu leur effet aux droits d'usage sur les bois réunis au domaine par suite de la confiscation et rendus aux anciens propriétaires en vertu de la loi du 5 décembre 1814.*
85. *Aucune concession ne peut désormais être faite sur les bois de l'État, sous quelque prétexte que ce puisse être.*
86. *En général, l'étendue des droits d'usage se règle d'après les titres constitutifs.*
87. *Elle est toujours mesurée sur l'état et la possibilité des forêts : comment se règle cette possibilité.*
88. *Il eût peut être été mieux dans les principes de conférer aux tribunaux la connaissance des difficultés qui peuvent s'élever à ce sujet.*
89. *Les usagers ne peuvent, dans aucun cas, prendre eux-mêmes les bois : ils doivent en demander la délivrance.*
90. *Ceux qui n'ont droit qu'au bois mort, sec et gisant, ne peuvent se servir, pour l'exercice de leur droit, de crochets ou ferremens quelconques.*
91. *Comment se fait l'exploitation quand les bois de chauffage se délivrent par coupe.*
92. *Aucun bois n'est partagé sur pied, ni abattu par les usagers individuellement.*
93. *Les entrepreneurs de l'exploitation des coupes délivrées aux*

96 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPR.

- usagers, sont assujettis aux règles prescrites aux adjudicataires pour l'usance et la vidange des ventes.*
94. *Les usagers ne peuvent ni vendre ni échanger le bois quelconque qui leur a été délivré.*
95. *Les usagers ne peuvent, sans autorisation, emporter aucune des productions de la forêt, autre que le bois qui leur est délivré.*
96. *Le gouvernement peut affranchir les forêts de l'État des droits d'usage en bois, au moyen d'un cantonnement.*
97. *Quel est, par rapport aux usagers, l'effet du cantonnement.*
98. *Comment se fait l'opération du cantonnement.*
99. *L'action en cantonnement n'appartient point aux usagers.*

§ II.

Des droits d'usage en bois sur les bois et forêts de la couronne.

100. *Assimilation générale des bois de la couronne aux bois de l'État.*
101. *L'administration des bois de la couronne est confiée au ministre de la maison du roi (aujourd'hui à l'intendant de la liste civile.)*
102. *Application de l'assimilation des bois de la couronne à ceux de l'État.*

§ III.

Des droits d'usage en bois sur les bois et forêts possédés à titre d'apanage, ou de majorats réversibles à l'État.

103. *Comment ces bois sont administrés.*
104. *Aucun droit d'usage ne peut désormais être constitué sur ces bois.*
105. *L'exercice des droits d'usage qui existeraient aujourd'hui sur ces mêmes bois, serait réglé comme celui des usages dont sont grevées les forêts de l'État ou de la couronne.*

§ IV.

De l'exercice des droits des communes ou établissemens publics sur leurs bois et forêts.

106. *Les droits des communes ou établissemens publics sur les*

bois situés dans l'étendue de leur territoire sont de deux sortes : les uns sont des droits de propriété, les autres des droits d'usage.

107. *Sont soumis au régime forestier les bois qui appartiennent aux communes ou établissemens publics.*
108. *La propriété des bois communaux ne peut jamais donner lieu à partage entre les habitans.*
109. *Les communes ou établissemens publics ne peuvent faire aucun défrichement sans autorisation royale.*
110. *Des quarts en réserve.*
111. *Dispositions relatives aux choix des gardes, et aux formalités qui les concernent.*
112. *Comment sont faites les ventes des coupes.*
113. *Réserve faite lors des adjudications de coupes de bois appartenant à des établissemens publics, des bois qui leur sont nécessaires, et emploi de ces bois.*
114. *Délivrance des bois d'affouage aux habitans des communes.*
115. *S'il n'y a titre contraire, le partage se fait par feu, et le prix des arbres de construction est payé à la commune.*
116. *Mode d'indemnité due au gouvernement pour ses frais d'administration.*
117. *L'action en cantonnement est ouverte aux communes ou établissemens publics, pour les bois qui leur appartiennent, sous les mêmes conditions que pour l'État.*
118. *Les dispositions relatives aux droits d'usage sur les bois de l'État sont généralement applicables à la jouissance des communes ou établissemens publics sur leurs propres bois, ainsi qu'aux droits d'usage dont ces mêmes bois pourraient être grevés.*
119. *Ainsi, les habitans ne peuvent vendre ni échanger le bois qui leur est délivré.*
120. *Aucun droit d'usage ne peut être établi à l'avenir sur les bois des communes ou établissemens publics.*
121. *La déchéance prononcée par les lois de ventôse an xi et an xii ne peut être invoquée contre ces communes ou établissemens publics relativement à leurs propres bois, ni par eux contre les particuliers usagers.*

§ V.

Des droits d'usage en bois dans les bois particuliers.

122. *L'étendue des droits d'usage sur les bois des particuliers est réglé par le titre constitutif.*
123. *Ces droits sont néanmoins assujettis à plusieurs des règles établies par le présent Code. Ainsi les usagers sont tenus de demander la délivrance du bois qui leur revient.*
124. *Ceux qui n'ont que le droit de prendre le bois mort, sec et gisant, ne peuvent se servir de crochets.*
125. *Les usagers ne peuvent vendre ni échanger le bois qui leur a été délivré.*
126. *Les tribunaux sont seuls compétens pour connaître des contestations élevées entre le propriétaire et l'usager.*
127. *L'action en cantonnement appartient aussi aux particuliers pour affranchir leurs forêts d'usage en bois.*

80. Nous verrons dans un premier paragraphe ce qui est relatif aux droits d'usage en bois dans les bois de l'État ;

Dans un second, l'usage dans les bois de la couronne ;

Dans un troisième, l'usage dans les bois possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État ;

Dans un quatrième, l'usage dans les bois des communes ou établissemens publics ;

Et dans un cinquième, l'usage dans les bois des particuliers.

§ I^{er}.

Des droits d'usage en bois dans les bois & forêts de l'État.

81. On a vu, à la précédente section, que les rédacteurs du nouveau Code forestier se sont principalement proposé de mettre un terme aux incertitudes et aux difficultés nées des nombreuses concessions de

droits d'usage faites au mépris des ordonnances, qui les prohibaient formellement, et de remédier aux abus et usurpations qui successivement sont venus affecter les forêts de l'État de ces servitudes onéreuses.

82. Pour atteindre ce but si désirable, il est décidé, par l'article 61 de ce Code, que « ne seront admis à « exercer un droit d'usage quelconque dans les bois « de l'État, que ceux dont les droits auront été, au « jour de la promulgation de la présente loi, reconnus fondés, soit par des jugemens ou arrêts définitifs, ou seront reconnus tels par suite d'instances administratives ou judiciaires actuellement engagées, ou qui seraient intentées devant les tribunaux, dans le délai de deux ans, à dater de la promulgation de la présente loi, *par les usagers actuellement en jouissance.* »

83. De ces dispositions résultent les conséquences suivantes :

1° Il n'y a aucune différence à faire entre les prétentions des communes ou établissemens publics à des droits d'usage sur les bois de l'État, et celles des simples particuliers : la loi est générale, absolue ; elle se réfère d'ailleurs implicitement à celles de ventôse an XI et an XII, qui comprenaient indistinctement tous usagers quelconques.

2° Les droits reconnus fondés au moment de la publication du présent Code, soit par des actes du gouvernement, soit par des jugemens ou arrêts définitifs, doivent être maintenus, quand bien même, de fait, ils n'auraient été concédés qu'en contravention aux

ordonnances, même à celle de 1669, ou qu'ils n'auraient été exercés que par usurpation ou abus. Il y a chose jugée, et tout serait incertain parmi les hommes si ce principe était méconnu.

3° Si les titres n'ont pas été produits dans le délai fixé par les lois de ventôse an xi et an xii, précitées, et que d'ailleurs l'usager ne soit pas actuellement en possession ou jouissance, il n'y a pas à s'occuper maintenant de la question de savoir si la concession qui serait réclamée était ou non interdite par les ordonnances en vigueur au moment où elle a eu lieu, ou si cette concession a eu pour elle une jouissance paisible et continue pendant le temps qui eût pu être jugé propre à en purger le vice; il y a eu déchéance en vertu de ces mêmes lois, et cette déchéance, dans le cas dont il s'agit, conserve toute sa force par le nouveau Code. C'est un point sur lequel la discussion aux Chambres, aussi bien que la rédaction de l'article 61, ne laissent aucun doute.

4° Quant à ceux des usagers qui n'ont pas produit leurs titres, en conformité de ces lois, mais qui ont cependant continué de jouir de leur droit, l'article 61 les relève de la déchéance dont ils étaient frappés. Les derniers mots de l'article, qui ont été ajoutés par la Chambre des députés au projet de loi, ne présenteraient en effet aucun sens, n'amèneraient aucun résultat, si la jouissance actuelle de ces usagers ne devait, en aucun cas, empêcher que la déchéance ne dût être prononcée, faute par eux d'avoir produit leurs titres dans le délai déterminé par les susdites lois.

Mais, hormis cet effet, cet article 61 laisse les usagers dont il s'agit sous l'empire de la législation antérieure au nouveau Code forestier; par conséquent, ceux dont les titres ne reposent que sur une violation des anciennes ordonnances sont encore exposés, et avec raison, à les voir annuler, comme ceux dont le droit repose sur des titres légitimes doivent être maintenus. Ce Code, évidemment, n'a rien voulu préjuger à cet égard; tandis que le projet, plus absolu, plus rigoureux, mais, disons-le, plus en harmonie avec la législation existante, prononçait implicitement la déchéance, en décidant que les droits des usagers seraient jugés conformément à l'ordonnance de 1669 et aux deux lois de ventôse an XI et an XII, qui la prononçaient formellement.

84. On doit aussi appliquer ces décisions aux usages sur les bois qui, appartenant aux émigrés, ont été réunis au domaine de l'État, par suite des lois sur la confiscation, et leur ont été rendus en vertu de celle du 5 décembre 1814.

Il est certain que ces bois sont devenus bois de l'État, et que les lois de ventôse an XI et an XII s'appliquaient aux usagers de ces bois comme aux usagers des bois de l'ancien domaine, puisque la réunion les a précédés. D'où il suit que la déchéance prononcée par ces lois, faute de production des titres dans le délai fixé par elles, a affranchi, dans la main de l'État, ces mêmes bois, des droits d'usage dont ils pouvaient être grevés, et que lorsque la loi de 1814 les a rendus à leurs propriétaires, elles les a nécessairement rendus libres



de ces droits d'usage, en un mot, tels qu'ils étaient alors dans la main de l'État; car la restitution n'a eu lieu que dans l'intérêt de ceux qui avaient été dépouillés par l'effet de la confiscation, et nullement en faveur de ceux qui n'ont perdu leurs droits, s'ils en avaient, que parce qu'ils reconnaissaient eux-mêmes n'en avoir pas, en ne produisant pas leurs titres. Or, un droit éteint ne peut revivre qu'autant qu'une disposition formelle de la loi le veuille ainsi, et celle de 1814 est absolument muette à l'égard des usagers déchus.

La prétention des usagers ne pourrait être appuyée que sur une fiction, repoussée précisément par cette loi.

Il faudrait, en effet, dire qu'au moyen de ses dispositions, l'État est censé n'avoir jamais été propriétaire des bois confisqués, et par conséquent que les lois de ventôse an xi et an xii ne se sont jamais trouvées, par le fait, applicables à ceux qui avaient des droits d'usage sur ces mêmes bois: il faudrait regarder le droit de l'État comme n'ayant été qu'un droit résoluble. Mais il n'en est pas ainsi: l'État était propriétaire incommutable, puisque son acquisition était pure et simple: c'était la confiscation. C'est ainsi que, lorsqu'il s'est agi de savoir à quels successeurs de l'émigré les biens seraient restitués en vertu de cette loi, la cour de cassation a appelé ceux qui se trouvaient ses héritiers les plus proches à l'époque de la promulgation de la loi, de préférence à ses héritiers testamentaires, et à ceux-là même qui étaient ses héritiers lé-



gitimes à l'époque de son décès : reconnaissant par là la réalité du domaine dans la main de l'État ; car si l'État n'eût été, durant la confiscation, qu'un propriétaire dont le droit était résoluble ; si la propriété eût reposé, au moins fictivement, sur la tête de l'ancien propriétaire, il l'aurait transmise, soit par son testament, soit *ab intestat*, uniquement à ceux qui étaient ses héritiers les plus proches au jour de son décès : ce qui n'a pas eu lieu dans les cas où cette cour a eu à appliquer la loi précitée.

L'émigré a donc repris les biens tels qu'ils étaient dans la main de l'État ; il lui a succédé, comme l'État lui avait succédé d'abord, avec cette différence toutefois que l'État avait succédé à la personne, tandis que l'émigré n'a succédé qu'aux biens. Conséquemment tout ce qui s'est passé relativement à ces mêmes biens durant leur possession par l'État, la libération des charges réelles, comme les aliénations, doit être maintenu ¹.

85. L'article 62 du Code forestier renouvelle la défense portée dans les anciennes ordonnances, de faire dans les bois de l'État aucune concession de droits d'usage de quelque nature et sous quelque prétexte que ce puisse être.

86. L'étendue des droits d'usage en bois actuelle-

¹ La question a été jugée en ce sens par la cour de Paris, le 17 novembre 1826 relativement à un droit de pacage prétendu par la commune de Nuits sur les bois remis, en vertu de la loi de 1814, à M. de Cluny : la commune a succombé dans sa prétention, faute d'avoir produit ses titres dans le délai et suivant le prescrit de ces lois de ventôse an xi et an xii.

ment existans se détermine par le titre constitutif, et ils s'exercent d'après les dispositions suivantes.

87. L'article 65 porte, en principe, que, dans toutes les forêts de l'État qui ne seront point affranchies au moyen du cantonnement ou de l'indemnité, dont nous allons bientôt parler, l'exercice des droits d'usage pourra toujours être réduit *par l'administration, suivant l'état et la possibilité des forêts*, et n'aura lieu que conformément aux dispositions des articles suivans.

En cas de contestation sur la possibilité et l'état des forêts, il y aura lieu à recours au conseil de préfecture.

Le principe de la réduction à cette mesure a toujours été admis par les bons esprits. Un droit d'usage qui s'exercerait au-delà de l'état et de la possibilité de la forêt rendrait vain le droit de propriété lui-même ; il n'en laisserait subsister que le nom quant aux avantages, et la réalité quant aux charges ; car cet état de choses n'aurait pas, comme dans l'usufruit, qui finit au bout d'un certain temps ; un terme auquel la propriété serait affranchie, attendu que les droits d'usage sur les bois étant, en général, au profit des communes ou établissemens publics, ou en faveur de *propriétés* privées, sont perpétuels de leur nature, comme des espèces de servitudes réelles. La loi a donc sagement fait d'en limiter l'exercice à l'état et à la possibilité de la forêt usagère.

88. Le projet laissait à l'administration forestière seule le droit de juger de cette possibilité, ce qui avait le grave inconvénient de mettre en quelque sorte l'E-

tat juge en sa propre cause. Le recours, en cas de contestation, aux conseils de préfecture, est donc une importante amélioration, car ces conseils seront naturellement zélés pour la défense des droits des communes et de leurs administrés. On aurait pu cependant laisser la décision aux tribunaux, ainsi que le voulaient plusieurs orateurs.

89. Les usagers, quelle que soit la nature des livraisons de bois auxquelles ils ont droit, ne peuvent prendre ces bois qu'après que la délivrance leur en aura été faite par les agens forestiers, sous les peines portées par le titre XII, pour les bois coupés en délit. (Art. 79.)

90. Ceux qui n'ont d'autre droit que celui de prendre du bois mort, sec et gisant, ne peuvent, pour l'exercice de ce droit, se servir de crochets ou de ferremens d'aucune espèce, sous peine de trois francs d'amende. (Art. 80.)

91. Si les bois de chauffage se délivrent par coupe, l'exploitation doit en être faite aux frais des usagers, par un entrepreneur spécial nommé par eux et agréé par l'administration forestière. (Art. 81.)

92. Aucun bois n'est partagé sur pied, ni abattu par les usagers individuellement, et les lots ne peuvent être faits qu'après l'entière exploitation de la coupe, à peine de confiscation de la portion de bois abattu afférente à chacun des contrevenans.

Les fonctionnaires ou agens qui auraient permis ou toléré la contravention, seront passibles d'une amende de 50 francs, et demeureront en outre personnelle-

ment responsables, et sans aucun recours, de la mauvaise exploitation et de tous les délits qui pourraient avoir été commis. (Même art. 81.)

93. Les entrepreneurs de l'exploitation des coupes délivrées aux usagers doivent se conformer à tout ce qui est prescrit aux adjudicataires pour l'usage et la vidange des ventes ; ils sont soumis à la même responsabilité, et passibles des mêmes peines, en cas de délits ou contraventions.

Les usagers ou communes usagères sont garans solidaires des condamnations prononcées contre lesdits entrepreneurs. (Art. 82.)

94. Il est interdit aux usagers de vendre ou d'échanger les bois qui leur sont délivrés, et de les employer à aucune autre destination que celle pour laquelle le droit d'usage a été accordé.

S'il s'agit de bois de chauffage, la contravention donne lieu à une amende de 10 à 100 francs.

S'il s'agit de bois à bâtir ou de tout autre bois non destiné au chauffage, il y a lieu à une amende double de la valeur des bois, sans que cette amende puisse être au-dessous de 50 francs. (Art. 83.)

L'emploi des bois de construction devra être fait dans un délai de deux ans, lequel néanmoins pourra être prorogé par l'administration forestière. Ce délai expiré, elle pourra disposer des arbres non employés. (Art. 84.)

Ces dispositions ont pour objet de prévenir les délits forestiers, souvent commis par des membres d'une communauté usagère. S'ils pouvaient vendre ou échan-

ger le bois qui leur est délivré, il serait à craindre qu'ils n'employassent ensuite, pour se procurer celui qui leur serait nécessaire, des moyens que la loi réprime sans doute avec sévérité, mais qui n'échappent que trop fréquemment à son action. D'ailleurs, comme nous l'avons dit précédemment ¹, le but de l'usage est interverti dès que l'usager n'emploie pas les produits suivant la destination qui leur a été donnée par le titre.

95. Il est défendu aux usagers quelconques d'abattre, de ramasser ou d'emporter glands, faines ou autres fruits, semences ou autres productions des forêts, sous peine d'une amende double de celle qui est prononcée par l'article 144 du présent Code. (Art. 57, 58 et 85 combinés.)

La peine fixée par cet article 144 est : par charrette ou tombereau de pierres, sable, minerai, terre ou gazon, bruyères, genêts, herbages, feuilles vertes ou mortes, engrais existant sur le sol des forêts, glands, faines et autres fruits ou semences des bois et forêts dont l'enlèvement n'a point été autorisé, de 10 à 30 fr. par chaque bête attelée ;

Par chaque charge de bête de somme, de 5 à 15 fr. ;

Par chaque charge d'homme, de 2 à 6 fr.

96. Enfin, le gouvernement peut affranchir les forêts de l'État de tout droit d'usage en bois, moyennant un *cantonnement*. (Art. 63.)

97. Par cette opération, les usagers, ainsi que nous

¹ N° 25.

l'avons dit plus haut ¹, deviennent propriétaires exclusifs de la portion qui leur est attribuée, en retour de leur droit de communauté dans la jouissance.

98. Le cantonnement a lieu de gré à gré; et en cas de contestation, il est réglé par les tribunaux. (*Ibid.*)

Pour le régler avec égalité d'avantages pour les parties intéressées, des experts sont choisis par elles, ou, dans le cas où elles ne peuvent s'accorder, sont désignés par le tribunal, à l'effet de vérifier la forêt usagère, et de faire leur rapport sur son état et sa possibilité. Le droit d'usage, d'après la nature et l'étendue que lui attribue le titre, est apprécié relativement à cet état et à cette possibilité (art. 65), et le règlement se fait en conséquence.

99. L'action en affranchissement d'usage par voie de cantonnement n'appartient qu'au gouvernement, et non aux usagers. (Même art. 63.)

§ II.

Des droits d'usage dans les bois de la couronne.

100. L'article 88 du Code forestier porte que « toutes les dispositions de la présente loi qui sont applicables aux bois et forêts du domaine de l'État, le sont également aux bois et forêts qui font partie du domaine de la couronne, sauf les exceptions qui résultent de l'article 86. »

101. Cet article confère à l'intendant général de la maison du roi la régie et l'administration des bois de la

¹ Voyez n° 68.

couronne, conformément aux dispositions de la loi du 8 novembre 1814.

102. Tout ce qui a été dit au paragraphe précédent, relativement à la manière de justifier des droits d'usage sur les bois de l'État, à l'exercice de ces droits suivant l'état et la possibilité des forêts, à l'obligation, pour les usagers, d'obtenir la délivrance des bois de toutes sortes, à la défense qui leur est faite de les employer à un autre usage que celui indiqué par le titre, et de prendre dans les bois aucune autre production, enfin à la faculté accordée au gouvernement d'affranchir les forêts des droits d'usage en bois, au moyen d'un cantonnement, est applicable aux droits d'usage dont les bois de la couronne pourraient se trouver grevés.

§ III.

Des droits d'usage en bois sur les bois & forêts possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État.

105. Suivant l'article 89, les bois et forêts qui sont possédés par les princes à titre d'apanage, ou par des particuliers à titre de majorats réversibles à l'État, sont soumis au régime forestier, quant à la propriété du sol et à l'aménagement des bois. En conséquence, les agens de l'administration forestière y sont chargés de toute les opérations relatives à la délimitation, au bornage et à l'aménagement, conformément aux dispositions des sections 1^{re} et 2 du titre III de la présente loi.

104. Les articles 60 et 62, relatifs à la prohibition de faire à l'avenir aucune concession de droits d'usage

sur les bois de l'État, sont applicables aux bois et forêts dont il s'agit. (*Ibid.*)

405. Il faut également appliquer aux droits d'usage qui existeraient aujourd'hui sur ces bois ce qui a été dit aux deux paragraphes précédens.

§ IV.

De l'exercice des droits des communes ou établissemens publics sur leurs bois et forêts.

406. Les droits des communes ou établissemens publics sur des bois situés dans l'étendue de leur territoire sont de deux sortes : ou ce sont des droits de propriété, ou ce sont de simples droits d'usage. (Art. 542, Cod. civ.)

Les bois sur lesquels ces droits d'usage s'exercent appartiennent à l'État, à la couronne, ou sont possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État, ou enfin appartiennent à des particuliers.

Nous avons déjà parlé, dans les trois précédens paragraphes, des usages que peuvent avoir les communes ou établissemens publics sur les bois de l'État, de la couronne, ou soumis à l'apanage des princes, ou formant des majorats réversibles à l'État.

Dans celui-ci, nous avons à traiter de la manière dont les communes ou établissemens jouissent des bois qui leur appartiennent. Mais quoiqu'ils en soient propriétaires, néanmoins, par le mode de jouissance qu'ils sont obligés d'observer, l'impuissance où ils sont de pouvoir les aliéner, si ce n'est en vertu d'une loi, et de les défricher, à moins d'une autorisation

royale, ce droit de propriété se transforme, en quelque sorte, en un droit d'usage, avec quelques effets toutefois plus étendus que dans l'usage proprement dit. Chaque génération est pour ainsi dire usufruitière, et doit par conséquent laisser à celle qui va la suivre le moyen de jouir à son tour.

407. Sont soumis au régime forestier, d'après les articles 1 et 90 du présent Code, combinés, les bois taillis ou futaies appartenant aux communes ou aux établissemens publics, et reconnus susceptibles d'aménagement ou d'une exploitation régulière, par l'autorité administrative, sur la proposition de l'administration forestière, et d'après l'avis des conseils municipaux ou des administrateurs des établissemens publics.

Il est procédé dans les mêmes formes à tout changement qui pourrait être demandé, soit de l'aménagement, soit du mode d'exploitation.

En conséquence, toutes les dispositions des six premières sections du titre III leur sont applicables, sauf les modifications et exceptions portées au présent titre (qui est le VI°).

Lorsqu'il s'agira de la conversion en bois et de l'aménagement de terrains en pâturage, la proposition de l'administration forestière sera communiquée au maire ou aux administrateurs des établissemens publics. Le conseil municipal ou ces administrateurs seront appelés à en délibérer : en cas de contestation, il sera statué par le conseil de préfecture, sauf le pourvoi au conseil d'État.

408. La propriété des bois communaux ne peut jamais donner lieu à partage entre les habitans.

Mais lorsque deux ou plusieurs communes possèdent un bois par indivis, chacune d'elles conserve le droit d'en provoquer le partage. (Art. 92.)

409. Les communes ou établissemens publics ne peuvent non plus faire aucun défrichement de leurs bois sans une autorisation expresse et spéciale du gouvernement; ceux qui l'auraient ordonné ou effectué sans cette autorisation, seront passibles des peines portées au titre XV contre les particuliers, pour les contraventions de même nature.

410. Un quart des bois et forêts appartenant aux communes ou aux établissemens publics doit toujours être mis en réserve, lorsque ces communes ou établissemens posséderont au moins dix hectares de bois réunis ou divisés.

Cette disposition n'est pas applicable aux bois peuplés totalement en arbres résineux. (Art. 93.)

411. Les dispositions des articles, 94, 95, 96, 97, 98 et 99 sont relatives au choix des gardes et aux formalités qui les concernent.

412. La vente des coupes, tant ordinaires qu'extraordinaires, est faite à la diligence des agens forestiers, dans les mêmes formes que pour les bois de l'État, et en présence du maire ou d'un adjoint pour les bois des communes, et de l'un des administrateurs pour ceux des établissemens publics, sans toutefois que l'absence des maires ou administrateurs, dûment appelés, entraîne la nullité des opérations.

Toute vente ou coupe effectuée par l'ordre des maires ou des administrateurs des établissemens publics, en contravention au présent article, donne lieu contre eux à une amende, qui ne peut être au-dessous de 300 fr., ni excéder 6,000 fr., sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient être dus aux communes ou établissemens publics.

Les ventes ainsi effectuées doivent être déclarées nulles. (Art. 100.)

115. Lors des adjudications des coupes ordinaires et extraordinaires des bois des établissemens publics, il est fait réserve, en faveur de ces établissemens, et suivant les formes prescrites par l'autorité administrative, tant de la quantité de bois de chauffage que de construction, nécessaire pour leur propre usage. (Art. 102.)

Les bois ainsi délivrés ne peuvent être employés qu'à la destination pour laquelle ils auront été réservés, et ne peuvent être vendus ni échangés sans autorisation du préfet. Les administrateurs qui auraient consenti de pareilles ventes ou échanges sont passibles d'une amende égale à la valeur de ces bois, et de la restitution, au profit de l'établissement public, de ces mêmes bois ou de leur valeur; les ventes ou échanges doivent en outre être déclarés nuls. (*Ibid.*)

114. Les coupes des bois communaux destinées à être partagées en nature pour l'affouage des habitans, ne peuvent avoir lieu qu'après que la délivrance en a été préalablement faite par les agens forestiers, et en suivant les formes prescrites par l'article 81 pour

l'exploitation des coupes affouagères délivrées aux communes dans les bois de l'État; le tout sous les peines portées par ledit article ¹. (Art. 103).

Les actes relatifs aux coupes et arbres délivrés en exécution des deux articles précédens, sont visés pour timbre et enregistrés en débet, et il n'y a lieu à la perception des droits que dans le cas de poursuites devant les tribunaux. (Art. 104).

115. S'il n'y a titre ou usage contraire, le partage des bois d'affouage doit être fait par feu, c'est-à-dire par chef de famille ayant domicile réel et fixe dans la commune; s'il n'y a également titre ou usage contraire, la valeur des arbres délivrés pour constructions ou réparations est estimée à dire d'experts, et payée à la commune. (Art. 105).

116. Les articles 106, 107, 108 et 109 règlent le mode d'indemnité due au gouvernement pour les frais d'administration des bois des communes et des établissemens publics ².

117. La faculté accordée au gouvernement par l'article 63, d'affranchir les forêts de l'État de tous droits d'usage en bois par la voie du cantonnement, est applicable, sous les mêmes conditions, aux communes et aux établissemens publics, pour les bois qui leur appartiennent. (Art. 111).

118. Toutes les dispositions de la huitième section du chapitre III du Code, sur l'exercice des droits d'u-

¹ Voyez *suprà*, n° 89 et suivans.

² Une loi du 6 juin 1827 a suspendu jusqu'au 1^{er} janvier 1829 l'exécution des deux premiers de ces articles.

sage dans les bois de l'État, sont applicables à la jouissance des communes et des établissemens publics dans leurs propres bois, ainsi qu'aux droits d'usage dont ces mêmes bois pourraient être grevés, sauf les modifications résultant du présent titre, et à l'exception des articles 61, 73, 74, 83 et 84. (Art. 112).

119. D'après cela, les habitans ne peuvent ni vendre ni échanger le bois qui leur est délivré ¹.

120. Ainsi encore, aucun droit d'usage ne peut être établi à l'avenir sur les bois et forêts appartenant aux communes ou établissemens publics.

121. Et à raison de la disposition finale de cet article 112, qui excepte les bois des communes ou établissemens publics de l'application de l'article 61, la déchéance prononcée par les lois de ventôse an XI et an XII contre les prétendans à des droits d'usage sur les bois de l'État, faute d'avoir produit leurs titres dans le délai fixé ², ne saurait être invoquée contre les communes ou établissemens publics, relativement à leurs propres bois; ni par les communes ou établissemens contre les particuliers usagers. En conséquence, les uns et les autres pourront justifier de leurs droits d'après les règles ordinaires, c'est-à-dire tant par titres que par possession suffisante, dans les cas où le droit a pu s'acquérir par prescription ³.

§ V.

Des droits d'usage en bois dans les bois des particuliers.

122 Les droits d'usage dans les bois des particu-

¹ Voyez *suprà*, n° 94. — ² Voyez *suprà*, n° 83 et 84.

³ Voyez *suprà*, n° 7.

liers au profit d'autres particuliers, ou d'une commune ou établissement public, se règlent aussi par le titre constitutif, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue. (Art. 628, Cod. civ.)

123. Ils sont néanmoins soumis à plusieurs règles établies par le nouveau Code forestier.

Ainsi, les usagers sont tenus de demander la délivrance des bois auxquels ils ont droit. (Art. 120-79.)

124. Ceux qui n'ont que le droit de prendre le bois mort, sec et gisant, ne peuvent se servir de crochets ni d'aucun ferrement pour exercer ce droit. (Articles 120-80.)

125. La disposition de l'article 83, qui interdit, sous les peines portées audit article, aux usagers dans les bois de l'État, de vendre ou d'échanger les bois qui leur sont délivrés, et de les employer à aucune autre destination que celle pour laquelle l'usage a été accordé, est applicable aussi aux usages dans les bois des particuliers. (Même art. 120.)

Les défenses dont il a été parlé au n° 95 leur sont également applicables. (*Ibid.*)

126. En cas de contestation entre le propriétaire et l'usager, il est statué par les tribunaux. (Art. 121.)

127. Enfin, les particuliers dont les bois sont soumis à des droits d'usage, jouissent, de la même manière que le gouvernement, et sous les conditions déterminées par l'article 63, de la faculté d'affranchir leurs forêts de tous droits d'usage en bois. (Art. 118.)

Ainsi, la réciprocité du droit de demander le cantonnement, établie par la loi du 28 août 1792, citée

plus haut, n° 68, n'a plus lieu quant aux usages en bois, puisque cet article se réfère à l'article 63, qui refuse positivement aux usagers le droit de l'exiger.

SECTION III.

DES DROITS DE PACAGE ET DE PARCOURS DANS LES BOIS ET FORÊTS EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

128. *L'action en affranchissement des droits de pacage dans les bois de l'État, moyennant une indemnité, appartient au gouvernement.*
129. *L'exercice de ces droits peut aussi être réduit par l'administration à l'état et à la possibilité des forêts.*
130. *Durée de la glandée et du pacage.*
131. *Le pacage ne s'exerce que dans les bois déclarés défensables,*
132. *L'administration fixe, d'après les droits des usagers, le nombre des bestiaux admis au pâturage.*
133. *Les usagers ne peuvent jouir de leurs droits que pour les bestiaux à leur usage, et non pour ceux dont ils font un commerce.*
134. *Il n'est pas permis aux usagers, nonobstant tout titre ou possession contraires, d'introduire dans les bois des chèvres, brebis ou moutons.*
135. *Peines portées contre les contraventions aux règles précédentes.*
136. *Indication de diverses dispositions relatives à la désignation et à la garde des bestiaux.*
137. *Aucun droit de pâturage ne peut être établi à l'avenir dans les bois de l'État.*
138. *Les dispositions relatives aux droits de pâturage dans les bois de l'État, sont applicables aussi aux mêmes droits exercés dans les bois de la couronne et dans ceux possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État.*
139. *Il en est de même, en général, quant à l'exercice du pâ-*

turage dans les bois des communes ou établissemens publics.

140. *Des droits de pâturage dans les bois des particuliers : dispositions générales qui leur sont applicables.*

128. L'action en affranchissement, par la voie du cantonnement, des droits d'usage en bois dans les forêts de l'Etat, n'a pas lieu pour les simples droits de pacage ; mais le pâturage peut être racheté moyennant une indemnité qui sera réglée de gré à gré, ou, en cas de contestation, par les tribunaux. (Art. 64.)

Néanmoins le rachat ne peut être requis par l'administration dans les lieux où l'exercice du droit de pâturage est devenu d'une absolue nécessité pour les habitans d'une ou plusieurs communes. Si cette nécessité est contestée par l'administration forestière, les parties se pourvoiront devant le conseil de préfecture, qui, après une enquête *de commodo et incommodo*, statuera, sauf le recours au conseil-d'Etat. (*Ibid.*)

129. L'exercice des droits d'usage en pacage peut aussi, comme ceux en bois, être réduit par l'administration, suivant l'état et la possibilité des forêts. (Art. 65.)

En cas de contestation sur la possibilité et l'état des forêts, il y a lieu à recours au conseil de préfecture. (*Ibid.*)

130. La durée de la glandée et du pacage ne peut excéder trois mois.

L'époque de l'ouverture en est fixée chaque année par l'administration forestière. (Art. 66.)

151. Quels que soient l'âge et l'essence des bois, les usagers ne peuvent exercer leurs droits de pâturage et de pacage que dans les cantons qui auront été déclarés défensables par l'administration forestière, sauf le recours au conseil de préfecture, et ce, nonobstant toute possession contraire. (Art. 66.)

152. L'administration forestière fixe, d'après les droits des usagers, le nombre des pores qui pourront être mis en pacage, et des bestiaux qui pourront être admis au pâturage. (Art. 68.)

Chaque année, avant le 1^{er} mars pour le pâturage, et un mois avant l'époque fixée par l'administration forestière pour l'ouverture de la glandée et du panage, les agens forestiers doivent faire connaître aux communes et aux particuliers jouissant des droits d'usage, les cantons déclarés défensables, et le nombre des bestiaux qui seront admis au pâturage et au panage.

Les maires sont tenus d'en faire la publication dans les communes usagères. (Art. 69.)

153. Les usagers ne peuvent jouir de leurs droits de pâturage et de panage que pour les bestiaux à leur propre usage, et non pour ceux dont ils font commerce, à peine d'une amende double de celle qui est prononcée par l'article 199. (Art. 70.)

154. Il est défendu à tous usagers, nonobstant tout titre et possession contraires, de conduire ou faire conduire des chèvres, brebis ou moutons dans les forêts ou sur les terrains qui en dépendent, à peine, contre les propriétaires, d'une amende double de celle qui est prononcée par l'article 199, et contre les pâtres

ou bergers, de quinze francs d'amende. En cas de récidive, le pâtre sera condamné, outre l'amende, à un emprisonnement de cinq à quinze jours. (Art. 78.)

Ceux qui auraient acquis le pacage ci-dessus par titre ou possession, peuvent réclamer une indemnité, qui est réglée, en cas de contestation, par les tribunaux ; et le pacage de moutons peut être autorisé, dans certaines localités, en vertu d'ordonnances royales. (*Ibid.*)

455. Les peines portées par cet article 199 sont, pour les animaux trouvés de jour en délit dans les bois de dix ans et au-dessus, savoir : d'une amende d'un franc pour un cochon, de deux francs pour une bête à laine, de trois francs pour un cheval ou autre bête de somme, de quatre francs pour une chèvre, et de cinq francs pour un bœuf, une vache ou un veau.

L'amende est double si les bois ont moins de dix ans ; sans préjudice, s'il y a lieu, des dommages-intérêts.

456. Les articles 71, 72, 73, 74, 75 et 76 renferment les dispositions relatives à la marque, à la conduite et à la garde des bestiaux. Ces dispositions, que nous ne faisons qu'indiquer, établissent une bonne police dans l'exercice des droits de pacage ou de parcours.

457. Aucun droit d'usage en parcours ou pâturage ne peut non plus être établi à l'avenir sur les bois de l'État. (Art. 62.)

458. Les dispositions précédentes sont applicables aux usages en pâturage dans les bois qui font partie

du domaine de la couronne, et dans ceux qui sont possédés à titre d'apanage. (Art. 88 et 89.)

159. Il en est de même, en général, quant à l'exercice du pâturage dans les bois des communes ou des établissemens publics, par les habitans de la communauté sur ses propres bois, ou par des tiers qui auraient des droits d'usage. (Art. 112.)

140. A l'égard des droits de pâturage ou de parcours dans les bois des particuliers, ils s'exercent conformément au titre constitutif.

Toutefois, ces droits ne peuvent être exercés que dans les parties de bois déclarées défensables par l'administration forestière, et suivant l'état et la possibilité des forêts, reconnus et constatés par la même administration. (Art. 119.)

Les chemins par lesquels les bestiaux devront passer pour aller au pâturage et pour en revenir sont désignés par le propriétaire. (*Ibid.*)

La disposition de l'article 64, relative à l'affranchissement, moyennant une indemnité, des droits de pâturage dans les bois de l'Etat ;

Celle de l'article 66, § 1^{er}, touchant la durée de la glandée et du pacage ;

Celle de l'article 70, qui veut que les usagers ne puissent jouir de leurs droits de pâturage et de pacage que pour les bestiaux à leur propre usage, et non pour ceux dont ils font commerce ;

Celles des articles 72, 73, 75 et 76, relatives à la conduite, à la marque et à la garde des bestiaux ;

Enfin, celles des articles 57 et 85, concernant la

défense faite aux usagers d'enlever aucune production des forêts autre que les bois délivrés, sont applicables aussi aux droits de pâturage dans les bois des particuliers, lesquels y exercent, à cet effet, les mêmes droits et la même surveillance que les agents du gouvernement dans les forêts soumises au régime forestier. (Art. 120.)

TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

141. *Les servitudes et services fonciers sont une autre modification de la propriété.*
142. *Les servitudes maintenues par le Code n'ont rien de commun avec l'ancienne servitude de main-morte.*
143. *Les rédacteurs du Code, en rédigeant le titre des servitudes, n'ont considéré que les rapports que les fonds peuvent avoir entre eux ou avec le bien général.*
144. *Trois classes de servitudes; D'où ils ont fait dériver celles de la première classe.*
145. *D'où ils ont tiré celles de la seconde.*
146. *Quelle est la source de celles de la troisième.*
147. *Division générale de la matière.*
148. *Dans quelques cas l'on a sur un fonds un droit qui a quelque rapport avec le droit de servitude, et qui cependant n'est pas tel.*
149. *Il est aussi des cas où il existe entre deux héritages appartenant à différens maîtres une espèce de servitude réciproque, qui s'oppose à ce que l'un des propriétaires puisse exiger le partage de l'objet commun.*

144. Une autre modification du droit de propriété, la plus importante de toutes peut-être, si l'on considère son utilité générale, c'est l'affectation d'un fonds connue sous le nom de *servitude*, c'est-à-dire la charge imposée à un héritage pour l'usage ou l'utilité d'un autre héritage appartenant à un autre propriétaire. (Art. 637.)

Malgré la juste défaveur attachée à cette dénomination, on a cru devoir la conserver comme tradition-

nelle et de doctrine, et parce qu'elle rend d'ailleurs parfaitement la pensée de la loi; car lorsqu'il y a servitude, un fonds est assujéti à un autre fonds, sans toutefois qu'il en puisse résulter une prééminence quelconque, soit politique, soit honorifique, en faveur du maître de ce dernier héritage sur le maître du premier. (Art. 638)¹.

142. Cet assujéttissement, au reste, n'a rien de commun avec ce véritable asservissement des propriétés, et même des personnes, connu anciennement sous le nom de *main-morte*, qui existait dans quelques contrées de la France, et qui subsiste encore, sous d'autres dénominations, dans quelques états de l'Europe : institution dégradante, qui, en attachant l'homme à la glèbe, ne le considérait presque que comme un agent de labourage, destiné lui-même à être possédé avec le champ cultivé par ses mains : « Le territoire de la France, porte la loi du 6 octobre 1791, est libre comme les personnes qui l'habitent. Ainsi, toute propriété territoriale ne peut être sujette envers les particuliers, qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi, et envers la nation, qu'aux contributions publiques établies par le corps législatif, et aux sacrifices que peut exiger le bien général, sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

¹ Aussi les rédacteurs du Code, pour écarter tout ce qui aurait quelque trait à la féodalité, ont bien, il est vrai, appelé *héritage assujéti*, *fonds assujéti*, celui qui doit la servitude; mais ils ont généralement évité d'employer les expressions de *fonds dominant*, *fonds servant*. Nous ne serons pas aussi scrupuleux quand le besoin de la phrase le demandera, *brevitatis causâ*.

143. Placés dans des circonstances plus favorables que leurs prédécesseurs, libres de toute considération politique, et n'ayant à régler que de purs intérêts civils en rédigeant la loi sur cette matière, les rédacteurs du Code se sont occupés de rechercher avec attention les rapports que les diverses propriétés foncières pouvaient avoir entre elles, ou avec l'intérêt général, sans égard à leurs possesseurs, et, partant de ce principe, ils ont considéré les servitudes ou services fonciers (car ces expressions sont synonymes) sous un triple point de vue. Cette idée simple et vraie a tracé la division générale du sujet.

144. Ainsi, s'est-on dit, de tout temps les fonds inférieurs ont été assujettis à recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs¹. C'est là une loi de la nature, mais qui cependant veut être confirmée par la loi civile, afin d'en régler et déterminer les effets : de là, la première espèce de servitudes, qui, avec quelques autres plus ou moins analogues, sont appelées, dans le Code, *servitudes dérivant de la situation des lieux*, et forment l'objet du premier chapitre de ce titre.

145. La seconde classe se compose des *servitudes établies par la loi* ; mais il faut convenir que ce qui les distingue des précédentes n'est cependant pas la situation des héritages qui en sont affectés ; car à l'é-

¹ *Semper enim hanc esse servitatem inferiorum prædiorum, ut naturâ profluentem aquam excipiunt. L. 1, § 22, ff. de Aquâ et aquæ pluviæ arcendæ.*

Et dans le § suivant, il est dit aussi : *Semper inferiorem superiori servire.*

gard des uns comme à l'égard des autres, c'est véritablement cette situation qui est la cause première et principale de l'assujettissement. Toutes les servitudes dites *légales* sont en effet imposées sur des fonds voisins de ceux au profit desquels la loi les a établies, sans en excepter même celles qui ont pour objet l'intérêt public ou communal; et celles de la première classe, comme celles de la seconde, étant aussi réglées par la loi, on peut dire qu'elles sont réellement toutes légales.

Néanmoins on peut justifier cette division en considérant la nature des servitudes de chacune des deux classes sous le rapport des causes auxquelles elles doivent naissance.

Il est bien certain que les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux n'ont rien d'arbitraire, qu'elles n'appartiennent pas plus à une législation qu'à une autre, à tel peuple plutôt qu'à tel autre, et qu'elles ont été, depuis l'origine de la propriété, ce qu'elles sont aujourd'hui, sauf peut-être quelques légères différences, assurément peu importantes : c'est donc véritablement la nature qui les a écrites elle-même sur les héritages, tels qu'ils sont pour ainsi dire sortis de ses mains.

Mais il n'en est pas tout-à-fait ainsi des servitudes dites légales : la plupart s'appliquent, soit activement, soit passivement, à des héritages dont la main de l'homme a changé l'état naturel et primitif, et l'on sent qu'à cet égard les circonstances ont dû varier à l'infini; les réglemens qui ont paru propres à faciliter le commerce et les communications dans un pays, à

maintenir l'harmonie entre les voisins, à prévenir les empiétements, et surtout à empêcher les incommodités qui seraient résultées d'une agrégation formée sans précaution, n'ont pas dû être les mêmes dans d'autres contrées. Ces sortes de servitudes, quoique fondées sur des besoins et des intérêts généraux parfaitement sentis, ont donc quelque chose d'arbitraire, que n'ont pas les servitudes dérivant de la seule situation naturelle des lieux. La volonté de la loi se manifeste dans l'établissement de celles-là, tandis que la loi n'a fait que confirmer l'existence de celles-ci. Aussi, dans notre ancienne France seulement, combien de statuts et d'usages différens sur cet objet ! Ce qu'admettait une Coutume, la Coutume voisine le rejetait, ou ne l'admettait qu'avec des modifications plus ou moins importantes.

446. Enfin, le désir, d'une part, de rendre les fonds plus fertiles ou plus commodes, et, d'autre part, le libre exercice du droit de propriété, ont porté les propriétaires eux-mêmes à faire entre eux les conventions et les traités qui pouvaient conduire à ce but : de là, les servitudes établies par le fait de l'homme, dont l'origine remonte à la possession des fonds, et que les lois ont toujours approuvées et maintenues, quand d'ailleurs leur exercice ne portait aucune atteinte à l'ordre public. C'est la troisième classe des servitudes dans l'ordre adopté par le Code, et ce sont les véritables servitudes ; car pour celles des deux premières classes, ce sont des engagements qui se forment par le seul fait du voisinage, plutôt que de véritables ser-

vitudes ; ce sont de simples modes d'exercice du droit de propriété, plutôt que de véritables charges imposées aux propriétés elles-mêmes. Les fonds, malgré ces obligations de voisinage, ne sont pas moins réellement libres et francs de servitudes : tellement que la vente qui serait faite d'un fonds avec la déclaration *qu'il est franc de toute servitude quelconque*, ne donnerait pas à l'acheteur le droit de recourir contre le vendeur, à raison de l'exercice, par l'État ou par un voisin, d'une servitude de l'une ou l'autre des deux premières classes, non-seulement parce qu'il y aurait lieu de dire que, nonobstant la généralité des termes de la clause, cette servitude a été exceptée, mais encore mieux parce que ce n'est réellement pas une servitude, mais bien une simple modification du droit de propriété, ou plutôt un mode de son exercice, tandis que le vendeur n'a garanti la franchise du fonds vendu que sous le rapport des servitudes qui auraient été imposées par lui ou ses auteurs : il n'a pu vouloir dire autre chose.

Est-ce en effet une servitude véritable, que l'obligation du propriétaire inférieur de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur ?

Est-ce aussi une servitude, une servitude négative, dont les fonds voisins sont réciproquement tenus les uns envers les autres, que cette prohibition d'établir, sans le consentement du voisin, des jours libres ou de planter des arbres à une distance moindre que celle fixée par la loi ?

Plusieurs personnes tiennent pour l'affirmative ¹, en s'armant des termes de la loi, et on en tire des conséquences que nous aurons l'occasion d'exposer et de combattre dans le cours de l'explication du sujet; mais il nous semble que ces divers *engagemens*, résultant du seul fait du voisinage, comme les appelle le Code lui-même (art. 1370), ne sont, en réalité, que des modes d'exercice du droit de propriété, que la loi a ainsi fixés, afin que l'un, en usant de sa chose suivant son libre arbitre, ne nuisît pas à l'autre.

Le propriétaire supérieur, en laissant ses eaux s'écouler naturellement sur le fonds inférieur, agit *jure domini*, et non *jure servitutis*; à la différence du cas où il lui serait loisible de les y faire écouler au moyen de travaux faits de main d'homme, et autrement que suivant leur cours naturel : alors il y aurait véritablement servitude sur le fonds inférieur. Mais que l'on suppose que le propriétaire inférieur est convenu avec le supérieur que celui-ci, au moyen de digues, retiendra les eaux chez lui et empêchera qu'elles ne s'écoulent sur le fonds inférieur, assurément ce n'est pas là une simple remise de la prétendue servitude dont ce fonds était grevé, c'est plutôt la constitution d'une servitude véritable sur le fonds supérieur, qui ne jouira plus désormais de tous ses attributs naturels, qui ne sera plus avec sa condition primitive, qui sera, en un mot, sorti de la classe générale, pour être soumis à un

¹ C'était notamment le système du docteur Bacchovius, que Vinnius, dans son commentaire sur les Institutes de Justinien, a réfuté avec beaucoup de raison, suivant nous. M. Merlin a suivi, à ce sujet, les idées de Bacchovius, comme on le verra plus loin.

régime particulier, résultat de la volonté des contractans. D'après cela, comment pourrait-on voir une servitude véritable, dans le sens qu'on attache à ce mot, quand il y aurait cependant réellement servitude dans le fait qui la détruirait, dans le cas diamétralement opposé? Lorsqu'un propriétaire convient avec le voisin qu'il ne bâtira pas sur son terrain, ou qu'il ne bâtira pas au-delà de telle hauteur, il est bien clair qu'il greève son fonds de la servitude appelée, dans la doctrine, *non altius tollendi*, mais le voisin n'acquiert pas par là le droit de faire sur son fonds ce que bon lui semblera, car il l'avait déjà, sauf les dispositions relatives à la distance à observer pour avoir des jours libres sur l'héritage d'autrui, et à la plantation des arbres. Ce voisin n'acquiert donc uniquement que le droit de s'opposer à ce que le concédant bâtisse, ou bâtisse au-delà de la hauteur convenue, mais il acquiert par cela même un droit de servitude sur lui. Le concédant avait auparavant le droit de bâtir, il l'a perdu par la convention; de même le propriétaire supérieur avait le droit de laisser écouler ses eaux sur le fonds inférieur, et il ne l'a plus. Tous deux ont grevé leurs fonds d'une servitude véritable, d'une servitude négative, mais il n'en faut pas conclure que les autres ont affranchi les leurs d'une servitude préexistante.

Dans la loi 1, § 22, ff. *de Aquâ et aquæ pluvie arcendæ*, que nous avons citée plus haut, le jurisconsulte Ulpien dit bien, il est vrai, que c'est une servitude que la nature impose aux fonds inférieurs, de

recevoir les eaux des fonds supérieurs; mais il ne parle ainsi que d'une manière figurée, car si c'était réellement une servitude, le propriétaire supérieur aurait l'action appelée *confessoire*, si l'inférieur se refusait à recevoir les eaux; tandis qu'il a contre lui une action spéciale, introduite par l'édit du Préteur, et appelée *actio aquæ pluviae*¹, laquelle n'est pas la même que l'action confessoire.

Quant à la prohibition de pratiquer des jours libres, ou de planter des arbres à une distance moindre que celle qui est prescrite par la loi, nous démontrerons dans la suite que ce n'est pas là non plus une véritable servitude imposée sur les fonds, mais une mesure d'intérêt général, un mode d'exercice du droit de propriété, pour empêcher de nuire au voisin. Le droit de propriété consiste bien sans doute dans la faculté de faire de sa chose ce qu'on croit devoir en faire, mais avec cette importante restriction, (qui n'est cependant pas une servitude) pourvu qu'on n'en fasse pas un usage nuisible à autrui. (Art. 544 et 1382 combinés.)

147. Ces observations, au surplus, ne nous portent point à rejeter les dénominations de *servitudes naturelles* et de *servitudes légales*, adoptées par le Code; il suffit de bien s'entendre sur le sens que la loi elle-même attache à chacune de ces expressions, relativement aux effets de ces diverses espèces de servitudes.

Nous suivrons donc la division générale du Code.

¹ L. 1, §§ 2 et 13, ff. de *Aquâ et aquæ pluv. arcend.*

Ainsi, dans un premier chapitre, nous traiterons de ce qui est relatif aux servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux ;

Dans un second, des servitudes établies par la loi ;

Et dans un troisième, de celles qui sont établies par le fait de l'homme.

C'est lors de l'explication de ces dernières, que nous exposerons les vrais caractères et les effets des servitudes.

148. Il importe toutefois de remarquer que, dans quelques cas, on a sur un fonds un droit qui semble au premier coup-d'œil un droit de servitude, et qui cependant n'est pas tel, mais bien un véritable droit de propriété : dès-lors les règles sur les servitudes cessent d'être applicables, et même quelquefois aussi celles sur la propriété commune ne le sont pas en tout point.

Sans parler des mines, dont la propriété est tout-à-fait distincte de celle de la superficie¹, on peut acquérir, par titre ou par prescription, un souterrain sous le bâtiment d'autrui, ou toute autre partie du bâtiment (art. 553) ; ce souterrain n'est pas possédé à titre de servitude, quand bien même celui qui l'a ainsi acquis le ferait servir à l'usage d'un héritage qu'il posséderait tout contre, comme serait une fosse d'aisance, un puits, une cave : c'est une propriété parfaite, et totalement distincte de celle sous laquelle il se trouve. Il n'y a non plus, à cet égard, aucune communauté

¹ Voyez tome précédent, n° 394.

entre les deux propriétaires, par conséquent il n'y a lieu ni à partage ni à licitation, pour faire cesser une indivision qui n'existe pas.

449. De même, il arrive quelquefois que, dans le partage d'une maison ou autre édifice, on convient que la porte d'entrée et l'allée seront communes aux copartageans, parce que la construction d'une autre porte et d'une autre allée serait dispendieuse, ou même impraticable : dans ce cas, il y a réellement communauté entre les parties quant à ces objets ; et, par exception au principe que nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision, et que le partage peut toujours être provoqué, nonobstant conventions ou dispositions à ce contraires (art. 815), il ne pourra cependant pas l'être dans l'espèce. Il n'y aura pas lieu non plus à la licitation forcée, qui est aussi une manière de sortir de l'indivision, car, comme le dit très-bien le jurisconsulte Paul, dans la L. 19, § 1, ff. *Communi divid.*, au sujet de l'entrée ou vestibule servant à deux habitations, *arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet, quia qui de vestibulo liceri cogitur, necesse habet interdum totarum ædium pretium facere, si aliàs aditum non habet.*

L'indivision forcée résulte ici de la nature des choses, et il en doit être de même toutes les fois qu'entre deux propriétés et deux établissemens principaux, possédés séparément par deux propriétaires, il existe un objet accessoire, une dépendance tellement nécessaire à l'exploitation des deux propriétés principales, que, sans sa possession et jouissance

commune, lesdites propriétés principales seraient de nul usage ou d'un usage notablement détérioré. Alors, pour ne pas sacrifier le principal à l'accessoire, il n'y a pas lieu à partage ou licitation forcée de cet accessoire, et les deux propriétaires sont censés demeurer, à cet égard, moins dans une indivision que dans une espèce de servitude réciproque l'un envers l'autre¹. C'est, comme on le voit, une question de fait, subordonnée à la nature de la chose dont le partage serait demandé, à la disposition des lieux et au rôle que jouerait cette chose par rapport à une autre, dont elle ne serait qu'une simple dépendance; en sorte que les principes ci-dessus seraient, selon nous, applicables aussi au cas où il s'agirait d'une cour servant à deux bâtimens contigus ou à plusieurs étages d'un même bâtiment appartenant à divers propriétaires, et dont le peu d'étendue ne permettrait pas la division sans grand dommage pour le défendeur à la demande

¹ Voyez l'arrêt de la cour de cassation du 10 décembre 1823. Dans l'espèce, des copropriétaires, considérant un endroit dit *le bas du moulin et ses issues* comme une dépendance nécessaire à l'exploitation de deux propriétés, que deux d'entre eux allaient posséder séparément, stipulèrent, par un acte de partage, que ledit bas du moulin et ses issues demeureraient toujours indivis entre les deux possesseurs de ces mêmes propriétés. Nonobstant cette convention, l'un d'eux demanda le partage de ces objets, mais il a succombé en première instance, en appel et devant la cour de cassation.

Nous ferons remarquer que ce n'a pas été parce qu'il avait été convenu de demeurer toujours dans l'indivision; car si, de leur nature, ces choses eussent pu être la matière d'une action en partage ou en licitation, la convention, d'après l'article 815, n'y aurait apporté aucun obstacle, puisque la loi la répute non avenue, comme contraire à l'ordre public, attendu que l'indivision est une source de procès et de difficultés. On doit donc croire que, dans l'espèce, les tribunaux auraient décidé de la même manière quoiqu'il n'y eût pas eu de stipulation à ce sujet entre les parties.

en partage, qui ne pourrait ainsi se servir qu'avec beaucoup d'incommodité de la partie qui lui écherrait, et quelquefois pas du tout. A plus forte raison, la demande à fin de licitation serait-elle encore plus mal fondée, suivant l'excellent motif exprimé par le jurisconsulte romain. Mais si la cour était spacieuse, que la division pût s'en faire sans dommage grave pour la partie qui n'y veut pas consentir, on serait dans le cas de la règle *nul ne peut être contraint à rester dans l'indivision*. (Art. 815.)

CHAPITRE PREMIER.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

SOMMAIRE.

150. *Division du chapitre.*

150. Ce premier chapitre de la matière comprend trois objets distincts : ce qui concerne les eaux, le bornage, le droit de se clore et celui de parcours.

Ce sera le sujet des trois sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

DES EAUX.

SOMMAIRE.

151. *Division de la section.*

§ 1^{er}.

De l'assujettissement des fonds inférieurs, de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs.

152. *Texte de l'article 640.*

153. *De quelles dispositions du Droit romain il a été tiré : à quelles espèces d'eaux il s'applique.*

136 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPR.

154. *Il ne s'applique pas aux eaux de ménage ou de fabrique, ni à celles qui découlent des toits.*
155. *Le propriétaire supérieur peut retenir les eaux chez lui.*
156. *Quand bien même, en creusant dans son terrain, il couperait la veine d'eau qui alimente le puits du voisin, celui-ci n'aurait pas d'action contre lui.*
157. *Le propriétaire supérieur peut toujours retenir les eaux quand même l'inférieur en aurait toujours joui, s'il n'y avait constitution de servitude.*
158. *Il en serait ainsi lors même que le propriétaire inférieur aurait pratiqué dans son fonds, de temps immémorial, un fossé pour recevoir les eaux.*
159. *Les eaux pluviales qui coulent sur un chemin public appartiennent au premier occupant, nonobstant la jouissance même immémoriale qu'en aurait eue le propriétaire inférieur.*
160. *Ces principes se modifient dans le cas où il y a destination du père de famille.*
161. *Le propriétaire inférieur, dans les cas ordinaires, est obligé de souffrir le curement du fossé qui est chez lui par où s'écoulent les eaux du fonds supérieur.*
162. *La prohibition imposée aux propriétaires inférieurs, de rien faire qui empêche l'écoulement des eaux du fonds supérieur, n'ôte point aux propriétaires inférieurs ou riverains, le droit, en se conformant aux réglemens, de se garantir des ravages des fleuves, rivières et torrens.*
163. *Quid à l'égard des eaux d'un marais ?*
164. *Le propriétaire supérieur ne peut, sans une constitution de servitude ; rien faire qui aggrave la condition du fonds inférieur.*
165. *Il peut néanmoins faire les travaux nécessaires ou même simplement utiles à la culture de son fonds.*
166. *Le propriétaire supérieur ne peut, sans l'assentiment de l'inférieur, diriger sur le fonds de celui-ci l'eau d'une source qui coulait d'un autre côté, ou qu'il vient de découvrir.*
167. *Ni, en convertissant son champ en un étang, faire écouler, pour la vidange de l'étang, les eaux sur les terrains inférieurs d'une manière différente que par le passé.*

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 137

168. *Quand l'un des propriétaires a fait ce qu'il ne devait pas faire, l'action est ouverte à l'autre.*
169. *Celui-ci peut agir, dans l'année, par voie de plainte.*
170. *Quand l'auteur de l'ouvrage interdit n'est pas connu, il y a présomption qu'il a été fait par celui à qui il devait profiter.*
171. *Dispositions des lois 19 et 20, ff. de Aquà et aquæ pluv. arcend.*
172. *Comment elles doivent être entendues sous le Code.*
173. *Suite.*

§ II.

Du droit de celui qui a une source dans son fonds.

174. *Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté.*
175. *Le principe souffre deux exceptions.*
176. *La première a lieu quand un tiers a acquis droit à la source.*
177. *Quelle est la durée de la jouissance requise pour que ce droit s'acquière par prescription.*
178. *Aujourd'hui la prescription ne pourrait faire acquérir un droit de puisage.*
179. *La simple jouissance de l'eau pendant trente ans, sans autre fait, ne ferait pas acquérir de droit sur la source : il faudrait pour cela que des travaux eussent été faits pour faciliter le cours et la chute de l'eau dans le fonds inférieur.*
180. *Ces travaux devraient être apparens, et faits par celui qui réclame la servitude.*
181. *Devraient-ils être faits sur le fonds supérieur, ou pourraient-ils l'être sur l'un ou l'autre fonds indifféremment ?*
182. *En principe, la concession que je fais à l'un d'user de l'eau de ma source, ne m'empêche pas d'en faire une pareille à un autre.*
183. *Décision de la L. 4, ff. de Aquà quotid. et æstivà, sur ce point, et dans quel sens elle doit être entendue.*
184. *Celui à qui une prise d'eau a été concédée ne peut, sans l'assentiment du concédant, y faire participer un autre propriétaire, ni en user pour un autre fonds.*

138 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPR.

185. *Il n'est pas nécessaire, pour que le droit à la source puisse s'acquérir par prescription, que le fonds qui a joui de l'eau joigne celui dans lequel est la source.*
186. *S'il ne le joint pas, et que le fonds intermédiaire soit à un tiers, il y aura, sur ce dernier, la servitude de conduite d'eau, et sur le premier, la servitude de prise d'eau.*
187. *La seconde exception apportée au principe a lieu quand la source fournit aux habitans d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire.*
188. *Mais il est dû indemnité au propriétaire de la source.*
189. *La prescription éteint le droit à l'indemnité, et l'usage à l'eau n'en est pas moins continué.*
190. *Le maître du fonds où est la source en conserve la propriété, nonobstant l'usage des habitans.*
191. *Quoique l'article 643 ne parle que de l'eau d'une source, sa disposition serait néanmoins applicable à l'eau d'un étang ou d'une mare, nécessaire aux habitans : controversé.*

§ III.

Des eaux dépendant du domaine public.

192. *Quelles sont les eaux dépendant du domaine public ; les particuliers ne peuvent les détourner sans une concession de l'autorité.*
193. *La loi du 6 octobre 1791 contenait un principe contraire : le Code a rétabli celui de l'ordonnance de 1669.*
194. *Arrêté du 9 ventôse an vi, qui forme la base de la législation sur la matière.*
195. *Formalités à observer, d'après cet arrêté, par ceux qui désirent construire une usine sur un cours d'eau.*
196. *Les contraventions audit arrêté sont poursuivies et jugées par voie administrative.*
197. *Les eaux qui alimentent les canaux appartiennent aux canaux.*
198. *C'est à l'autorité administrative qu'il appartient de décider si une rivière est, ou non, navigable ou flottable, et si elle est flottable à trains ou radeaux, ou simplement à bûches perdues.*
199. *C'est aussi à elle à prononcer toutes les fois que le public*

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 139

peut être intéressé dans la contestation que fait naître l'établissement d'une usine ; mais les tribunaux sont seuls compétens pour prononcer sur les intérêts des riverains entre eux.

200. *Distinction entre les cours d'eau flottables à bûches perdues, et les cours d'eau flottables à trains ou radeaux : les riverains peuvent faire servir les premiers à l'irrigation de leurs propriétés.*
201. *Et le curage de ces cours d'eau est à la charge des propriétaires riverains.*
202. *Observations quant aux constructions d'usines même sur ces cours d'eau et autres rivières.*
203. *Les rivières navigables ou flottables ne sont telles que dans les parties où a lieu la navigation ou la flottaison.*
204. *Indication de la théorie, assez abstraite, des anciens auteurs sur ce qu'on devait entendre par rivière dépendant du domaine public, et règles à suivre aujourd'hui.*

§ IV.

De l'usage aux eaux qui bordent ou traversent un héritage.

205. *Texte de l'article 644.*
206. *L'eau courante n'appartient à personne.*
207. *Mais tant que l'eau est dans le fonds où elle a sa source, elle n'est point réputée eau courante.*
208. *Le sol du lit des cours d'eau non dépendant du domaine public appartient cependant aux riverains : conséquence.*
209. *Chaque propriétaire riverain peut faire les travaux nécessaires à l'irrigation de sa propriété.*
210. *La loi du 20 août 1791 chargeait les administrations départementales de rechercher les moyens de procurer le libre cours des eaux.*
211. *La loi du 6 octobre 1791 défend à tout riverain d'inonder l'héritage de son voisin.*
212. *Les tribunaux civils seraient même compétens pour ordonner la destruction des travaux nuisibles, et statuer sur les dommages-intérêts.*
213. *L'un des riverains ne peut, non plus, pratiquer des travaux sur le fonds de l'autre sans l'assentiment de celui-ci.*

214. *En général, les riverains ont des droits égaux sur le cours d'eau.*
215. *Le principe est subordonné, dans son application, aux stipulations intervenues entre les intéressés, aux réglemens locaux et à l'intérêt de l'agriculture.*
216. *Texte de l'article 645.*
217. *La loi 17, ff. de Servit. præd. rust., veut que, dans la répartition des eaux courantes entre les riverains, on ait égard à l'étendue respective des fonds.*
218. *Le principe touchant la répartition des eaux ne s'applique pas seulement aux riverains entre eux, il s'applique aussi aux propriétaires supérieurs à l'égard des inférieurs.*
219. *Les propriétaires d'usines, de moulins, n'ont pas tellement droit à toute l'eau, qu'ils puissent en priver totalement les propriétaires supérieurs.*
220. *Quand il s'agit de moulins, les circonstances peuvent vouloir le contraire dans l'intérêt public.*
221. *Un riverain peut renoncer en faveur de son riverain ou d'un propriétaire inférieur, au droit de prendre l'eau.*
222. *La réserve du droit exclusif de prendre l'eau peut être faite aussi dans la disposition de l'un des deux fonds riverains par leur propriétaire.*
223. *Suite.*
224. *L'un des riverains peut aussi acquérir, par rapport à l'autre, le droit exclusif à l'eau par le moyen de la prescription.*
225. *L'article 644, dans sa première partie, ne dit pas si le propriétaire riverain d'un seul côté peut faire servir l'eau à l'exploitation d'une usine, à l'entretien d'un étang, etc.*
226. *Ce droit ne lui est pas accordé dans les principes du Code; mais un riverain peut toutefois faire dériver l'eau pour l'exercice de certaine profession, comme celle de tanneur, de teinturier.*
227. *Un riverain peut aussi obtenir de l'administration l'autorisation d'élever une usine et de prendre l'eau nécessaire à son exploitation.*
228. *Quant aux établissemens de ce genre qui existaient déjà avant la révolution, en conformité des réglemens ou*

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 141

usages locaux, les lois nouvelles n'y ont porté aucune atteinte.

229. *Il en est de même des concessions faites pour alimenter des étangs, ou si le droit est acquis par la prescription.*
230. *Proposition de diverses questions élevées sur l'article 644.*
231. *Un riverain ne peut, sans le consentement des autres riverains intéressés, concéder à un tiers une prise d'eau qui pourrait leur préjudicier, ni faire servir l'eau à un autre fonds à lui appartenant qui ne serait pas riverain.*
232. *Mais le droit à la prise d'eau pour ce fonds a pu s'acquérir de diverses manières.*
233. *Dans tous les cas, ceux des intéressés qui auraient consenti à son établissement ne pourraient s'opposer à son exercice.*
234. *Quand un fonds riverain est divisé de manière que certaines portions n'aboutissent plus au cours d'eau, elles n'en conservent pas moins le droit à l'eau, par une sorte de destination de père de famille.*
235. *Un propriétaire riverain a-t-il le droit de faire servir l'eau aux additions qu'il a faites à son héritage, en en prenant un volume plus considérable que par le passé?*
236. *Le droit accordé à celui dont une eau courante traverse l'héritage, de la faire servir à l'irrigation de son fonds, n'a pas lieu quand cette eau coule dans un canal creusé de main d'homme et appartenant à un autre propriétaire.*
237. *Dans l'état actuel de la législation, il ne peut se servir de l'eau malgré le propriétaire du canal, même en lui offrant une indemnité, encore qu'il n'en résultât pour celui-ci aucun préjudice.*
238. *La législation pourrait être améliorée sur ce point, en accordant aux tribunaux le pouvoir que leur attribue l'article 682, relativement à la réclamation d'un passage pour le service d'un fonds qui n'a aucune issue sur la voie publique.*
239. *Le propriétaire dont l'héritage est traversé par le canal peut acquérir droit à l'eau, soit par titre, soit par prescription.*
240. *Le propriétaire de l'usine peut jouir du canal à titre de servitude, comme à titre de propriété : dans les anciens principes, il était présumé en être propriétaire, sauf*

142 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPR.

preuve contraire ; mais il en doit être autrement aujourd'hui, du moins dans les cas qui doivent être jugés d'après le Code.

240 bis. *Différence notable entre les deux dispositions de l'article 644.*

241. *Résumé des droits et des devoirs de l'administration relativement aux cours d'eau.*

242. *Suite.*

243. *Diverses décisions d'ordonnances royales rendues en conformité de ces principes.*

244. *Quand il s'élève une contestation au sujet des eaux, les juges de paix qui en sont saisis comme juges du possessoire doivent s'abstenir de prononcer sur ce qui touche le fond du droit.*

151. Nous traiterons, dans un premier paragraphe, de l'assujettissement des fonds inférieurs à recevoir les eaux pluviales, de source et d'infiltration qui découlent naturellement des fonds supérieurs ;

Dans un second, du droit qu'a celui dans le fonds duquel se trouve une source, d'en user à sa volonté ;

Dans un troisième, des eaux dépendant du domaine public ;

Enfin dans un quatrième, de l'usage aux eaux qui bordent ou traversent un héritage.

§ 1^{er}.

De l'assujettissement des fonds inférieurs à recevoir les eaux pluviales de source & d'infiltration, qui découlent naturellement des fonds supérieurs.

152. Suivant l'article 640 « les fonds inférieurs
« sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à
« recevoir les eaux qui en découlent naturellement,
« sans que la main de l'homme y ait contribué.

« Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digues qui empêchent cet écoulement.

« Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. »

155. Ces dispositions sont puisées dans le titre du Digeste, *de Aquâ et aquæ pluvix arcendæ*, que nous aurons souvent occasion de citer ¹.

Elles sont non-seulement applicables aux simples eaux pluviales, et à celles qui découlent des terres par infiltration, ou qui proviennent de la fonte des neiges, mais encore aux eaux de source, dont la direction et l'immission dans le fonds inférieur est l'ouvrage de la nature ou du temps.

154. Mais elles ne le sont point aux eaux de ménage, de fabrique ou autres semblables, ni même à celles qui découlent des toits; car il y a là le fait de l'homme. L'article 681 veut que tout propriétaire établisse des toits de manière que les eaux coulent sur son terrain, ou sur la voie publique, sans pouvoir les faire verser sur le fonds de son voisin, parce qu'elles y occasionneraient en effet des dégradations.

155. Comme ces dispositions sont généralement portées en faveur du propriétaire du fonds supérieur, il peut retenir les eaux dont il s'agit, pour en user à sa volonté, quand bien même elles ne lui seraient d'aucune utilité : il ne ferait en cela qu'user du droit de propriété. Ainsi, il peut faire un étang, une pêcherie,

¹ On peut aussi consulter les titres *de Aquâ quodiand est æstivâ*; *de Fonte*, et *de Servitutibus prædiorum rusticorum*.

une mare, pourvu qu'il retienne bien toutes les eaux chez lui en tout temps, que jamais elles ne déversent sur le fonds inférieur autrement qu'elles ne s'écoulaient précédemment.

156. Et quand bien même en creusant dans son fonds, en y faisant des travaux, des plantations, ou des extractions de matières, le propriétaire du fonds supérieur couperait ou intercepterait la veine d'eau souterraine qui alimenterait le puits ou la citerne du propriétaire inférieur, celui-ci n'aurait pas pour cela une action contre lui, car il n'aurait fait qu'un acte de propriété ¹.

157. Ces principes sont applicables aux eaux pluviales ou provenant de la fonte des neiges, ou de simples infiltrations, encore que le propriétaire du fonds inférieur en eût toujours joui, s'il n'y avait un titre constitutif de servitude qui lui donnât le droit de les prendre dans le fonds supérieur, ou de les recevoir à la sortie de ce fonds pour l'utilité du sien.

158. Il serait même indifférent, sans cela, que le propriétaire inférieur eût pratiqué dans son fonds un fossé, ou eût fait tout autre ouvrage pour recevoir les eaux et les diriger chez lui : la prescription ne saurait avoir lieu à l'égard des simples eaux pluviales, ou autres semblables. On doit supposer que si le propriétaire ne les a pas retenues, c'est parce qu'alors elles

¹ Coepolla, *Tract. de Serv. præd. rustic.*, cap. 4, n° 52 et sequent., édit. de 1759; et Dunod, *des Prescriptions*, part. 1, chap. 12, 3^e édit. Voyez aussi la L. *Fluminum*, § *item videamus*, ff. de *Damno infecto*; L. *Proculus*, in *princip. eodem tit.*; et L. 1, § *denique*, ff. de *Aquæ et aquæ pluviae arcendæ*.

lui étaient inutiles : il n'a fait qu'user d'une pure faculté¹ ; c'était aussi une tolérance de sa part que d'en laisser jouir le propriétaire inférieur : or, d'après l'article 2232, les actes de pure faculté, ainsi que ceux de simple tolérance, ne sauraient fonder ni possession ni prescription, comme nous l'enseigne Dumoulin avec son énergie accoutumée² : *In actibus qui dependent à liberâ facultate unius qui potest facere vel non, abstinentia vel observantia certi et determinati modi, quantumcunque diurna, non censetur implicare contrarium usum, nec inducit desuetudinem, vel præscriptionem ad alium modum utendi.*

Autre chose sont les facultés ou les droits résultant des contrats ou autres engagements ; si on ne les exerce pas dans le délai déterminé par la loi, alors il y a prescription.

459. Ce que nous venons de dire est applicable aussi aux eaux pluviales qui coulent sur un chemin public : le propriétaire supérieur peut les détourner et les prendre exclusivement, encore que le propriétaire inférieur en eût usé de tout temps, parce qu'il n'est également censé en avoir joui que par suite de la faculté qu'avait le premier d'en user ou de n'en pas user³. Peu importerait même qu'il eût fait des travaux pour les faire entrer dans son fonds, et que ces travaux eussent une existence de plus de trente ans, sans au-

¹ Cæpolla, *loc. cit.* ; Bretonnier sur Henrys, liv. 4, quest. 189 ; arrêt du 10 juillet 1619, cité par Bardet, tome 1, liv. 1, chap. 65.

² Sur l'article 1^{er} de la Coutume de Paris, glos. 4, n^o 15.

³ Arrêt du 5 avril 1710, cité par Dunod, *loc. cit.*

cune réclamation de la part du propriétaire du fonds supérieur.

M. Pardessus le décide comme nous, mais avec cette restriction : Pourvu, dit-il, que l'administration chargée de la police locale n'en ait fait la concession à personne ¹.

Nous ne croyons même pas que cette restriction soit admissible : les eaux pluviales sont au premier occupant, et par droit de nature et par la disposition du Droit civil; conséquemment l'administration ne doit point pouvoir en priver ceux à qui elles appartiennent. La modification apportée par M. Pardessus ne devrait s'appliquer qu'aux eaux découlant d'une fontaine publique ou d'une source située dans un lieu appartenant à la commune : dans ce cas, nous concevons très-bien que l'administration dispose des eaux suivant le parti qui lui paraîtra le plus avantageux, sans qu'on puisse pour cela lui reprocher de nuire aux droits de tel ou tel particulier, car personne n'en a réellement en pareil cas, à moins encore qu'on n'en eût acquis par titre ou prescription. Et l'on comprend aussi qu'elle peut toujours changer la disposition d'un chemin, et que ce changement pourra en apporter dans la jouissance des eaux pluviales; mais dans les cas ordinaires, elle ne peut, par de simples motifs de préférence, ou pour un prix offert, disposer de ces eaux au préjudice de celui à qui le Droit commun les

¹ *Traité des servitudes*, 5^e édit., n^o 79. Cet auteur s'appuie du sentiment de Boutaric, *Traité des Droits seigneuriaux*, édit. de 1781, page 566; et de Julien, sur le *Statut de Provence*, tome 1, page 308.

attribue ; et si elle le faisait, le propriétaire lésé dans ses droits pourrait incontestablement se pourvoir devant l'autorité supérieure.

460. Si le propriétaire de deux fonds contigus, dans le plus élevé desquels existerait un fossé bien marqué pour conduire au fonds inférieur les eaux pluviales qui coulent dans le premier ou dans le chemin qui l'avoisine, ce qui se voit souvent quand l'un de ces fonds est une terre ou une vigne, et l'autre un pré ou un jardin, où même quand ce sont deux parties de pré ; si, disons-nous, le propriétaire de ces héritages disposait de l'un d'eux, sans que le contrat contînt aucune convention relative à la jouissance des eaux, d'après l'article 694 il y aurait servitude établie au profit du fonds inférieur, et le fonds supérieur devrait continuer le passage des eaux selon le mode usité au jour du contrat, c'est-à-dire en totalité ou en partie, suivant la manière dont en usait alors le disposant : il y aurait là destination du père de famille (art. 692 et 693), car le fossé serait un signe de servitude apparente (art. 689), et la servitude serait réellement continue (quoiqu'il ne pleuve pas toujours), puisque le fait actuel de l'homme ne serait pas nécessaire pour son exercice (art. 688). Or, la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes ; et comme il ne serait pas douteux qu'un titre constitutif d'une pareille servitude ne dût être exécuté, nous en concluons que la disposition pure et simple de l'un des deux fonds doit, dans l'espèce, faire maintenir les choses dans leur premier état ,

alors il y aura réellement servitude de conduite d'eau.

461. Le propriétaire inférieur, avons-nous dit, est obligé de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur, sans que la main de l'homme y ait contribué ; par cela même il est obligé de recevoir les sables, les graviers que ces eaux entraînent avec elles, et il ne peut forcer le propriétaire supérieur à établir une digue pour les retenir. Il ne pourrait lui-même en faire une à ses frais dans son propre fonds, de manière à empêcher l'écoulement naturel du fonds supérieur. Et lorsque le fossé qui se trouve dans son fonds ou sur la limite pour les recevoir est comblé de manière que les eaux refluent dans le fonds supérieur, ou ne dégorgent pas suffisamment, il est obligé ou de nettoyer le fossé, ou de souffrir du moins que le propriétaire de ce dernier fonds le nettoie ¹. Comme, en sens inverse, si la digue qui se trouvait dans le fonds supérieur a été renversée, et que par là l'eau soit devenue plus dommageable au propriétaire inférieur, celui-ci peut se faire autoriser à rétablir la digue à ses frais,

¹ C'est la décision des §§ 1 et 6 de la L. 2, ff. de *Aquæ et aquæ pluviarum arcendæ*. M. Pardessus, contre le sentiment de M. Delvincourt et la décision de la loi romaine, met les frais de curage à la charge du propriétaire inférieur, quoiqu'il ne soit pas dans la nature des servitudes que le propriétaire du fonds assujéti soit tenu de *faire*, mais bien de souffrir ou de ne pas faire. Il invoque à l'appui de son sentiment les §§ 2 et 4 de la même loi, qui, dans ce système, seraient contraires aux paragraphes précités, mais qui, bien interprétés, sont parfaitement dans le même sens. Au surplus, quand il s'agit d'un petit cours d'eau, et que le lit par lequel les eaux s'écoulent se trouve comblé ou grandement obstrué, les propriétaires des fonds inférieurs peuvent être contraints, par l'autorité administrative, d'en faire le curage, chacun dans l'étendue de sa propriété. LL. des 20 août 1790 ; 28 septembre 1791, tit. 11, art. 16 ; et 14 floréal an II.

s'il n'en résulte aucun dommage pour le propriétaire supérieur ¹.

462. La prohibition imposée aux propriétaires de rien faire qui change l'écoulement naturel des eaux, n'ôte point au surplus aux riverains des fleuves et rivières le droit, en se conformant d'ailleurs aux règlements, de garantir leurs propriétés par des digues et travaux, quand bien même, comme cela arrive presque toujours en pareil cas, ces travaux auraient pour effet de rejeter plus ou moins le cours de l'eau vers l'autre rive; car les propriétaires de cette rive peuvent en faire autant de leur côté ². Seulement il faut que, de part et d'autre, l'on n'anticipe point sur le lit naturel du fleuve ou de la rivière.

Il en est de même, et par les mêmes motifs, à l'égard de l'eau des torrens et des petites rivières, pourvu qu'on ne rétrécisse pas ou que l'on n'obstrue pas leur lit ou cours ordinaire, mais qu'on se borne simplement à se garantir.

463. S'il s'agissait d'un marais dont les eaux stagnantes, augmentées par les pluies ou la fonte des neiges, se répandraient dans le champ d'un particulier, celui-ci n'aurait pas le droit de faire des travaux pour s'en garantir, de manière que le reflux des eaux, ainsi contenues, pût nuire, soit aux fonds supérieurs au marais, soit à ceux qui seraient placés latéralement ³;

¹ Telle est la décision du § 5, de cette même loi; mais Paul, qui en est l'auteur, la donne comme fondée plutôt sur l'équité que sur les principes purs du Droit.

² L. unic., ff. *de Ripâ mun.*; et arrêt de la cour d'Aix, du 19 mai 1813. Sirey, 1814, II, 9.

³ L. 1, § 2, ff. *de Aquâ et aquâ pluv. arcend.*

sauf ce que nous allons dire tout-à-l'heure à l'égard des étangs, et sauf aussi l'application des lois concernant les marais.

164. Le propriétaire supérieur ne peut, de son côté, sans une constitution de servitude, rien faire qui aggrave la condition du propriétaire inférieur. (Art. 640.)

Ainsi, il ne peut pratiquer sur son fonds des ouvrages qui changeraient l'immission naturelle des eaux dans le fonds inférieur, soit en les rassemblant sur un seul point et en leur donnant de la sorte un écoulement plus rapide et propre en conséquence à entraîner les sables, les terres, le gravier dans ce fonds, soit en dirigeant sur un point de ce même fonds un bien plus grand volume d'eau que celui qu'il aurait reçu sans les travaux ¹.

Et ce principe, que le propriétaire du fonds supérieur ne peut rien faire qui aggrave la condition du fonds inférieur quant à l'écoulement naturel des eaux, est applicable alors même que les deux fonds seraient séparés par une voie publique : dans ce cas là même, comme lorsque les deux fonds se joignent, le propriétaire supérieur ne peut faire sur son fonds des travaux qui, en dirigeant les eaux sur la voie publique, auraient pour résultat de porter dommage aux propriétés inférieures ².

Et quand bien même le maître du fonds contigu au

¹ L. 1, § 1, ff. *ibid.*

² Arrêt de cassation du 8 janvier 1834. Sirey, 1834, I, 169.

fonds supérieur donnerait son consentement, exprès ou tacite, à ce que le propriétaire de ce dernier fonds fît des travaux qui, en donnant aux eaux de son fonds un écoulement nouveau ou différent, nuiraient à d'autres propriétés, cela n'ôterait point aux maîtres de ces propriétés le droit de se plaindre et de faire changer cet état de choses. Ils auraient même action aussi contre le propriétaire intermédiaire, puisque lui aussi aurait changé l'état des lieux par rapport à eux.

165. Mais le propriétaire supérieur a toujours le droit de faire les travaux ordinaires qui sont nécessaires, ou même simplement utiles à la culture de son héritage, comme les sillons dans une terre ensemencée¹.

Il pourrait aussi, en plantant sa terre en vigne, ou en en faisant un pré, pratiquer les fossés ou biefs nécessaires à l'assainissement de la vigne ou à l'irrigation du pré. La loi 1, § 4, ff. *de Aquâ et aquæ pluv. arcend.*, l'autorise à en pratiquer, non pas dans le but de faire dériver, par ce moyen, les eaux sur le fonds du voisin, différemment qu'elles ne coulaient par le passé, mais pour assainir le sien et le cultiver : *Sic enim debere quem meliorem agrum facere, ne vicini deteriores faciat.*

L'intérêt de l'agriculture ne permettrait pas, en effet, que l'on s'attachât rigoureusement à la lettre de l'article 640, quand il n'assujettit les fonds inférieurs envers ceux qui sont plus élevés, à ne recevoir que les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main

¹ L. 1, §§ 3 et 5, *de Aquâ et aquæ pluv. arcend.*

de l'homme y ait contribué : autrement le propriétaire d'une terre labourable ne pourrait l'ensemencer, ou du moins le faire avec succès, faute de pouvoir y tracer les sillons qui, dans la plupart des terres à blé, sont nécessaires pour prévenir l'effet des pluies et l'humidité du terrain. Il ne pourrait non plus faire de sa terre une vigne, puisqu'une vigne veut être plantée de manière que les eaux n'y séjournent jamais, et pour cela il faut des fossés ou de profonds sillons. Et quand même il ferait dans la partie inférieure de sa terre ou de sa vigne un fossé pour y ramasser les eaux ¹, il serait encore en contravention à la disposition de notre article, entendue à la lettre, vu que le dégorgement de ce fossé sur le fonds inférieur ne serait pas un écoulement naturel, sans que la main de l'homme y eût contribué, l'immission des eaux ayant lieu par un point, tandis que sans les sillons ou le fossé l'eau eût coulé indistinctement à la surface du fonds et partout où elle aurait trouvé une issue. Mais une telle interprétation serait destructive de toute amélioration dans l'agriculture ; elle serait contraire à l'esprit de la loi de la matière, comme à celui de la loi romaine, qui en est le type, et qui, tout en consacrant le principe tel que nous le voyons dans l'article que nous expliquons, y apportait néanmoins les tempéramens réclamés par l'intérêt général et l'équité. On doit donc s'attacher spécialement au point de savoir si les sillons ou fossés pratiqués par le propriétaire supérieur sont

¹ Comme semble le vouloir le § 5 de la L. 1, ff. de *Aquæ et aquæ pluviæ arcend.*

nécessaires, ou même simplement utiles au mode de culture adopté par lui : dans le cas où ils ne tendraient pas à ce but, le propriétaire inférieur, à qui ils nuiraient par l'immission trop abondante des eaux sur un même point, aurait droit de s'en plaindre et de les faire supprimer.

466. Il pourrait également se plaindre si le propriétaire supérieur changeait la direction d'une source qui coulait d'abord sur un autre fonds à lui appartenant, ou sur le fonds d'un tiers, pour la faire couler sur le sien : l'ordre naturel et primitif de l'écoulement de cette eau se trouverait en effet interverti par la main de l'homme, et l'on serait dans le cas de la prohibition de la loi. L'on y serait aussi, selon nous, contre le sentiment de M. Pardessus, n° 82 de son traité, si l'on faisait couler, sans titre, les eaux d'une fontaine nouvellement ouverte, et dont l'ouverture aurait été faite par des travaux de main d'homme; car évidemment l'immission des eaux ne serait point l'ouvrage de la nature seule, comme le veut l'article 640, pour que le propriétaire inférieur soit sans droit à se plaindre.

467. C'est par les mêmes motifs que nous ne croyons pas, contre l'opinion du même auteur (n° 86), qu'un propriétaire, en convertissant son champ en un étang, pût, sans titre ou sans acquisition du droit par prescription, faire écouler les eaux de l'étang sur les fonds inférieurs. Nous nous sommes déjà expliqué sur ce point au tome précédent, n° 411.

S'il y avait déjà un ruisseau, qui se trouverait au-

jourd'hui alimenter l'étang, les eaux de décharge pourraient sans doute continuer de s'écouler par le canal du ruisseau tracé sur les fonds inférieurs, et même le propriétaire pourrait également les y faire écouler toutes quand il pêcherait ou dessécherait l'étang, pourvu encore qu'elles ne fussent pas plus incommodes aux propriétaires inférieurs qu'elles ne l'étaient avant sa construction; mais s'il s'agissait d'un étang, comme on en voit en si grand nombre, alimenté seulement par les pluies, les infiltrations, la fonte des neiges, ou quelques sources souterraines, notre décision première serait applicable, parce qu'il y aurait là nouvel œuvre capable de nuire aux voisins.

168. Ainsi, quand le propriétaire du fonds inférieur a élevé des digues ou fait d'autres ouvrages pour empêcher l'écoulement naturel des eaux, ou quand le propriétaire supérieur les fait écouler par le moyen de quelques travaux qui n'étaient pas nécessaires ou utiles à la culture du sien, il y a lieu à l'action pour faire rétablir les choses dans leur premier état.

169. La partie lésée, ainsi troublée dans sa jouissance, peut intenter la plainte devant le juge de paix, pourvu qu'elle agisse dans l'année du trouble. (Art. 23, Code de procéd.)

Plus tard, l'action devrait être portée au tribunal de première instance. Elle ne serait plus simplement possessoire, elle tomberait sur le fonds du droit.

170. Quand l'auteur de l'ouvrage fait, soit sur le

fonds supérieur, soit sur le fonds inférieur, au mépris des règles que nous avons essayé de retracer, n'est pas connu, celui qui devait en profiter doit naturellement être réputé l'avoir fait ou ordonné, suivant l'adage *is fecit, cui prodest*. Mais s'il est prouvé que l'ouvrage est le fait d'un autre, dont le propriétaire à qui il profiterait n'est pas responsable, ce qui sera rare, celui-ci n'est tenu que d'en souffrir la destruction¹.

471. Si l'ouvrage a été fait publiquement, au vu et au su du propriétaire qui avait le droit de s'y opposer, et qui ne l'a toutefois pas expressément autorisé, les lois 19 et 20, ff. *de Aquâ et aquæ pluviae arcendæ*, décident qu'il ne peut plus s'en plaindre; mais ces mêmes lois, ni aucune autre, ne déterminent un laps de temps quelconque après lequel son silence devrait être considéré comme une approbation définitive et irrévocable.

472. Il est clair néanmoins, lorsque c'est le propriétaire du fonds supérieur qui a fait ou fait faire les travaux qui ne devaient pas avoir lieu d'après les principes du Droit commun, que c'est là une servitude qu'il a ainsi imposée de sa propre autorité au fonds inférieur. Ce n'est plus la simple charge naturelle, confirmée par la loi : c'est une véritable servitude établie par le fait de l'homme, et qui conséquemment, à défaut de titre, ne peut être définitivement constituée que par le moyen de la prescription, laquelle suppose une jouissance paisible de la part du maître du fonds

¹ L. 6, § 7, ff. *de Aquâ et aquæ pluv. arcend.*

qui l'exerce, et une connaissance facile de son exercice de la part du maître du fonds sur lequel elle est exercée (art. 2229). Le propriétaire inférieur peut donc incontestablement agir dans les trente ans, pour faire détruire les travaux, tant qu'on ne lui opposera pas une approbation expresse constitutive de la servitude. Encore une fois, les servitudes ne s'établissent tacitement qu'avec le secours de la prescription : c'est le laps de temps déterminé par la loi qui est tout à la fois la preuve et la sanction de la volonté de la partie intéressée à s'opposer à leur exercice.

473. Mais quand c'est le propriétaire du fonds inférieur qui a fait les travaux propres à l'affranchir de la servitude naturelle et légale de recevoir les eaux du fonds supérieur, ne peut-on pas dire que le silence du propriétaire de ce fonds, qui les connaissait, est une véritable remise de cette espèce de servitude, et conséquemment que cette remise suffit par elle-même, sans avoir besoin d'être prouvée et confirmée par le temps nécessaire à la prescription ; que seulement les juges ont le pouvoir d'en apprécier le mérite suivant les circonstances ¹ ?

D'après nos principes sur la matière, nous voyons plutôt, dans ce cas, une servitude établie sur le fonds supérieur, qui est ainsi sorti du Droit commun au moyen des travaux, que nous ne voyons une véritable remise de servitude au profit du fonds inférieur. Mais qu'im-

¹ C'est, en effet, ce qu'enseigne M. Favard, *Répertoire*, v^o *Servitude*, sect. 1, § 1^{er}, et sect. 5-1^o.

porte après tout ? En admettant que ce soit une remise de servitude, il n'en faut pas moins, pour qu'on puisse la reconnaître d'une manière positive, qu'il se soit écoulé le temps nécessaire à la prescription depuis que les travaux contraires à son exercice ont été faits : c'est la disposition formelle des articles 606 et 607, qui supposent bien aussi que celui contre qui la prescription est invoquée a connu ces travaux, et qui n'infèrent néanmoins la remise de la servitude continue, que de son silence pendant trente ans, à compter du jour où il a été fait un acte contraire à l'exercice du droit lui-même.

§ II.

Du droit qu'a celui qui a dans son fonds une source, d'en user à sa volonté.

174. Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté. (Art. 641).

Ainsi, il peut en faire des réservoirs, la faire servir à l'irrigation de son fonds, la combler même, s'il juge qu'elle lui est inutile ou nuisible. La propriété lui en appartient; c'est une partie intégrante de son héritage; tellement qu'un tiers, comme on va le voir plus bas avec plus de développement, ne pourrait se faire céder forcément un droit à cette eau, sur le motif qu'elle lui serait fort utile et qu'elle est absolument inutile à son propriétaire.

Telle est le principe; mais il reçoit deux exceptions.

175. La première, c'est lorsqu'un tiers a acquis droit à la source (*ibid.*);

La seconde, lorsque cette source fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire. (Art. 643.)

176. Le tiers peut avoir acquis droit à la source, ou par l'effet d'un titre, ou de la destination du père de famille qui en tient lieu dans les cas déterminés par la loi, ou par l'effet de la prescription. (Art. 641-692-693.)

C'est généralement la servitude de prise d'eau, ou bien celle de puisage.

Et il faut bien remarquer qu'il ne s'agit en ce moment que des eaux d'une source, située dans un fonds, soit que ces eaux soient courantes, soient qu'elles soient dormantes dans le lit de la source ou fontaine. Les eaux courantes qui forment des rivières, ruisseaux ou torrens, et qui ne sont réputées eaux courantes qu'après être sorties du fonds où est située leur source, sont régies par les articles 644 et 645, que nous analyserons bientôt.

177. La prescription peut avoir lieu quand il s'agit d'une prise d'eau vive, à la différence du cas où il ne s'agit que d'eaux pluviales ou autres de même nature, parce que généralement l'eau d'une source est plus précieuse, et conséquemment qu'on ne suppose pas que ç'a pu être par pure tolérance de la part du propriétaire supérieur, que celui-ci a laissé le propriétaire inférieur en jouir librement, comme on suppose, quand il n'est question que d'eaux pluviales, que, s'il ne les a pas prises lui-même, c'est qu'elles lui étaient

alors inutiles, ne faisant en cela qu'un acte de pure faculté.

Mais la prescription ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des travaux apparens destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. (Art. 642).

L'interruption de jouissance n'est rien autre chose ici que l'interruption de possession, c'est-à-dire la privation, pendant l'an et jour, de la jouissance de l'eau, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers : c'est l'interruption naturelle de prescription. (Art. 2243.)

Et comme il s'agit ici de la prescription ordinaire, du moins nous le croyons, elle ne courrait pas contre les mineurs et les interdits, ni dans les autres cas exceptés par la loi, suivant ce que nous expliquerons au chapitre III.

178. Il est clair aussi, d'après les conditions exigées pour qu'elle puisse s'acquérir au profit du tiers, que celui-ci ne pourrait l'invoquer pour un simple droit de puisage : ce serait là une servitude discontinuë (art. 688), et les servitudes de cette espèce ne s'acquièrent plus aujourd'hui par prescription ; sans préjudice toutefois de celles qui auraient déjà été acquises par la possession, lors de la publication de la loi sur les *Servitudes*, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière (art. 691) ; ce qui a dû être rare, parce que le puisage à la fontaine ou au puits d'autrui est

ordinairement l'effet d'une pure tolérance de la part du propriétaire, un acte de familiarité et de bon voisinage, mais enfin ce qui pouvait avoir lieu dans quelques localités. Nous n'avons point à entrer, en ce moment, dans de plus amples explications à cet égard.

179. Il ne suffirait pas, d'après l'article 642, pour que le tiers ait pu acquérir droit à la source par le moyen de la prescription, qu'il en eût joui librement et publiquement pendant trente ans et plus, parce que le propriétaire de la source, à qui les eaux étaient peut-être inutiles, les lui aurait laissé prendre à la sortie de son fonds, ou même dans l'intérieur. Bien mieux, les travaux que ce propriétaire de la source aurait faits pour faciliter la sortie des eaux, comme un fossé, un canal, un acqueduc, etc., ne seraient non plus d'aucune considération : il faut que ce soit le propriétaire inférieur, ou son auteur, qui ait fait les travaux, et par conséquent qu'il le prouve, en cas de contestation. Tant que cette preuve n'est pas administrée, la loi suppose avec raison que sa jouissance n'a été que l'effet d'une pure tolérance de la part du maître de la source, qui n'avait peut-être alors pas besoin des eaux, et qui a fait les travaux pour l'assainissement de son héritage.

180. Il faut aussi que ces travaux soient *apparens*, et qu'ils aient été destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur; et ce n'est que depuis leur achèvement complet que commence à courir la prescription. D'où il suit généralement que des conduits souterrains, des tuyaux enfouis dans la terre,

ne rempliraient pas la condition voulue par la loi, quand même ils existeraient de temps immémorial; car ils seraient dépourvus du caractère exigé par elle, qui est d'être apparent, afin que la possession ou jouissance soit publique, condition essentielle à la possession pour pouvoir fonder la prescription. (Art. 2229.)

Nous disons *généralement*, car, en effet, si le propriétaire de la source avait pu facilement connaître ces conduits, parce qu'ils se manifestaient, par exemple, par des *regards*, l'ouverture d'un canal donnant sur son terrain, etc., on ne voit pas pourquoi la loi, qui admet la prescription de la propriété même d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, ou de toute autre portion du bâtiment (art. 553), et qui suppose, d'après cela, que la possession a pu en être paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire (art. 2229), n'admettrait pas celle d'un simple droit de servitude en pareil cas. Si, quand il s'agit d'un souterrain, la possession peut être *publique* dans le sens de la loi, c'est-à-dire susceptible d'être connue *ab adversario*, de même les travaux, dans notre espèce, ont pu être *apparens* dans le même sens; ils ont pu aussi être connus du propriétaire de la source. Ce sera au juge à estimer, par un rapport d'experts, ou encore mieux, par une descente de lieux, si, en effet, ils ont ce caractère; mais, dans le doute, il ne doit pas balancer à rejeter la prescription.

Du reste, la loi ne spécifie pas la nature des travaux; elle n'exige pas qu'ils soient en maçonnerie ou

autres ouvrages d'art; en sorte même qu'un simple fossé ordinaire, bien marqué, suffirait, pourvu qu'il eût été fait et terminé par le propriétaire inférieur qui prétendrait des droits à l'eau de la source, et que cela fût clairement prouvé.

481. Il s'est élevé, au sujet de l'acquisition du droit à ces eaux de source par le moyen de la prescription, une question vivement controversée, celle de savoir si les travaux faits par le tiers doivent l'avoir été sur le fonds supérieur, ou bien s'il suffit qu'ils l'aient été sur le sien.

D'abord, on tombe généralement d'accord que le vœu de la loi est parfaitement rempli quand ils l'ont été par lui sur le fonds où est la source : la divergence d'opinion n'existe que sur le point de savoir s'il suffit qu'ils l'aient été sur le fonds inférieur, ou partout ailleurs.

Cæpolla¹ décide qu'ils doivent être faits sur le fonds supérieur. Il faut les avoir faits, dit-il, *jure servitutis*, puisqu'il s'agit de l'acquisition de la servitude, et que *omnis servitus consistit in alieno fundo*. Or, dirons-nous, peut-on prétendre que le propriétaire inférieur les a faits *jure servitutis* quand il les a faits sur son fonds? Il a agi seulement *jure domini*, puisqu'en général chacun peut faire sur son terrain ce que bon lui semble; et en agissant ainsi, il n'a pas possédé pour cela quelque chose dans le fonds du voisin. Nous ne voyons pas ce qu'on peut répondre de concluant à ce raisonnement.

¹ Tract. 2, de Servit. pract. rustic., cap. 4, n° 57.

En thèse générale, celui-ci n'avait pas même le droit de s'y opposer, sauf à lui à retenir chez lui les eaux comme il l'aurait entendu; mais c'est même parce que cela n'est pas toujours possible, parce que d'ailleurs ce serait fort gênant quand les eaux ne seraient pas utiles à l'espèce de culture adoptée; enfin parce que ce serait lui enlever le bénéfice de la loi, qui lui permettait de les laisser couler naturellement sur le fonds inférieur, et transformer ainsi cette faculté en une charge, qu'on peut soutenir que tel n'est pas l'esprit de l'article 642. Il peut, dira-t-on, signifier, tous les vingt-neuf ans, un acte de protestation contre les travaux, acte par lequel il attestera que ce n'est que par pure faculté s'il ne change pas le cours de sa source, et par pure tolérance s'il en laisse jouir le propriétaire inférieur. Mais on lui impose ainsi une charge, et mille circonstances peuvent faire qu'il néglige de signifier cette protestation. Il peut, en outre, fort bien ignorer les travaux pratiqués dans le fonds du tiers, si ce fonds est clos de murs, ou s'il n'est pas contigu, mais séparé du sien par un chemin public ou un autre fonds, circonstance qui n'empêcherait pas plus l'acquisition du droit par la prescription que par titre, si d'ailleurs toutes les conditions voulues par la loi se rencontreraient; car elle ne dit pas qu'il n'y a que le propriétaire touchant immédiatement le fonds où est la source qui puisse y acquérir un droit: elle dit seulement que le propriétaire du fonds inférieur peut l'acquérir de cette manière, ce qui est bien différent. D'ailleurs, les partisans de l'opinion contraire en tombent eux-

mêmes d'accord. Il est bien vrai qu'ils subordonnent la question de prescription à l'application du Droit commun, et pour cela qu'ils exigent que la jouissance, au moyen des travaux, ait été publique; mais c'est précisément parce qu'il y aurait souvent difficulté sur ce point, que le législateur a voulu, pour la prévenir, que les travaux fussent apparens : or, ils n'ont réellement point ce caractère à l'égard du propriétaire supérieur quand ils ne sont faits que dans un fonds où il n'a pas le droit d'entrer pour les connaître.

On peut enfin ajouter qu'il semble bien, d'après la rédaction de l'article 642, que les travaux doivent effectivement être faits sur le fonds supérieur, puisqu'ils doivent être destinés à faciliter *la chute* et le cours de l'eau dans le fonds inférieur; car si elle sort du premier fonds sans le secours d'aucuns travaux pratiqués sur ce même fonds, c'est qu'elle a un cours naturel; par conséquent, on ne peut pas dire que les travaux faits sur le fonds inférieur facilitent leur chute dans ce fonds, puisqu'elle existe déjà sans eux, en supposant encore qu'il y ait chute. Ces travaux ne pourraient tout au plus faciliter que la *réception* et le cours de l'eau dans le fonds inférieur; quant à sa chute, encore une fois, elle est déjà opérée dès que l'eau touche à ce dernier fonds sans qu'il y ait eu de travaux de faits sur ce même fonds, ainsi qu'on le suppose. Il est donc plus vrai de dire que par les travaux faits chez lui, le propriétaire inférieur ne possède l'eau que chez lui; or, les principes de la matière veulent qu'il ait au moins une possession quelconque dans le fonds supé-

rieur, puisque c'est sur ce fonds qu'il prétend avoir acquis la servitude. Là, nous le croyons du moins, s'applique parfaitement l'adage de Droit, *tantum prescriptum, quantum possessum*.

On objecte qu'il s'est élevé sur ce point une discussion à la section de législation du tribunal ¹, de laquelle, dit-on, il résulte clairement qu'on a entendu que l'article 642 serait applicable, soit que les travaux aient été faits sur le fonds inférieur, ou autre lieu, ou sur le fonds où est la source, et que c'est pour cela que la rédaction primitive du projet de loi, qui portait les mots *travaux extérieurs*, a été changée, pour y substituer ceux-ci : *travaux apparens*, que l'on voit dans le Code. Nous avons lu attentivement cette discussion, et nous avouons que nous avons été bien plus touché de la force des raisonnemens de sa première partie, qui sont dans le sens de notre opinion, que de la solidité de ceux qu'on a présentés dans le sens contraire. Sur quoi repose, en effet, la distinction suivante ?

« Ceux qui pensent que les ouvrages extérieurs dont
 « parle l'article 642 (qui est celui sur lequel s'élève la
 « question) sont et doivent être des ouvrages faits par
 « le propriétaire inférieur dans son propre fonds, ré-
 « pondent qu'il faut distinguer entre les servitudes qui
 « dérivent de la situation des lieux et celles prove-
 « nant du fait de l'homme. Ces dernières sont l'objet
 « du chap. III ; et il est hors de doute que le proprié-

¹ M. Favard, qui est d'un sentiment contraire au nôtre, ainsi que M. Delvincourt et plusieurs autres jurisconsultes, la rapporte en entier dans son *Répertoire*, au mot *Servitude*, sect. 2, § 1.

« taire inférieur ne pourrait établir à son profit une
 « servitude sur le fonds supérieur, *sans un ouvrage*
 « *fait et terminé sur le même fonds*, et tendant évidem-
 « ment à l'acquisition de cette même servitude. Mais
 « cette espèce est absolument différente de celle dont
 « il s'agit dans l'article 642. Cet article n'appartient
 « point au chapitre III, qui a pour titre : *des servitudes*
 « *établies par le fait de l'homme*. Il appartient au pre-
 « mier, intitulé : *des servitudes qui dérivent de la situa-*
 « *tion des lieux*. Dans le cas de l'article 642, le pro-
 « priétaire inférieur tient sa jouissance du bienfait de
 « la nature, et non d'une convention expresse ou ta-
 « cite entre lui et le propriétaire supérieur. Si le pro-
 « priétaire supérieur laisse passer le long intervalle
 « de trente ans sans troubler cette jouissance, il est
 « censé ratifier l'ouvrage de la nature, etc. »

Sans doute l'article 642 n'est pas sous la rubrique des servitudes établies par le fait de l'homme ; mais est-ce une raison pour dire qu'il ne statue pas sur ces mêmes servitudes ? Nullement, puisqu'il parle formellement du droit à la source qu'un tiers pourrait avoir acquis par *titre* ou par prescription. Or, nierait-t-on, lorsque c'est par titre que le droit a été acquis, que c'est une véritable servitude établie par le fait de l'homme ? Peut-on même prétendre, quand c'est par prescription, que ce n'est pas non plus une servitude tacitement imposée par l'homme ? Qu'importe, après cela, la place qu'occupe cet article : c'est fort indifférent. Le droit réclamé par le tiers n'en est pas moins une véritable servitude conventionnelle, résultant d'un

assentiment tacite, ou, mieux encore, supposé formel, mais dont l'acte est adiré. Le droit de disposer de la source appartenait, par la nature et la loi, au propriétaire du fonds où elle se trouve, et conséquemment ce ne peut pas être par l'effet de la nature seule, comme on le dit dans l'argumentation ci-dessus, que cette source appartient maintenant au propriétaire du fonds inférieur; ce ne peut être que par l'effet d'un assentiment exprès ou tacite, en d'autres termes, en l'absence d'un titre, par l'effet de la prescription. On en convient d'ailleurs. C'est donc une véritable prise d'eau dans le fonds d'autrui, conséquemment une véritable servitude établie par le fait de l'homme, puisque désormais le fonds supérieur est sorti du Droit commun, n'ayant plus la jouissance exclusive de l'eau, qu'il avait auparavant.

Ce ne serait donc que pour les eaux courantes, pour celles — là seulement dont la propriété n'appartient même pas à celui dont elles bordent ou traversent l'héritage, qu'il faudrait que les travaux fussent faits dans le fonds supérieur; mais précisément la loi ne statue rien à cet égard; elle ne parle des travaux que relativement aux eaux d'une source située dans un fonds, sans toutefois que nous entendions dire par là qu'il ne serait pas nécessaire, pour acquérir droit aux premières par le moyen de la prescription, que les travaux fussent faits aussi sur le fonds supérieur; car les principes sont les mêmes dans un cas comme dans l'autre, puisque dans tous deux il s'agit toujours de la servitude de prise d'eau, qui n'est établie ni par la nature ni par

la loi. Ainsi, cette distinction est tout-à-fait chimérique, et elle est même réduite au néant par ceux qui la font, puisqu'ils conviennent que le droit à l'eau ne peut, à défaut de titre, résulter que d'une jouissance de trente ans ; ce qui prouve bien évidemment que ce n'est pas la nature seule ni la loi qui consacrent ce droit, mais bien le fait de l'homme, son assentiment au moins tacite. Nous ajouterons que le changement de rédaction du projet, la substitution des mots *ouvrages apparens* aux mots *ouvrages extérieurs*, ne contredit en rien notre interprétation ; car ces dernières expressions n'auraient pas signifié davantage que les ouvrages devaient être nécessairement faits sur le fonds supérieur, peut-être moins encore, puisqu'on aurait pu les entendre aussi d'ouvrages faits à l'extérieur de ce fonds ; mais les premières rendent mieux la pensée de la loi, attendu qu'ils comprennent aussi les travaux faits dans l'intérieur de la terre, et qui s'annonceraient cependant par des signes visibles, comme des *regards*, l'ouverture d'un canal, d'un aqueduc, etc. Tel a été le motif de ce changement de rédaction, et non celui qu'on lui prête.

Il existe, au surplus, sur cette question, dont l'importance et la difficulté serviront d'excuse à la longueur des développemens dans lesquels nous avons jugé utile d'entrer, un arrêt de cassation¹ qui l'a décidée absolument dans notre sens. Cet arrêt n'avait même pas à statuer précisément sur le point dont il s'agit, mais bien seulement sur un jugement qui avait

¹ Du 25 août 1812. Sirey, 1812, I, 350.

admis en droit la prescription fondée sur la possession immémoriale, quoiqu'il ne fût pas reconnu en fait que le propriétaire inférieur eût pratiqué des ouvrages destinés à faciliter le cours de l'eau dans sa propriété. Néanmoins, la cour suprême, voulant apparemment exprimer aussi sa doctrine sur le point en question, quoiqu'il ne fut pas spécialement l'objet du procès, a décidé :

« Vu les articles 641, 642 et 644 du Code civil ;

« Attendu que l'écoulement des eaux d'une source
« d'un héritage supérieur sur le terrain inférieur ne
« peut constituer une servitude au profit du proprié-
« taire de ce terrain ; que cependant le jugement atta-
« qué a jugé qu'il suffisait de l'existence de cet écou-
« lement pendant un temps immémorial pour faire
« acquérir la possession de ces eaux au propriétaire
« inférieur ;

« Qu'à cette erreur il en a été ajouté une autre non
« moins grave, en décidant, contrairement à la dispo-
« sition de l'article 642 du Code civil, qui n'a fait que
« consacrer les anciens principes en cette matière,
« qu'il n'y avait pas lieu à examiner si les ouvertures
« par où s'écoulaient les eaux avaient été pratiquées
« par le propriétaire du fonds inférieur ou par celui de
« l'héritage supérieur, tandis que ce n'est que de l'exis-
« tence de ces ouvrages, de la part du *propriétaire in-*
« *férieur, sur le fonds du propriétaire de la source*, que
« peut naître la servitude sur son héritage, et par
« suite la prescription et l'action possessoire ;

« La cour casse et annule le jugement du tribunal

« de Fougères, du 5 juin 1810. » Nous croyons que la cour de cassation a parfaitement saisi l'esprit de la loi.

182. Quand j'ai concédé à un de mes voisins une prise d'eau à ma source, ou que je la lui ai laissée acquérir par la prescription, je ne me suis pas interdit par cela seul le droit d'en user moi-même pour les besoins de mon fonds¹; car je n'ai point perdu le droit de propriété sur la source; je me suis seulement interdit de rien faire qui pût nuire à l'exercice de la servitude; conséquemment, en usant modérément de l'eau, le voisin, quand bien même il se trouverait en avoir un peu moins que par le passé, ne serait pas fondé à se plaindre. Il n'en serait toutefois pas ainsi du cas où je changerais le mode de culture de mon fonds, que j'en ferais par exemple, un pré, et que j'absorberais la totalité ou presque totalité de l'eau, de manière que le voisin n'en aurait plus, ou n'en aurait qu'infinitement moins qu'il n'en avait d'abord: ce serait blesser la disposition de l'article 701, qui ne permet pas que l'on rende illusoire le droit de servitude.

183. Bien mieux, la L. 4, ff. de *Aquâ quotid. et aestivâ*, dit que, quoique j'aie cédé à l'un de mes voisins une prise d'eau dans mon fonds, rien ne m'empêche d'en céder encore une pareille à un autre², et que si

¹ C'est aussi la décision de M. Favard, *Répertoire*, v° *Servitudes*, sect. 2, § 1.

² La L. 2, § 1. ff. de *Servit. præd. rust.*, porte pareillement que la servitude de prise d'eau et celle de passage peuvent être constituées au profit de plusieurs, pour être exercées par le même endroit; qu'elle peut l'être, en outre, *ut diversis diebus, vel horis aqua ducatur*.

les concessionnaires ne s'accordent pas sur la répartition des eaux, il y aura lieu à en régler la distribution judiciairement. Le jurisconsulte, qui n'exige point, pour cette seconde concession, l'assentiment du premier concessionnaire, se décide ainsi par assimilation de la cession de la prise d'eau à celle de la servitude de passage, laquelle, dit-il, n'empêche pas d'en constituer de nouvelles sur le même chemin. On peut très-bien contester la justesse de cette assimilation dans le cas où la source ne serait pas assez abondante pour fournir aux besoins de tous les concessionnaires, car alors la division des eaux nuirait évidemment au premier ; ce qui n'est pas quand il ne s'agit que d'un droit de passage, puisqu'il sera toujours entier pour chacun d'eux, fussent-ils cent. Aussi Godefroy, dans ses notes sur cette loi, en restreint-il judicieusement l'application au cas où la source suffirait aux besoins des divers fonds, attendu que le concédant ne peut rien faire qui nuise aux droits du premier concessionnaire ¹.

Cela est si vrai que, d'après la loi 8, ff. *de Aquâ et aquâ pluv. arcend.*, il faut, pour établir valablement une servitude de prise d'eau, non-seulement l'assentiment du propriétaire où est la source ou le cours d'eau, mais encore celui des tiers qui ont déjà acquis l'usage à l'eau, puisque leurs droits devant être altérés par la seconde concession, il est de toute raison qu'elle n'ait pas lieu sans leur consentement. Cette loi offre ainsi une opposition, au moins apparente, avec la première citée, qui n'exige pas, pour que le propriétaire du fonds

¹ Cæpolla le dit aussi, *Tract. 2 de Præd. rust.*, cap. 4, n° 11.

puisse faire cette nouvelle concession, l'assentiment du premier concessionnaire. Mais on les concilie facilement en supposant que, dans celle-ci, le jurisconsulte statue sur le cas où l'eau suffirait aux besoins de tous deux, et que dans l'autre loi, il règle le cas contraire. Ces mots : *nec immeritò, cùm enim minuitur jus eorum (quibus servitus aquæ debebatur) consequens fuit exquiri an consentiant*, indiquent bien clairement que l'eau, dans l'espèce, ne suffit pas aux besoins de tous ; autrement il serait faux de dire que les droits des premiers concessionnaires seraient diminués par de nouvelles concessions, car l'exercice des servitudes prédiales est toujours mesuré sur les besoins du fonds dominant.

Dans ces cas, il y a donc lieu de considérer l'esprit du titre constitutif, quel a été le mode et l'étendue de jouissance acquise par ce titre ou par la prescription ; et l'on ne doit jamais perdre de vue que si, d'une part, le propriétaire de la source ou du cours d'eau n'aliène pas son droit de propriété à l'eau en accordant l'usage à un tiers, d'autre part, il ne peut rien faire qui diminue sensiblement le droit qu'il a concédé, ou le rende plus incommode. (Art. 701.)

184. En sens inverse, la servitude n'étant établie que pour les besoins ou l'utilité du fonds dominant, le propriétaire de ce fonds ne pourrait, sans le consentement du maître de l'héritage assujetti, concéder, même sur le canal ou fossé pratiqué chez lui, une prise d'eau à un tiers¹, ni même user de l'eau pour un autre

¹ Cæpolla, *Tract. 2 de Servit. præd. rust.*, cap. 4, n° 11, qui se fonde sur la loi 24, ff. de *Serv. præd. rust.*, ci-après citée.

fonds qu'il aurait tout joignant le premier, ou qu'il aurait acquis depuis la concession de la servitude, ni même faire servir l'eau à une autre partie du fonds dominant que celle pour laquelle la servitude a été établie ¹.

185. Nous avons dit que, pour acquérir la servitude de prise d'eau dans l'héritage d'autrui, il n'est pas nécessaire de joindre immédiatement cet héritage. Cela n'est même pas nécessaire pour acquérir le droit par le moyen de la prescription, parce qu'en effet le fonds que l'on possède n'est pas moins *inférieur* par sa position à celui où est la source, quoiqu'il en soit séparé par un chemin public ou par un autre fonds ², et l'on est toujours parfaitement dans le cas prévu par la loi. Mais l'on sent qu'il faut pour cela obtenir de l'autorité l'autorisation nécessaire, si c'est un chemin qui sépare les deux fonds, ou celle du propriétaire intermédiaire, si on ne l'est soi-même.

186. Dans ce dernier cas, il y aura servitude de prise d'eau sur le fonds supérieur, et servitude de conduite d'eau sur le fonds intermédiaire; et le propriétaire de ce dernier fonds n'aura pas le droit, sans une concession particulière du maître de l'héritage dominant, agréée par celui de l'héritage assujéti ³, de se servir de l'eau qui coule chez lui, sauf le cas où,

¹ L. 24, ff. de *Servit. præd. rust.*

² Voyez MM. Favard, v^o *Servitudes*, sect. 2, § 1, et Pardessus, qui le décident pareillement ainsi.

³ Il faut le consentement de ce dernier, puisque la servitude qu'il a imposée à son fonds n'est que pour les besoins de celui du concessionnaire, et non pour que ce concessionnaire vende l'eau ou en dispose d'une autre manière.

comme nous venons de le dire, l'eau suffirait aux deux fonds, et que le propriétaire de l'héritage assujéti lui ferait lui-même une concession particulière, cas dans lequel la volonté de ce propriétaire serait suffisante.

Si, dans l'hypothèse où le concessionnaire serait également propriétaire du fonds intermédiaire, il disposait de l'un des deux héritages, sans que l'acte contînt aucune convention relative à cette conduite d'eau, elle continuerait d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné (art. 694), et de ce moment commencerait une nouvelle servitude, car auparavant il n'en existait pas sur le fonds intermédiaire, d'après la règle *res sua nemini servit jure servitutis*.

487. La seconde exception apportée au principe que celui qui a une source dans son fonds a le droit d'en user à sa volonté, c'est, comme on l'a dit, lorsque cette source fournit aux habitans d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; dans ce cas, le propriétaire n'en peut changer le cours. (Art. 643.)

Il n'est pas besoin de faire remarquer que cette exception est fondée sur ce grand principe, que l'intérêt ou les convenances particulières doivent céder à l'intérêt général; aussi, un et même plusieurs particuliers n'auraient-ils pas le droit de réclamer les eaux, en en offrant le prix, de quelque utilité qu'elles leur pussent être. Le droit de propriété ne fléchit qu'en faveur d'une collection d'individus formant une commune, village ou hameau; en faveur d'individus ré-

clamant *non ut singuli, sed ut universi*. Ainsi, l'article 645, suivant lequel, en cas de contestation sur l'usage des eaux, les juges ont une sorte de pouvoir discrétionnaire pour concilier les intérêts de l'agriculture avec le respect dû à la propriété, ne s'applique que dans les cas où il s'agit d'eaux courantes dont l'usage appartient à tous ceux dont elle borde ou traverse l'héritage, et non au cas où il s'agit d'une source qui est la propriété de celui dans le fonds duquel elle prend naissance. En conséquence, les juges ne peuvent, alors que l'usage n'est pas acquis au propriétaire inférieur, soit par titre, soit par prescription, condamner le propriétaire supérieur à qui elle appartient, à la laisser couler sur le fonds et pour l'usage du propriétaire inférieur, sous prétexte que les eaux lui sont plus nuisibles qu'utiles ¹.

Et il faut aussi que l'usage à la source réclamé par une commune, ou les habitans d'un village ou d'un hameau, leur soit nécessaire, pour que le propriétaire soit forcé de le leur céder. C'est le cas prévu par la loi. Du reste, cette nécessité s'entend plus ou moins strictement, suivant les circonstances; une *utilité* bien marquée serait suffisante, dans l'esprit de l'article 643.

488. Mais comme personne ne peut être dépouillé de son droit, même pour cause d'utilité publique, sans une juste et préalable indemnité (art. 545), si les habitans de la commune, du village ou du hameau, n'ont pas acquis, par titre ou par prescription, l'usage à l'eau, le propriétaire peut en réclamer une, qui est

¹ Arrêt de cassation, du 29 janvier 1840. Sirey, 1840, I, 207.

réglée par experts (art. 643), si elle ne peut l'être à l'amiable.

489. La prescription n'a pas pour objet, comme on le voit, de faire acquérir aux habitans la jouissance de l'eau, ou de la leur faire conserver, puisqu'ils y ont droit par le seul effet de la disposition de la loi, quand elle leur était nécessaire, mais bien seulement de les libérer de la prestation de l'indemnité. Or, le droit à cette indemnité étant acquis au propriétaire du jour où les habitans ont fait usage de sa source, ou du jour du règlement, s'il y en a eu un, il se prescrit par trente ans, à partir de l'une ou de l'autre de ces époques, parce qu'il ne s'agit plus alors que d'une créance, et conséquemment de la prescription à l'effet de se libérer ¹.

490. Le propriétaire du fonds, au surplus, conserve la propriété de la source, et il peut, nonobstant l'indemnité qui lui aurait été payée, en user, à ce titre, pour ses besoins personnels et l'utilité de son fonds, à la charge néanmoins de ne pas nuire à l'usage des habitans, lequel passe avant tout.

491. Quoique l'article 643 ne parle que de l'eau

¹ Ces principes ont été consacrés par arrêt de cassation, du 10 juillet 1821, au sujet de l'indemnité pour droit de passage, dans le cas de l'article 682. La cour a pensé que, puisque le passage était dû, étant absolument nécessaire au fonds, il ne s'agissait plus entre les parties que de la question d'indemnité, par conséquent que de la prescription à l'effet de se libérer, laquelle avait dû commencer son cours à compter du jour où le passage avait été exercé. Or, la raison de décider est absolument la même dans notre espèce, pourvu, bien entendu, qu'il soit prouvé qu'il y a plus de trente ans que l'eau était nécessaire, ou du moins grandement utile, à la commune, au village ou hameau; et ce serait à ceux-ci à faire cette preuve. Cet arrêt est rapporté en entier, avec tous les faits de la cause, au *Répertoire* de M. Favard, v^o *Servitudes*, sect. 2, § 7.

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 177

d'une source nécessaire aux habitans d'une commune, village ou hameau, il n'en faut pas conclure, du moins, suivant nous, que sa disposition n'est applicable qu'aux eaux qui ont un cours, et qu'elle ne le serait point à l'égard d'une citerne ou d'une fontaine stagnante ou d'un étang, dont l'eau, ainsi qu'on le voit en beaucoup d'endroits, leur serait nécessaire. Par application de l'article 545, combiné avec l'article 643, il en serait de même que pour l'eau d'une source qui a un cours marqué.

§ III.

Des eaux dépendant du domaine public.

192. Pour faire une juste application des articles 644 et 645, il convient de retracer d'abord les règles générales relatives aux eaux dépendant du domaine public, afin de connaître quels sont les cours d'eau que les propriétaires ne peuvent, sans une concession de l'autorité, faire servir, soit à l'exploitation des moulins ou autres usines, soit à l'irrigation de leurs propriétés, et quels sont par conséquent ceux qu'ils peuvent utiliser sans cette concession.

Suivant l'article 538, les fleuves et rivières navigables ou flottables sont des dépendances du domaine public, comme on l'a vu au tome précédent; en conséquence, les particuliers n'y peuvent, sans une concession de l'autorité supérieure, toujours révocable, faire aucune prise d'eau. La navigation est essentielle à la prospérité d'un État, et les nombreuses prises d'eau que, sans des règles positives à cet égard, se permet-

traient les particuliers, lui porteraient une atteinte préjudiciable.

195. L'article 4 de la section 1^{re} du titre I de la loi des 28 septembre et 6 octobre 1791, méconnaissant ce grand principe d'ordre public, avait néanmoins permis aux riverains de faire des prises d'eau dans les fleuves ou rivières navigables ou flottables ; mais cette disposition a été abrogée par le Code civil (art. 644), qui a rétabli celle de l'article 44 du titre 27 de l'ordonnance de 1669, sur les *Eaux et Forêts*, parce que l'intérêt de la navigation a paru, avec raison, d'un ordre supérieur à celui des particuliers.

194. L'article 41 du même titre de l'ordonnance faisait toutefois exception en faveur des propriétaires qui avaient acquis sur les eaux des droits *fondés en titre et possession valables*. Ces diverses dispositions se trouvent répétées et consacrées, en général ¹, par un arrêté du directoire exécutif, du 9 ventôse an VI, concernant les mesures pour assurer le libre cours des rivières et canaux navigables et flottables, et qui fixe les principes sur les constructions faites ou à faire sur les rivières et canaux. Comme il forme une espèce de Code sur la matière, en ce qu'il remet en vigueur les dispositions de l'ordonnance de 1669, relatives à ces constructions, et qu'il rappelle les lois postérieures qui s'y rattachent, nous croyons utile de le rapporter.

« Le directoire exécutif, vu, 1^o les articles 42, 43

¹ Nous disons, *en général*, parce que l'arrêté dont il va être parlé n'a maintenu que les droits fondés en *titre*, sans faire exception pour ceux qui ne l'étaient que sur la *possession*.

« et 44 de l'ordonnance des eaux et forêts du mois
« d'août 1669, portant :

« Nul, soit propriétaire, soit engagiste, ne pourra
« faire moulins, batardeaux, écluses, gords, pertuis,
« murs, plants d'arbres, amas de pierres, de terre et
« de fascines, ni autres édifices ou empêchemens nui-
« sibles au cours de l'eau dans les fleuves et rivières
« navigables ou flottables, ni même y jeter aucunes
« ordures, immondices, ou les amasser sur les quais
« et rivages, à peine d'amendes arbitraires. Enjoi-
« gnons à toutes personnes de les ôter dans trois mois
« du jour de la publication des présentes ; et si au-
« cuns se trouvent subsister après ce temps, voulons
« qu'ils soient incessamment ôtés aux frais et dépens
« de ceux qui les auront faits, ou causés, sous peine de
« 500 livres d'amende, tant contre les particuliers que
« contre les *fonctionnaires publics* qui auront négligé
« de le faire ; (Art. 42.)

« Ceux qui ont fait bâtir des moulins, écluses,
« vannes, gords et autres édifices dans l'étendue des
« fleuves et rivières navigables et flottables, sans en
« avoir obtenu la permission de nous ou de nos pré-
« décesseurs, seront tenus de les démolir, sinon ils
« le seront à leurs frais et dépens ; (Art. 43.)

« Défendons à toutes personnes de détourner l'eau
« des rivières navigables et flottables, ou d'en altérer
« ou affaiblir le cours par tranchées, fossés et ca-
« naux, à peine, contre les contrevenans, d'être
« punis comme usurpateurs, et les choses réparées à
« leurs dépens ; » (Art. 44.)

« 2° L'article 2 de la loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, relative aux domaines nationaux, portant que les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais, relais de la mer, et, en général, toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme dépendances du domaine public ;

« 3° Le chapitre vi de la loi en forme d'instruction, des 12-20 août 1790, qui charge les administrations de département de rechercher et d'indiquer les moyens de procurer le libre cours des eaux, d'empêcher que les prairies ne soient submergées par la trop grande élévation des écluses des moulins, et par les autres ouvrages d'art établis sur les rivières, de diriger enfin, autant qu'il sera possible, toutes les eaux de leur territoire vers un but d'utilité générale, d'après les principes d'irrigation ;

« 4° L'article 10 du titre 3 de la loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, qui charge les juges de paix de connaître, entre particuliers, sans appel jusqu'à la valeur de 50 livres, et à charge d'appel à quelque valeur que la demande puisse monter, des entreprises sur les cours d'eau servant à l'arrosement des prés, commises pendant l'année ;

« 5° L'article 4 de la 1^{re} section du titre I de la loi des 28 septembre et 6 octobre 1791, sur la police rurale, portant que nul ne peut se prétendre propriétaire des eaux d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable ;

« 6° Les articles 15 et 16 de la même loi, portant :

« Personne ne pourra inonder l'héritage de son
« voisin, ni lui transmettre volontairement les eaux
« d'une rivière nuisible, sous peine de payer le dom-
« mage et une amende qui ne pourra excéder la somme
« du dédommagement ;

« Les propriétaires ou fermiers des moulins ou
« usines construits ou à construire seront garans de
« tous dommages que les eaux pourraient causer aux
« chemins ou aux propriétés voisines par la trop
« grande élévation du déversoir, ou autrement ; ils
« seront forcés de tenir les eaux à une hauteur qui ne
« nuise à personne, et qui sera fixée par l'adminis-
« tration du district : en cas de contravention, la
« peine sera une amende qui ne pourra excéder la
« somme du dédommagement ; »

« 7° La loi du 21 septembre 1791, portant que,
jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, les lois
non abrogées seront provisoirement exécutées ;

« Considérant qu'au mépris des lois ci-dessus, les
rivières navigables et flottables, les canaux d'irriga-
tion et de desséchement, tant publics que privés, sont,
dans la plupart des départemens de la république,
obstrués par des batardeaux, écluses, gords, per-
tuis, murs, chaussées, plants d'arbres, fascines,
pilotis, filets dormans et à mailles ferrées, réservoirs,
engins permanens, etc. ; que de là résultent non-seu-
lement l'inondation des terres riveraines et l'inter-
ruption de la navigation, mais l'attérissement même
des rivières et canaux navigables, dont le fonds, en-

sablé ou envasé, s'élève dans une proportion effrayante; qu'une plus longue tolérance de cet abus ferait bientôt disparaître le système entier de la navigation de la république, qui, lorsqu'il aura reçu tous ses développemens par des ouvrages d'art, doit porter l'industrie et l'agriculture de la France à un point auquel nulle autre nation ne pourrait atteindre;

« Considérant que, pour assurer à la république les avantages qu'elle tient de la nature et de sa position entre l'Océan et la Méditerranée, et les grandes chaînes de montagnes d'où partent une foule de fleuves et de rivières secondaires, il ne s'agit que de rappeler aux autorités constituées et aux citoyens les lois existantes sur cette matière;

« Et, en vertu de l'article 144 de la Constitution, ordonne que les lois ci-dessus transcrites seront exécutées selon leur forme et teneur, et en conséquence,

« Arrête ce qui suit :

Art. 1^{er}. « Dans le mois de la publication du présent arrêté, chaque administration départementale nommera un ou plusieurs ingénieurs et un ou plusieurs propriétaires, pour, dans les deux mois suivans, procéder, dans toute l'étendue de son arrondissement, à la visite de toutes les rivières navigables et flottables, de tous les canaux d'irrigation et de dessèchement généraux, et en dresser procès-verbal à l'effet de constater :

« 1° Les ponts, chaussées, digues, écluses, moulins, usines, plantations utiles à la navigation, à

« l'industrie, au desséchement ou à l'irrigation des
« terres ;

« 2° Les établissemens de ce genre, les batardeaux,
« les pilotis, gords, pertuis, murs, amas de pierres ou
« de terres, fascines, pêcheries, filets dormans et à
« mailles ferrées, réservoirs, engins permanens, et
« tous autres empêchemens nuisibles au cours de
« l'eau.

Art. 2. « Copie de ce procès-verbal sera envoyée
« au ministère de l'intérieur.

Art. 3. « Les administrations départementales en-
« joindront à tous propriétaires d'écluses, usines,
« ponts, batardeaux, etc., de faire connaître leur
« titre de propriété, et, à cet effet, d'en déposer des
« copies authentiques aux secrétariats des adminis-
« trations municipales, qui les transmettront aux
« administrations départementales.

Art. 4. « Les administrations départementales
« dresseront un état séparé de toutes les usines,
« moulins, chaussées, etc., reconnus dangereux ou
« nuisibles à la navigation, au libre cours des eaux,
« au desséchement et à l'irrigation des terres, mais
« dont la propriété sera fondée en titres.

Art. 5. « Elles ordonneront la destruction, dans
« le mois, de tous ceux de ces établissemens qui ne
« se trouveront pas fondés en titres, ou qui n'auront
« d'autres titres que des concessions féodales abolies.

Art. 6. « Le délai prescrit par l'article précédent
« pourra être prorogé jusques et compris les deux
« mois suivans, passé lesquels, hors le cas d'obsta -

« Les reconus invincibles par les administrations
 « centrales, la destruction n'étant pas opérée par le
 « propriétaire, sera faite à ses frais et à la diligence
 « du commissaire du directoire exécutif près chaque
 « administration centrale.

Art. 7. « Ne pourront, néanmoins, les adminis-
 « trations centrales ordonner la destruction des
 « chaussées, gords, moulins, usines, etc., qu'un
 « mois après en avoir averti les administrations cen-
 « trales des départemens inférieurs et supérieurs si-
 « tués sur le cours des fleuves ou rivières, afin que
 « celles-ci fassent leurs dispositions en conséquence.

Art. 8. « Les administrations centrales des départ-
 « temens inférieurs et supérieurs qui auront sujet de
 « craindre cette destruction en préviendront sur-le-
 « champ le ministre de l'intérieur, qui pourra, s'il
 « y a lieu, suspendre l'exécution de l'arrêté par le-
 « quel elle aura été ordonnée.

Art. 9. « Il est enjoint aux administrations cen-
 « trales et municipales, et au commissaire du direc-
 « toire exécutif établi près d'elles, de veiller avec la
 « plus sévère exactitude à ce qu'il ne soit établi par
 « la suite aucun pont, aucune chaussée permanente ou
 « mobile, aucune écluse ou usine, aucun batardeau,
 « moulin, digue ou autre obstacle quelconque au libre
 « cours des eaux dans les rivières navigables ou flot-
 « tables, dans les canaux d'irrigation ou de desséche-
 « mens généraux, sans en avoir préalablement obtenu
 « la permission de l'administration centrale, et sans
 « pouvoir excéder le niveau qui aura été déterminé.

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 185

Art. 10. « Ils veilleront pareillement à ce que nul
« ne détourne le cours des eaux des rivières et ca-
« naux navigables ou flottables, et n'y fasse des
« prises d'eau ou saignées pour l'irrigation des terres,
« qu'après y avoir été autorisé par l'administration
« centrale, et sans pouvoir excéder le niveau qui aura
« été déterminé.

Art. 11. « Les propriétaires de canaux de dessé-
« chemens particuliers ou d'irrigation ayant à cet
« effet les mêmes droits que la Nation, il leur est ré-
« servé de se pourvoir en justice réglée pour obtenir
« la démolition de toutes usines, écluses, batardeaux,
« pêcheries, gords, plantations d'arbres, filets dor-
« mans ou à mailles ferrées, réservoirs, engins, la-
« voirs, abreuvoirs, prise d'eau, et généralement de
« toute construction nuisible au libre cours des eaux
« et non fondée en droit.

Art. 12. « Il est défendu aux administrations mu-
« nicipales de consentir à aucun établissement de ce
« genre dans les canaux de desséchemens, d'irrigation
« ou de navigation appartenant aux communes, sans
« l'autorisation formelle et préalable des administra-
« tions centrales.

Art. 13. « Il n'est rien innové à ce qui s'est pratiqué
« jusqu'à présent dans les canaux artificiels qui sont
« ouverts directement à la mer, et dans ceux qui ser-
« vent à la fabrication des sels.

Art. 14. « Le présent arrêté sera imprimé au *Bul-*
« *letin des Lois*, et proclamé dans les communes où

« les administrations centrales jugeront cette mesure
« nécessaire ou utile. »

495. D'après cet arrêté, dit M. Favard, dans son *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Cours d'eau*, toute personne qui désire former un établissement de la nature de ceux énoncés dans l'article 9, doit remettre sa demande motivée et circonstanciée au préfet du département du lieu de l'établissement projeté. Le préfet ordonne le renvoi au maire de la commune pour avoir son avis sur les convenances locales et l'intérêt des propriétaires. Le maire prend à cet égard les mesures qui lui sont prescrites pour obtenir tous les renseignements convenables, et mettre les intéressés à même de former leurs réclamations. C'est après toutes ces formalités, et un avis motivé du préfet, que le ministre de l'intérieur soumet au roi, s'il y a lieu, la demande dont il s'agit.

496. Toute contravention à cet arrêté du 9 ventôse an vi est constatée et poursuivie par l'autorité administrative, suivant les dispositions formelles de la loi du 9 floréal an x¹.

497. Toutes les eaux qui alimentent les canaux appartiennent aux canaux, sans qu'on puisse les en détourner, à moins de concession, toujours révocable².

498. C'est à l'autorité administrative qu'il appartient de décider si une rivière est ou non navigable ou flottable ; par conséquent c'est à elle à accorder,

¹ Voyez au *Répertoire* de M. Favard, art. *Cours d'eau*, diverses décisions qui ont statué conformément à ces principes.

² Décret du 12 février 1813. *Bulletin*, n° 2882.

s'il y a lieu, la concession de prise d'eau, et cette concession est aussi toujours révocable, si les besoins de la navigation le demandent ; mais une fois la concession faite, les difficultés qui peuvent s'élever entre divers concessionnaires ou riverains sont du ressort des tribunaux, surtout quand il s'agit d'actions possessoires¹.

199. C'est aussi à l'autorité administrative à prononcer toutes les fois que le public peut être intéressé dans la contestation, sous le rapport, soit de la salubrité, soit de l'établissement ou de la conservation d'usines nécessaires ou utiles à une province, à un pays quelconque, comme aussi à veiller à ce que les eaux d'une usine soient à une hauteur telle qu'elles ne puissent nuire à personne ; mais les tribunaux civils seuls sont compétens pour prononcer sur les contestations concernant les intérêts des propriétaires riverains entre eux².

200. Quant aux cours d'eau simplement flottables, on a vu au tome précédent, n° 296, relativement aux droits de *pêche*, que, d'après la loi du 15 avril 1829, l'on doit distinguer entre les cours d'eau flottables avec *trains ou radeaux*, et ceux qui ne sont simplement flottables qu'à *bûches perdues*; que dans les premiers, la pêche ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une concession, mais qu'elle a lieu librement dans les seconds au profit des riverains. Un avis du conseil d'État, du 21 fé-

¹ Voyez le décret du 10 novembre 1808, rapporté par Sirey, 1817, part. 2, pag. 26.

² Voyez, sur ces différents points, les décrets du 22 janvier 1808, et du 11 août 1811, rapportés par Sirey, tome 16, part. 2, page 309 et 391.

vrier 1822, avait déjà, quant au droit de pêche, établi cette distinction entre ces deux espèces de cours d'eau. Elle ne peut toutefois être fondée que sur ce que les uns sont considérés comme des dépendances du domaine public, et non les autres¹. Dans ces derniers, en effet, les propriétaires riverains ne sont assujettis qu'à livrer passage, dans le temps du flot, aux ouvriers du commerce de bois, chargés de diriger les bûches flottables et de repêcher les bûches submergées; tandis que si le cours d'eau est flottable sur train ou radeau, il entre dans le domaine public, et les propriétaires riverains sont tenus de livrer le marchepied ou chemin de halage, conformément aux articles 556 et 650 du Code; d'où il suit, du moins nous le croyons, que les riverains, dans les cours d'eau flottables seulement à bûches perdues, peuvent faire servir les eaux à l'irrigation de leurs propriétés, sans avoir besoin d'une concession spéciale; sauf, bien entendu, à l'administration supérieure à remonter le point à partir duquel seulement le cours d'eau est flottable à train ou radeau.

204. De la distinction ci-dessus, il résulte encore que le curage et l'entretien des cours d'eau seulement flottables à bûches perdues, sont, comme celui des autres petites rivières et ruisseaux, à la charge des propriétaires riverains²; au lieu que le curage et l'entretien des rivières flottables sur trains ou radeaux

¹ Voyez M. Favard, *Répertoire*, art. *Cours d'eau*, n° 1.

² Voyez la loi du 14 floréal an XI, concernant le curage des petites rivières.

sont à la charge de l'État, comme dépendance du domaine public.

202. Mais quand il s'agit d'une usine à établir, telle qu'une papeterie, un moulin à blé ou à huile, etc., l'autorisation de l'administration est nécessaire aussi, quoique l'établissement dût avoir lieu sur un simple cours d'eau flottable seulement à bûches perdues, et même sur toute espèce de cours d'eau devenue eau courante par sa sortie du fonds dans lequel elle a sa source. Et à cet égard, l'on doit, avant la construction, se conformer aux réglemens rendus sur la matière, et l'autorité doit observer les dispositions que nous avons rappelées plus haut.

203. Au surplus, les rivières navigables ou flottables ne sont telles que dans les parties où la navigation ou la flottaison peut avoir lieu : dès-lors, elles ne font partie du domaine public que dans ces endroits ¹; et dans les autres, les riverains peuvent les faire servir à l'irrigation de leurs propriétés; sauf, comme il a déjà été dit, à l'autorité à remonter le point de départ, afin d'empêcher une trop grande déperdition du volume d'eau.

204. Quant à ce droit de prise d'eau dans les rivières, les anciens auteurs ² faisaient, d'après le Droit romain, plusieurs distinctions dont voici la principale : si la rivière est navigable ou en rend une autre navigable, il n'est pas permis d'y faire des prises d'eau

¹ M. Favard, *Répertoire*, v° *Servitudes*, sect. 1.

² Notamment Barthole, sur la L. 2, ff. *de Fluminib.*, et après lui Cæpolla, *Tract. de Servit. præd. rust.*, cap. 4, n° 30 et seq.

sans une concession de l'autorité supérieure; mais on le peut si elle n'est point navigable et si elle n'en rend pas une autre navigable. Au moyen de la prohibition de faire des prises d'eau dans les rivières simplement flottables, à train ou radeaux, ces distinctions sont, en général, sans objet, et elles seraient d'ailleurs d'une difficile application; car ce sont, comme le dit ce proverbe bien vulgaire, *les petites rivières qui forment les grandes*. C'est à l'autorité à les prohiber, même dans les endroits où les rivières navigables ou flottables ne le sont pas encore, si elle juge que le volume de l'eau puisse en être altéré d'une manière préjudiciable à la navigation ou à la flottaison; et pour cela, elle n'a qu'à remonter, par une déclaration, le point où la rivière sera désormais réputée flottable et dépendante du domaine public¹.

§ IV.

De l'usage aux eaux qui bordent ou traversent un héritage.

205. On vient de voir quelles sont les eaux qui dépendent du domaine public, et que, pour cette raison, les particuliers ne peuvent faire servir à l'irrigation de leurs propriétés sans une concession de l'autorité.

Quant aux cours d'eau qui ne sont point une dépendance du domaine public, les propriétaires riverains peuvent les faire servir à l'irrigation de leurs

¹ Quant à l'indemnité pour droit de pêche, qui pourrait être due en pareil cas aux propriétaires riverains, voyez l'article 3 de la loi du 15 avril 1829, sur la pêche fluviale.

héritages, et même à d'autres usages encore, sous les limitations qui seront déduites ci-après :

« Celui dont la propriété borde une eau courante, « autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538, au titre *de la Distinction des biens*, peut s'en servir à son passage « pour l'irrigation de ses propriétés.

« Celui dont cette eau traverse l'héritage peut « même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, « mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses « fonds, à son cours ordinaire. » (Art. 644.)

206. Les eaux de cette espèce, *aqua profluens*, n'appartiennent, à proprement parler, à personne ; elles sont, comme élément, au nombre des choses *communes*, et deviennent, à ce titre, la propriété du premier occupant, sous l'observation toutefois des lois qui règlent la manière d'en jouir. (Art. 714.)

207. Ces eaux diffèrent, sous ce rapport, de celles d'une source, qui, tant qu'elles sont encore dans le fonds où est la source, ou dans les fonds inférieurs qui pourraient y avoir acquis des droits, appartiennent réellement aux propriétaires de ces mêmes héritages (art. 641 et 642), mais qui deviennent aussi des eaux courantes, *aqua profluens*, dès qu'elles en sont sorties.

208. Toutefois, le sol sur lequel coulent ces cours d'eau est, selon nous, la propriété des riverains, puisque, d'après l'article 561, les îles, îlots et atterrissemens qui s'y forment leur appartiennent¹ ; ce qui

¹ Voyez tome précédent, n° 421.

ne serait pas, d'après le principe consacré par l'article 560, si ce sol devait être considéré comme une propriété publique ou communale. De plus, la loi du 14 floréal an xi met le curage de ces cours d'eau à la charge des riverains, tandis que celui des fleuves et rivières navigables ou flottables est à la charge de l'État. Peu importe que, dans le cas où une rivière, même non navigable ni flottable, se forme un nouveau cours, en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent le lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé ; car ils ne le reçoivent de la loi qu'à titre d'indemnité (art. 563) : c'est là une disposition de pure équité, une simple modification du principe, qui ne le combat nullement. En sorte que si, par l'effet du temps ou de quelque événement de force majeure, le lit d'un ruisseau se trouvait desséché, les propriétaires riverains se le partageraient comme ils feraient à l'égard d'une île ou d'un atterrissement. On a contesté, dans ces derniers temps, la justesse de ce principe, mais nous croyons que c'est bien à tort.

209. Puisque chaque propriétaire riverain d'un cours d'eau non dépendant du domaine public peut le faire servir à l'irrigation de sa propriété, il s'ensuit qu'il peut, par cela même, faire tout ce qui est nécessaire pour cet objet. Ainsi, il peut pratiquer dans le cours d'eau des saignées ou rigoles pour faire dériver l'eau dans son fonds. Il peut aussi établir un barrage, une écluse ou tout autre ouvrage d'art, pour procurer

à l'eau un exhaussement propre à la faire refluer dans le fonds, à la charge par lui néanmoins de se conformer aux réglemens, qui ne permettent pas d'arrêter le cours de l'eau de manière à la faire refluer dans les héritages supérieurs ou coriverains contre le gré des propriétaires.

Mais celui qui est séparé du cours d'eau par un chemin public ou communal, ou même par un chemin particulier appartenant à un tiers, n'est point riverain, et par conséquent il n'a pas le droit, si le coriverain ou les riverains inférieurs s'y opposent, de prendre l'eau à la rivière ou ruisseau, quand bien même, dans le premier cas, il aurait obtenu de l'administration municipale, et, dans le second, du propriétaire du chemin, l'autorisation de faire les travaux nécessaires pour faire parvenir les eaux à son fonds. La concession de la loi est en faveur des propriétaires riverains; elle ne parle pas de ceux qui ne sont point riverains.

210. La loi du 12 août 1791, sanctionnée le 20, charge les administrations départementales, représentées aujourd'hui par les préfets et les conseils de préfecture, de rechercher les moyens de procurer le libre cours des eaux, d'empêcher que les prairies ne soient submergées par la trop grande élévation des écluses des moulins, et par les autres ouvrages d'art établis sur les rivières; de diriger enfin, autant que possible, toutes les eaux de leur territoire vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation. Nous en avons parlé plus haut.

211. Les articles 15 et 16 du titre 2 de la loi des

28 septembre et 6 octobre 1791, sur *la Police rurale*, portent aussi que « Personne ne pourra inonder l'héritage de son voisin, ni lui transmettre volontairement les eaux d'une manière nuisible, sous peine de payer le dommage, et une amende qui ne pourra excéder la somme du dédommagement. »

Ces dispositions ne sont, au reste, que l'application du principe érigé en loi par l'article 1382 du Code civil, que tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

242. Les tribunaux civils seraient donc compétens pour connaître d'une telle réclamation, sans préjudice des attributions de l'autorité administrative pour faire abaisser les écluses et les barrages élevés au-delà du point convenable.

243. L'un des riverains ne pourrait non plus pratiquer des travaux sur le fonds de l'autre sans l'assentiment de celui-ci, ni même y appuyer une écluse ou tout autre ouvrage pour faire dériver plus abondamment les eaux dans le sien. Il s'attribuerait de la sorte une servitude sur le fonds voisin, et la loi ne lui en donne pas le droit. Elle ne reconnaît même pas à l'un des propriétaires d'un mur mitoyen celui de placer des poutres dans toute l'épaisseur du mur : il est obligé de laisser deux pouces (art. 657). Or, on peut assimiler le lit d'un cours d'eau à un mur mitoyen, en ce qui touche la copropriété. Dans l'un comme dans l'autre cas, chacun des voisins est propriétaire de l'objet jusqu'à son point milieu. L'indivi-

sion n'est, à proprement parler, que nominale, la communauté n'est que *pro regione, pro diviso*. Mais aussi, comme lorsqu'il s'agit d'un mur mitoyen, la loi autorise chacun des copropriétaires à placer des poutres dans ce mur au-delà du point milieu, sauf à l'autre à les faire réduire à l'ébauchoir, dans le cas où il voudrait en asseoir à la même place, ou y adosser une cheminée (*ibid.*); par la même raison, l'un des riverains peut aussi, suivant nous, faire avancer ses ouvrages au-delà du point milieu du cours d'eau, pourvu qu'il ne les appuie pas sur le fonds de l'autre, et qu'il ne fasse pas, de la sorte, refluer l'eau chez le riverain; sauf à ce dernier, s'il veut en établir à la même place, à forcer le voisin à réduire les siens jusqu'à la ligne séparative. De cette manière, les principes sur la propriété sont respectés, et les règles sur la mitoyenneté et les obligations qui naissent du voisinage sont également appliquées.

244. Les riverains, en effet, ont des droits égaux, du moins en général; le cours d'eau, sous ce rapport, est une propriété commune, et par conséquent le riverain opposé peut empêcher que l'autre ne s'attribue toute l'eau, ou même une portion plus considérable que la sienne, et, d'après cela, exiger que les travaux soient construits ou rectifiés de manière que l'eau soit répartie également.

245. Tel est le principe, mais il serait subordonné, dans son application, aux stipulations qui auraient pu avoir lieu entre les intéressés, aux réglemens locaux sur l'usage des eaux, et à l'intérêt de l'agricul-

ture, qui demandera ordinairement que le fonds le plus étendu jouisse d'une portion d'eau plus considérable. Aussi l'article 645 porte-t-il que « s'il s'élève « une contestation entre les propriétaires auxquels « ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en « prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agricul- « ture avec le respect dû à la propriété ; et, dans « tous les cas, les réglemens particuliers et locaux « sur le cours et l'usage des eaux doivent être obser- « vés. »

216. Ainsi, la première chose à observer, ce sont les réglemens particuliers que les intéressés auraient faits entre eux, sans qu'on puisse toutefois les opposer à ceux dont ils léseraient les droits et qui ne les auraient point souscrits, eux ou leurs auteurs.

S'il n'y a pas de réglemens particuliers, ou si ceux qui existent sont insuffisans pour régler le point en contestation, il faut s'attacher aux réglemens locaux. Et ces réglemens sont ceux de l'ancienne administration, même féodale, en tant qu'elle avait la police des eaux qui ne dépendaient point du domaine public (voy. *infra*, n° 228), à moins qu'il n'y ait été dérogé par des réglemens de la nouvelle administration ; et ceux de la nouvelle administration ont été établis ou par les administrations départementales, ou bien, depuis la nouvelle organisation administrative, par les préfets, statuant en conseil de préfecture.

Enfin, s'il n'y a aucuns réglemens, ni particuliers, ni locaux ou administratifs, les tribunaux doivent s'attacher à concilier l'intérêt de l'agriculture avec le

respect dû à la propriété ; c'est-à-dire que les propriétaires supérieurs ne doivent pas absorber toutes les eaux au préjudice des propriétaires inférieurs ; car l'on sent très-bien que , quoique les premiers doivent les rendre à leur cours naturel après s'en être servi, néanmoins l'absorption est si considérable, surtout dans les temps de sécheresse, qu'ils pourraient, de la sorte, priver totalement de l'usage aux eaux les propriétaires inférieurs ; et c'est ce que l'article 645 a pour but d'empêcher.

217. La loi 17, ff. *de Servit. præd. rust.*, veut que, dans la répartition des eaux courantes entre les coriverains, on ait égard à l'étendue respective des fonds. Le principe de cette loi est juste, mais il ne devrait néanmoins s'appliquer qu'avec certaines restrictions ; car le fonds le plus étendu ne demande pas toujours la plus grande quantité d'eau. La latitude que notre article 645 laisse aux juges, en les obligeant toutefois à observer les réglemens particuliers que les intéressés peuvent avoir faits, ainsi que les réglemens locaux sur l'usage des eaux, a mieux atteint le but que le législateur devait se proposer en pareille matière, celui de concilier l'intérêt de l'agriculture avec les droits attachés à la propriété.

218. Au reste, ce prescrit de notre loi ne s'applique pas seulement aux coriverains entre eux, il s'applique aussi aux propriétaires supérieurs à l'égard des inférieurs. Ainsi, les premiers ne pourront pas priver absolument les seconds de tout usage à l'eau ; ils seront obligés de la rendre à son cours naturel après

s'en être servi, sauf la déperdition inévitable causée par l'irrigation.

219. En sens inverse, les propriétaires d'usines, de moulins, par exemple, n'ont pas tellement droit à toute l'eau nécessaire à l'exploitation de leurs usines, qu'ils puissent en priver totalement les propriétaires supérieurs¹. Les tribunaux, en vertu de l'article 645, peuvent, dans l'intérêt de l'agriculture, comme par motif tiré du respect dû à la propriété, réprimer la prétention des propriétaires des usines à cet égard.

220. Cependant, quand il s'agit de moulins situés dans un pays où ils ne sont pas en grand nombre, et que, à cause des sécheresses, toute l'eau leur serait nécessaire, l'utilité publique réclamant, dans ce cas, l'irrigation des prairies devrait être suspendue tant que durerait cet état, à moins que des réglemens particuliers ou locaux, que les tribunaux doivent toujours observer d'après l'article 645 lui-même, ne voulussent quelque modification à l'application de notre principe.

221. Rien ne s'oppose, au surplus, à ce qu'un riverain renonce en faveur de l'autre ou d'un propriétaire inférieur, au droit de prendre l'eau; c'est là un objet d'intérêt privé, l'aliénation de l'un des attributs de la propriété, par conséquent la matière d'une convention licite.

222. Tel serait aussi le cas où le propriétaire des deux héritages coriverains se réserverait, en disposant de l'un d'eux, le droit de prendre exclusivement

¹ Voyez l'arrêt de rejet du 17 février 1809. Sirey, 1809, I, 316.

l'eau devant le fonds qu'il conserve, ou, en sens inverse, accorderait ce droit à l'acquéreur.

225. Tel serait encore le cas où l'acte d'aliénation porterait que le vendeur ne vend que *jusqu'au cours d'eau* : il serait par cela même censé se le réserver en son entier ; car celui qui vend jusqu'à *tel point* ne vend pas au-delà. Mais la simple désignation du cours d'eau comme confin n'emporterait point, seule, cette réserve, rien n'étant plus naturel que de limiter ainsi le fonds aliéné, sans qu'on doive en conclure que le vendeur a entendu se réserver entièrement le droit à l'eau, et surtout que l'acquéreur, qui sera soumis aux dégradations qu'elle peut causer, aux inondations qui peuvent avoir lieu, a entendu aussi renoncer aux avantages qu'elle peut lui procurer, surtout si le fonds par lui acquis était un jardin ou un pré, ou même une terre propre à le devenir. D'ailleurs, s'il s'agissait d'une vente, l'obscurité du contrat à cet égard s'interpréterait contre le vendeur. (Art. 1602.)

224. Enfin, l'un des riverains peut aussi acquérir, par rapport à l'autre, le droit exclusif à l'eau par le moyen de la prescription ; mais il faudrait pour cela qu'il en eût fait seul usage pendant le temps requis par la loi pour ce mode d'acquisition, et ce temps ne commencerait à courir que du jour où il aurait opposé une contradiction régulière au coriverain, et qui aurait empêché celui-ci de se servir de l'eau pendant tout ce temps, sans qu'il y ait eu d'ailleurs d'interruption de prescription ; autrement, eût-il joui seul de l'eau pendant tout ce temps, la prescription n'au-

rait jamais couru, parce que le riverain serait justement considéré comme ayant usé d'une pure faculté en ne se servant pas de l'eau, la jugeant probablement inutile ou nuisible à son fonds. Cette décision serait surtout particulièrement applicable, s'il existait, depuis le temps nécessaire pour la prescription, des travaux faits par le propriétaire qui a joui exclusivement de l'eau, et appuyés aussi sur le fonds de celui qui n'en a pas joui.

225. L'article 644, dans sa première partie, autorise bien un propriétaire riverain à se servir de l'eau pour l'irrigation de sa propriété, mais il ne dit pas si ce propriétaire peut la faire servir à un autre usage, par exemple à l'exploitation d'une usine, d'un moulin, à l'entretien d'un étang, etc.; ce n'est que la seconde disposition de ce même article, qui autorise, par la généralité de ses termes, l'usage de l'eau suivant la volonté du propriétaire, à la charge seulement de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire. Mais ce dernier propriétaire n'est pas un simple riverain, c'est celui dont l'eau traverse l'héritage, et qui est ainsi doublement riverain. La question que nous venons de poser doit être résolue d'après les distinctions suivantes.

226. Dans les principes du Code, le simple riverain ne peut faire servir l'eau qu'à l'irrigation de son fonds, par cela même que l'article 644, qui règle l'usage des cours d'eau, ne s'explique que sur l'irrigation, et détermine ainsi, d'une manière précise, l'objet de la concession de la loi.

Nous ne voulons toutefois pas dire par là qu'un tanneur, par exemple, un teinturier, ne pourraient prendre l'eau nécessaire à l'exercice de leur profession ; ils le pourraient même au moyen d'un canal qui la conduirait chez eux. La petite quantité qu'il leur en faut, comparativement à celle qu'absorbe l'irrigation d'un pré, justifie suffisamment cette décision.

227. De plus, d'après les réglemens généraux sur les cours d'eau, un riverain peut obtenir de l'administration l'autorisation d'élever une usine, un établissement, pour l'exploitation duquel il pourra prendre l'eau suivant le mode qui sera réglé par l'acte d'autorisation. Mais alors c'est un acte d'administration, plutôt que l'exercice du droit reconnu par le Code, puisqu'il ne s'agit point de l'irrigation des héritages riverains.

228. Quant aux établissemens de ce genre qui existaient déjà avant la révolution, en conformité des réglemens ou usages locaux, les lois nouvelles n'y ont porté aucune atteinte.

Avant 1790, dit M. Favard, au mot *Servitudes*, de son répertoire, les rivières non navigables ni flottables étaient, dans presque toute la France, considérées comme la propriété des seigneurs possédant des justices ou des fiefs. Ils y avaient exclusivement le droit de pêche et d'usine, et n'y permettaient l'établissement de moulins qu'à la charge d'une rente ou d'un cens en grain ou en argent. Dans les lieux où ils n'avaient pas la propriété de ces rivières, ils en avaient la police. Il n'y avait d'exception que dans les

cas où le roi, législateur suprême, croyait devoir s'attribuer une surveillance particulière sur les petits cours d'eau, dont le barrage aurait pu nuire à la navigation intérieure.

Il s'en est suivi, dit encore le même auteur, que des établissemens de tout genre ont pu être légalement construits sur les cours d'eau, soit par les seigneurs eux-mêmes, comme propriétaires des eaux, soit en vertu de leur permission, expresse ou tacite.

Lorsqu'ils ont été construits par les seigneurs, ou par suite de leur permission expresse, ils constituent une propriété parfaite.

S'ils l'ont été en vertu d'une permission tacite, consacrée par la prescription acquise, suivant l'usage des lieux, ce titre est aussi solide qu'un titre écrit.

Et si la permission n'a été donnée par les seigneurs que comme ayant la police des eaux, ce titre n'est pas moins fort que le serait aujourd'hui l'autorisation administrative, sauf les modifications résultant des lois nouvelles.

Ainsi, l'administration ne peut ordonner la destruction de ces établissemens qui existaient avant 1790, en vertu de permissions légales, ou dont l'existence sans trouble a acquis le temps de la prescription.

Telle est aussi la doctrine de M. Pardessus, qui l'a puisée dans une lettre du ministre de l'intérieur, de l'an XII, rapportée dans son traité *des Servitudes*, n° 94 et suivant.

229. On doit également décider, si la concession a été faite pour alimenter des étangs, ou si le droit est

acquis par la prescription, que les propriétaires des étangs peuvent continuer de faire servir le cours d'eau à leur remplissage et entretien, suivant le mode d'après lequel ils en ont constamment joui, quoiqu'ils ne soient riverains que d'un côté. Il en est de même à l'égard des étangs qui ne seraient point riverains, qui seraient séparés du cours d'eau par d'autres fonds appartenant au même propriétaire, ou à d'autres, dans le cas où l'usage à l'eau serait acquis par des conventions avec les parties intéressées, ou par la prescription. Le Code, en disant simplement que les propriétaires riverains peuvent faire servir l'eau à l'irrigation de leurs propriétés, n'a point entendu porter atteinte aux droits légitimement acquis d'après les lois ou usages en vigueur lors de sa promulgation. Le cours de la prescription a même pu se continuer sous son empire, car il s'agirait là d'une servitude apparente et continue, du moins généralement ¹ (art. 688 et 689), et il a maintenu l'acquisition, par le moyen de la prescription, des servitudes de cette espèce. (Art. 690.)

250. L'article 644, que nous expliquons, présente dans chacune de ses dispositions plusieurs autres points qui ne sont pas sans quelque difficulté.

Ainsi l'on peut se demander, sur la première, si un propriétaire riverain peut concéder valablement à un tiers le droit de prendre l'eau, par son fonds, au

¹ Nous verrons plus loin (n° 492), si une prise d'eau est toujours une servitude continue, même dans le cas où le concessionnaire ne devrait jouir de l'eau que pendant certains jours de la semaine, par exemple, le lundi et le jeudi.

cours d'eau , ou au canal creusé dans ce fonds , ou la faire servir à un autre héritage à lui appartenant et non riverain ?

Si , quand il se fait division d'un fonds riverain , les portions qui ne sont pas riveraines perdent le droit à l'usage de l'eau ?

Enfin , si un propriétaire riverain qui a augmenté l'étendue de son fonds par des acquisitions de terrains contigus , peut faire servir l'eau à ces nouvelles parties comme aux anciennes , en en prenant un volume plus considérable , et au détriment des autres intéressés ?

251. Sur la première question , on doit tenir que le riverain ne peut , sans le consentement du coriverain et des riverains inférieurs à qui la prise d'eau pourrait préjudicier , concéder l'eau à un tiers , soit pour que celui-ci la prît au cours d'eau lui-même , par le moyen d'un béal creusé dans le fonds riverain , soit pour qu'il la prît à un canal pratiqué dans ce fonds et servant à son irrigation ; et que le riverain ne peut non plus faire servir l'eau à un autre héritage à lui appartenant , mais non riverain. Il ne serait plus , en effet , dans les termes ni dans l'esprit de la loi : il imposerait de la sorte , au profit du fonds du tiers ou du sien , une servitude sur une chose dont il n'a pas la propriété , mais seulement l'usage pour un objet déterminé par elle. Il n'y a pas uniquement à considérer le passage de l'eau sur son fonds , le canal ou le fossé , il y a aussi à considérer l'eau comme eau courante , dont il a l'usage , il est vrai , mais sous certaines con-

ditions et pour un objet désigné, l'irrigation de son héritage riverain. Les intéressés pourraient donc s'opposer à l'exercice de la prise d'eau pour ce fonds non riverain.

252. Cette décision, au reste, ne serait point applicable au cas où le droit à l'eau au profit de ce fonds aurait été acquis par titre convenu avec les coriverains et les riverains inférieurs, alors intéressés directement à contester la prise d'eau, ou par prescription, ou enfin par suite de l'usage des lieux, dans les pays où il pouvait s'acquérir de cette manière; ce que nous paraît supposer le Code (art. 645), puisque c'est encore plutôt pour ce cas, que pour régler les droits des coriverains entre eux, que l'on peut concevoir l'utilité précise des usages locaux dont il parle.

253. Et dans toutes les hypothèses, celui ou ceux qui auraient fait la concession ou qui y auraient adhéré, ne pourraient ensuite s'opposer à l'exercice de la prise d'eau. Ils seraient non recevables à attaquer leur propre convention ¹.

254. On ne doit pas non plus tirer de notre décision principale sur cette première question, la conséquence que, dans le cas de la seconde, les copartageans dont les parts ne joindraient pas le cours d'eau seraient privés du droit d'en user. Il arrive souvent qu'un fonds, un pré, par exemple, ne présente qu'une face peu étendue le long d'un ruisseau, et que la division ne peut guère s'en faire de manière que chaque part aboutisse au cours d'eau, parce que ce

¹ Argument de la L. 11, ff. de *Servit. præd. rust.*

mode de distribution ne donnerait aux différentes portions qu'une largeur disproportionnée à leur longueur, et rendrait d'ailleurs nécessaires de nouveaux fossés pour conduire l'eau dans chacune d'elles : la division se fait alors dans un autre sens.

En pareil cas peut s'élever la question de savoir si les propriétaires des portions qui ne sont point riveraines ont conservé le droit à l'eau, soit par rapport aux propriétaires des parts riveraines, soit par rapport aux maîtres des fonds de l'autre rive, ou des propriétaires inférieurs.

Par rapport aux propriétaires des parts riveraines du fonds divisé, si l'acte de partage s'explique au sujet de l'eau, il n'y a pas de difficulté; on en suivra les dispositions. S'il ne s'explique pas, mais qu'au moment du partage il existât un fossé pour conduire les eaux dans toutes les parties du fonds, parce que c'était un pré ou un héritage d'un autre genre de culture à qui l'eau était également nécessaire ou utile, l'article 694 sera la règle à suivre, et conséquemment le fossé devra être maintenu pour fournir l'eau aux portions du fonds qui ne sont pas riveraines. C'est d'ailleurs là une destination de père de famille, qui vaut titre pour une telle servitude en pareil cas. Mais si le fonds était une terre labourable, un bois ou une vigne, comme généralement on ne pourrait voir de destination de père de famille dans le partage, quand même il existerait un fossé qui partirait du cours d'eau jusqu'au bout opposé de l'héritage, attendu que le fossé aurait plutôt été pratiqué pour conduire les

eaux au ruisseau que pour les y prendre, on déciderait que les propriétaires des parts non riveraines qui voudraient, par exemple, en faire des prés ou des jardins, n'auraient pas le droit de réclamer l'eau par les portions des autres. Ils ne sont point riverains, et aucune servitude à ce sujet n'ayant été réservée par l'acte de partage, ou établie par destination de père de famille, leur réclamation n'aurait aucune base.

Quant au droit des propriétaires de ces parts maintenant non riveraines, à l'égard des propriétaires de l'autre rive, ou inférieurs, on doit décider que, dans tous les cas où les maîtres de ces parts peuvent, d'après la distinction ci-dessus, réclamer l'eau à l'égard de leurs ci-devant copropriétaires, ils peuvent également en jouir à l'égard des coriverains et propriétaires inférieurs, nonobstant l'opposition de ceux-ci. La volonté de la loi n'a pu être que le partage privât ces portions de l'héritage divisé de l'eau qui leur était acquise, sur le seul motif que ces portions ne sont plus riveraines, qu'elles forment maintenant autant de fonds séparés. C'eût été, dans beaucoup de cas, mettre obstacle au partage des fonds de cette nature, quand la division, à raison de la forme de l'héritage, n'aurait pu s'opérer de manière à faire aboutir chaque part au cours d'eau; car la dépréciation qu'auraient nécessairement subie les portions désormais privées de l'eau, aurait détourné les copropriétaires d'opérer la division, que la loi voit toujours avec faveur, puisque toute convention qui aurait pour objet de l'empêcher est nulle (art. 815).

On ne répondrait pas d'une manière satisfaisante à ce raisonnement en disant que les copropriétaires peuvent faire leur partage de manière que le fonds en question entre dans le lot d'un seul, en attribuant d'autres objets aux autres, ou bien, s'il n'y en a pas, en le licitant ; car le premier parti n'est pas toujours possible, même quand il y aurait d'autres fonds pour former les autres lots ; et dans le cas contraire, la licitation n'est qu'exceptionnellement dans le vœu de la loi, c'est-à-dire lorsqu'il est de l'intérêt de tous qu'elle ait lieu, plutôt qu'une division matérielle qui déprécierait l'objet. En général, c'est le partage réel qu'elle favorise, parce que par lui chacun des enfans ou descendans jouit d'une portion du patrimoine paternel, au lieu d'avoir une somme d'argent dont la conservation est moins facile et la jouissance généralement moins douce. Quand l'article 645 veut que, s'il s'élève des contestations entre les divers propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux observent, avant tout, les *réglemens particuliers*, il a principalement en vue les conventions qui sont intervenues en pareil cas, et que l'on voit presque toujours dans les actes de partage ou d'aliénation de partie d'un fonds qui se servait du cours d'eau : comme une prairie, lorsque, par le mode de division adopté, toutes les parts n'aboutissent pas au ruisseau.

Autre chose est donc de vouloir attribuer à un fonds non riverain, *et de novo*, une prise d'eau, sans l'assentiment de tous ceux qui sont intéressés à s'y opposer, et la simple conservation d'un droit acquis à une

portion de fonds qui ne se trouve plus aujourd'hui riveraine. Si, dans ce dernier cas, l'on n'est plus, il est vrai, dans les termes mêmes de la loi, parce qu'on n'est plus riverain, on est du moins dans son esprit, parce que son esprit tend toujours au maintien des droits acquis. On est surtout dans une position digne de faveur, ce qu'on ne peut pas aussi bien dire dans le premier cas.

255. Sur la troisième question, qui est de savoir si un propriétaire riverain a le droit de faire servir l'eau aux additions qu'il a faites à sa propriété, en en prenant un volume plus considérable que précédemment, de manière que les autres intéressés n'en auraient plus suffisamment, on peut dire, pour l'affirmative, que les terrains acquis étant contigus au fonds riverain, ils ne forment maintenant avec lui qu'un seul et même fonds, quoiqu'ils fussent d'une culture différente; qu'il en doit être de ce cas comme de celui où un propriétaire n'a pas, jusqu'à ce jour, fait servir l'eau à telle ou telle partie de son fonds, parce qu'il ne l'y jugeait pas utile, ou par négligence, ce qui ne l'empêche assurément pas de l'y faire servir maintenant; que la loi ne détermine pas l'étendue des héritages à l'irrigation desquels leurs propriétaires peuvent faire servir les eaux; que ces héritages se sont successivement accrus ou diminués, et que peut-être ce que veut faire aujourd'hui le riverain, son coriverain, ou l'auteur de celui-ci, l'a fait de son côté; que l'opposition de ce dernier serait surtout bien mal fondée s'il employait lui-même les eaux à un fonds aussi

étendu ou plus étendu que ne l'est celui du voisin avec les nouvelles acquisitions ; enfin , que si celui-ci abusait de la faculté de prendre l'eau , les tribunaux , en vertu de l'article 645 , réprimeraient sa prétention , soit sur la demande des riverains , soit sur celle des propriétaires inférieurs.

Ces raisons sont sans doute très-fortes ; néanmoins nous pensons qu'on doit décider que ce propriétaire ne peut, au préjudice des autres intéressés, faire servir l'eau à ses nouvelles acquisitions, en en prenant un volume plus considérable que celui qu'il prenait précédemment ; et voici nos motifs.

Il est bien certain que , lorsque j'ai concédé à un propriétaire une prise d'eau à ma source pour l'utilité de tel fonds, ou pour telle partie de tel fonds, ce propriétaire ne peut, sans mon assentiment, faire servir l'eau à un autre fonds ou à une autre partie du fonds : il aggraverait ainsi ma condition, et tout au moins il changerait arbitrairement la destination et l'objet de la servitude. La L. 24, ff. *de Servit. præd., rust.* est formelle à cet égard. C'est aussi la décision de Cæpolla¹. Or, sans admettre précisément que les facultés ou les obligations légales relatives à la propriété des biens-fonds constituent de véritables servitudes, néanmoins on peut dire, par analogie, que la faculté accordée par la loi à un propriétaire riverain de se servir de l'eau pour l'irrigation de son fonds dans son état actuel, est comme la concession d'une servitude conventionnelle de prise d'eau pour tel fonds : d'où il suit que la rai-

¹ *Tract. de Servit. præd. rust.*, cap. 4, n° 17.

son qui empêche le concessionnaire conventionnel de faire servir l'eau à un autre fonds, est la même pour empêcher que le concessionnaire légal la fasse servir à d'autres parties de terrain que celles qui sont désignées par la loi ; car, de même que le premier aggraverait la condition du fonds assujetti, de même le second aggraverait celle des fonds riverains ou inférieurs, en faveur desquels aussi la loi stipule comme pour le sien.

Il pourrait, de la sorte, par des acquisitions successives ou par des acquisitions de terrains intermédiaires, faire servir l'eau à des fonds plus ou moins reculés du cours d'eau, et rendre vaine la disposition de la loi, qui ne l'autorise qu'à l'employer à l'irrigation de son fonds riverain, ce qui serait une source d'abus et de fraudes faites au droit des autres intéressés. En un mot, il attribuerait un droit à tel ou tel héritage qui en était auparavant privé, d'après ce que nous avons démontré sur la première question. Ces considérations nous paraissent suffisantes, et elles nous dispensent de réfuter les autres raisons qu'on pourrait faire valoir à l'appui de la prétention de ce propriétaire.

256. Il nous reste encore à faire quelques observations sur l'article 644.

Ainsi, d'abord, la faculté qu'il attribue à tout propriétaire riverain d'un cours d'eau non dépendant du domaine public, de se servir de l'eau pour l'irrigation de sa propriété, et à celui dont l'héritage est traversé par cette eau, d'en user à son passage, ne s'applique pas au cas où le cours d'eau qui borde ou traverse un

fonds est un canal creusé de main d'homme, appartenant au propriétaire d'un moulin ou de toute autre usine, pour l'exploitation de laquelle il a été établi¹. L'eau, pour ainsi dire, devenue captive, a pris la qualité de propriété privée, et elle restera telle tant qu'elle ne sera pas rendue à son cours ordinaire. D'anciens arrêts² avaient jugé en ce sens, et la cour de cassation³ a confirmé cette jurisprudence, fondée en raison et en principe.

257. Elle l'a même de nouveau sanctionnée⁴ dans une espèce où le tiers, qui offrait d'ailleurs subsidiairement une indemnité, s'appuyait sur le motif tiré de l'intérêt de l'industrie, et faisait valoir, en outre, la considération que la prise d'eau qu'il réclamait ne causerait, attendu l'abondance de l'eau, que peu ou point de préjudice au propriétaire du canal. Mais sa prétention, que ne favorisait pas assez puissamment aucun des articles 643, 645 et 682, n'en a pas moins été repoussée, et, il faut le dire, dans l'état actuel de la législation sur la matière, c'était avec raison; car le premier de ces textes ne déroge au grand principe, *nul ne peut être contraint de céder sa propriété*, qu'en faveur des habitans d'une commune, village ou ha-

¹ Voyez, sur un cas analogue, M. Henrion de Pensey, *Compétence des juges de paix*, page 262 et suiv., qui rapporte et analyse un arrêt de 1743, rendu d'après les mêmes principes.

² Des 13 décembre 1608, et 15 juillet 1656, cités par Lacombe, au mot *Eau*, n° 2.

³ Voyez l'arrêt du 28 novembre 1815, rendu par la section civile, et rapporté par M. Favard, *Répertoire*, au mot *Servitudes*, sect. 2, n° 1.

⁴ Arrêt de cassation, du 9 décembre 1818, rapporté aussi par M. Favard, *loco citato*.

meau ; le second, comme il est facile de s'en convaincre par son rapprochement avec l'article 644, ne statue que sur les eaux courantes qui n'appartiennent à personne, qui coulent dans un lit naturel et non dans un canal de main d'homme¹ ; enfin le troisième ne dispose que relativement à la cession forcée d'un passage pour le service d'un fonds enclavé qui n'a aucune issue sur la voie publique, et nullement quant à la concession d'une prise d'eau, qui, tout utile quelle pût être, n'a cependant pas encore été envisagée par le législateur comme intéressant le bien général au même degré, puisqu'il n'a porté aucune disposition sur ce cas. L'arrêt est donc parfaitement conforme aux principes actuels.

258. Mais en considérant le brillant essor qu'a pris l'industrie depuis la paix ; en songeant qu'une fabrique, une manufacture, réunit sur un même point mille bras qui répandent l'aisance dans une contrée, et que souvent le plus petit filet d'eau peut suffire à son exploitation, on est porté à désirer une modification de ces mêmes principes, qui permet, comme lorsqu'il s'agit d'un simple passage, de pouvoir exiger la cession du

¹ La cour de cassation a toutefois jugé, par arrêt de cassation du 10 avril 1821, rapporté par M. Favard, *Répertoire*, au mot *Servitudes*, sect. 2, § 1, que l'article 645 est applicable aux eaux d'une source auxquelles plusieurs ont des droits, encore qu'ils en eussent joui depuis très-long-temps sans un règlement particulier fait entre eux ; que même, dans ce cas, les juges doivent statuer sur la distribution des eaux entre les divers intéressés, quand ils sont régulièrement saisis de la demande de l'un d'eux à cet égard. Cet arrêt n'est pas contraire à celui qui est cité *suprà*, n° 187, car, dans l'espèce de ce dernier, les propriétaires inférieurs invoquaient l'application de l'article 645 vis-à-vis du propriétaire de la source lui-même.

droit de prendre, dans un pareil cours d'eau, et aussi dans des cours d'eau naturels, et moyennant une juste et préalable indemnité, l'eau dont l'utilité tournerait évidemment à l'avantage du bien général, ou un passage pour les eaux sur le terrain d'autrui, pourvu néanmoins que les intérêts du propriétaire n'en souffrissent pas une trop grave atteinte. L'administration a sans doute une certaine latitude à cet égard, mais son intervention ne peut toujours avoir lieu ¹ ; elle s'exerce avec plus ou moins de lenteur, et surtout avec plus ou moins de difficulté : celle des tribunaux serait donc préférable dans le cas dont nous venons de parler, tant qu'il ne s'agirait seulement que d'obliger le propriétaire des eaux à en faire la cession moyennant une juste indemnité, ou à céder un passage aux eaux sur son terrain. Pour cela il faudrait une disposition législative semblable à celle de l'article 682, mais que la cour suprême a reconnu, avec raison, ne pas exister.

259. Dans l'espèce dont il vient d'être question, un riverain ou le propriétaire dont l'héritage est traversé par le cours d'eau, peut acquérir le droit de prendre l'eau dans le canal, soit par titre, soit par prescription ² ; alors il y aura une véritable servitude (*aquæ-*

¹ Parce que l'utilité générale n'est pas directe, comme lorsque la chose dont elle réclame la cession doit être affectée à un usage public.

² Lacombe, au mot *Eau*, n° 2, en citant les arrêts des 13 décembre 1608 et 15 juillet 1656, précités, dit *que la possession n'en peut acquérir le droit*. Nous ne voyons pas pourquoi elle ne le pourrait, si elle a réuni toutes les conditions exigées par la loi, si elle a été paisible, publique, non équivoque et à titre non précaire. La loi ne fait pas plus exception pour ce cas que pour tout autre. Ce sera aux tribunaux à bien examiner les caractères qu'a eus la possession. Il faudra notamment qu'il y ait eu des travaux apparens, attendu qu'aux termes de l'article 689, les servitudes apparentes,

ductus) établie par le fait de l'homme, qui sera régie par les principes qui régissent les servitudes de cette classe.

240. Nous venons de raisonner dans l'hypothèse où le maître du moulin ou de l'usine est propriétaire du canal.

Mais il n'est pas toujours facile de bien juger s'il en jouit à titre de propriétaire, ou seulement *jure servitutis*, parce qu'en effet il est possible qu'il n'y ait pas de titre, ou que celui qui est produit ne s'explique pas clairement sur la nature de la concession, par exemple, s'il se borne à dire : *Un tel aura le droit de pratiquer un canal dans tel fonds pour conduire l'eau au moulin qu'il se propose de construire* ; et, dans l'un ou l'autre cas, parce qu'il est possible aussi que le propriétaire de l'usine n'ait fait aucun des actes qui rendent plus ou moins manifeste la propriété du canal, comme serait d'en emporter le rejet à chaque fois qu'il est curé, de percevoir les herbes ou autres produits qui se trouveraient sur ses bords, etc.

La difficulté est sérieuse, et la question importante ; car si le propriétaire de l'usine est aussi propriétaire du canal, le riverain, ou celui dont l'héritage en est

et qui sont les seules qui puissent aujourd'hui s'acquérir par prescription (691), sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Or, on ne regarderait pas la servitude comme apparente par cela seul qu'on verrait simplement l'eau couler, mais parce qu'on aurait fait des ouvrages extérieurs, apparens, pour la prendre dans le canal et la faire couler dans le fonds ; et ces travaux devraient avoir été faits par celui qui invoque la prescription, par argument de l'article 642 ; et, d'après ce que nous avons dit sur cet article, ils devraient l'avoir été dans une partie du canal sur lequel on prétend que la prise d'eau se trouve acquise.

traversé, ne peut, comme on vient de le voir, se servir de l'eau qu'autant qu'il en aurait acquis le droit par titre ou par prescription. Si, au contraire, son fonds n'est grevé que d'une simple servitude de conduite d'eau, ce propriétaire ne peut rien faire sans doute qui diminue l'usage de la servitude quant à l'objet pour lequel elle a été établie, mais il peut du moins se servir du superflu de l'eau, soit quand l'usine est en chômage, soit lorsque les eaux sont très-abondantes : en un mot, ses obligations et ses droits à cet égard seraient écrits dans l'article 701, qui deviendrait le régulateur des prétentions respectives des parties.

Il paraît que les arrêts des 13 décembre 1608 et 15 juillet 1656, précédemment cités, en interdisant au propriétaire du fonds traversé par un canal creusé de main d'homme, d'y prendre l'eau pour l'irrigation de son fonds, ont statué dans des espèces où il n'y avait même pas de titres qui décidassent positivement que le canal était la propriété du maître du moulin ; que ce n'est que par présomption et conjecture que les parlemens l'ont ainsi jugé ; car Lacombe, au mot *Eau*, n° 2, dit, en citant ces arrêts : « Le propriétaire du
« moulin est censé propriétaire de la biez ou du canal
« qui y conduit l'eau, et qui est fait de main d'homme ;
« ainsi les propriétaires des prés près desquels passe
« la biez ou le canal du moulin n'en peuvent prendre
« l'eau pour les arroser sans un titre exprès, et la
« possession n'en peut acquérir le droit. »

Henrys ¹ raisonne de la même manière. « Il faut

¹ Tome II, liv. 4, quest. 149.

« croire, dit-il, que le propriétaire du moulin, avant
 « de le bâtir, s'est assuré de la prise d'eau et du pas-
 « sage d'icelle, et que par conséquent il est proprié-
 « taire de l'eau et du canal. »

La conséquence ne nous paraît nullement néces-
 saire, puisque ce peut être aussi bien à titre de servi-
 tude, qu'à titre de propriétaire du terrain sur lequel
 règne le canal, qu'il a acquis le droit de l'y prati-
 quer.

M. Favard dit aussi, dans son *Répertoire*, v^o *Servi-
 tudes*, que « du fait seul de la construction d'un canal
 « sur son terrain ou *sur celui d'autrui* résulte une pré-
 « somption de droit de la propriété exclusive de ce
 « canal. »

Mais il nous semble qu'une présomption de Droit
 doit être établie par une loi : or, nous n'en connais-
 sons pas, et on n'en cite pas qui établisse cette pré-
 tendue présomption à l'égard du canal creusé dans *le
 terrain d'autrui*. Il y en a même une qui établit la pré-
 somption contraire : c'est l'article 552, qui porte que
 la propriété du sol emporte la propriété du dessus et
 du dessous.

Dans les espèces sur lesquelles sont intervenus les
 arrêts de la cour de cassation que nous avons cités, les
 cours royales ayant jugé en fait, d'après les circon-
 stances de la cause, et peut-être, nous l'avouerons,
 d'après la présomption consacrée par l'ancienne juris-
 prudence, que le propriétaire de l'usine l'était aussi
 du canal, la cour suprême n'avait plus qu'à procla-
 mer les principes exposés sur ce cas : aussi ses déci-

sions ne nous paraissent-elles point avoir porté sur l'objet de la difficulté actuelle.

Il en eût été autrement que, malgré le juste respect qu'elles nous inspirent, nous n'aurions pu y souscrire pour le cas où la question aurait dû se décider d'après les principes des lois nouvelles ; car le Code, qui a spécialement reconnu des présomptions de propriété exclusive dans plusieurs circonstances, n'en a point établi de semblable dans l'espèce dont il s'agit ; dès-lors celle alléguée par Lacombe, Henrys et M. Favard de Langlade, ne peut être aujourd'hui qu'une présomption de fait seulement ; or, le juge ne peut se déterminer par le secours d'une telle présomption que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale (art. 1353), c'est-à-dire, en général, quand l'objet du litige n'excède pas une valeur de 150 francs.

On doit donc, du moins dans les questions qui auraient pris naissance sous le Code, en revenir aux principes généraux, et les principes généraux veulent que, dans le doute, la présomption soit en faveur de l'obligation la moins onéreuse ; spécialement en matière de servitude, que l'on incline pour la charge la moins grave ; et conséquemment enfin que, dans l'incertitude s'il y a eu concession de la propriété du terrain sur lequel est pratiqué le canal, ou simplement la servitude de conduite d'eau, on se décide plutôt pour la servitude, comme moins onéreuse au fonds qu'un démembrement de ce même fonds.

Nous ne déciderions autrement qu'autant que la possession du canal aurait eu régulièrement et conti-

nuellement les caractères qui indiquent le droit de propriété : comme si le propriétaire de l'usine, en le nettoyant, en avait emporté constamment le rejet, s'il avait pris les herbes ou autres produits qui croissent sur ses bords, etc. Mais, dans le cas contraire, il est présumé, selon nous, n'en avoir joui qu'à titre de servitude.

240 *bis*. On voit, d'après l'article 644, qu'il y a une importante distinction à faire entre celui dont l'héritage est bordé par une eau courante non dépendante du domaine public, et celui dont cette eau traverse l'héritage. Le premier peut seulement s'en servir à son passage pour l'irrigation de sa propriété, et encore, quoique l'article ne le dise pas expressément, à la charge de rendre l'eau après s'en être servi, à son cours naturel ; sauf la déperdition nécessairement causée par l'absorbstion. Le second peut s'en servir comme il l'entend, à la charge aussi, et l'article est positif à cet égard, de la rendre à son cours naturel à la sortie de son fonds. Son droit est donc bien plus étendu, puisqu'il n'est point contrebalancé par celui d'un coriverain. Aussi, avec l'autorisation de l'administration, il peut établir toute espèce d'usine, comme moulin à blé ou à huile, papéterie, fabrique, maillerie à foulon, scie à eau, etc., ce que ne pourrait faire que très-difficilement le riverain d'un seul côté, qui n'aurait pas obtenu le consentement du coriverain à l'effet d'appuyer ses ouvrages sur le terrain de celui-ci, soit pour d'autres raisons encore.

Au reste, celui qui possède les deux fonds corive-

rains est parfaitement dans le cas de la seconde partie de l'article 644, encore bien que ces deux fonds fussent de culture différente; car, pouvant, si cette différence de culture était alléguée contre lui, pour prétendre qu'il y a deux fonds et non un seul, et que l'article parle d'un seul fonds, la faire cesser à sa volonté, il est à croire que le Code n'y a eu aucun égard.

241. Nous terminerons nos observations sur les droits des particuliers à se servir des eaux courantes qui ne sont point des dépendances du domaine public, en résumant ce que nous avons déjà dit, que, d'après les lois des 12 août 1790 (chap. 6), 23 septembre — 6 octobre 1791 (tit. 2, art. 16), 14 floréal an xi, 16 septembre 1807 (tit. 7), c'est à l'autorité administrative à rechercher et indiquer les moyens de procurer le libre cours des eaux, d'empêcher que les prairies ne soient submergées par la trop grande élévation des écluses des moulins et par les autres ouvrages d'art établis sur les rivières, de diriger enfin, autant qu'il est possible, toutes les eaux de chaque territoire vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation; de déterminer en conséquence la hauteur des déversoirs des moulins et autres semblables établissemens, de manière que les eaux ne nuisent à personne; d'en faire opérer le curage lorsqu'il est devenu nécessaire, et de fixer la distance qui doit être observée entre ces établissemens, afin qu'ils ne se nuisent pas réciproquement.

242. Pour remplir ces vues d'utilité publique, le préfet qui a l'exercice des pouvoirs administratifs, que

la loi du 12 août 1790 et autres suivantes avaient confié aux administrations centrales, peut faire les réglemens nécessaires, ordonner les travaux qu'il juge convenables, défendre ceux qu'il croit nuisibles; et le devoir des tribunaux est de respecter ces actes de l'administration ¹.

Mais le préfet ne doit porter aucune atteinte à la *propriété particulière*, aux *droits légitimement acquis*: son pouvoir se borne à la *police* des eaux, c'est-à-dire à une espèce de providence, toute dans *l'intérêt général*. Il ne statue point *entre les personnes*, comme les tribunaux; il prescrit une *règle commune* applicable *aux choses*, quels qu'en soient les possesseurs ².

Il doit aussi avoir soin de ne point empiéter sur le pouvoir réservé au roi de faire les réglemens d'administration publique.

245. Par application de ces principes, une ordonnance du roi, du 14 août 1822 ³, a décidé, ⁴

1° Que les préfets peuvent faire des dispositions administratives pour régler un cours d'eau qui n'est ni navigable ni flottable;

2° Que ces arrêtés ne peuvent être l'objet d'un pourvoi au conseil d'État s'ils n'ont pas été préalablement déférés au ministre de l'intérieur ⁴;

¹ Instruct. sur la loi du 22 décembre 1789. — Loi du 24 août 1790, tit. 2, art. 13. — Loi du 16 fructidor an III. — Cod. civ., art. 714. — Cod. pén., art. 127. Voyez le *Répertoire* de M. Favard, au mot *Servitudes*, sect. 2, § 1, n° 12.

² M. Favard, *loc. cit.*

³ L'espèce sur laquelle elle est intervenue se trouve dans le même *Répertoire*, à l'endroit ci-dessus cité.

⁴ Telle est en effet la hiérarchie administrative; et c'est contre la décision du ministre que peut avoir lieu le recours au conseil d'État.

3° Que les contraventions à ces réglemens de police¹ ne peuvent être jugées que par les tribunaux ordinaires ;

4° Que les tribunaux sont de même seuls compétens pour juger une question de propriété résultant, soit d'une possession immémoriale, soit de titres anciens ;

5° Que les préfets commettent un excès de pouvoir lorsqu'ils ordonnent, à l'égard de ces cours d'eau, des mesures de nature à faire l'objet d'un règlement d'administration publique.

Ainsi, l'administration elle-même ne peut, par des mesures de police concernant les eaux, porter atteinte aux droits acquis.

244. Et quand il s'élève une difficulté au sujet des eaux, les juges de paix qui en sont saisis comme juges du possessoire doivent s'abstenir de prononcer sur ce qui touche le fonds du droit, même quand il ne s'agirait que de la quantité d'eau réclamée par chacun des contendans : ils cumuleraient ainsi le pétitoire avec le possessoire, et violeraient la plus importante des règles qui fixent leurs attributions. Ils doivent donc se borner à réprimer les entreprises qui ont été faites dans l'année, en ordonnant le rétablissement des lieux dans leur premier état, ou maintenir en possession, suivant les circonstances du fait.

¹ Par des entreprises faites par un particulier au préjudice d'un autre.

SECTION II.

DU BORNAGE.

SOMMAIRE.

245. *Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage : il se fait à frais communs.*
246. *De l'action de bornage dans le Droit romain.*
247. *La loi du 24 août 1790 et le Code de procédure civile mettaient dans les attributions des juges de paix l'action en déplacement de bornes, mais non celle de bornage : différence entre ces deux actions.*
248. *Beaucoup de personnes voulaient cependant placer l'action en bornage primitif dans les attributions des juges de paix.*
249. *Et même un grand nombre de juges de paix avaient confondu les règles de la compétence à cet égard.*
250. *Dispositions de l'article 6 de la loi du 25 mai—6 juin 1838, sur les justices de paix.*
251. *Dispositions de l'article 3 du Code de procédure civile.*
252. *Aujourd'hui les juges de paix connaissent, à charge d'appel, de l'action en bornage primitif, mais lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés.*
253. *Qu'entend-on par ces mots, lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés?*
254. *Dans le cas où la propriété ou les titres qui l'établissent sont contestés, le juge de paix est incompétent pour connaître de l'action en bornage, même en premier ressort ; l'action, dans ce cas, est restée dans les attributions des tribunaux ordinaires, comme touchant à la propriété.*
255. *Importance de la distinction dans le cas où il s'agit de limiter par des bornes les biens de la femme dont le mari a l'administration, et ceux des mineurs et interdits.*
256. *Pour régler les confins, on suit, en général, les titres les plus anciens.*
257. *Le bornage peut être réclamé aussi par les emphytéotes et les usufruitiers.*

258. *Il peut l'être aussi contre une commune et contre l'État.*

259. *Un des voisins ne peut se refuser à planter des bornes, sur le seul motif qu'il existe des arbres ou des buissons qui limitent suffisamment les fonds.*

260. *Le bornage n'est pas attributif, mais seulement déclaratif de la contenance; conséquence : modification que peut souffrir ce principe.*

245. Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës.

Le bornage se fait à frais communs. (Art. 646.)

Le droit de pouvoir le réclamer est fondé sur une obligation qui naît du voisinage, et il peut être exercé à toute époque. Il est imprescriptible, parce que la cause qui le produit est toujours existante.

Le bornage a pour objet de régler les confins des héritages, afin de prévenir les empiétements : aussi les anciens avaient-ils mis leurs champs sous la protection du dieu *Terme*¹.

246. L'action de bornage chez les Romains avait pour effet d'obliger le propriétaire du fonds attenant à contribuer, pour sa part, à la fixation d'un espace vide de cinq pieds entre les deux fonds limitrophes ; ce qui devait enlever de notables parties de terrain à l'agriculture. On appelait *finis agrorum* cet espace qui, d'après la loi des Douze-Tables, était imprescriptible² ; et les fonds limitrophes étaient appelés *confines*, *propter finium communitatem*³.

¹ Chaque borne représentait ce Dieu :

Termine, vel lapis, tu quoque numen habes.

OVID. Fast. II.

² Mais il l'est devenu par la suite, suivant la loi dernière au Code, tit. *Finium regund.*, et c'était par la prescription de trente ans.

³ Voy. la L. 5, Cod. au même titre; et la L. 4, § 10, ff. aussi au même titre.

Elle avait aussi pour objet la revendication des empiétements ou usurpations faites par l'un des voisins au-delà du confin, soit sur l'espace, ce qui le rejetait sur le fonds de l'autre, soit sur le fonds même de celui-ci¹; et c'est pour cela que la loi 1, ff. à ce titre, dit : *finium regundorū actio in personam est, licet pro vindicatione rei est*².

Indépendamment de cette action, il y avait celle pour cause de déplacement de bornes³. Elle était criminelle, car c'était un crime que d'arracher ou déplacer les bornes⁴; c'était un outrage à la religion.

247. La loi du 24 août 1790, et l'article 3 du Code de procédure civile, mettent dans les attributions des juges de paix la connaissance des actions pour dommages aux champs, fruits et récoltes; *déplacement de bornes*⁵, usurpation de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commis dans l'année; pour entreprise sur les cours d'eau, commises pareillement dans l'année, et de toutes autres actions possessoires.

¹ L. 8, ff. *hoc. tit.*

² Telle est aussi la raison pour laquelle, suivant Pothier, sur la L. 37, § 1, ff. *de Oblig. et action.*, l'action de bornage est qualifiée *mixte*, comme celle de partage, *quòd et vindicationem quamdam constituunt, et simul præstationes multas personales.*

³ Voyez au Digeste et au Code, le titre de *Termino moto.*

⁴ L. 4, § 4, ff. *Finium regund.*

Voyez, quant à la peine portée contre ce genre de délit par nos lois, l'article 456 du Code pénal.

⁵ Bien entendu quand l'action est intentée au civil; car si elle l'était au criminel, le juge de paix, même jugeant en police, serait incompétent pour en connaître, puisque le délit entraîne une peine correctionnelle; et cette peine étant de plus de cinq jours d'emprisonnement et d'une amende qui excède 15 fr., ne peut être appliquée par les juges de paix, mais par les tribunaux correctionnels. (Art. 137, Cod. d'instr. crim., et 456, Cod. pén., combinés.)

Mais l'action en déplacement de bornes n'est point l'action de bornage : celle-ci ne suppose pas que le bornage a déjà eu lieu, comme celle en déplacement de bornes le suppose.

Dans cette dernière, il ne s'agit que du fait de déplacement des bornes, commis dans l'année, et l'office du juge de paix consiste à en ordonner le rétablissement, afin de maintenir le demandeur dans la possession où il est du terrain qui était renfermé dans les bornes quand elles existaient dans leur état primitif, et à condamner le défendeur aux dommages-intérêts, s'il y a lieu : c'est donc une véritable action possessoire ; aussi le juge de paix n'est-il compétent pour en connaître que dans l'année du trouble : passé ce temps, la cause, s'il y a usurpation prétendue, doit être portée au pétitoire, parce qu'il s'agit alors, non plus de la simple possession, mais de la propriété du terrain objet de la contestation.

Au contraire, l'action de bornage primitif, jusqu'à la loi du 25 mai-6 juin 1838, sur *les justices de paix*, avait été considérée comme touchant ou du moins comme pouvant toucher au droit de propriété, et en conséquence, elle n'avait point été mise dans les attributions des juges de paix, mais bien laissée, au contraire, dans celle des tribunaux ordinaires. L'on s'était dit : ou les parties sont d'accord sur leurs limites respectives, et dans ce cas, elles peuvent elles-mêmes planter leurs bornes et dresser un acte de cette plantation. Si elles ne savent pas écrire et qu'elles veulent éviter le coût d'un acte notarié, elles peuvent

s'adresser au juge de paix, en prorogeant sa juridiction, ainsi qu'elles en ont le droit (art. 7, Cod. de procéd.), et ce magistrat dressera procès-verbal de la plantation des bornes. Sont-elles, au contraire, en discussion sur les véritables limites, alors l'action de bornage touche réellement au droit de propriété; ce n'est plus là une simple action possessoire, et le juge de paix est incompétent pour en connaître, même à la charge de l'appel; car il ne connaît pas des questions de propriété; il doit même soigneusement éviter de cumuler le pétitoire avec le possessoire: il y aurait excès de pouvoir de sa part s'il le faisait. D'après ces motifs, on avait cru devoir maintenir l'action en bornage dans les attributions des tribunaux ordinaires.

248. Cependant, il s'était élevé des réclamations à ce sujet. L'article 48 du projet de Code rural, imprimé en 1808 par ordre du gouvernement, supposait même que l'action en bornage primitif est dans les attributions des juges de paix, comme celle en déplacement de bornes commis dans l'année; et ce projet de Code ayant été adressé aux commissions consultatives nommées dans les départemens, plusieurs d'entre elles se prononcèrent en faveur de cette nouvelle attribution à la juridiction des juges de paix, d'autres contre. En réalité, jusqu'à la loi de 1838, elle n'existait pas, quoique M. Malleville ait écrit le contraire dans son commentaire sur l'article 646 du Code civil.

249. Beaucoup de juges de paix avaient toutefois fait

une confusion fautive entre la demande à fin de bornage et l'action pour déplacement d'un bornage ancien et contesté, commis dans l'année, se regardant, quoique leur juridiction n'eût pas été prorogée conformément à l'article 7 du Code de procédure, comme compétens pour connaître de l'une et de l'autre. Mais c'était faute par eux de se bien pénétrer des règles qui fixaient alors leurs attributions. Cela nous avait même engagé à faire plusieurs observations à ce sujet dans nos précédentes éditions, et que nous supprimons comme étant aujourd'hui sans objet, sans utilité.

250. Voici ce que porte l'article 6 de la loi du 25 mai-6 juin 1838, *sur les justices de paix*.

« Les juges de paix connaissent, en outre, à charge d'appel :

« 1° Des entreprises commises dans l'année, sur les cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés et au mouvement des usines et moulins, sans préjudice des attributions de l'autorité administrative dans les cas déterminés par les lois et par les réglemens ; des dénonciations de nouvel œuvre, complaints, actions en réintégrande et autres actions possessoires fondées sur des faits également commis dans l'année ;

« 2° Des actions *en bornage* et de celles relatives à la distance prescrite par la loi, les réglemens particulier et l'usage des lieux, pour les plantations d'arbres ou de haies, lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés ;

« 3° Des actions relatives aux constructions et

« travaux énoncés dans l'article 674 du Code civil,
 « lorsque la propriété ou la mitoyenneté du mur ne
 « sont pas contestés ;

« 4° Des demandes en pension alimentaire n'ex-
 « cédant pas cent cinquante francs par an, et seule-
 « ment lorsqu'elles seront fournies en vertu des
 « articles 205, 206 et 207 du Code civil. »

251. Et d'après l'article 3 du Code de procédure, c'est devant le juge de paix de la situation de l'objet litigieux que la demande doit être portée lorsqu'ils s'agit d'actions pour dommages faits aux champs, fruits et récoltes, de déplacement des bornes, usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commis dans l'année; d'entreprises sur les cours d'eau, pareillement commises dans l'année, et de toutes autres actions possessoires.

252. Ainsi les juges de paix connaissent, aujourd'hui, à la charge de l'appel, de l'action en bornage primitif, mais toutefois lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés. Dans le cas contraire, il sont incompétents, même pour statuer en premier ressort, à moins, bien entendu, que les parties, usant du droit que leur confère l'article 7 du Code de procédure, ne jugent à propos de proroger leur juridiction.

253. Mais qu'entend-on ici par *propriété contestée*? est-ce le cas où l'un des voisins, le défendeur, prétendrait que son adversaire n'est pas propriétaire du fonds qu'il s'agit de limiter par une plantation de bornes? Cela n'est pas vraisemblable, qu'est que cela

lui fait, s'il n'y a pas d'empiétement sur le sien? D'ailleurs un possesseur est réputé propriétaire, jusqu'à preuve du contraire, et cette preuve n'est recevable qu'autant qu'elle est fournie par celui-là même qui se prétend propriétaire, ou par ses ayant-cause : les tiers n'ont point à se mêler de cette question. On a donc eu en vue le cas où l'un des voisins, n'importe lequel, prétendrait que telle ou telle partie du terrain lui appartient, tandis que l'autre soutiendrait, au contraire, qu'elle est à lui; alors, comme l'action porte sur la propriété, qu'elle n'est pas seulement *déclarative*, ainsi que doit l'être celle en simple bornage, qu'elle est *attributive*, elle sort de la compétence du juge de paix, même pour être décidée par lui en premier ressort seulement. Et il faut le dire, les attributions des juges de paix quant à cette action en bornage, n'auront pas autant été étendues par la loi de 1838 qu'on pourrait se le figurer au premier coup-d'œil; car c'est presque toujours lorsqu'il y a contestation sur les limites respectives des fonds qu'il y a lieu de recourir à un bornage judiciaire.

254. Quoi qu'il en soit, dès que, sur une action en bornage, les parties ne sont pas d'accord sur le lieu où les bornes doivent être plantées, parce que l'une d'elles prétend être propriétaire au-delà du point jusque auquel l'autre prétend l'être, le juge de paix est incompetent, et il doit même se déclarer tel d'office, car son incompetence est *réelle*, et alors s'applique le principe consacré par l'article 170 du Code de procédure civile. L'action en bornage, dans ce

cas, devra donc être portée devant les tribunaux ordinaires, et par conséquent, elle serait, de Droit commun, sujette au préliminaire de conciliation, comme toute autre action principale et introductive d'instance.

255. D'après la distinction ci-dessus, entre le cas où il n'y a pas de contestation sur la propriété d'une partie quelconque des terrains qu'il s'agit de limiter par des bornes, et le cas contraire, on doit décider, dans le premier, que le mari, qui a l'administration des biens de sa femme, a le pouvoir d'intenter l'action en bornage devant le juge de paix au sujet de ces mêmes biens, et, par la même raison, celui de défendre à une action de cette nature ; car, quoique ce ne soit pas là à proprement parler une action possessoire, puisqu'il peut fort bien n'y avoir aucun trouble de possession, néanmoins c'est une action qui a également pour objet la conservation des biens, comme les actions possessoires elles-mêmes, lesquelles, pour cette raison, compètent au mari (art. 1428). Et nous déciderions la même chose dans le cas de tutelle : le tuteur pourrait intenter cette action, ou y défendre, sans avoir besoin d'être autorisé à cet effet par le conseil de famille. Mais si, au contraire, il y a contestation sur la propriété d'une partie quelconque des terrains à limiter par des bornes, comme l'action n'est plus de la compétence des juges de paix, c'est la femme, dûment autorisée de son mari, qui doit intenter l'action, ou y défendre ; et le tuteur, soit en demandant, soit en défendant, a besoin de l'auto-

risation du conseil de famille ; car l'action a tous les caractères des actions immobilières proprement dites : or, le mari, sauf ce qui est relatif au cas du régime dotal (art. 1549), n'a pas l'exercice des actions immobilières qui concernent sa femme ; et le tuteur ne peut exercer celles qui concernent le mineur qu'autant qu'il est autorisé à cet effet par le conseil de famille. (art. 482.)

256. Pour régler les confins, sur l'action de bornage proprement dite, on suit les plus anciens monuments ou titres, à moins qu'il n'y ait preuve d'un changement de confins ¹.

A Rome, on suivait aussi l'autorité du cens (ou cadastre) antérieur à la demande ², et il en doit être de même chez nous.

Pour s'éclairer sur l'objet de la difficulté, quand les parties ne sont pas d'accord sur les limites, ordinairement le tribunal ordonne que des experts choisis par elles, ou, si elles ne s'accordent pas sur le choix, nommés d'office, feront leur rapport sur l'état des lieux, et, d'après ce rapport, il détermine les confins et prescrit la plantation des bornes.

257. Non-seulement les propriétaires peuvent exercer les uns vis-à-vis des autres l'action de bornage, mais elle peut même être exercée par les emphytéotes et les usufruitiers ³. Ceux-ci ont intérêt et droit de faire déterminer ce dont ils doivent jouir. Il

¹ L. 11, ff. *Finium regund.*

² Même loi.

³ L. 11, § 9, ff. *hac. tit.*

vaut toutefois mieux faire intervenir les propriétaires, afin de prévenir les difficultés qui pourraient s'élever par la suite entre ces derniers et les voisins, sur un règlement auquel ces mêmes propriétaires n'auraient point participé, et qui, par cela même, ne serait point obligatoire pour eux.

258. Le bornage peut également être invoqué par un particulier contre une commune ou communauté d'habitans, ou un établissement public, *et vice versa*.

Par la même raison, il peut l'être entre les communes et établissemens publics ; et, suivant le nouveau *Code forestier* qui trace les formalités à suivre à cet effet, il peut être réclamé contre l'État lui-même, comme par l'État contre les particuliers ou les communes ou établissemens publics.

259. L'un des voisins ne peut se refuser à planter des bornes à frais communs, sur le motif que les limites de son héritage sont déterminées par des haies vives, arbres anciens ou pieds-corniers, ou épines de foi. Ces signes, qui, à la vérité, peuvent servir, dans beaucoup de cas, à fixer les limites des deux fonds, ne suffisent point pour faire rejeter une action formellement accordée par la loi, et qui a pour objet d'établir une délimitation bien plus certaine et plus durable, du moins légalement ¹.

260. Au surplus, le bornage ne donne pas plus de terrain que n'en donne le titre, par la raison qu'il n'est pas attributif, mais bien déclaratif de la propriété, c'est-à-dire de la contenance ; d'où il suit que si l'un

¹ Arrêt de cassation du 30 novembre 1818. Sirey, 1819, I, 232.

des voisins a moins de contenance que ne lui en donne son titre ou celui de ses auteurs, et l'autre plus que ne lui en donne le sien, on reviendra au titre ¹.

Cependant, si le bornage avait été fait d'un commun accord, et qu'il y eût un procès-verbal de plantation de bornes auquel le bornage serait conforme, on présumerait qu'il y a eu arrangement entre les parties, et cession d'une portion de terrain par l'une à l'autre pour redresser la ligne séparative, ou pour tout autre motif, et que le prix de cette cession a été payé avant la plantation des bornes; à moins, toutefois, que le contraire ne résultât du procès-verbal lui-même, ou de tout autre acte.

La possession du terrain pendant le temps requis pour la prescription assurerait aussi, depuis le bornage, comme auparavant, la propriété du terrain possédé, à celui qui le posséderait. S'il y avait des bornes, on les maintiendrait; s'il n'y en avait pas, la possession servirait à déterminer le lieu où il en devrait être planté: dans les deux cas, elle donnerait toujours les véritables limites. (Art. 2262.)

Mais la simple possession annale n'aurait d'autre effet que d'obliger celui qui se plaindrait que le bornage ne donne pas à chacun la contenance portée aux titres de propriété, à prouver sa prétention au pététoire, à prouver l'usurpation du voisin; car il succom-

¹ *Qui majorem locum in territorio habere dicitur, cæteris qui minus possident, integrum locum assignare compellitur.* L. 7, ff. *Finium regund.*

berait même au possessoire, si d'ailleurs la jouissance du voisin était paisible, publique, et à titre de propriétaire, caractères qu'elle réunira ordinairement tant qu'il ne sera pas démontré qu'il y a eu déplacement des bornes.

Et cet effet serait le même, encore que la possession eût moins d'un an (parce que, par exemple, les bornes auraient été plantées depuis moins d'une année), en ce sens que ce serait à celui qui se plaindrait qu'elles n'expriment pas la juste limite des deux fonds, à prouver, ou le déplacement des bornes, s'il l'alléguait, ou l'erreur commise en les plantant. Elles font foi jusqu'à preuve du contraire. Si elles n'avaient point cet effet, on ne concevrait pas le motif qui aurait porté le législateur à donner à chacun des voisins une action contre l'autre pour l'obliger à les planter.

Si, par le résultat d'un arpentage, et lorsqu'il existe un bornage régulier, il se trouve que l'un des voisins a plus de terrain que n'en portent ses titres, mais que l'autre ait tout ce que ses titres lui donnent, il n'y aura pas lieu pour cela au partage de l'excédant qu'a le premier; car cet excédant peut aussi bien provenir de l'inexactitude des énonciations du contrat, des évaluations de mesure, qui même très-souvent ne se font que d'une manière approximative, que d'une erreur dans l'opération du bornage, ou du fait d'une usurpation. Celui qui a la contenance portée à son titre n'a point à se plaindre, et conséquemment n'a rien à demander au-delà des bornes qui sont conformes à ce

même titre. Ce n'est que dans le cas du déficit constaté de son côté, et d'excédant de l'autre, qu'il peut réclamer, parce qu'alors il est prouvé que cet excédant a été formé à ses dépens.

SECTION III.

DU DROIT DE SE CLORE ET DU PARCOURS.

SOMMAIRE.

- 261. *En principe, tout propriétaire peut se clore : ce qu'on entend par droit de parcours, et par droit de vaine pâture.*
- 262. *L'exercice du droit de se clore n'est point, en général, une charge pour le voisin.*
- 263. *Indépendamment du cas prévu à l'article 682, un propriétaire n'a pas le droit de se clore dans le lieu par où il devrait une servitude de passage.*
- 264. *Comment s'entend la disposition de l'article 648, qui porte que celui qui veut se clore perd son droit au parcours et à la vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait : dispositions de la loi du 6 octobre 1791 relatives au droit de parcours.*
- 265. *Un propriétaire ne peut se clore quand une commune a sur son terrain un droit de parcours fondé en titre.*
- 266. *Articles 13 et 16 de la loi du 6 octobre 1791, mis en rapport avec l'article 684 du Code.*
- 267. *Du rachat et du cantonnement, relativement au droit de parcours.*

261. Du droit de propriété résulte aussi celui de se clore. La conservation de la chose, sa jouissance paisible, sont, en effet, des attributs du domaine.

Les dispositions du Code à cet égard sont renfermées dans les articles 647 et 648, ainsi conçus :

- « Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf
- « l'exception portée en l'article 682.
- « Le propriétaire qui veut se clore perd son droit

« au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait. »

Nous avons dit précédemment, *suprà*, n° 69, que le droit de PARCOURS est une espèce de servitude, en vertu de laquelle les habitans de deux communes voisines peuvent envoyer réciproquement leurs bestiaux paître en vaine pâture d'un territoire sur l'autre; et que la *vaine pâture* est le droit réciproque que les habitans d'une même commune ont d'envoyer leurs bestiaux sur les terres les uns des autres, lorsqu'il n'y a ni semences ni fruits. Et le droit de se clore a lieu nonobstant l'un ou l'autre droit, sauf toutefois ce que nous allons dire pour le cas où il y a servitude proprement dite.

262. En général, l'exercice de cette faculté n'est point pour le voisin une charge ou une servitude quelconque; il ne contribue d'ailleurs en aucune manière aux frais de clôture; mais dans certains cas, mentionnés à l'article 663, et dont nous traiterons au chapitre suivant, c'est en quelque sorte une servitude que la loi impose à la possession du fonds voisin, attendu que le possesseur est obligé de contribuer aux frais de la clôture, ne dût-il, par le fait, en retirer aucun avantage : il y a présomption contraire. C'est une charge du voisinage.

263. En ne faisant exception au principe que pour le cas prévu à l'article 682, c'est-à-dire quand le propriétaire d'un fonds enclavé et qui n'a aucune issue sur la voie publique, réclame du voisin la cession d'un passage pour l'exploitation de ce fonds. l'article 647

statue dans les termes du Droit commun; car si le fonds que l'on veut clore était grevé d'une servitude, dont l'exercice s'opposerait à la clôture, il est clair qu'elle ne pourrait avoir lieu sans l'assentiment du propriétaire de l'héritage au profit duquel serait établie cette servitude. Tel serait le cas, par exemple, d'un droit de passage *libre* par ce fonds. Il faudrait toujours laisser sans clôture le lieu par où il s'exercerait; on ne pourrait y pratiquer une porte, une barrière, même en offrant à ce propriétaire une clef, ou en se soumettant à l'obligation de venir lui ouvrir la barrière quand il voudrait passer. Car l'on sent combien il pourrait être gênant pour celui-ci, d'être obligé d'ouvrir cette barrière quand il voudrait user de la servitude, de descendre de cheval, par exemple, pour ouvrir la barrière, ou d'aller avertir le propriétaire du fonds assujéti pour venir la lui ouvrir; etc. L'exercice de la servitude doit être libre, ou du moins conforme au titre.

264. À la seule inspection de l'article 648 on ne voit pas bien clairement de quelle manière le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait. Pour la parfaite intelligence de cette disposition, il faut se reporter à la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, sur la *Police rurale*, qui a maintenu ces droits dans les communes où ils s'exerçaient lors de la publication de cette loi.

L'article 2 de la sect. iv du tit. I porte : « La servitude de paroisse à paroisse, connue sous le nom

« de *parcours*, et qui entraîne avec elle le Droit de
 « *vaine pâture*, continuera provisoirement d'avoir
 « lieu, avec les restrictions déterminées à la présente
 « section, lorsque cette servitude sera fondée sur un
 « titre ou sur une possession autorisée par les lois et les
 « coutumes ; à tous autres égards elle est abolie. »

L'article 3 s'exprime ainsi : « Le Droit de vaine
 « pâture dans une paroisse, accompagné ou non de
 « la servitude de parcours, ne pourra exister que dans
 « les lieux où il est fondé sur un titre particulier, ou
 « autorisé par la loi, ou par un usage local immémo-
 « rial, et à la charge que la vaine pâture n'y sera
 « exercée que conformément aux règles et usages lo-
 « caux qui ne contrarieront point les réserves portées
 « dans les articles suivans. »

265. Un de ces articles, le 11^e de la même section,
 autorise tout propriétaire à clore ses héritages, « même
 « par rapport aux prairies dans les paroisses où, sans
 « titre de propriété, et seulement par l'usage, elles de-
 « viennent communes à tous les habitans, soit immédia-
 « tement après la première herbe, soit dans tout autre
 « temps déterminé. »

De là est née la question de savoir si, quand les ha-
 bitans d'une commune ont le parcours ou la vaine
 pâture fondée sur un titre, un propriétaire peut se
 clore.

Cette question a été jugée deux fois négativement
 par la cour suprême : la première, avant le Code¹ ; la

¹ Arrêt du 14 fructidor an ix, rendu contrairement aux conclusions de
 M. Merlin. Voyez le Répertoire, au mot *Vaine pâture*, § 4.

seconde, depuis le Code ¹. Dans la première affaire, il ne pouvait y avoir aucun doute sérieux, puisque la faculté de se clore, reconnue par l'article 11 ci-dessus, est formellement refusée dans le cas où les habitans ont le droit de parcours ou de vaine pâture fondée sur un *titre*.

Ce n'était donc que dans l'espèce jugée sous le Code qu'il pouvait y avoir du doute, parce que l'article 647 ne fait exception au principe, *tout propriétaire peut se clore*, que seulement pour le cas prévu à l'article 682; mais le Code ne suppose pas qu'il y ait servitude constituée par titre, ainsi que le droit *de parcours* en est une, aux termes de l'article 2 ci-dessus cité, quand il est fondé sur un titre; il ne suppose pas non plus, s'il ne s'agit que de la *vaine pâture* entre habitans d'une même commune, qu'il y a entre eux association à ce sujet, et c'est cependant ce qui existe quand il y a titre: car cette association a établi une servitude réciproque, et dès-lors les articles 696 et 701 deviennent applicables. Il suppose, au contraire, ce que supposait l'article 11 précité, qu'il n'y a pas de titre, mais que la faculté de parcours ou de vaine pâture résulte seulement de l'usage; car s'il eût voulu déroger à cet article 11, il l'eût dit: il n'eût pu d'ailleurs le faire sans porter atteinte à un droit acquis ².

266. C'est dans la combinaison des articles 13 et 16

¹ Arrêt de cassation, du 13 décembre 1808. Sirey, 1809, I, 72. (Le précédent arrêt s'y trouve aussi rapporté.)

² MM. Favard de Langlade, Delvincourt et Toullier, sont aussi de ce sentiment.

de la loi précitée, que l'on trouve le moyen d'appliquer la disposition de l'article 648 du Code, qui est toutefois sujette à beaucoup de difficultés dans la pratique. Ces articles sont ainsi conçus :

Art. 13. « La quantité de bétail, proportionnellement à l'étendue du terrain, sera fixée, dans chaque paroisse, à tant de bêtes par arpent, d'après les réglemens et usages locaux; et, à défaut de documens positifs à cet égard, il y sera pourvu par le conseil général de la commune. »

Art. 16. « Quand un propriétaire d'un pays de parcours ou de vaine pâture aura clos une partie de sa propriété, le nombre de têtes de bétail qu'il pourra continuer d'envoyer dans le troupeau commun, ou par troupeau séparé, *sur les terres particulières des habitans de la communauté*, sera restreint proportionnellement, et suivant les dispositions de l'article 13 de la présente section. »

D'après cette loi, il n'est pas même nécessaire de posséder des terres dans la commune pour pouvoir jouir du droit de parcours ou de vaine pâture, car l'article 14 porte : « Néanmoins tout chef de famille domicilié, qui ne sera ni propriétaire ni fermier d'aucuns terrains sujets au parcours ou à la vaine pâture, et le propriétaire ou fermier à qui la modicité de son exploitation n'assurerait pas l'avantage qui va être déterminé, pourront mettre sur lesdits terrains, soit par troupeau séparé, soit en troupeau commun, jusqu'au nombre de six bêtes à laine, et d'une vache et son veau, sans préjudice du droit

« desdites personnes sur les terres communales, s'il
 « y en a dans la paroisse, et sans entendre rien inno-
 « ver aux lois, coutumes et usages locaux de temps
 « immémorial qui leur accorderaient un plus grand
 « avantage. »

Ainsi, l'application de l'article 648 du Code civil se fait conformément aux dispositions des articles 13 et 16 de la section IV du titre 1^{er} de la loi du 28 septembre — 6 octobre 1791, *sur la police rurale*.

267. Et l'article 8 de la même section autorise, *entre particuliers*, le rachat, à dire d'experts, des droits de *vaine pâture* fondés en titre, même dans les bois; sans préjudice du droit de cantonnement établi par le décret du 19 septembre 1790 en faveur *des propriétaires*, et étendu par celui du 28 août 1792 *aux usagers*.

Mais le nouveau Code forestier modifie ces dispositions :

1^o En ce que, d'après ce Code, le cantonnement ne peut être demandé *dans les bois et forêts*, quand il ne s'agit que de droits de parcours ou de pâturages. Il y a seulement lieu au rachat, et sur la demande du maître du fonds, quel qu'il soit; et le rachat est réglé à l'amiable ou par les tribunaux.

2^o En ce que la loi ci-dessus n'établissait la faculté du rachat des droits de vaine pâture, même dans les bois, qu'*entre particuliers*; tandis que le nouveau Code forestier le consacre généralement *dans les bois*¹.

¹ Voyez ce qui a été dit à la sect. 3 du chap. VI, et au chap. VII du titre précédent, *suprà*.

S'il y a eu rachat ou cantonnement, alors la clôture a lieu sans difficulté.

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

SOMMAIRE.

268. *Objets généraux des servitudes établies par la loi.*

268. Les servitudes établies par la loi, et qui forment la seconde classe des servitudes dans l'ordre du Code, sont généralement des obligations de voisinage, des charges et des avantages attachés à la propriété, existant indépendamment de toute convention (art. 651-1370); et telle est la raison pour laquelle on les appelle *servitudes légales*.

Elles ont pour objet l'utilité publique ou communale ;

Ou l'utilité des particuliers. (Art. 649.)

Mais les héritages n'en sont pas moins francs de toute véritable servitude, et vendus comme tels, l'acquéreur n'aurait pas le droit de recourir contre son vendeur pour l'exercice, par l'État, une commune ou un particulier, de l'une de celles que le Code appelle *servitudes légales*.

Nous parlerons d'abord des servitudes légales qui ont pour objet l'utilité publique ou communale ; mais nous ne pourrions donner sur cette matière, si vaste et soumise à tant de règles de détail, qu'une analyse succincte et rapide, propre seulement à en retracer les principes généraux.

Nous traiterons ensuite des servitudes qui ont pour objet l'utilité des particuliers, et qui, à ce titre, sont spécialement régies par les dispositions du Code, dont le but est de régler les intérêts privés.

SECTION PREMIÈRE.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI ET AYANT POUR OBJET L'UTILITÉ PUBLIQUE
OU COMMUNALE.

SOMMAIRE.

269. *Objets généraux auxquels se rapportent les servitudes légales établies pour l'utilité publique ou communale.*

§ I^{er}.

Du marche-pied ou chemin de halage.

270. *Dispositions de l'ordonnance de 1669 sur ce point.*

271. *Divers décrets relatifs au même objet.*

272. *Du chemin le long des cours d'eau flottables à bûches perdues.*

273. *Les chemins de halage des canaux font partie de la propriété des canaux.*

274. *Disposition de l'ordonnance de 1672 qui établit une espèce de servitude pour la formation des dépôts des bois nécessaires à l'approvisionnement de Paris.*

275. *Le sol et les produits des chemins de halage sur les fonds des particuliers appartiennent à ces derniers.*

276. *La navigation elle-même n'y peut former aucun établissement sans indemnité.*

§ II.

De la servitude légale concernant la construction ou réparation des chemins ou autres ouvrages publics ou communaux.

277. *Le décret du 16 décembre 1811 a divisé les routes royales en trois classes.*

278. *Dispositions de la loi du 21 mai 1838 sur les chemins vicinaux.*

279. *Et disposition particulière de celle du 28 juillet 1824,*

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 245

quant aux acquisitions, aliénations et échanges pour le même objet.

280. *La question de savoir si un chemin est vicinal ou communal, ou si c'est une voie privée, est de la compétence de l'autorité administrative : renvoi.*
281. *Il en est de même de celle de savoir s'il y a eu ou non usurpation sur un chemin vicinal ou communal.*
282. *Les contraventions en matière de grande voirie ont été réglées par la loi du 29 floréal an x : dispositions de cette loi.*
283. *Lois ou décrets relatifs à la plantations des routes; le curage et l'entretien des fossés ne sont plus à la charge des riverains.*

§ III.

Dispositions établies pour la conservation des bois et forêts de l'État et autres bois soumis au régime forestier.

284. *Restrictions générales auxquelles sont soumis les propriétaires de bois dans le libre exercice de leur droit de propriété.*
285. *La servitude de l'ordonnance de 1669, imposée à tous riverains possédant bois joignant les forêts royales, de les séparer par des fossés, n'a point été maintenue par le nouveau Code forestier : les règles de délimitation qu'il établit ont paru devoir suffire.*
286. *Autres servitudes ou prohibitions établies par la même ordonnance.*
287. *Ces prohibitions n'étaient établies que dans l'intérêt des forêts royales seulement; le nouveau Code, en les modifiant, les consacre au profit de tous les bois soumis au régime forestier.*
288. *Ses dispositions générales à cet égard.*

§ IV.

De la prohibition de bâtir dans un certain rayon autour des places de guerre ou forteresses et des murs d'enceinte de la ville de Paris, et de la distance à observer pour les constructions qui avoisinent les cimetières.

289. *Diverses dispositions relatives à la prohibition de bâtir auprès des forteresses.*

290. *Leur résumé.*

291. *Prohibition de bâtir dans un certain rayon autour des murs d'enceinte de la ville de Paris.*

292. *Dispositions relatives aux constructions qui avoisinent les cimetières.*

§ V.

Quelle est la nature et quels sont les effets du droit qu'ont les particuliers d'user des choses publiques ou communales pour l'utilité de leurs propriétés.

293. *Les particuliers jouissent, sous certaines conditions et restrictions, des choses publiques ou communales pour l'utilité de leurs propriétés.*

294. *Quels sont les biens publics ou communaux que les particuliers font servir à l'utilité de leurs propriétés.*

295. *Les particuliers n'ont pas de véritables servitudes sur ces biens tant qu'ils conservent leur destination, mais un simple usage jure civitatis.*

296. *Doctrine d'un jurisconsulte sur les effets de cet usage.*

597. *Cas où cette doctrine ne serait point applicable.*

598. *Suite.*

269. D'après l'article 650 du Code civil, les servitudes établies par la loi pour l'utilité publique ou communale, ont pour objet :

1° Le marche-pied le long des rivières navigables ou flottables ;

2° La construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminée par des lois ou réglemens particuliers, dont nous allons indiquer les principales dispositions.

On peut aussi regarder comme servitudes légales établies pour l'utilité publique,

3° Celles qui sont établies pour la conservation des forêts de l'État ;

4° Et la prohibition de bâtir dans un certain rayon autour des places de guerre et forteresses; celle de bâtir à moins d'une certaine distance des murs d'enceinte de la ville de Paris, et enfin les dispositions réglementaires relatives à la distance à observer pour les constructions qui avoisinent les cimetières¹.

Nous traiterons, dans un 5° §, de la nature et des effets du droit qu'ont les particuliers de se servir des choses publiques ou communales.

§ 1^{er}.

Du marche-pied ou chemin de halage.

270. L'article 7 du titre xxviii de l'ordonnance des *Eaux et forêts*, de 1669, porte que « les propriétaires
« des héritages aboutissant aux rivières navigables
« laisseront le long des bords 24 pieds au moins de
« place en largeur, pour chemin royal et trait de che-
« vaux, sans qu'ils puissent planter arbres ni tenir
« clôtures ou haies plus près que 30 pieds du côté
« que les bateaux se tirent, et 10 pieds de l'autre
« bord, à peine de 500 liv. d'amende, confiscation
« des arbres, et d'être, les contrevenans, condamnés à
« réparer et remettre les chemins en état à leurs frais. »

271. Un décret du 8 vendémiaire an xiv ordonne que les contraventions à cet article seront jugées administrativement, conformément à la loi du 29 floréal an x.

¹ Voyez le décret du 15 octobre 1810, et l'ordonnance du 14 janvier 1815, relatifs aux précautions à prendre pour l'établissement des manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode, et contenant leurs diverses nomenclatures.

Un autre décret du 24 janvier 1808 a ajouté à ces dispositions, les suivantes :

Art. 1^{er}. « Les dispositions de l'article 7, tit. XXVIII
« de l'ordonnance de 1669, sont applicables à toutes
« les rivières navigables du royaume, soit que la na-
« vigation y fût établie à cette époque, soit que le
« gouvernement se soit déterminé depuis, ou se déter-
« mine aujourd'hui, ou à l'avenir, à les rendre navi-
« gables.

Art. 2. « En conséquence, les propriétaires rive-
« rains, en quelque temps que la navigation ait été
« ou soit établie, sont tenus de laisser le passage ou
« chemin de halage.

Art. 3. « Il sera payé aux riverains des fleuves ou
« rivières où la navigation n'existait pas et où elle
« s'établira, une indemnité proportionnée au dom-
« mage qu'ils éprouveront; et cette indemnité sera
« évaluée conformément aux dispositions de la loi du
« 16 septembre dernier.

Art. 4. « L'administration pourra, lorsque le ser-
« vice n'en souffrira pas, restreindre la largeur des
« chemins de halage, notamment quand il y aura an-
« térieurement des clôtures en haies vives, murailles,
« ou travaux d'art, ou des maisons à détruire... »

272. Ces règles ne sont généralement point appli-
cables aux rivières simplement flottables à *bûches per-
dues* : il suffit, comme on l'a dit plus haut, n^o 200, de
laisser aux ouvriers employés à la conduite du bois et
à repêcher les bûches submergées pendant le temps du
flot, le passage nécessaire à cet effet.

273. Les chemins de halage sur les bords des canaux artificiels font partie inhérente de la propriété desdits canaux, et reçoivent la destination qui leur est assignée par les actes de création ou de concession de ces établissemens.

274. Une ordonnance de 1672 (art. 14, chap. xvii), a créé, au profit de l'approvisionnement de la ville de Paris, une autre espèce de servitude, relative à la formation des ports ou dépôts de bois sur le bord des cours d'eau, moyennant indemnité ou rétribution de la part des marchands de bois en faveur des propriétaires riverains.

275. Quand le halage se fait sur des portions de chemins communaux ou vicinaux, comme on le voit quelquefois, ces portions conservent leur nature ordinaire de voie publique. Lorsqu'il a lieu sur des propriétés privées, alors il y a servitude légale, mais elle n'est due que pour les besoins de la navigation ou du flottage, et le sol et ses productions restent au propriétaire riverain¹, qui est fondé à refuser le passage pour tous services étrangers à la navigation². Il s'agit, en effet, seulement ici d'une servitude imposée aux riverains pour un objet déterminé : or, il est de la nature des servitudes de ne point s'étendre à d'autres objets que ceux pour lesquels elles ont été établies.

276. La navigation elle-même ne peut y former, sans indemnité d'expropriation, des établissemens fixes, tels que pieux, quais, ports, etc. Ce principe

¹ Voyez tome précédent, n° 402.

² M. Favard, *Répertoire*, à l'article *Chemin de halage*.

a été consacré par plusieurs décrets et ordonnances rendus sur des contestations de ce genre ¹.

§ II.

De la servitude légale concernant la construction ou la réparation des chemins ou autres ouvrages publics ou communaux.

277. Plusieurs dispositions législatives règlent ce qui a rapport à cette matière.

Le décret du 16 décembre 1811 a divisé les routes royales en trois classes, conformément au tableau qui y est annexé.

Les routes royales de première et de seconde classes sont entièrement construites, reconstruites et entretenues aux frais du trésor public. (Art. 5 dudit décret.)

Les frais de construction, reconstruction et entretien des routes royales de troisième classe sont supportés concurremment par le trésor public et par les départemens qu'elles traversent. (Art. 6.)

Les routes départementales sont toutes les grandes routes, autres que les routes royales. Elles sont construites, reconstruites et entretenues aux frais des départemens, arrondissement et communes qui sont reconnus participer plus particulièrement à leur usage. (Art. 7 dudit décret, et loi du 16 septembre 1807, art. 29.)

278. Dans nos précédentes éditions, nous rapportions les dispositions de la loi du 28 juillet 1824, *sur les chemins communaux* ; mais cette loi ayant été abrogée par celle du 21 mai 1836, *sur les chemins vicinaux*, dans celles de ses dispositions qui se trouveraient

¹ Voyez le même auteur, *ibid.*

contraires aux dispositions de cette dernière, nous n'avons à nous occuper que de celle-ci.

L'article 1^{er} porte que les chemins vicinaux légalement reconnus sont à la charge des communes, sauf les dispositions de l'article 7; et suivant cet article, les chemins vicinaux peuvent, selon leur importance, être déclarés chemins vicinaux de grande communication par le conseil général, sur l'avis des conseils municipaux, des conseils d'arrondissement, et sur la proposition du préfet. Sur les mêmes avis et proposition, le conseil général détermine la direction de chaque chemin vicinal de grande communication, et désigne les communes qui doivent contribuer à sa construction et à son entretien. Le préfet fixe la largeur et les limites du chemin, et détermine annuellement la proportion dans laquelle chaque commune doit concourir à l'entretien de la ligne vicinale dont elle dépend, et statue sur les offres faites par les particuliers, associations de particuliers ou de communes.

L'article 8 statuant aussi sur les chemins vicinaux de grande communication, dispose que ces chemins, et, dans des cas extraordinaires, les autres chemins vicinaux, pourront recevoir des subventions sur les fonds départementaux; qu'il sera pourvu à ces subventions au moyen des centimes facultatifs ordinaires du département, et des centimes spéciaux votés annuellement par le conseil général; que la distribution des subventions sera faite, en ayant égard aux ressources, aux sacrifices et aux besoins des communes, par le préfet, qui en rendra compte, chaque année,

au conseil général; enfin, que les communes acquitteront la portion des dépenses mises à leur charge au moyen de leurs revenus ordinaires, et en cas d'insuffisance, au moyen de deux journées de prestations sur les trois journées autorisées par l'article 2, et des deux tiers des centimes votés par le conseil municipal, en vertu du même article.

L'article 9 de la loi place les chemins vicinaux de grande communication sous l'autorité du préfet, et leur rend applicables les dispositions des articles 4 et 5 de la présente loi.

Quant à l'entretien des chemins vicinaux ordinaires, l'article 2 veut que, en cas d'insuffisance des ressources ordinaires des communes, il soit pourvu à cet entretien à l'aide, soit de prestations en nature, dont le maximum est fixé à trois journées de travail, soit de centimes spéciaux en addition au principal des quatre contributions directes, et dont le maximum est fixé à cinq. Le conseil municipal peut voter l'une ou l'autre de ces ressources, ou toutes les deux concurremment. Le concours des plus imposés n'est pas nécessaire dans les délibérations prises pour l'exécution du présent article.

Le suivant dispose que tout habitant, chef de famille ou d'établissement, à titre de propriétaire, de régisseur, de fermier, ou de colon partiaire, porté au rôle des contributions directes, pourra être appelé à fournir, chaque année, une prestation de trois jours : 1^o pour sa personne et pour chaque individu mâle, valide, âgé de dix-huit ans au moins, et de soixante ans au plus,

membre ou serviteur de la famille et résidant dans la commune ; 2° pour chacune des charrettes ou voitures attelées, et, en outre, pour chacune des bêtes de somme, de trait, de selle, au service de la famille ou de l'établissement dans la commune.

L'article 4 veut que la prestation soit appréciée en argent, conformément à la valeur qui aura été attribuée annuellement pour la commune à chaque espèce de journée par le conseil général, sur les propositions du conseil d'arrondissement. La prestation peut être acquittée en nature ou en argent, au gré du contribuable. Toutes les fois que le contribuable n'a pas opté dans les délais prescrits, la prestation est de droit exigible en argent. La portion non rachetée en argent peut être convertie en tâches, d'après les bases et évaluations de travaux, préalablement fixées par le conseil municipal.

Si le conseil municipal, mis en demeure, n'a pas voté, dans la session désignée à cet effet, les prestations et centimes nécessaires, ou si la commune n'en a pas fait emploi dans les délais prescrits, le préfet peut, d'office, soit imposer la commune dans les limites du maximum, soit faire exécuter les travaux. Chaque année le préfet communique au conseil général l'état des impositions établies d'office en vertu du présent article. (Art. 5.)

Et lorsqu'un chemin vicinal intéresse plusieurs communes, le préfet, sur l'avis des conseils municipaux, désigne les communes qui devront concourir à sa construction ou à son entretien, et fixe la proportion dans laquelle chacune d'elles y contribuera. (Art. 6.)

Après avoir réglé ce qui concerne les deux sortes de chemins vicinaux, chemins vicinaux ordinaires et chemins vicinaux de grande communication, la loi passe aux dispositions générales, et elle établit, par l'article 10, que les chemins vicinaux sont imprescriptibles : ce qui est une innovation législative d'une haute importance.

L'article 11 autorise le préfet à nommer des agens voyers, et règle ce qui concerne ces agens.

L'article 12 dispose que le maximum des centimes spéciaux qui peuvent être votés par les conseils généraux, en vertu de la présente loi, sera déterminé annuellement par la loi de finances.

L'article 13 assujettit les propriétés de l'État productives à contribuer aux dépenses des chemins vicinaux, dans les mêmes proportions que les propriétés privées, d'après un rôle spécial dressé par le préfet. Les propriétés de la couronne contribuent aux mêmes dépenses, conformément à l'article 13 de la loi du 2 mars 1832.

L'article 14 règle le cas où un chemin vicinal est habituellement ou temporairement dégradé par des exploitations de mines, de carrières, de forêts ou de toute entreprise industrielle appartenant à des particuliers, à des établissemens publics, à la couronne ou à l'État.

Plusieurs dispositions qui suivent ont une très-grande importance.

Ainsi, d'après l'article 15, les arrêtés du préfet portant reconnaissance et fixation de la largeur d'un chemin vicinal attribuent définitivement au chemin

le sol compris dans les limites qu'ils déterminent. Le droit des propriétaires riverains se résout en une indemnité, qui est réglée à l'amiable ou par le juge de paix du canton, sur le rapport d'experts nommés conformément à l'article 17.

Les travaux d'ouverture et de redressement des chemins vicinaux sont autorisés par le préfet ; et lorsque, pour l'exécution du présent article, il y a lieu de recourir à l'expropriation, le jury spécial, chargé de régler les indemnités, ne doit être composé que de quatre jurés. Le tribunal d'arrondissement, en prononçant l'expropriation, désigne, pour présider le jury, l'un de ses membres ou le juge de paix du canton. Ce magistrat a voix délibérative en cas de partage. Le tribunal choisit, sur la liste générale prescrite par l'article 29 de la loi du 7 juillet 1833, quatre personnes pour former le jury spécial, et trois jurés supplémentaires. L'administration et la partie intéressée ont respectivement le droit d'exercer une récusation péremptoire. Le juge reçoit les acquiescemens des parties. Son procès-verbal emporte translation définitive de propriété. Le recours en cassation, soit contre le jugement qui prononcera l'expropriation, soit contre la déclaration du jury qui règle l'indemnité, n'a lieu que dans les cas prévus et selon les formes déterminées par la loi du 7 juillet 1833, précitée. (Art. 16.)

Les extractions de matériaux, les dépôts ou enlèvements de terre, les occupations temporaires de terrains, sont autorisés par arrêté du préfet, lequel doit

désigner les lieux. Cet arrêté doit être notifié aux parties intéressées au moins dix jours avant que son exécution puisse être commencée. Et si l'indemnité ne peut être fixée à l'amiable, elle est réglée par le conseil de préfecture, sur le rapport d'experts nommés, l'un par le sous-préfet, et l'autre par le propriétaire. En cas de discord, le tiers-expert est nommé par le conseil de préfecture. (Art. 17.)

L'action en indemnité des propriétaires pour les terrains qui auront servi à la confection des chemins vicinaux, et pour extraction de matériaux, est prescrite par le laps de deux ans. (Art. 18.)

En cas de changement de direction ou d'abandon d'un chemin vicinal, en tout ou en partie, les propriétaires riverains de la partie de ce chemin qui cessera de servir de voie de communication, peuvent faire leur soumission de s'en rendre acquéreur et d'en payer la valeur, qui sera fixée par des experts nommés dans la forme de l'article 17. (Art. 19.)

Les articles 20 et 21 contiennent des dispositions réglementaires, qu'il serait inutile de rapporter ici, et l'article 22 et dernier porte que toutes les dispositions de lois antérieures demeurent abrogées en ce qu'elles auraient de contraire à la présente loi.

279. Mais n'est point abrogé par cette loi, puisqu'elle ne contient aucune disposition à cet égard, l'article 10 de la loi du 28 juillet 1824 portant « que
« les acquisitions, aliénations et échanges ayant pour
« objet les chemins communaux, seront autorisés
« par arrêtés des préfets en conseil de préfecture,

« après délibération des conseils municipaux inté-
« ressés, et après enquête *de commodo et incommodo*,
« lorsque la valeur des terrains à acquérir, à vendre
« ou à échanger, n'excédera pas 3,000 fr. » D'ail-
leurs, cela rentre dans les dispositions de la loi du 18
juillet 1837, sur l'administration municipale, art. 46,
dont nous avons parlé au tome précédent, en traitant
des biens communaux.

280. Il faut se rappeler ce que nous avons déjà
dit ¹, que toutes les fois qu'il s'agit de décider si un
chemin est vicinal ou communal, ou bien si c'est une
voie privée, la connaissance de la question appartient
à l'autorité administrative.

281. Il en est de même quand il s'agit de savoir s'il
y a eu ou non anticipation sur un chemin vicinal ou
communal ².

282. Les contraventions en matière de grande voi-
rie ont été réglées par la loi du 29 floréal an x, ainsi
conçue :

Art. 1^{er}. « Les contraventions en matière de grande
« voirie, telles qu'anticipations, dépôts de fumier ou
« d'autres objets, et toute espèce de détériorations
« commises sur les grandes routes, sur les arbres qui
« les bordent, sur les fossés, ouvrages d'art et maté-
« riaux destinés à leur entretien, sur les canaux, fleu-
« ves et rivières navigables, leurs chemins de halage,
« francs-bords, fossés et ouvrages d'art, seront con-

¹ Tome précédent, n° 191.

² Décret du 8 novembre 1808 (Sirey, II, 21), appliquant la loi du 9 ven-
tôse an XIII.

« statées, réprimées et poursuivies par voie d'administration.

Art. 2. « Les contraventions seront constatées concurremment par les maires ou adjoints, les ingénieurs des ponts et chaussées, leurs conducteurs, les agens de la navigation, les commissaires de police, et par la gendarmerie : à cet effet, ceux des fonctionnaires publics ci-dessus désignés, qui n'ont pas prêté serment en justice, le prêteront devant le préfet.

Art. 3. « Les procès-verbaux sur les contraventions seront adressés au sous-préfet, qui ordonnera, par provision, et sauf le recours au préfet, ce que de droit, pour faire cesser les dommages.

Art. 4. « Il sera statué définitivement en conseil de préfecture; les arrêtés seront exécutés sans *visa* ni mandement des tribunaux, nonobstant et sauf tout recours; et les individus condamnés seront contraints par l'envoi de garnisaires et saisie de meubles, en vertu desdits arrêtés, qui seront exécutoires et emporteront hypothèque. »

285. Quant à la plantation des routes, que l'on peut à juste titre regarder comme une servitude légale, rentrant plus ou moins dans celle qui a pour objet leur entretien, elle a été la matière de diverses dispositions législatives.

D'abord, de la loi du 9 ventôse an XIII, qui obligeait, en substance, les propriétaires riverains à planter, en arbres forestiers ou fruitiers, selon les localités, les grandes routes non plantées et les chemins vici-

naux, mais qui leur accordait la propriété des arbres, à la charge néanmoins de ne les point couper, abattre ou arracher, sans une autorisation donnée par l'administration préposée à la conservation des routes, et si ce n'était en outre sous la condition du remplacement ;

D'un décret du 16 décembre 1811, contenant un règlement fort détaillé sur la construction, la réparation et l'entretien de routes, et renfermant plusieurs dispositions relatives à leur plantation ;

Enfin, de la loi du 12 mai 1825, qui règle tout à la fois cette matière et le curage des fossés. Ses dispositions sont ainsi conçues :

Art. 1^{er}. « Seront reconnus appartenir aux particuliers les arbres actuellement existans sur le sol des routes royales et départementales, et que ces particuliers justifieraient avoir légitimement acquis à titre onéreux, ou avoir plantés à leurs frais, en exécution des anciens réglemens.

« Toutefois les arbres ne pourront être abattus que lorsqu'ils donneront des signes de dépérissement, et sur une permission de l'administration.

« La permission de l'administration sera également nécessaire pour en opérer l'élagage.

« Les contestations qui pourront s'élever entre l'administration et les particuliers, relativement à la propriété des arbres plantés sur le sol des routes, seront portées devant les tribunaux ordinaires.

« Les droits de l'Etat y seront défendus à la diligence de l'administration du domaine.

Art. 2. « A dater du 1^{er} janvier 1827, le curage et
« l'entretien des fossés qui font partie de la propriété
« des routes royales et départementales seront opérés
« par les soins de l'administration publique, et sur les
« fonds affectés au maintien de la viabilité desdites
« routes. »

Cette loi, comme on le voit, n'oblige pas, ainsi que
le faisait celle du 9 ventôse an XIII, les riverains des
routes à planter des arbres le long de leurs bords.

§ III.

**Dispositions établies pour la conservation des bois & forêts de
l'État, & autres bois soumis au régime forestier.**

284. Comme nous l'avons dit, d'après le nouveau
Code forestier, les bois et forêts sont divisés en deux
classes : ceux qui sont soumis au régime forestier, et
ceux qui appartiennent à des particuliers ¹.

Suivant l'article 2 de ce Code, « les particuliers exer-
« cent sur leurs bois tous les droits résultant de la pro-
« priété, sauf les restrictions qui seront spécifiées dans
« la présente loi. »

Ces restrictions sont relatives, pour la plupart, à
l'obligation imposée aux propriétaires de bois de faire
leur déclaration avant de pouvoir couper, afin que la
marine ait à marquer, si elle le juge convenable, les
arbres nécessaires aux constructions navales ; aux pro-
hibitions, pendant un certain temps, de défricher les
bois sans une autorisation préalable, et à l'obligation
de se conformer aux réglemens relatifs à l'époque où
il est permis de couper, au nombre des baliveaux à

¹ Voyez *suprà*, n° 72.

laisser, à la vidange des bois dans le temps prescrit, etc., etc.

285. Mais c'est principalement quant aux bois soumis au régime forestier qu'il existe, en leur faveur, certaines prohibitions imposées aux particuliers, prohibitions qui peuvent, jusqu'à un certain point, être considérées comme des servitudes établies par la loi pour la conservation de ces mêmes bois.

L'ordonnance de 1669, sur les *Eaux et forêts*, conçue dans un esprit de conservation qui lui a toujours mérité les éloges des hommes éclairés, voulait que tous riverains quelconques possédant bois joignant les forêts ou buissons de l'État fussent tenus de les séparer par des fossés ayant 4 pieds de large et 5 pieds de profondeur; et elle les obligeait à entretenir ces fossés à peine de réunion. On avait voulu par là éviter les usurpations, plus faciles à commettre envers l'État qu'envers les particuliers.

Le nouveau Code forestier ne consacre point cette servitude : il établit des règles de délimitation qui ont paru propres à prévenir les empiétements de la part des riverains.

Suivant ce Code, lorsque la séparation ou délimitation est effectuée par un simple bornage, elle est faite à frais communs ;

Lorsqu'elle est effectuée par des fossés de clôture, ils sont exécutés aux frais de la partie requérante, et pris en entier sur son terrain.

Dans le cas où le fossé exécuté de cette manière dé-

graderait les arbres de lisière des forêts, l'administration peut s'opposer à ce mode de clôture.

286. L'espèce de servitude dont il vient d'être parlé était affirmative, et d'une nature particulière, puisqu'elle soumettait les riverains qui en étaient grevés à l'obligation de *faire*, c'est-à-dire de pratiquer et entretenir le fossé, tandis que *servitutum natura non est, ut quis aliquid faciat, sed ut patiat vel non faciat*¹.

Les autres servitudes établies par l'ordonnance, pour la conservation des forêts, étaient toutes négatives. Elles consistaient :

Dans la prohibition d'élever maison sur perches dans un rayon de deux lieues des forêts royales ;

Dans la défense de bâtir aucune maison, ferme ou château dans le rayon d'une demi-lieue desdites forêts ;

Dans celle de construire des fours à chaux à moins de 100 perches² de distance de ces forêts.

Dans la prohibition faite aux vanniers, cercliers, tourneurs, sabotiers, et autres de pareille profession, de tenir atelier dans la distance d'une demi-lieue des forêts royales ;

Enfin dans la défense faite à toute personne de planter bois à moins de 100 perches de distance desdites forêts.

287. A la différence de l'ordonnance, qui n'établissait les prohibitions ci-dessus qu'en faveur des forêts royales, le nouveau Code les consacre, mais avec d'im-

¹ L. 15, § 1, ff. de *Servitutibus*.

² La perche était de 22 pieds.

portantes restrictions et modifications, au profit de tous les bois soumis au régime forestier, par conséquent au profit de ceux des communes ou établissemens publics, comme au profit de ceux de l'Etat et de la couronne.

288. Il porte, en général, qu'aucun four à chaux ou à plâtre, soit temporaire, soit permanent, aucune briqueterie ou tuilerie, ne pourront être établis dans l'intérieur, et à moins d'un kilomètre ¹ des forêts, sans l'autorisation du gouvernement, à peine d'une amende de 100 à 500 francs, et de démolition des établissemens ;

Qu'il ne pourra être établi, sans l'autorisation du gouvernement, sous quelque prétexte que ce soit, aucune maison sur perches, loges, baraque ou hangar, dans l'enceinte et à moins d'un kilomètre des bois et forêts, sous peine de 50 francs d'amende, et de la démolition dans le mois, à dater du jour du jugement qui l'aura ordonnée ;

Qu'aucune construction de maisons ou fermes, dans le même rayon, ne pourra être effectuée sans l'autorisation du gouvernement, sous peine de démolition ;

Il n'y a point lieu à ordonner la démolition des maisons ou fermes actuellement existantes ;

Que nul individu habitant les maisons ou fermes actuellement existantes dans le rayon ci-dessus fixé, ou dont la construction y aurait été autorisée, ne pourra établir dans lesdites maisons ou fermes aucun atelier

¹ 513 toises anciennes.

à façonner le bois, sans une permission spéciale du gouvernement, sous peine de 50 francs d'amende, et de la confiscation des bois;

Lorsque les individus qui auront obtenu cette permission auront subi une condamnation pour délit forestier, le gouvernement pourra leur retirer ladite permission;

Qu'aucune usine à scier le bois ne pourra être établie dans l'enceinte, et à moins de 2 kilomètres de distance des bois et forêts, qu'avec l'autorisation du gouvernement, sous peine d'une amende de 100 à 500 francs, et de la démolition dans le mois, à dater du jugement qui l'aura ordonnée.

Sont cependant exceptées des dispositions précédentes les maisons et usines qui font partie des villes ou villages formant une population agglomérée, bien qu'elles se trouvent dans les distances ci-dessus fixées des bois et des forêts.

Quelques autres dispositions prohibitives sont également établies par le nouveau Code, mais elles constituent moins des servitudes légales que des mesures de police, parce qu'en général elles n'emportent point prohibition de faire telle ou telle chose dans les fonds environnant les forêts, comme celles dont il vient d'être parlé, lesquelles modifient réellement le droit de propriété dans la main des propriétaires, en restreignant son libre exercice dans l'intérêt des héritages de nature de bois et soumis au régime forestier. Elles s'appliquent, en effet, aux non possesseurs de fonds comme à ceux qui en possèdent.

On voit, par ce qui précède, que la prohibition de planter bois auprès des forêts de l'État, consacrée par l'ordonnance précitée, n'a pas été maintenue par la nouvelle loi.

§ IV.

De la prohibition de bâtir dans un certain rayon autour des places de guerre ou forteresses et des murs d'enceinte de la ville de Paris, et de la distance à observer pour les constructions qui avoisinent les cimetières.

289. La nécessité de pourvoir à la défense de l'État a fait établir des servitudes légales sur les terrains qui avoisinent, dans un certain rayon, les places de guerre et les forteresses.

Cette espèce de servitude consiste généralement dans la prohibition d'élever des constructions dans l'enceinte délimitée par les lois rendues sur cet important objet.

Celle du 10 juillet 1791 détermine l'état des places de guerre, forteresses et postes militaires, les classe suivant leur degré d'importance, et dispose, par l'article 50 du tit. I, que « il ne sera à l'avenir bâti ni reconstruit aucune maison ni clôture de maçonnerie « autour des places de première et seconde classe, « même dans leurs avenues et faubourgs, plus près « qu'à 250 toises de la crête du parapet des chemins « couverts les plus avancés.

« Pourra néanmoins le ministre de la guerre déroger à cette disposition, pour permettre la construction de moulins et autres semblables usines à une distance moindre que celle prohibée par le présent article, à condition que lesdites usines ne seront composées que d'un rez-de-chaussée, et à charge

« par le propriétaire de ne recevoir aucune indemnité
« pour démolition en cas de guerre. »

Celle du 17 juillet 1819 veut (art. 2) que le *terrain militaire* appartenant à l'État soit délimité *tel qu'il a été défini par la loi du 10 juillet 1791*. Elle abroge implicitement les articles 54 et 55 du décret réglementaire du 24 juillet 1811, *relatif à l'organisation et au service des états-majors des places*, qui avaient modifié la définition du terrain militaire, consacrée par la loi du 10 juillet 1791, en enveloppant sous la dénomination générique de *terrain militaire* la zone des fortifications et le système des bâtimens ou établissemens militaires ; ce qui étendait à ces bâtimens ou établissemens les dispositions de la loi sur la police des fortifications, tandis que les lois de 1791 et de 1819, ainsi que l'ordonnance du 1^{er} août 1821, dont il va être parlé, ne comprennent, sous la dénomination de *terrain militaire*, que la zone des fortifications.

Enfin, l'ordonnance du 1^{er} août 1821, précitée, qui développe avec un soin particulier les règles des servitudes imposées à la propriété pour la défense de l'État, enjoint aussi, par son article 15, d'exécuter l'article 2 de la loi de juillet 1819, d'après les limites prescrites par les articles 15—21 de celle de 1791.

290. On peut résumer de la manière suivante la législation sur cette espèce de servitude ¹.

Les propriétés privées ont leur point de départ à la

¹ Voyez au *Répertoire* de M. Favard de Langlade l'excellent article *Place de guerre*, auquel nous empruntons la plupart de nos observations sur ce sujet.

de l'enceinte extérieure du terrain militaire, et la servitude légale règne sur les fonds circonvoisins de ce terrain.

Autour des places de première et seconde classe, la loi trace trois limites hors du terrain militaire : la première, jusqu'où s'étendent 250 mètres (125 toises métriques); la seconde, jusqu'à 487 mètres (250 toises anciennes); la troisième, à 974 mètres (500 toises anciennes).

Autour des places de troisième classe, la loi ne trace que deux limites, la première et la troisième, qu'elle ne porte qu'à 584 mètres (300 toises anciennes).

Enfin elle ne décrit qu'une seule limite, celle de 250 mètres, sur l'esplanade des citadelles.

Les *ouvrages détachés* sont délimités d'après leur assimilation à la place ou à un simple poste.

Telles sont les limites légales. La loi laisse au roi la faculté de les restreindre, et de déterminer des limites d'exception sur l'esplanade des citadelles, et autour des places ou postes lorsque les accidens du terrain le permettent.

Pour la détermination de chacune des limites légales, les distances doivent être mesurées sur les capitales de l'enceinte et du dehors. Les points extrêmes doivent former, deux à deux, les deux côtés d'un polygone, dont aucun point ne soit moins éloigné que le sommet des angles.

Cela posé, nous allons voir en quoi consiste la servitude dont il s'agit.

Il convient d'abord de faire observer que *les propriétés limitrophes du terrain militaire*, soit à l'intérieur,

soit à l'extérieur, sont régies par les règles du ^{vit} commun sur le *voisinage* et la *mitoyenneté*.

Dans l'*intérieur* de la place, lorsque la rue du ren. part sert à la circulation publique, l'usage en est réglé conformément au décret du 24 décembre 1811 (art. 75) et à la loi du 16 septembre 1807 (art. 52).

A l'*extérieur*, les propriétés limitrophes du terrain militaire sont grevées des mêmes servitudes défensives que les autres propriétés situées entre la limite extérieure de ce terrain et la limite de 250 mètres.

Dans les trois zones extérieures du terrain militaire, la servitude est plus ou moins grave pour les propriétaires.

Ainsi, dans la première zone, comprise entre la limite extérieure du terrain militaire et la limite de 250 mètres, on ne peut élever que de *simples clôtures en haies sèches ou en planches à claire voie*. Toutes autres clôtures et constructions sont interdites ; rien ne doit arrêter sur ce terrain les feux de la place et les sorties de la garnison. C'est la servitude la plus grave de cette espèce.

Dans la seconde zone, comprise entre les limites de 250 et de 487 mètres, on ne peut élever que des constructions et clôtures *en bois ou en terre, nues ou crépies seulement à chaux ou à plâtre*. Toute autre espèce de construction est interdite : c'est la seconde servitude de cette sorte. Elle n'a lieu qu'autour des places de première et de seconde classe : ce sont les seules, en effet, autour desquelles la limite de 487 mètres doit être tracée.

La troisième zone, que forment autour de ces mêmes places les limites de 487 et de 974 mètres, correspond à la deuxième zone, que déterminent, autour des places de troisième classe, les limites de 250 et de 974 mètres, et autour des postes militaires, les limites de 250 et de 584 mètres. Dans ces dernières zones, on peut élever toute espèce de constructions et de clôtures; mais il ne peut y être fait de *chemin, chaussée, ni levée, ou creusé de fossés*, sans que leur alignement et leur position aient été concertés avec l'autorité militaire et soumis à la décision du roi. Les dépôts de décombres et autres matières, à l'exception des engrais, qui même ne doivent pas être entassés, ne peuvent être faits que sur les emplacements désignés par l'autorité militaire. Les opérations de la topographie ne peuvent avoir lieu qu'avec son consentement, qui est de droit pour les opérations d'arpentage. Telle est la troisième espèce de servitude établie sur les fonds des particuliers, dans l'intérêt de la défense de l'État : c'est la seule dont la dernière zone soit grevée; elle grève aussi à plus forte raison les zones plus rapprochées de la place.

Dans les zones soumises aux deux premières servitudes, les anciennes constructions peuvent être entretenues *dans leur état actuel*, mais à la charge, pour les propriétaires, d'en faire la déclaration au chef du génie, et d'obtenir de lui un certificat qu'elles sont dans la classe des travaux que la loi autorise.

Dans les cas de démolition prévus par la loi, la reconstruction est soumise aux règles ci-dessus.

La loi laisse au roi la faculté d'adoucir ces servitudes par des décisions communes à toutes les propriétés situées dans les *limites d'exceptions*.

Elles peuvent être modérées dans les *limites légales*, en faveur d'une propriété déterminée ; lorsqu'il s'agit, par exemple, de moulins, ou autres semblables usines.

Ces exceptions doivent être constatées par des permissions spéciales du ministre de la guerre. Les permissions n'ont d'effet qu'après que l'impétrant a souscrit la soumission de remplir les conditions imposées dans l'intérêt de la défense. Telle est, dans tous les cas, celle de démolir les constructions, et d'enlever les matériaux, *sans indemnité*, à la première réquisition de l'autorité militaire, si la place, déclarée en état de guerre, est menacée d'hostilités.

Indépendamment de toute soumission, la démolition n'entraîne aucune indemnité dans le cas de guerre ou de force majeure, quand la construction est postérieure à la fixation du rayon militaire de la zone où elle se trouve, si les lois ou ordonnances défendaient d'y bâtir. Mais la démolition donne au possesseur légitime droit à indemnité, même dans l'état de guerre, lorsqu'elle a lieu par *mesure de défense*, pourvu qu'elle ait été ordonnée dans les formes légales, et qu'elle soit antérieure à l'état de siège ¹.

Dans tous les cas où l'indemnité est réclamée, le droit, s'il est contesté, est jugé par le roi d'après les distinctions et règles ci-dessus ; mais lorsque le droit est ré-

¹ Loi du 10 juillet 1791, tit. I, art. 37 et 38. Décret du 24 décembre 1811, art. 95.

connu, si l'indemnité n'est pas fixée à l'amiable, elle l'est par les tribunaux dans les formes prescrites par l'ordonnance du 1^{er} août 1821, et suivant les lois du 10 juillet 1791, du 8 mars 1810, et 17 juillet 1819. Toutefois, ces formes ont été grandement modifiées par la loi du 7 juillet 1833, sur *l'expropriation pour cause d'utilité publique*, et c'est généralement à cette loi qu'il faudra s'attacher. Il faut aussi recourir à la loi du 30 mars 1831, *relative à l'expropriation et à l'occupation temporaire, en cas d'urgence, des propriétés privées nécessaires aux travaux des fortifications*.

291. Dans la vue de prévenir la contrebande, il est interdit aux propriétaires de terrains situés hors de l'enceinte de la ville de Paris, de bâtir à moins de 50 toises des murs qui l'entourent; et même les propriétaires des maisons existantes dans ce rayon ne peuvent en augmenter la hauteur ou l'étendue sans en avoir obtenu la permission de l'autorité compétente ¹.

292. Enfin, d'après l'article 2 du règlement du 23 prairial an xii, les terrains spécialement consacrés aux inhumations doivent être à la distance de 35 à 40 mètres au moins de l'enceinte des villes et bourgs.

Et, suivant le décret du 7 mars 1808, lorsque les cimetières ont été transférés hors des communes, en vertu des lois et réglemens, nul ne peut, sans autorisation de l'administration, élever aucune habitation ni creuser aucun puits, à moins de 100 mètres de distance.

¹ Voyez le décret du 11 janvier 1808, et l'ordonnance du 1^{er} mai 1822.

Les bâtimens existans ne peuvent également être restaurés ni augmentés sans cette autorisation.

Et les puits peuvent être comblés en vertu d'ordonnance du préfet, après visite contradictoire d'experts.

§ V.

Quelle est la nature, et quels sont les effets du droit qu'ont les particuliers d'user des choses publiques ou communales pour l'utilité de leurs propriétés.

295. On vient de parler des assujettissemens des propriétés privées en faveur de l'utilité publique ou communale ; leurs effets généraux ont été suffisamment expliqués. Mais, par une sorte de compensation, les particuliers ont le droit, sous certaines conditions et restrictions déterminées par la loi, de faire servir ceux des biens publics et communaux dont l'usage est commun à tous les citoyens, à l'utilité de leurs propriétés.

La plupart de ces conditions et restrictions ont déjà été expliquées dans l'exposé des deux premiers titres de ce livre du Code, au tome précédent, et à la présente section ; d'autres le seront encore par la suite ; enfin, un grand nombre sont réglées par des lois particulières ou par des mesures d'administration générale ou de police locale, dont l'analyse ne saurait convenablement trouver place dans cet ouvrage.

294. Les biens du domaine public ou communal qui peuvent procurer aux particuliers une utilité directe relativement à leurs propriétés, sont, en général, les routes, les chemins, les rues, les quais, les places

publiques, les marchés et autres immeubles de ce genre.

Non-seulement les propriétaires de terrains adjacens à ces immeubles peuvent bâtir joignant la ligne séparative, en se conformant toutefois aux réglemens sur la voirie ; mais ils ont, de plus, le droit d'avoir des jours d'aspect et des portes de toute forme donnant immédiatement sur les chemins, quais, places et marchés. On ne concevrait même pas la possibilité de construire une ville sans cette faculté ; au lieu qu'on ne peut, comme on le verra plus bas, passer sur le terrain d'un particulier, y avoir des jours d'aspect à moins de six pieds de distance, sans une concession de servitude.

Il est encore plusieurs actes que l'on a la faculté de faire sur les immeubles publics ou communaux, et qu'on ne peut faire sur le fonds d'un particulier sans une pareille concession, notamment en ce qui concerne l'égoût des toits, que l'on peut faire écouler sur la voie publique, et non chez son voisin, si celui-ci n'y consent pas.

293. Ces diverses facultés ne constituent toutefois pas de véritables servitudes sur le domaine public ou communal : celui qui en use en use *jure civitatis*, et non comme d'un droit propre et privé ¹. Ce domaine n'en est pas moins libre, par cela même qu'il est à l'usage de tous. Les actions qui naissent des droits de servitude n'ont jamais lieu contre l'Etat ou une commune en pareil cas.

¹ L. 2, ff. *ne quid in loco publico vel itinere fiat*.

Sans doute, si la destination de tel ou tel immeuble qui dépend aujourd'hui du domaine public ou communal venait à changer; si cet immeuble rentrait ainsi dans la classe des choses susceptibles d'être acquises contre l'Etat ou la commune, par titre ou par prescription; par exemple, si un chemin cessait d'être tel, les particuliers, qui pourraient en acquérir la propriété, pourraient par la même raison y acquérir des droits de servitude véritable, comme sur les biens d'un autre particulier. Dans ce cas, toute distinction, sous ce rapport, entre le domaine de l'Etat lui-même et celui d'un simple citoyen, s'évanouirait, parce que, relativement aux biens sortis de la classe des choses soumises à l'usage direct et immédiat de tous, l'Etat est assimilé à un simple particulier¹. (Art. 541-2227.)

Mais nous raisonnons à l'égard de biens publics ou communaux qui ont conservé leur destination et leur caractère : en principe pur, il est certain que, lors même qu'un citoyen aurait passé de temps immémorial sur un chemin public ou communal, ou dans une rue, pour aller à son fonds, ou que sa maison y aurait toujours eu sa porte, ses jours d'aspect, l'égoût de son toit, ce long usage n'aurait point transformé cette simple jouissance, commune à tous, en une véritable servitude à son profit sur ce chemin ou cette rue; car la prescription ne saurait s'acquérir et produire des effets quand aucun titre ne peut être supposé, parce que l'on n'a joui que d'une chose hors du commerce : « Le

¹ Voyez tome précédent, n° 189.

« temps seul, dit Dunod ¹, n'est pas un moyen d'ac-
 « quérir, et il est inutile pour ce qui n'est pas sus-
 « ceptible du commerce ou du domaine des particu-
 « liers : *quod nullam præexistentiam contractus, aut com-
 « mercii supponit.* »

296. M. Pardessus professe bien les mêmes prin-
 cipès ²; mais nous ne sommes pas tout-à-fait d'accord
 avec lui sur les conséquences qu'il en tire. Ces consé-
 quences nous paraissent, en certains cas, d'une rigueur
 que l'équité, le bien public, et quelquefois le Droit lui-
 même doivent faire rejeter. C'est ce que nous allons
 tâcher de démontrer, après avoir exposé la doctrine
 de cet auteur sur ce point délicat et important.

« Ainsi, dit-il, quelque temps qu'on ait eu des croi-
 « sées ouvertes, qu'on ait fait écouler ses eaux sur
 « une place, un chemin, ou qu'on ait détourné sur son
 « fonds celles qui en provenaient, si des dispositions
 « nouvelles et légales changeaient la destination de
 « ces lieux, on ne pourrait conserver la faculté d'en
 « user comme par le passé. *Celui qui, par aliénation
 « ou par toute autre concession régulière, deviendrait
 « propriétaire du chemin ou de la place, pourrait pré-
 « tendre avec fondement qu'il ne doit point souffrir d'au-
 « tres servitudes que celles qu'énoncerait ou sous-enten-
 « drait, d'après les règles du Droit civil, l'acte d'abandon
 « émané de l'autorité compétente.* Sans doute on doit
 « croire que cette autorité ne prononcera la suppres-
 « sion de cette place, de ce chemin, qu'après avoir

¹ *Traité des Prescriptions*, part. I, chap. XII, page 79 et 80.

² Nos 40 et 41 de son traité *des Servitudes*.

« entendu les intéressés ; que le gouvernement à qui
 « appartient le droit de réformer les actes de l'admi-
 « nistration ne permettra pas que des dispositions,
 « des constructions faites de bonne foi, et dans l'opi-
 « nion que la place ou la rue ne changerait pas de
 « nature, deviennent inutiles, et ne maintiendra pas
 « une décision qui léserait des intérêts particuliers.
 « Mais ce n'est que du principe qu'il s'agit ici ; il ne
 « s'agit que de décider si ces vues, ces égoûts, appar-
 « tiennent aux voisins de cette place au même titre
 « qui les ferait acquérir sur des propriétés particu-
 « lières ; en un mot, si ces riverains peuvent fonder
 « leur prétention sur quelque disposition des lois ci-
 « viles. Or, c'est ce que ne permet pas de croire la
 « nature particulière des choses qui font partie du
 « domaine public ou municipal. »

297. Ce cas peut se présenter souvent par suite d'un changement ou redressement de chemin ou de rue ; et, à notre connaissance, il s'est réalisé avec des circonstances particulières qui ne permettraient pas, selon nous, d'appliquer la doctrine de M. Pardessus.

L'administration de la ville de Paris ayant jugé utile de pratiquer une rue non loin d'une autre, pour la remplacer, s'était fait céder par le propriétaire d'une maison donnant sur cette dernière rue et en même temp sur un terrain parallèle à ladite rue, l'emplacement nécessaire à l'établissement de la nouvelle ; et elle avait cédé, à son tour, à ce propriétaire, comme partie de l'indemnité, le terrain de l'ancienne rue, que

celui-ci a voulu clore aux deux extrémités, afin d'en faire une cour pour sa maison. De cette manière, les autres maisons se seraient trouvées privées d'issue et de la circulation du public ¹. A la vérité, leurs propriétaires pouvaient toujours, en vertu de l'article 682, se faire céder le passage qui était nécessaire au service et à l'exploitation desdites maisons, mais aucune loi ne donnant à un voisin le droit d'avoir, malgré l'autre, et même moyennant une indemnité, des fenêtres d'aspect à moins de 6 pieds de la ligne séparative, ces propriétaires auraient été de la sorte obligés de boucher les leurs, sauf à eux à établir des jours à fer maillé et à verre dormant, conformément aux articles 676 et 677; ce qui aurait rendu leurs maisons tout-à-fait impropres à l'habitation.

De telles conséquences n'ont jamais pu être dans la pensée du législateur, et il suffirait peut-être de les signaler pour faire rejeter le système d'où elles découleraient; mais, à raison de l'extrême importance de la question, il est utile d'entrer dans quelques développemens, pour démontrer où doit s'arrêter l'application des principes précédemment posés.

Que l'on suppose que ce soit l'État ou la commune qui ait vendu ou cédé les terrains sur lesquels sont situés les bâtimens qui forment, par leur disposition, la place ou la rue dont on veut aujourd'hui changer la destination; dans ce cas, de deux choses l'une : ou

¹ Un procès, né au sujet de ce changement de rue, a eu lieu au tribunal de la Seine, et la prétention de l'acquéreur de l'ancienne rue a été rejetée dans tout ce qu'elle avait d'exorbitant.

ou le sol lui-même de la place ou de la rue a été compris dans les aliénations, ou il a seulement été désigné comme devant servir aux portions aliénées, aux portions réservées et à l'usage du public, comme place, rue ou chemin.

Dans la première hypothèse, l'administration ne peut changer la destination de ce sol, dont les acquéreurs ont fait une rue ou une place pour le service et l'exploitation de leurs constructions. Ce sol est à eux, puisqu'il leur a été vendu ou cédé. Ils en ont la propriété en commun, comme dans les cas dont nous avons parlé plus haut, n° 149. L'administration pourrait sans doute l'acquérir à son tour, pour cause d'utilité publique, moyennant indemnité, si, par exemple, les propriétaires en faisaient une *impasse*, quand il serait utile que la circulation y fût parfaitement libre; mais cette acquisition ne l'autoriserait pas à faire des changemens qui auraient pour effet de priver les propriétaires des constructions, faites sous la foi des contrats et de la loi, des moyens d'exploitation qu'ils ont eus jusqu'à ce jour. Il faudrait du moins pour cela qu'on les indemnisât de tout le préjudice qu'ils pourraient éprouver par suite de ces changemens, et que lesdits changemens fussent dans l'intérêt direct, évident et considérable de l'État ou de la commune. Quant à la cession qui serait faite de ce sol à un tiers, par l'État ou la commune qui se l'est fait abandonner pour cause d'utilité publique après l'avoir précédemment vendu ou cédé, elle n'autoriserait pas ce tiers à en changer la nature et l'usage au préjudice des pro-

priétaires des constructions ; car il ne le ferait que dans un intérêt privé ; et si l'État ou la commune ne pouvait faire de nouvelles dispositions sur ce sol que dans un intérêt général, lui, qui ne peut avoir plus de droit qu'eux, n'a pas par conséquent celui d'en faire dans son intérêt particulier. Comme il est leur cessionnaire, on peut faire valoir contre lui tout ce qu'on pourrait faire valoir contre eux, quand bien même son titre de cession ne renfermerait aucune clause touchant le maintien des lieux dans leur état actuel. A plus forte raison, s'il en existait une à ce sujet.

Dans la seconde hypothèse, le sol du chemin, de la rue ou de la place n'est point, il est vrai, la propriété des riverains, mais ils ont acquis en considération de l'usage qu'ils en auraient pour le service et l'exploitation des terrains qui leur étaient cédés, et des constructions qu'ils se proposaient d'y faire : ils ont payé le prix de ces terrains en conséquence, et l'administration manquerait à la bonne foi qui doit présider aux contrats passés entre elle et les particuliers comme à ceux intervenus entre les citoyens, si elle faisait de nouvelles dispositions qui rendraient les constructions, faites sous la foi de ces mêmes contrats, inutiles ou moins avantageuses, et encore mieux si, en cédant le chemin ou la rue à un tiers, elle ne lui interdisait pas ces changemens. A ce cas s'appliquerait aussi ce qui vient d'être dit sur le précédent.

Quand ce n'est pas l'État ou la commune qui a vendu ou cédé les terrains riverains de la place ou de la rue sur lesquels sont situés les bâtimens, que c'est,

au contraire, la commune ou l'État qui ont acquis l'emplacement de la rue ou de la place, ce qui est le cas le plus fréquent, ou que cette place ou cette rue est tombée, par la succession des temps, dans le domaine public ou communal, il n'y a point, il est vrai, à opposer à l'État ou à la commune des engagements formels de leur part, de maintenir les choses telles qu'elles se trouvent actuellement. Les riverains ne peuvent invoquer que leur jouissance *jure civitatis*, et, comme nous l'avons dit, cette jouissance ne constitue point une véritable servitude sur la place ou la rue; conséquemment elle n'empêche point l'administration, dans les termes rigoureux du Droit, de faire de nouvelles dispositions qui la diminueraient, ou même la changeraient totalement, sauf aux parties intéressées à recourir à l'autorité supérieure, au roi même s'il le fallait, pour faire réformer une décision qui blesserait si fortement leurs intérêts.

298. Mais, et c'est en ce point principalement que nous différons de sentiment avec M. Pardessus, nous pensons que l'abandon que ferait l'administration à un particulier, du terrain d'un chemin, d'une rue ou d'une place, comme ne devant plus faire partie du domaine public ou communal, est *toujours* censé fait sous la réserve que ce tiers n'en changera pas la destination de manière à rendre les constructions voisines inutiles ou bien moins avantageuses, et qu'il n'aura pas pour cela le droit de faire composer les propriétaires pour pouvoir conserver leur libre passage, ainsi que les fenêtres de leurs édifices. Ces propriétaires

ont bâti sous la foi d'un ordre de choses dont rien n'indiquait le changement futur ; ils ont payé les impôts établis sur les constructions : l'État leur doit donc toute espèce de protection qui ne serait pas absolument incompatible avec des améliorations conçues dans un intérêt général. La cour de Lyon a jugé en ce sens, par son arrêt du 10 février 1831, qui se trouve dans le recueil de Sirey, 32, 1, 521. Cette cour a décidé qu'un terrain servant à un usage public, concédé par l'État à des particuliers, reste, après la concession, comme auparavant, soumis envers les propriétaires voisins, aux charges, servitudes et obligations auxquelles sont assujetties les propriétés publiques ; sauf toutefois le droit des concessionnaires d'empêcher tout fait des propriétaires voisins qui serait contraire au but de la concession.

SECTION II.

DES SERVITUDES LÉGALES AYANT POUR OBJET L'UTILITÉ DES PROPRIÉTAIRES.

SOMMAIRE.

299. *Les obligations entre propriétaires voisins, appelées servitudes légales, ne sont, en général, que des obligations de communauté.*
300. *Objets généraux des servitudes légales établies dans l'intérêt des particuliers, et division de la section.*

299. La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations les uns à l'égard des autres, indépendamment de toute convention (art. 651-1370) ; et ces obligations sont appelées, par le Code, *servitudes légales*.

Il faut toutefois reconnaître, en principe, que plu-

sieurs des dispositions placées sous la rubrique *des servitudes établies par la loi*, et même la plupart, sont moins des règles relatives aux servitudes, que des lois relatives à la communauté de propriété, à la manière de constater la propriété elle-même, et d'en déterminer le mode de jouissance.

Ainsi, tout ce qui a rapport au mur, à la haie ou au fossé mitoyen, est évidemment régi par les principes de la communauté, plutôt que par les principes sur les servitudes; et il en est de même de ce qui concerne le cas ou les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs. Il est vrai que, dans ces divers cas, la communauté n'est pas parfaite, n'est pas absolue, mais cela ne fait pas qu'il n'y ait pas communauté d'intérêt à la conservation de la chose, bien que cette communauté n'existe pas, avec tous ses caractères, dans la chose elle-même : dès-lors, les obligations qui existent entre les intéressés, l'un à l'égard de l'autre, ont plutôt leur source dans les principes de la société que dans ceux qui régissent la matière des servitudes.

De plus, tout ce qui sert à déterminer la propriété exclusive du mur, du fossé ou de la haie, objet pour lequel plusieurs dispositions ont été portées dans le Code, et placées sous la même rubrique, tient encore moins, s'il est possible, à la matière des servitudes. Ces dispositions sont simplement relatives à la propriété. Ce n'est, sous aucun rapport, une modification du droit de propriété lui-même, mais seulement le moyen de l'établir, et la règle de son étendue, si

ce n'est cependant en ce qui concerne l'obligation où est le propriétaire d'un mur joignant immédiatement le terrain d'autrui, d'en céder la mitoyenneté au voisin qui le demande ; cas dans lequel il y a effectivement une charge imposée au droit de propriété, comme dans celui prévu à l'article 682.

On pourrait étendre ces observations, mais néanmoins on justifie facilement le parti qu'ont pris les rédacteurs du Code, de réunir, sous le titre *des Servitudes*, tout ce qui est relatif à ces objets, au lieu d'en disséminer les règles dans divers titres, où ces matières n'auraient été traitées que sous tel ou tel point de vue seulement, et par conséquent d'une manière incomplète ; on a évité par là des répétitions. Dans certains cas, d'ailleurs, elles donnent naissance à des obligations de voisinage entre les propriétaires, et qui ont plus ou moins de rapport avec les servitudes proprement dites.

300. D'après le Code, les servitudes établies par la loi dans l'intérêt des particuliers se rapportent,

- 1° Aux murs, mitoyens ou non, et à tout ce qui y est relatif ;
- 2° Au cas où les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs divisément ;
- 3° Aux fossés, mitoyens ou non ;
- 4° Aux haies, mitoyennes ou non ;
- 5° A la distance à observer dans la plantation des arbres et des haies ;
- 6° A la distance à observer et aux ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions ;

7° Aux vues sur la propriété du voisin, sans servitude établie par l'homme ;

8° A l'égoût des toits ;

9° Au droit d'exiger un passage sur le fonds d'autrui, dans un certain cas.

Ce sera l'objet d'autant de paragraphes ; mais comme les matières comprises dans cette section diffèrent plus ou moins entre elles, et que cependant la division que nous avons adoptée voulait qu'elles fussent toutes comprises dans une même section ¹, nous placerons les *sommaires* en tête de chaque paragraphe, afin qu'on y trouve de suite toutes les questions relatives à la matière qu'il renferme, sans être obligé de recourir au commencement de la section.

§ 1^{er}.

Des murs, mitoyens ou non, & de tout ce qui y est relatif.

SOMMAIRE.

301. *Cas dans lesquels un mur est présumé mitoyen : texte de l'article 653.*
302. *Loi de Solon, reproduite dans la loi 13, ff. Finium regundorum.*
303. *La présomption de mitoyenneté d'un mur a-t-elle lieu, sous le Code, dans les villes et faubourgs, lorsqu'il n'y a bâtiment que d'un seul côté ?*
304. *Pour qu'elle existe, il n'est pas nécessaire que les deux fonds, autres que des bâtimens, soient de même sorte.*
305. *Quid d'un mur dans les champs séparant deux fonds qui ne seraient ni l'un ni l'autre cour, jardin ou enclos ?*
306. *Entre bâtimens, la présomption de mitoyenneté du mur n'a lieu que jusqu'à l'héberge.*

¹ En effet, le chap. II, qui traite des *Servitudes légales*, se divise principalement en deux sections : l'une comprenant toutes les servitudes qui ont pour objet l'intérêt public ou communal ; l'autre, celles qui ont pour objet l'utilité des particuliers.

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 285

307. *Conséquence quand le toit du bâtiment inférieur ne s'étend point parallèlement au mur.*
308. *La présomption de mitoyenneté cesse quand il y a titre de propriété exclusive : exemples de cas où il y a titre.*
309. *Marques de non-mitoyenneté.*
310. *Dans beaucoup de pays, on reconnaissait d'autres marques de non-mitoyenneté que celles reconnues par le Code : celles qui existaient déjà lors de sa publication ont encore leur effet.*
311. *Les signes de non-mitoyenneté cèdent aux titres.*
312. *Quid lorsqu'il se trouve des signes de non-mitoyenneté des deux côtés ?*
313. *La propriété exclusive du mur peut aussi résulter de la prescription.*
314. *La possession annale doit suffire pour détruire les effets de la présomption de mitoyenneté, sauf preuve contraire : controversé.*
315. *Esprit général des anciennes Coutumes relativement au tour d'échelle.*
316. *Le Code est muet sur ce point : observations et développemens sur le tour d'échelle dans les principes actuels.*
317. *La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge des co-propriétaires.*
318. *L'un des voisins peut, en abandonnant la mitoyenneté, s'affranchir de cette charge, pourvu que le mur ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne.*
319. *Peut-il s'en affranchir dans les lieux où la clôture est forcée, en abandonnant la moitié du sol nécessaire au mur et tout droit à la mitoyenneté ? très controversé : texte de l'article 663.*
320. *Si, quand l'abandon a eu lieu, le voisin ne répare pas le mur, l'autre peut répéter ce qu'il a abandonné.*
321. *Tout propriétaire joignant un mur peut en acquérir la mitoyenneté.*
322. *Il n'y a pas de prescription contre ce droit.*
323. *De son côté, le propriétaire du mur peut, dans les lieux où la clôture est forcée, se faire indemniser : controversé.*
324. *Le voisin d'un mur ne peut en acquérir la mitoyenneté qu'autant qu'il le joint immédiatement.*
325. *Avec cette condition, la circonstance que le propriétaire*

du mur y aurait, même depuis plus de trente ans, des jours à fer maillé et à verre dormant, ne serait point un obstacle à la cession forcée de la mitoyenneté avec toutes ses conséquences.

326. *Il en serait autrement, si c'étaient des jours libres subsistant depuis plus de trente ans; l'acquisition de la mitoyenneté n'aurait point pour effet de rendre les jours inutiles; plusieurs pensent toutefois que le voisin peut bâtir tout contre le mur, nonobstant l'existence des jours dont il s'agit.*
327. *Le voisin peut n'acquérir la mitoyenneté que pour partie seulement : conséquence.*
328. *Formalités à suivre quand la mitoyenneté n'est pas cédée à l'amiable.*
329. *Actes généraux que la mitoyenneté permet à chacun des propriétaires.*
330. *Suite.*
331. *Suite.*
332. *De l'indemnité de surcharge.*
333. *Celui qui a fait à ses frais l'exhaussement du mur mitoyen peut pratiquer dans cet exhaussement des jours à fer maillé et verre dormant : arrêt contraire.*
334. *Le voisin qui n'a point contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté.*
335. *Actes ou entreprises que l'un des voisins ne peut faire sur le mur mitoyen sans le consentement de l'autre, ou sans avoir fait régler par experts les moyens de ne pas nuire à celui-ci.*
336. *La disposition de l'article 203 de la Coutume de Paris, concernant la responsabilité des maçons n'a pas été admise par le Code.*
337. *Les frais d'expertise et autres sont à la charge de celui qui fait faire les travaux.*
338. *Quand on reconstruit un mur mitoyen, les servitudes actives et passives se continuent.*

504. *Lorsque les propriétaires des deux fonds contigus ont contribué à la clôture qui fait la séparation de leurs héritages, et que la preuve en est administrée*

par des titres ou par les autres moyens approuvés par la loi, il est clair que la mitoyenneté de la clôture peut être invoquée par chacun d'eux : alors il n'y a plus, pour régler les effets de cette communauté, en ce qui concerne les avantages et les charges qui y sont attachés, qu'à appliquer les dispositions qui la régissent, et que nous allons développer successivement.

Mais la clôture peut exister sans que ni l'un ni l'autre des propriétaires voisins puisse établir qu'elle a été élevée à ses dépens, ou du moins qu'elle l'a été à frais communs, et c'est ce qui a porté le législateur à créer une présomption, fondée, comme toutes les présomptions de la loi, sur les probabilités et les vraisemblances les plus naturelles, afin de prévenir, autant que possible, les difficultés déjà si fréquentes entre voisins, ou du moins pour les décider suivant le parti le plus raisonnable, puisque, quand il y a incertitude sur celle de deux prétentions opposées qui mérite la préférence, la balance doit rester immobile.

En conséquence, l'article 653 dispose que, « dans
« les villes et les campagnes, tout mur servant de sé-
« paration entre bâtimens jusqu'à l'héberge, ou entre
« cours et jardins, et même entre enclos dans les
« champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou
« marque du contraire. »

Dans ces cas il y a donc présomption que chacun des propriétaires a entendu que le mur fût construit sur le confin de son terrain, afin de l'enclorre en entier, surtout aujourd'hui que nous ne connaissons plus la servitude appelée *tour d'échelle*, dont nous parlerons

plus loin ; et que, puisque ce mur devait lui être utile, il a contribué aux frais de sa construction, et fourni la moitié du sol nécessaire à son établissement.

502. Suivant la loi de Solon, qu'on trouve reproduite dans la loi 13, ff. *Finium regundorum*, un mur de clôture devait être éloigné d'un pied de la ligne séparative des deux fonds, et une maison devait en être distante au moins de deux pieds. Le *tour d'échelle* existait par cela même, non pas comme servitude, mais comme propriété de cet espace, qui était un accessoire du bâtiment ou du mur de clôture.

A Rome, l'on a presque toujours aussi été dans l'usage d'isoler les maisons par de petites ruelles qu'on appelait *ambitus* ¹, probablement pour prévenir les effets des incendies, et peut-être aussi pour d'autres motifs : de là le nom d'îles, *insulæ*, donné si souvent aux maisons par les jurisconsultes romains.

Bien mieux, une constitution de l'empereur Zénon, rappelée dans la loi 12, § 2, au Code, tit. de *Ædificiis privatis*, était même allée jusqu'à prescrire de laisser un intervalle de douze pieds entre la maison que l'on voulait bâtir, et celle du voisin, sans qu'il fût permis ni à l'un ni à l'autre de rien établir, de rien édifier sur cet espace.

503. Comme on vient de le voir, l'article 653 consacre la présomption de mitoyenneté du mur dans deux cas bien distincts :

1^o Quand ce mur sert de séparation à des bâti-

¹ Voyez *Festus*, à ce mot.

mens situés à la ville ou dans la campagne, n'im-
porte ;

2° Quand il sépare des cours, jardins ou enclos,
même dans les champs.

Dans le premier cas, comme ce n'est qu'entre *bâti-
mens* qu'existe la présomption de mitoyenneté, il s'en-
suit que si l'un des fonds est un bâtiment, et non
l'autre, qui n'offre aucun vestige de bâtiment, tel
qu'une cheminée, ou autre reste d'un édifice, le mur
n'est point présumé mitoyen : il est censé appartenir
exclusivement au maître du bâtiment dont il fait par-
tie, parce qu'on doit naturellement croire que lui seul
a fait les frais de sa construction, puisqu'il lui était
nécessaire, et que le voisin n'ayant pas d'intérêt, ou
du moins n'ayant pas le même intérêt à ce qu'il fût
construit, n'a point par conséquent contribué aux frais
de son établissement.

Pothier ¹ le décidait ainsi, mais toutefois avec une
importante distinction ; sa décision mérite d'être rap-
portée, parce qu'elle a été adoptée par plusieurs des
auteurs qui ont écrit sur le Code, et que nous croyons
devoir la combattre dans les principes actuels.

« Dans les campagnes, disait-il, le mur appartient
« au maître du bâtiment dans tous les cas.

« Mais dans les villes où il y a une loi qui permet
« à chacun d'obliger son voisin à faire, à frais com-
« muns, un mur pour se clore, comme à Paris (art. 209
« de la Coutume) et à Orléans (art. 236), tous murs,
« même ceux qui n'ont de bâtiment que d'un côté,

¹ *Contrat de société*, n° 202.

« sont censés communs depuis la fondation jusqu'à la
 « hauteur que la loi du lieu prescrit pour les murs de
 « clôture : ils ne sont présumés appartenir à celui des
 « voisins qui est propriétaire du bâtiment, que pour
 « le surplus. La raison de cette présomption est que
 « le voisin qui n'a pas de bâtiment de son côté, *ayant*
 « *pu*, selon la loi du lieu, être obligé par l'autre voi-
 « sin à construire, à frais communs, un mur de la
 « hauteur prescrite par la loi, *on doit présumer que lui*
 « *ou ses auteurs y auront été obligés par l'autre voisin*,
 « *et qu'ils l'auront construit à frais communs jusqu'à*
 « *ladite hauteur*. A l'égard de ce qui est au-delà de
 « ladite hauteur, la présomption est que c'est le voisin
 « qui en avait besoin pour élever son bâtiment qui a
 « fait seul les frais de cette élévation. »

MM. Pardessus, Toullier et Delvincourt ont adopté cette distinction, et ce dernier jurisconsulte, avec plus d'extension encore.

M. Toullier l'admet purement et simplement. Cependant, selon lui, l'obligation de se clore dans les villes et les faubourgs, quand l'un des voisins le demande, doit s'entendre seulement en ce sens, que l'autre est obligé, ou de contribuer à la clôture, ou d'abandonner la moitié du terrain nécessaire à la construction du mur, avec tout droit à la mitoyenneté; ce qui affaiblit grandement, comme on le voit, la présomption reconnue par Pothier, que le voisin a contribué aux frais de construction du mur du bâtiment jusqu'à la hauteur prescrite par la loi du lieu pour la clôture commune. Mais ce n'est point encore le mo-

ment de discuter l'opinion de M. Toullier sur ce point particulier : nous le ferons bientôt.

Quant à M. Delvincourt, il sous-distingue, contrairement à Pothier, sur le cas où les fonds sont situés à la campagne ; il dit : « Dans les lieux où l'un des voisins ne peut forcer l'autre à contribuer à la clôture commune, si le jardin est clos de tous côtés, le mur (du bâtiment) doit être présumé mitoyen jusqu'à la hauteur du mur qui forme la clôture des autres côtés. Si le jardin n'est clos que du côté du bâtiment, le mur doit être présumé appartenir en entier au propriétaire dudit bâtiment, par argument de l'article 670. »

Ainsi, M. Delvincourt admettait la présomption de mitoyenneté dans un cas même où Pothier la rejetait.

Mais, il faut le dire, le Code n'a pas plus consacré la distinction principale de Pothier, que la sous-distinction de M. Delvincourt.

En effet, notre article 653 porte : « Dans les villes et campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments, jusqu'à l'héberge (ce qui fait un cas bien distinct), ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs (ce qui fait un autre cas), est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire. »

Ainsi, il n'est pas dit, entre bâtiment, cour ou jardin, etc., mais d'abord entre *bâtiments* ; et si l'on répondait que la rédaction de l'article eût été embarrassée par la répétition du mot *bâtiment* pour le cas où il y a bâtiment d'un côté, et cour ou jardin de l'autre,

parce qu'il aurait fallu répéter ce mot après l'avoir employé pour le cas où il y a bâtimens des deux côtés, on répliquerait que ce n'est point une raison suffisante pour induire une présomption légale quand la loi n'a pas parlé sur le cas en question. La présomption légale est celle qui est attachée par la loi à certains actes ou à certains faits : tels sont, dit l'article 1350-2^o, les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. Hors ces circonstances, il n'y a plus de présomption légale ; il peut seulement exister une de ces présomptions de fait, que la loi abandonne à la sagesse du magistrat, et qui sont aussi fondées sur des conjectures, des vraisemblances, mais qui n'ont point paru au législateur avoir un caractère d'évidence assez grave pour mériter d'être élevées à la dignité de présomptions légales. Dans le cas prévu et décidé par Pothier, il n'y a qu'une simple conjecture, plus ou moins forte, comme on va le voir, et non une preuve de mitoyenneté, puisque le Code ne l'a point consacrée, et qu'il n'est pas permis au juge de créer par analogie des présomptions ; il usurperait ainsi sur le domaine de la loi ; il commettrait un excès de pouvoir, qui, suivant les principes, solliciterait la réformation de sa décision.

Le raisonnement de ce jurisconsulte est uniquement fondé sur ce que le propriétaire du bâtiment *ayant pu*, dans les villes et faubourgs, forcer l'autre à contribuer à la confection du mur jusqu'à la hauteur prescrite par le statut local pour les murs de clôture

commune, on doit présumer que ce voisin ou ses auteurs y ont été forcés. Mais cette conséquence n'est point rigoureusement exacte.

D'abord, comme le voisin, dans tous les cas, n'aurait pu être forcé qu'à contribuer à la confection d'un mur de clôture ordinaire, et non à celle d'un mur de bâtiment, généralement plus fort, plus épais, plus coûteux, et qu'il y aurait eu, d'après cela, une espèce de ventilation à faire, une appréciation spéciale, on peut très-bien supposer que celui qui se proposait de construire le bâtiment a mieux aimé faire seul les frais du mur, pour éviter ces difficultés, en songeant d'ailleurs que ce mur lui appartiendrait exclusivement.

Cette supposition, contraire à celle de Pothier, est si peu hasardée, que, dans une foule de cas, même dans les villes et faubourgs, le mur appartient en effet exclusivement à l'un des voisins, nonobstant la faculté qu'il avait, et que nous lui reconnaissons nous-même, dans ces lieux, de forcer l'autre à contribuer à la construction d'un mur de clôture ordinaire, jusqu'à la hauteur déterminée par la loi : ces cas sont ceux où il y a titre ou marque de non-mitoyenneté. Ainsi, ce qui a eu lieu dans le cas où il y a titre ou marque de non-mitoyenneté, ayant pu également avoir lieu quoiqu'il n'y ait ni titre ni de marque de propriété exclusive, c'est une preuve que le raisonnement de ce jurisconsulte peut porter à faux dans certains cas, comme il peut être fondé sur la vérité dans d'autres, et dès lors qu'il dégénère en simple conjecture, en simple vraisemblance, plus ou moins forte : d'où il suit qu'il

ne saurait constituer une véritable présomption de Droit, surtout sous le Code, quand il est évident que ses rédacteurs, qui connaissaient à n'en pas douter la distinction de cet auteur, n'ont point établi une telle présomption dans le cas dont il s'agit.

On verra même plus loin que ce n'a été que par suite de la discussion élevée sur l'article 663, que l'on a consacré le principe de la clôture forcée dans les villes et les faubourgs; conséquemment ils n'ont point entendu, en rédigeant l'article 653, sur lequel s'élève la question que nous agitions, admettre une distinction uniquement fondée sur un principe qui n'était pas encore positivement établi par eux, qui ne l'a été que plus tard au conseil d'Etat.

Pothier lui-même n'a pu l'appuyer que sur une conjecture, et non sur un texte; car il n'en cite point. C'est une déduction de son esprit judicieux et presque toujours interprète fidèle des vrais principes; mais, encore une fois, ce n'est pas sur le sentiment d'un jurisconsulte, quelque grave que soit l'autorité qu'il a su imprimer à ses décisions, qu'on doit asseoir une présomption légale; c'est uniquement sur la loi. L'on vient de voir, d'ailleurs, que la conséquence qu'il tire du principe de la clôture forcée peut être contraire à la vérité du fait; qu'elle l'est même dans beaucoup de cas.

On dira peut-être que le propriétaire du bâtiment est en faute de n'avoir pas su se ménager un titre ou une marque de non-mitoyenneté: à cela nous répondrons que c'est déplacer la question; car elle s'élève

sur ce qui est, et non pas sur ce qui aurait dû être, et ce n'est que sur ce qui est que la loi établit la présomption de mitoyenneté : d'ailleurs, le même reproche s'appliquant, relativement à la mitoyenneté, avec autant de raison au voisin lui-même, s'il avait réellement contribué à la confection du mur, l'objection tombe, parce qu'elle se neutralise par une de même force. Et quant à ce reproche fait au propriétaire du mur, de ne s'être pas du moins ménagé des marques de non-mitoyenneté, à défaut de titre, nous répondons aussi que ces marques, qui consistent dans des corbeaux ou filets de pierre, placés du côté de celui qui réclame la propriété exclusive, se voient quelquefois, sans doute, du moins quant aux corbeaux, mais rarement dans les maisons de ville, surtout dans les constructions modernes, où l'aspect de ces pierres en saillie dans l'intérieur des bâtimens serait d'un mauvais effet et offusquerait la vue. Sur mille maisons à Paris on n'en trouverait peut-être à peine une dont le mur contienne, en dedans de l'édifice, ces corbeaux, qui sont, avec les filets ou larmiers, les seules marques de non-mitoyenneté en fait de murs.

Tout nous porte donc à rejeter la distinction de Pothier et des auteurs qui l'ont adoptée sous le Code, parce que, d'une part, elle n'est pas fondée sur un raisonnement rigoureusement exact, qu'elle ne l'est que sur une conjecture, qui est loin d'être toujours d'accord avec la vérité du fait, et parce que, d'autre part, la loi n'en a pas fait l'objet d'une présomption de Droit. Or, comme le mur fait partie du bâtiment, que sans

lui le bâtiment ne pourrait subsister, ce qu'on ne peut dire de la cour ou du jardin voisin, nous en concluons que ce mur est censé appartenir exclusivement au maître de l'édifice, quand même la cour ou le jardin serait entouré de murs de tous les autres côtés, et, à plus forte raison, s'il ne l'était que du côté du bâtiment, distinction que ne fait pas Pothier, et qu'en effet il ne devait pas faire pour être conséquent, puisqu'il ne fait résulter la présomption de mitoyenneté que de la faculté qu'avait le maître de ce bâtiment, de forcer le voisin à contribuer à la construction du mur de clôture, d'où il infère qu'il est censé l'avoir fait; car ce raisonnement s'applique en effet à tous les cas où il s'agit de terrains situés dans les villes ou faubourgs déjà cours ou jardins, ou dont on veut faire des jardins ou des cours, en un mot, qu'on veut enclore.

504. Mais dans le second cas de présomption de mitoyenneté de l'article 653, il n'est pas nécessaire, du moins selon nous, pour qu'elle ait lieu, que les deux fonds soient de même sorte, que ce soient deux cours ou deux jardins : l'article ne le dit pas, et la raison est la même quand c'est un jardin et une cour, que lorsque ce sont deux jardins ou deux cours; à la différence du cas où il y a, d'un côté, un bâtiment, et de l'autre, un fonds d'une autre sorte. Car si, dans ce dernier cas, l'on peut dire que le mur appartient au bâtiment, dont il est partie intégrante, il n'en est pas de même dans le premier, où il n'y a pas de motif de se décider en faveur de la cour plutôt

qu'en faveur du jardin, *et vice versâ*, puisque ce mur peut tout aussi bien faire partie de l'un de ces fonds que de l'autre. Le texte lui-même appuie cette décision en disant *entre cours et jardins*, etc., ce qui s'entend naturellement des deux cas : de celui où c'est une cour et un jardin, et de celui où ce sont deux jardins ou deux cours : tandis que dans la première partie de l'article, la loi dit *entre bâtimens*, ce qui suppose bâtimens des deux côtés.

Nous avons, il est vrai, entendu soutenir, par un de nos collègues, que l'article voulait parler du cas où il y a cours ou jardins des deux côtés ; que lorsqu'il y a cour d'un côté et jardin de l'autre, il n'y a pas présomption de mitoyenneté, et que le mur est présumé, jusqu'à preuve du contraire, appartenir exclusivement au maître de la cour, attendu que l'on entoure plutôt de murs une cour qu'un jardin. Nous répondrons qu'il est invraisemblable que le Code ait voulu laisser, sans le décider, un cas aussi fréquent que celui où il y a cour d'un côté et jardin de l'autre. En second lieu, nous disons qu'il est aussi d'usage d'enclorre un jardin de murs qu'une cour ; que cela est nécessaire pour le garantir des dégâts que causeraient les animaux domestiques, et surtout la volaille, s'il n'y avait que des haies, et aussi pour mettre les fruits à l'abri de l'atteinte des gens du voisinage, et autres. Il y a donc, selon nous, présomption de mitoyenneté aussi bien dans le cas où les deux fonds sont, l'un une cour et l'autre un jardin, que dans celui où ce sont deux cours ou deux jardins. — L'o-

pinion que nous combattons serait encore bien plus insoutenable dans le cas où le jardin serait clos de murs de tous côtés, et que la cour ne le serait que du côté du jardin seulement.

505. S'il se trouvait dans les champs un mur servant de séparation entre deux fonds qui ne seraient ni l'un ni l'autre cour, jardin ou enclos, on devrait également le présumer mitoyen, non pas en vertu de l'article 653, car il est muet sur ce cas, mais par la raison qu'aucun des propriétaires n'y pourrait prétendre plus de droit que l'autre, tant qu'il ne justifierait pas de sa prétention.

506. La présomption de mitoyenneté du mur de séparation ne s'étend entre bâtimens que jusqu'à l'héberge¹, c'est-à-dire jusqu'au point le plus élevé du toit inférieur. L'excédant du mur appartient au propriétaire du bâtiment le plus élevé, lors même que cet excédant dépasserait le toit de ce bâtiment, attendu que, portant directement sur une partie du mur appartenant exclusivement à ce propriétaire, c'est ce dernier qui est naturellement présumé l'avoir construit à ses frais, soit pour garantir son toit de la violence des vents, soit dans la vue d'exhausser un

¹ *Héberge* est un vieux mot qui signifie le couvert. On dit encore *héberger* quelqu'un, pour dire qu'on le reçoit chez soi, qu'on lui donne le couvert.

Quid si le bâtiment inférieur a ses cheminées adossées au mur supérieur ? Il y a présomption de mitoyenneté du mur dans les endroits où elles sont placées ; car le propriétaire de ce mur n'était point obligé de les souffrir sans indemnité. Mais, d'un autre côté, le maître du bâtiment inférieur n'étant point obligé de rendre le mur mitoyen en totalité, il ne doit être présumé l'avoir fait que dans les parties où cela lui était nécessaire pour adosser ses cheminées.

jour son bâtiment. C'est aussi l'avis de M. Delvincourt, contre celui de M. Pardessus (n° 150 de son traité *des Servitudes*.)

507. Si, comme on le voit souvent, le toit du bâtiment inférieur ne s'étendait point parallèlement au mur, mais présentait un plan incliné d'un ou de deux côtés, la présomption de mitoyenneté suivrait la même direction, c'est-à-dire qu'elle ne s'étendrait pas parallèlement jusqu'au point le plus élevé du toit, mais bien seulement en suivant le plan incliné qu'offrirait ce toit. En effet, si c'est le bâtiment inférieur qui a été construit le premier, il est clair que son propriétaire a donné au mur la direction qu'il se proposait de donner au toit lui-même, et qu'il ne l'a pas élevé au-delà. Si c'est le bâtiment supérieur qui est le plus ancien, ou si les deux édifices ont été construits en même temps, le maître du bâtiment inférieur a dû se contenter de rendre le mur mitoyen seulement dans les parties qui devaient lui être nécessaires, puisqu'on peut acquérir la mitoyenneté d'une partie du mur, comme on peut l'acquérir pour le tout (art. 661). On doit donc croire, dans toutes les hypothèses, qu'elle n'existe en effet que relativement à ces mêmes parties, et que tout l'excédant appartient au maître du bâtiment le plus élevé, sauf preuve contraire.

508. D'après l'article 654, la présomption de mitoyenneté cesse dans deux cas :

1° Lorsqu'il y a titre ;

2° Lorsqu'il y a marque du contraire.

Elle s'évanouit également quand il y a prescrip-

tion de la propriété exclusive en faveur de l'un des voisins. Nous allons bientôt parler de ce cas.

Le titre, comme l'observe M. Pardessus, peut avoir pris naissance dans plusieurs circonstances. Il peut remonter à l'époque de la construction du mur, ou lui être postérieur. Son effet, dans tous les cas, sera le même, attendu que l'un des propriétaires d'une chose commune peut céder ses droits à l'autre.

Ainsi il y a titre de propriété exclusive si, lorsque l'un des voisins, au moment où il a fait construire le mur, ou depuis, a fait avec l'autre un acte par lequel celui-ci a reconnu en faveur du premier la propriété exclusive du mur; ou si, quand il se proposait de le construire, il lui a fait faire notification par laquelle il protestait contre toute prétention future de sa part à la mitoyenneté, notification dont on produit aujourd'hui une copie, à moins toutefois que le voisin ne produisît de son côté une preuve contraire, par acte, qu'il a déclaré vouloir que le mur fût construit en commun. Il y aurait également titre si, propriétaire de deux fonds séparés par un mur, je disposais de l'un de ces fonds en me réservant la propriété exclusive du mur, *aut vice versâ*; ou si, sans me réserver expressément la propriété du mur, l'acte de disposition portait que le fonds aliéné est vendu, cédé ou donné à partir du parement du mur de séparation, ou même simplement à partir de ce mur, du côté dudit fonds. Le droit de l'acquéreur ne s'étendrait pas au-delà : le mur serait entièrement réservé; car celui qui aliène à partir de tel point, de tel endroit, n'aliène pas ce

même endroit. C'est ce que nous avons déjà dit relativement au cours d'eau, *suprà*, n° 223.

509. Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement, d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné ¹ ;

Lors encore qu'il n'y a que d'un côté, ou un chaperon ², ou des filets ³ et corbeaux de pierre ⁴, qui y auraient été mis en bâtissant le mur ⁵.

Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égoût ou les corbeaux et filets de pierre. (Art. 654.)

On doit croire que si celui-ci n'eût pas été propriétaire exclusif du mur, il n'aurait pas souffert que les eaux déversassent en totalité sur son terrain, et le voisin ne lui aurait pas permis de placer dans le mur, lors de sa construction, des filets ou corbeaux de pierre, dont lui seul peut retirer avantage, puisqu'ils

¹ Pour faire déverser les eaux de la pluie, qui ne tombent de cette manière que d'un côté.

² On appelle ainsi le sommet du mur, que l'on forme avec de la chaux ou du plâtre, et quelquefois que l'on couvre avec de la tuile pour mieux garantir le mur. Ce sont principalement les murs de clôture qui ont ces chaperons. Quand il n'y en a que d'un côté, ils présentent un seul plan incliné.

³ Le filet est la partie du chaperon qui déborde le mur, afin que l'eau de la pluie tombant au-delà du parement du mur, ne le dégrade pas. Ce filet, dit Desgodets, se nomme aussi *larmier*.

⁴ Pierres en saillie que l'on place dans le mur, afin de pouvoir y asseoir des poutres ou solives, pour leur donner moins de portée.

⁵ On croit généralement, observe M. Delvincourt, que les corbeaux ont été placés en bâtissant le mur, quand l'épaisseur du mur et la saillie que fait le corbeau sont faits d'une seule et même pierre, parce que c'était en effet le meilleur moyen de lui donner la solidité nécessaire pour supporter la poutre ou la solive qu'on voudrait y asseoir.

sont de son côté. Aussi ces filets ou corbeaux placés après coup ne détruiraient en aucune manière la présomption de mitoyenneté, attendu la facilité qu'aurait l'un des voisins de les y placer à l'insu de l'autre, puisque ce serait de son côté. Ils ne pourraient non plus fonder la prescription ; car la possession qui en résulterait n'aurait pas le caractère de publicité exigé pour cela (art. 2229), vu qu'ils pourraient très-bien être inconnus à l'autre propriétaire.

Mais quand ils ont été placés en construisant le mur, ils produisent la présomption de propriété exclusive en faveur de celui du côté duquel ils se trouvent, encore que le mur n'ait pas trente ans d'existence.

« Ces corbeaux, observe très-bien M. Delvincourt¹, ne doivent pas être confondus avec ce qu'on appelle des *harpes* ou pierres d'attente, qui sont des pierres que fait saillir, du côté du voisin, celui qui bâtit le premier, afin que lorsque le voisin viendra à bâtir à son tour, les deux maisons se trouvent liées ensemble, et qu'il ne soit pas nécessaire de faire des entailles et des incrustemens qui détérioreraient la jambe boutisse de la première maison. On voit par là que ces harpes ne peuvent fournir aucun préjugé relativement à la mitoyenneté. »

En effet, comme les corbeaux ne détruisent la présomption de mitoyenneté qu'en faveur de celui du

¹ D'après Goupy, sur Desgodets, notes sur l'article 211 de la Coutume de Paris.

côté duquel ils se trouvent (art. 654), il s'ensuivrait, si l'on confondait les *harpes* ou pierres d'attente avec les corbeaux, que le mur du bâtiment qui vient d'être construit avec des pierres d'attente serait censé appartenir exclusivement au voisin qui n'a point encore bâti; ce qui serait absurde.

540. Dans beaucoup de pays on reconnaissait d'autres signes de non-mitoyenneté que ceux reconnus par le Code, tel qu'un œil-de-bœuf ou autres ouvertures. Ces signes, établis avant le Code, ont encore aujourd'hui tout leur effet. Ceux qui les ont employés comme moyens autorisés par la coutume ou le statut local, pour acquérir la preuve de la propriété exclusive du mur, n'ont pu être privés de cette preuve par la loi nouvelle. La loi n'a pas d'effet rétroactif (art. 2), et ce serait lui en donner un que de méconnaître ces signes de propriété, sur le prétexte qu'elle ne les regarde plus aujourd'hui comme tels. En maintenant les servitudes discontinues déjà acquises par la prescription lors de la publication de la loi sur *les Servitudes*, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière, le Code (art. 691) a prouvé son respect pour les droits acquis. Or, au moment de sa mise en vigueur, les signes de non-mitoyenneté dont il vient d'être parlé attestaient un droit déjà acquis à cette époque, n'importe celle où il pourrait être ensuite contesté. Mais ce sera à celui qui invoquera ces signes en sa faveur, à prouver que le mur existait avant le Code.

541. Les signes de non-mitoyenneté céderaient

eux-mêmes à la preuve résultant d'un titre qui établirait la mitoyenneté.

Bien mieux, le titre pourrait établir la propriété exclusive du mur en faveur de celui des voisins du côté duquel ne seraient pas l'égoût, les filets ou corbeaux de pierre¹; car toute conjecture doit fléchir devant une preuve positive.

M. Pardessus (n° 161) apporte toutefois à cette décision une restriction importante : « à moins, dit-il, « que ces marques n'eussent une existence de plus « de trente ans après le titre. »

M. Delvincourt dit aussi : « Depuis combien de « temps faut-il que les choses soient en cet état pour « établir la présomption de non-mitoyenneté? Je « pense que la possession annale suffit, sauf au voi- « sin qui prétend que le mur est *mitoyen*, à le prou- « ver par titre, auquel cas, la preuve résultant des « titres ne pourra être détruite que par la possession « trentenaire. »

Nous pensons bien, avec M. Delvincourt, que, lorsqu'il n'y a pas de titre, l'existence, depuis plus d'un an, de signes exclusifs de la présomption de mitoyenneté fait présumer que le mur appartient au voisin du côté duquel se trouvent ces signes; sauf à l'autre voisin, qui prétend que le mur est mitoyen, à le prouver par titre. S'il n'en était ainsi, la possession annale, que la loi considère toujours, au moins pour en faire résulter une présomption en faveur de celui

¹ Pothier, *Contrat de société*, n° 206. Bourjon, *des Servitudes*, part. II, chap. 10, sect. 1, n° 2.

qui peut en justifier, n'aurait aucun effet, et c'est ce que l'on ne doit pas admettre. Mais nous allons revenir sur ce point, au n° 314.

C'est à l'autre voisin à être bien attentif à ne pas laisser acquérir contre lui la présomption résultant de cette possession.

Mais nous ne donnons pas, comme MM. Pardessus et Delvincourt, aux signes de non-mitoyenneté établis depuis plus de trente ans, à compter d'un titre contraire à ces mêmes signes, la puissance de détruire l'effet du titre, soit qu'il eût seulement pour objet d'établir la mitoyenneté, soit qu'il eût celui de reconnaître la propriété exclusive du mur en faveur de l'autre voisin. Nous exigeons de plus, pour cela, ou des actes de propriété exclusive, ou tout au moins une contradiction régulière signifiée au porteur du titre, et qu'il se soit écoulé trente ans depuis cet acte ou cette contradiction : sans cela, il nous semble que celui du côté duquel se trouvent les signes dont il s'agit, n'a joui ou dû jouir que conformément au titre fourni par lui, ou son auteur.

Nous ajouterons, quant aux corbeaux et filets de pierre, que le voisin, porteur du titre qui établit la mitoyenneté, ou même la propriété exclusive en sa faveur, a bien pu en ignorer l'existence quand le titre dont il s'agit a été passé, et depuis, puisque ces signes ne sont pas de son côté, autre motif pour écarter la prescription invoquée contre le titre. Celui qui prescrit à l'effet de se libérer, prescrit sans doute contre le titre qu'il a fourni contre lui (art. 2241); mais celui

qui veut invoquer la prescription à l'effet d'acquiescer, ne peut le faire contre le titre qui est son ouvrage, ou celui de son auteur, en ce sens qu'il puisse se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession (art. 2240). Or, c'est cependant ce que voudrait faire, au moyen des seuls signes de non-mitoyenneté, celui qui avait consenti, avec le voisin, un acte établissant la mitoyenneté du mur, ou mieux encore la propriété exclusive en faveur de celui-ci : ces signes de non-mitoyenneté ne devaient plus subsister que d'une manière précaire, ou du moins clandestine, ce qui, dans l'un ou l'autre cas, est exclusif de la prescription ; et s'ils ont été établis par lui depuis l'acte, dans ce même mur, ils n'ont plus le caractère voulu par la loi, car ils sont probablement l'effet de quelque surprise. Ainsi, les signes seuls de non-mitoyenneté reconnus par le Code, quoique existant depuis trente ans depuis la date d'un titre contraire, ne suffisent pas, selon nous, pour détruire l'effet du titre : il faudrait quelque chose de plus : ou des actes de propriété exclusive, ou du moins une contradiction régulière opposée au porteur du titre.

512. Il est possible qu'il se trouve des signes de non-mitoyenneté des deux côtés, et que ces signes soient semblables ou différens : par exemple, il y a chaperon, corbeau ou filet des deux côtés ; ou bien chaperon, ou plan incliné d'un côté, et corbeau de l'autre : ces signes de l'un et de l'autre côté se neutralisent-ils, et donnent-ils lieu à la présomption de mitoyenneté ?

Oui, dans tous les cas où la clôture est forcée, peu

importe que les signes soient de même nature ou de nature différente.

Dans les lieux où la clôture n'est pas forcée, et néanmoins que la présomption de mitoyenneté existe, à moins de marque du contraire, parce qu'il s'agit d'un mur servant de séparation entre bâtimens, cours et jardins, ou entre enclos dans les champs, ces indices placés des deux côtés se neutraliseront ordinairement, et feront que le mur sera présumé mitoyen, d'après la règle générale. Mais si l'un des deux fonds, situés dans un village ou dans les champs, est entièrement ou presque entièrement entouré de murs, et que l'autre ne le soit que du seul côté du mur dont la mitoyenneté est prétendue, on doit décider, quand bien même ce mur présenterait un chaperon des deux côtés, qu'il appartient cependant en totalité au maître du premier fonds, surtout si les autres murs de ce fonds avaient aussi des chaperons des deux côtés. En effet, la présomption légale de mitoyenneté n'existe pas dans ce cas, puisque la loi ne l'établit qu'entre bâtimens, cours et jardins, ou entre enclos même dans les champs, et que l'un des fonds n'est ni cour, ni jardin, ni enclos, on le suppose. Ce ne serait donc qu'à raison de la circonstance que le mur dont il s'agit offre aussi un chaperon du côté du voisin qui prétend à la mitoyenneté, que cette communauté pourrait être présumée exister de fait : or, le signe de non-mitoyenneté qui existe de même de l'autre côté neutralise le premier, et rend à la règle générale toute son application, c'est-à-dire que le mur est censé ap-

partenir exclusivement au fonds enclos, parce qu'on doit supposer, comme le dit très-bien M. Toullier, que le propriétaire de ce fonds a laissé derrière le mur un petit espace pour recevoir une partie des eaux de la pluie, ou que le maître du fonds déclos ne s'est point opposé à la construction du mur avec ce chaperon de son côté.

Au surplus, les diverses circonstances du fait, dans ce cas, et autres semblables, qui peuvent se présenter sous mille faces différentes, et que la loi n'a pu prévoir toutes, serviront aussi de guide au magistrat.

543. Il nous reste à examiner si la propriété exclusive du mur ne peut pas également résulter de la prescription.

Nous raisonnerons dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de titre qui établirait la mitoyenneté, ou la propriété entière en faveur de l'un des voisins.

Il n'est pas douteux que si, pendant trente ans, l'un des voisins a fait, dans un mur que la loi présumait mitoyen, des actes ou des entreprises qui excluent la supposition de toute mitoyenneté, par exemple en y pratiquant des jours, même à fer maille et à verre dormant (art. 675), ou des enfoncemens (art. 662), ou en abaissant le mur, etc.; il n'est pas douteux, disons-nous, que la prescription ne puisse établir en sa faveur la propriété exclusive du mur¹. La copropriété n'empêche pas qu'un seul ne puisse acquérir par pres-

¹ Arrêt du 22 mai 1770, cité par Denisart, v° *Mur*, n° 15; et M. Pardessus, n° 161.

cription les droits de son associé¹ (art. 816) ; mais il faut pour cela que les faits soient tellement précis et certains , qu'on doive en conclure que l'un a joui comme propriétaire exclusif, et non comme associé, et que l'autre s'est regardé comme sans droits, ou comme ayant abandonné ceux qu'il avait² : d'où il suit que des faits que la mitoyenneté donne le droit de faire seraient insuffisans pour fonder la prescription³ ; il en serait de même de tout autre fait qui serait clandestin ou violent (art. 2229). Nous raisonnons donc dans la supposition de faits ou actes qui ne pourraient avoir légalement lieu que de la part d'un propriétaire exclusif, et nous décidons, sans balancer, que si ces faits ont une existence de trente ans au moins, il en résulte propriété pleine et entière du mur en faveur du voisin qui a fait ces actes ou entreprises.

514. M. Pardessus (n° 161) enseigne qu'une simple possession annale ne suffit pas pour détruire les effets de la présomption légale de mitoyenneté ; qu'il faudrait nécessairement prouver qu'on a acquis la propriété exclusive par le laps de temps qu'exigent les articles 2262 et 2265.

M. Toullier, tome III, n° 188, et M. Merlin, *Répertoire*, v° *Mitoyenneté*, le décident aussi de la même manière. Le premier de ces auteurs s'exprime ainsi : « La « présomption de mitoyenneté cède aux titres con-

¹ Lapeyrère, v° *Prescription*.

² Dunod, *des Prescriptions*, part. 1, chap. 12.

³ Arrêt du parlement de Toulouse, du 3 septembre 1705. *Journal de ce parlement*, tome v, § 96, page 217. *Répertoire* de M. Merlin. v° *Prescription*, sect. 3, § 3, art. 1.

« traies, mais non à la simple possession *annale*,
 « quelque bien caractérisée qu'elle pût être, à moins
 « qu'elle ne remontât à un temps suffisant pour opé-
 « rer la prescription ¹. Si l'un des voisins avait obtenu
 « au possessoire un jugement qui l'eût maintenu dans
 « la *propriété* ² du mur séparant leurs héritages, l'autre
 « voisin pourrait former l'action pétitoire sans pro-
 « duire de titre, parce qu'il a un titre dans la pré-
 « somption légale de mitoyenneté, qui ne doit céder
 « qu'aux preuves contraires. »

Mais quelle serait donc, dans ce système, l'utilité de l'action possessoire, qu'on suppose cependant avoir pu être intentée? Quelle serait l'utilité de la possession *annale*, puisqu'elle ne dispenserait pas de produire un titre? Nous ne le voyons pas; et nous ne pouvons nous figurer que le législateur ait songé à maintenir cette possession, comme il l'a fait par l'article 3 du Code de procédure, dans un cas où elle n'aurait point d'effet.

M. Delvincourt, ainsi qu'on l'a vu plus haut, n° 311, professait qu'il suffit, pour établir la présomption de non-mitoyenneté, lorsqu'il n'existe pas de titre contraire, que les signes dont parle l'article 654 existent depuis plus d'un an, sauf au voisin, qui prétendrait que le mur est mitoyen, à le prouver par titres.

Il est vrai que MM. Pardessus et Delvincourt ne raisonnent pas tout-à-fait sur le même cas. Il s'agit, dans celui sur lequel parle M. Pardessus, d'actes ou entre-

¹ Mais alors elle ne serait plus seulement *annale*.

² Ce qui est impossible, parce que ce serait cumuler le pétitoire et le possessoire; ce qui est défendu. (Art. 25, Cod. de procéd.)

prises que l'un des voisins ne pourrait faire qu'en qualité de propriétaire exclusif du mur, et dans celui supposé par M. Delvincourt, de simples signes qui dénotent aussi cette propriété. Mais cette différence n'en devrait amener aucune dans la solution de la question; peut-être même que la possession annale des signes de non-mitoyenneté devrait avoir moins de force encore que les actes de propriété exclusive faits par l'un des voisins, et cependant les décisions de ces deux auteurs sont tout-à-fait différentes.

Il nous semble que celle de M. Pardessus n'est pas fondée sur les principes qui règlent les effets de la possession annale, effets qui sont d'obliger l'adversaire de celui qui peut l'invoquer, à prouver que le droit de propriété est néanmoins de son côté, quoique la possession n'y soit pas. La présomption est, il est vrai, que le mur est mitoyen; mais pourquoi la possession annale ne détruirait-elle pas cette présomption, comme elle la détruit dans les autres cas? La mitoyenneté ne signifie pas autre chose, si ce n'est que chacun des voisins est propriétaire de la moitié (*pro regione*) du mur: or, si la possession annale de tout le fonds voisin en faisait, jusqu'à preuve contraire, présumer propriétaire le possesseur, on ne voit pas pourquoi la possession d'une partie de ce fonds, d'une partie du mur, en un mot, ne l'en ferait pas également réputer propriétaire jusqu'à preuve du contraire. On dit que la loi ne fait céder la présomption de mitoyenneté qu'aux titres et aux marques du contraire (art. 653); nous répondrons que la loi la fait céder au *titre* de proprié-

té; or, la propriété est toujours présumée en faveur de celui qui a une possession annale régulière. Il n'y a de différence, sous ce rapport, entre la possession trentenaire, qui cependant est exclusive de la mitoyenneté suivant les adversaires eux-mêmes, et la possession annale, qu'en ce que l'effet de celle-ci peut être détruit par la preuve contraire, administrée au pétitoire; tandis que l'effet de celle-là est absolu, définitif. La loi présume aussi qu'un fonds est franc de toute servitude, et néanmoins, si un voisin a acquis la possession annale d'une servitude sur ce fonds, de la nature de celles qui sont susceptibles de s'acquérir par prescription, ce sera au propriétaire du fonds à détruire, au pétitoire, par la preuve de la non-existence du droit, l'effet de cette possession; et l'on peut cependant dire également que la présomption de franchise de l'héritage ne cède qu'à un titre de servitude, ou à la prescription, puisque les servitudes dérivant du fait de l'homme ne s'établissent que de l'une ou de l'autre de ces manières, ou bien par la destination du père de famille, qui vaut titre dans certains cas. Il y a donc parité de motifs dans les deux espèces, et conséquemment la décision doit être la même. Elle n'est d'ailleurs susceptible d'aucun inconvénient qui ne se rencontrerait pas également dans les effets de la possession annale du fonds lui-même, puisqu'il faudra toujours que le voisin ait fait des actes paisibles, publics et à titre de propriétaire exclusif, et que ces actes aient plus d'une année de date, sinon la possession serait inefficace, et la présomption de mitoyenneté n'aurait

jamais été détruite. Tels sont les motifs qui nous font préférer le sentiment de M. Delvincourt, qui l'exprime même ainsi pour le cas où il n'y a que de simples signes ou marques de non-mitoyenneté, tandis que dans l'espèce de la question, il s'agit d'actes ou entreprises qui n'ont pu avoir lieu de la part de l'un des voisins qu'en qualité de propriétaire exclusif, actes qui certainement ont bien autant de force pour témoigner de la propriété entière en faveur de celui qui les a faits, qu'un chaperon, un filet ou des corbeaux placés de son côté. Il serait, en effet, bizarre que celui qui aurait pratiqué paisiblement, et depuis plusieurs années, une fenêtre ouvrante, par exemple, dans le mur prétendu mitoyen, qui en aurait ainsi joui sans réclamation de la part du voisin, ne fût néanmoins pas présumé propriétaire du mur par suite de cette possession paisible, publique, et plus qu'annale, tandis qu'il le serait s'il se trouvait seulement de son côté quelques corbeaux de pierre ou un larmier.

Le système opposé repose sur ce que l'article 653 ne reconnaît pas, ainsi que le fait l'article 670 pour les haies, la possession contraire comme destructive de la présomption de non-mitoyenneté; mais l'article 666 ne le reconnaît pas davantage pour le fossé, et cependant M. Pardessus lui-même nous dit, au n° 183 de son ouvrage, que, après avoir médité la question sur ce dernier point, il lui paraît démontré, d'après les articles 3 et 38 du Code de procédure, que la possession annale du fossé, par l'un des voisins, doit faire rejeter sur l'autre, l'obligation de prouver qu'il y a

mitoyenneté, parce que les usurpations de fossés sont rangées parmi les actions possessoires. Or, les usurpations de toutes autres clôtures, par conséquent, du mur prétendu mitoyen, sont aussi rangées par ces articles au nombre de ces actions. Ainsi, pour être conséquent, M. Pardessus doit décider dans le cas du mur comme dans celui du fossé. Au surplus, quand nous décidons, contrairement au sentiment de ce savant et judicieux auteur, qui a traité d'une manière spéciale la matière *des servitudes* dans les principes modernes, et contrairement aussi à l'avis de MM. Merlin et Toullier, que les actes et entreprises faits par l'un des voisins sur le mur de séparation ont pour effet de faire présumer, en sa faveur, la propriété exclusive du mur, si ces actes ou entreprises ont plus d'un an de date à l'époque où l'autre voisin élève ses réclamations, nous entendons parler d'actes ou entreprises que le premier ne pouvait faire qu'en qualité de propriétaire exclusif du mur, et que le second a pu facilement connaître et empêcher. Hors de là, la présomption de mitoyenneté existe toujours.

315. Celui qui a la propriété exclusive du mur a-t-il, du côté du voisin, un passage pour le réparer, ce qu'on appelle vulgairement *tour d'échelle*?

Ici se placent naturellement quelques observations sur ce point, parce que nous aurons à considérer ce passage non pas comme servitude conventionnelle, ce qui nous eût engagé à renvoyer ces observations au chapitre suivant, mais sous d'autres rapports.

Quelques Coutumes reconnaissaient au propriétaire d'un mur contigu au terrain d'autrui un droit sur un certain espace au-delà de son mur.

Parmi ces Coutumes, les unes voyaient un droit de propriété sur le terrain nécessaire au passage, dont l'étendue variait suivant les localités, droit fondé sur la présomption que le propriétaire du mur n'avait pas bâti joignant la ligne séparative des deux fonds ; qu'il avait, au contraire, laissé un peu de terrain en dehors du mur pour pouvoir y faire commodément les réparations qui deviendraient nécessaires.

Les autres y voyaient une simple servitude légale résultant du voisinage, laquelle cependant ne pouvait guère avoir d'autre fondement que la présomption ci-dessus ; ce qui était une inconséquence ; car, dans cette supposition, c'eût été la propriété du terrain qui eût dû appartenir au maître du mur, et non pas seulement un droit de servitude légale.

D'autres coutumes considéraient le tour d'échelle comme une servitude proprement dite, qui avait dès-lors besoin d'être acquise ; et de ces coutumes, les unes admettaient l'acquisition du droit aussi bien par prescription que par titre ; les autres ne l'admettaient que par titre, sans préjudice du cas où le propriétaire du mur s'était réservé l'espace intermédiaire, en ne bâtissant pas joignant la ligne séparative, et que cela était prouvé par les titres de propriété, qui établissaient exactement les contenances, ou par des bornes régulières.

316. Le Code est absolument muet sur ce qu'on

appelait le *tour d'échelle* ; mais on peut établir les règles suivantes :

1° Celui qui a la servitude d'égoût sur le terrain du voisin doit être censé avoir le tour d'échelle au moins pour réparer son toit du côté où tombe l'égoût ¹ (art. 681, 696, 697 combinés), à moins de convention contraire.

2° S'il s'agit de réparer un mur, il faut distinguer s'il est mitoyen ou s'il ne l'est pas. S'il est mitoyen, chaque voisin doit fournir le passage nécessaire à la réparation ; c'est une conséquence de la communauté (art. 655). S'il n'est pas mitoyen, l'on doit faire une sous-distinction : si le mur est dans un lieu où la clôture est forcée, comme le propriétaire de ce mur pourrait contraindre le voisin à contribuer à la construction et réparation de la clôture commune, il peut, par cela même, l'obliger à souffrir le passage des ouvriers employés à la réparation et des matériaux nécessaires, pourvu que le passage soit demandé de bonne foi, c'est-à-dire quand la réparation est utile, et qu'elle se fasse d'ailleurs sans lenteur affectée ; avec ces conditions, le passage doit être fourni, même sans indemnité ². Quand le mur est à la campagne, on ne

¹ Cela est contesté, sur le fondement que la servitude d'égoût et celle de passage, telle qu'est celle du tour d'échelle, forment deux servitudes distinctes, dont la première n'emporte pas nécessairement la seconde. Nous accordons cela en principe, mais nous soutenons que celle d'égoût emporte implicitement le droit de passer sur le fonds du voisin pour les réparations à faire au toit du côté où est l'égoût, à moins de disposition contraire dans le titre constitutif de la servitude d'égoût. Nous reviendrons, au surplus, sur ce point, *infra*, n° 509, quand nous traiterons de la servitude d'égoût.

² C'est aussi l'avis de M. Delvincourt. Cet avis n'est pas adopté par tous les auteurs qui ont écrit sur la matière, mais il nous paraît cependant fort raisonnable.

peut contraindre le voisin à fournir, même avec offre d'indemnité, le passage nécessaire aux réparations; c'est la faute de celui qui l'a construit, de ne s'en être pas ménagé un. Il faut en dire autant à l'égard même du mur d'un bâtiment aussi situé à la campagne, ou dans un village ou hameau, si ce bâtiment n'a pas la servitude appelée anciennement tour d'échelle, ou simplement celle d'égoût sur le terrain du voisin. Mais comme le propriétaire du bâtiment aura probablement laissé un espace pour recevoir chez lui les eaux pluviales, afin de se conformer au vœu de l'article 681, s'il l'a fait, il aura son tour d'échelle sur sa propriété.

3° Quant au tour d'échelle en lui-même, il n'est plus aujourd'hui nulle part en France *servitude locale*. Lorsqu'il est indiqué dans les actes, ou prétendu comme dépendant d'une construction, ce n'est que comme propriété accessoire, ou comme servitude conventionnelle¹, et les effets sont très-différens.

Ainsi, quand c'est comme propriété accessoire du bâtiment ou du mur que l'on réclame le terrain sur lequel est le tour d'échelle, et que l'on prouve son droit, on peut faire de ce terrain, mais pas au-delà, tout ce que l'on veut; le voisin n'y peut rien faire, n'y peut rien déposer; et comme le mur ne joint pas immédiatement son fonds, il n'en peut exiger la mitoyenneté.

Mais quand c'est simplement comme servitude que le propriétaire du mur prétend avoir un tour d'é-

¹ M. Pardessus professe la même doctrine.

chelle, soit en vertu d'un titre, soit en vertu des anciennes coutumes ou statuts locaux, et, par conséquent, dans ce dernier cas, à l'égard d'un mur déjà existant lors de la publication du Code, il ne peut s'en servir que pour faire les réparations nécessaires à son mur ou à son bâtiment. Le voisin est propriétaire du terrain, et en dispose suivant sa volonté, pourvu qu'il ne nuise pas à l'exercice de la servitude. Et comme ce voisin joint le mur, il peut le rendre mitoyen, nonobstant la servitude; on est dans le cas prévu à l'article 661 : la mitoyenneté ne sera pas un obstacle à ce que le but de l'établissement du tour d'échelle, la faculté de pouvoir passer au-delà du mur pour pouvoir le réparer, ne soit atteint, puisque le moyen sortira de la mitoyenneté elle-même.

4° Dans le cas d'une stipulation de tour d'échelle, et dans le silence des parties sur la nature et l'étendue de ce droit, on doit présumer que c'est plutôt une servitude qu'elles ont entendu établir sur le terrain, en dehors du mur, qu'un droit de propriété; d'où il suit, comme il vient d'être dit, que le propriétaire de l'espace assujéti peut y faire ce qu'il voudra, pourvu qu'il ne gêne pas l'exercice de la servitude, c'est-à-dire pourvu qu'il ne gêne pas le voisin dans ses réparations et reconstructions ¹.

5° D'après le principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, qu'elle ne porte jamais atteinte aux droits acquis, il faut regarder comme certains les points suivans :

¹ Voyez l'arrêt de la cour de Paris, du 6 août 1810. Sirey, 1812, II, 415.

Premièrement. Dans les pays où, avant le Code, la propriété de l'espace situé au-delà d'un mur existait en vertu d'un statut local ou d'une coutume, comme fondée sur la présomption, opposée à celle admise par le Code, que le propriétaire d'un bâtiment ou d'un simple mur de clôture ne l'a pas construit joignant immédiatement la ligne séparative, mais, au contraire, a réservé un passage pour y faire les réparations qui deviendraient nécessaires, le mur construit antérieurement au Code doit conserver, comme accessoire, ce même espace, dans la mesure déterminée par le statut local ou la coutume.

Secondement. Par l'effet du même principe, dans les pays où il n'y avait qu'une servitude légale sur cet espace, et non un droit de propriété, cette servitude doit aussi continuer d'exister au profit des murs construits antérieurement au Code.

Troisièmement. Dans les localités où il ne pouvait y avoir à cet égard qu'une servitude établie par le fait de l'homme, et qui en admettaient l'acquisition aussi bien par prescription que par titre, on maintiendra pareillement celles qui étaient déjà établies de l'une ou de l'autre de ces manières lors de la promulgation de la loi sur *les servitudes*; mais pour celles qui n'étaient point encore acquises par le mode de la prescription, comme ce sont des servitudes discontinues, des droits de passage, elles n'ont pu, d'après l'article 691, et notwithstanding l'art. 2281, s'acquérir depuis par ce mode, encore que la jouissance en eût commencé avant le Code.

Quatrièmement. Enfin, dans tous les cas ce sera au

propriétaire du bâtiment ou du mur de clôture qui réclamera, en vertu des anciennes Coutumes ou statuts locaux, un droit de propriété ou de servitude sur l'espace dont il s'agit, à prouver que son mur ou son bâtiment a été construit sous leur empire. En faisant cette preuve, il doit être maintenu dans son droit, parce qu'il était acquis lors de la publication de la loi nouvelle; car, pour le conserver, il n'a pas été astreint à telle ou telle formalité. La Coutume ou le statut local, le stipulant pour lui, le dispensait par cela même de prendre aucune précaution particulière pour cela; elle lui commandait seulement de ne point le laisser prescrire, et il n'est point prescrit, on le suppose.

317. La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun, suivant l'article 655.

C'est l'application du principe qui régit toute communauté, toute société, et d'après lequel, en effet, chacun des intéressés est tenu de contribuer aux frais nécessaires à la conservation de la chose commune, dans la proportion de son intérêt.

Mais, si la dégradation provenait du fait de l'un des propriétaires, ou des personnes dont il doit répondre, les frais de réparations seraient entièrement à sa charge. (Art. 1850-1382.)

Quand le mur menace ruine, l'un des propriétaires doit le faire constater, et faire ordonner contrairement qu'il y soit pourvu. Si le péril est imminent,

l'urgence et le péril peuvent même être constatés par la police locale ¹.

518. Comme il est loisible à chacun de répudier sa propriété, dès qu'il juge qu'elle lui est à charge ou inutile, l'un des copropriétaires du mur mitoyen peut, en abandonnant la mitoyenneté, se dispenser de contribuer aux frais de réparation et reconstruction de ce mur. (Art. 656.)

Pour cela, il faut que l'abandon soit pur et simple, sans réserve, par conséquent, que le mur ne soutienne pas un bâtiment appartenant à celui qui veut faire l'abandon (*ibid.*) : autrement ce dernier devrait, au préalable, faire cesser cet état de chose, isoler du mur son bâtiment comme il l'entendrait ; sinon l'offre de l'abandon, comme frauduleuse, serait inadmissible, si le voisin ne consentait à l'agréer.

L'abandon ne pourrait, au reste, décharger celui qui le ferait, des réparations rendues nécessaires par son fait ou par celui des personnes dont il répond : il ne l'affranchit que des réparations occasionnées par la vétusté ou la force majeure.

519. D'après l'article 656, la faculté, pour l'un des propriétaires du mur mitoyen, de se décharger de l'obligation de contribuer aux frais de réparation et d'entretien dudit mur, en abandonnant la mitoyenneté, n'est limitée que pour le seul cas où ce mur soutiendrait un bâtiment qui lui appartient ; mais le rapprochement de l'article 663 avec le premier a

¹ M. Favard, *Répertoire*, v^o *Servitudes*, sect. 2, § 4, n^o 4, et v^o *Police locale*, sect. 1, § 1.

donné lieu à la question, fort controversée, de savoir si l'abandon peut être fait, malgré le voisin, dans les cas où la clôture est forcée.

« Chacun, porte cet article 663, peut contraindre
 « son voisin, dans les villes et les faubourgs ¹, à con-
 « tribuer aux constructions et réparations de la clô-
 « ture faisant la séparation de leurs maisons, cours
 « et jardins assis ès-dites villes et faubourgs ². La
 « hauteur sera fixée suivant les réglemens particuliers
 « ou les usages constans et reconnus; et, à défaut
 « d'usages et de réglemens, tout mur de séparation
 « entre voisins qui sera construit à l'avenir doit avoir
 « au moins 32 décimètres (10 pieds) de hauteur ³,
 « compris le chaperon, dans les villes de cinquante

¹ En cas de contestation sur le point de savoir si le lieu où sont les fonds fait ou non partie d'une ville ou d'un faubourg, on tient communément que c'est à l'autorité administrative à le décider, et, par conséquent, que les tribunaux ne doivent point juger la contestation, qu'aupréalable ils n'aient obtenu une décision à ce sujet de l'autorité administrative locale.

² La disposition de l'article 663 est générale, et on ne peut l'éluder sur le prétexte que le terrain ou les terrains ne seraient ni jardins ni cours. Arrêt de cassation du 27 novembre 1827. Sirey, 1828, I, 122.

³ Si l'un des deux fonds est plus élevé que l'autre, le propriétaire inférieur n'en peut pas moins exiger que le mur soit de la hauteur prescrite à partir du sol supérieur, à moins qu'il n'ait consenti à l'autre la servitude de terrasse : autrement il ne serait pas aussi bien gardé qu'il est en droit de l'exiger. Et, suivant l'avis de Desgodets, sur l'article 209 de la Coutume de Paris, et que Goupy, dans ses notes sur cet auteur, a adopté, le propriétaire supérieur doit supporter seul les frais du mur au-delà des 8 ou 10 pieds à partir du sol inférieur.

M. Pardessus dit même, d'après un arrêt rapporté par Denisart au mot *Mur*, n° 13, que le propriétaire du terrain le plus élevé qui a le droit d'avoir une terrasse, doit supporter tous les frais du mur qui soutient cette terrasse. Nous le croyons aussi, parce que c'est là une véritable servitude, et que, de Droit commun, les frais nécessaires à l'exercice de la servitude sont à la charge du propriétaire de l'héritage dominant (art. 698). Mais on peut déroger à cette règle. (*Ibid.*)

« mille âmes et au-dessus, et 26 décimètres (8 pieds),
« dans les autres. »

La sûreté des personnes et des propriétés, plus facilement exposée dans les villes que dans les campagnes, à raison de la proximité des habitations, de l'étendue de la population et de l'importance des choses sujettes aux soustractions frauduleuses, et peut-être aussi le désir de donner aux villes un aspect plus régulier, et en même temps plus agréable, ont motivé la disposition de notre article 663. Elle ne porte d'ailleurs aucun préjudice notable aux propriétaires, forcés, sur la demande de leurs voisins, de se clore, attendu que la clôture dans les villes et faubourgs augmente réellement la valeur des héritages. Mais dans les campagnes, il n'en est pas ainsi, du moins généralement, et si l'on eût également imposé l'obligation de s'y clore, c'eût été mettre souvent l'un des propriétaires à la discrétion de l'autre, qui aurait voulu avoir un parc, un enclos pour son agrément, sans qu'il en fût résulté une utilité réelle pour le premier, puisque son fonds n'en aurait pas été plus productif, et que le revenu est le point important pour un fonds situé dans les champs.

L'article 209 de la Coutume de Paris offrait une disposition semblable à celle que nous voyons dans le Code, et l'article suivant ne permettait de s'affranchir de la mitoyenneté, en l'abandonnant, que *hors des villes et faubourgs*.

La question est donc de savoir si le Code a entendu innover à cet égard. Nous croyons utile de l'exa-

miner à fond, à cause de son importance, et parce qu'en outre elle partage les jurisconsultes qui ont écrit sur le Code.

Dans son analyse sur l'article 663, M. Malleville a écrit qu'il avait été convenu que, dans le cas de cet article comme dans celui de l'article 656, le voisin pourrait se dispenser de contribuer à la clôture, en renonçant à la mitoyenneté et en cédant la moitié du terrain sur lequel le mur doit être assis.

M. Toullier, d'après M. Malleville, dit que le droit de contraindre le voisin à se clore doit s'entendre en ce sens, que celui-ci doit se clore ou abandonner la moitié du sol et la mitoyenneté.

M. Favard paraît aussi s'être rangé à cette opinion, en la rapportant sans la contredire.

Mais MM. Delvincourt et Pardessus ne voient, au contraire, dans l'article 656 qu'une disposition générale, qui souffre exception pour le cas où la clôture est forcée, parce que, selon eux, l'article 663, qui en consacre le principe, est une disposition spéciale, qui modifie seulement la première, mais ne la détruit pas, suivant la règle *specialia generalibus derogant*.

Un arrêt de la cour de cassation, de rejet, il est vrai, mais de la section civile ¹, a jugé conformément au sentiment de MM. Malleville et Toullier, non pas,

¹ Du 29 septembre 1819. Sirey, 1820, I, 166. Nous devons toutefois faire observer que la cour de cassation a depuis jugé dans le même sens, par arrêt de cassation. Comme elle n'a pas donné d'autres motifs de sa décision que ceux d'après lesquels elle a rendu la première, nous n'avons point été convaincu, et nous persévérons dans notre sentiment; l'arrêt est du 5 mars 1828. Recueil de Dallos, 1828, I, 164.

à la vérité, sur le cas d'un mur à construire pour former la clôture commune, mais sur un cas où il s'agissait de la simple réparation d'un mur déjà existant.

Cet arrêt, dont nous croyons devoir combattre les motifs, parce qu'ils sont à peu près les mêmes que ceux allégués par les partisans de l'opinion contraire, et qu'ils sont d'ailleurs fondés plutôt sur une supposition erronée que sur la vérité même, est ainsi conçu :

« Attendu que le principe établi par l'article 656
 « du Code civil est énoncé en termes généraux et
 « absolus, et que, par sa relation avec les articles
 « précédens 653 et 655, cet article embrasse évi-
 « demment tant les villes et faubourgs que les cam-
 « pagnes; que *c'est dans ce sens que la loi a été for-*
 « *mée et présentée,* et que rien n'indique, dans la ré-
 « daction de l'article 663, que le législateur ait voulu
 « apporter une dérogation à ce qu'il venait de con-
 « sacrer par l'article 656 du Code; qu'ainsi l'arrêt at-
 « taqué n'a point faussement appliqué ce dernier ar-
 « ticle à l'espèce, et, par suite, qu'il n'a point violé
 « l'article 663; qu'il a, au contraire, sainement en-
 « tendu et appliqué les deux articles dans le sens que
 « le législateur y avait lui-même attaché; la cour
 « rejette. »

Le premier motif de l'arrêt, comme on le voit, est que le principe établi par l'article 656 du Code civil est énoncé en termes généraux et absolus, et que, par sa relation avec les articles précédens, 653 et 655, cet

article embrasse évidemment tant les villes et faubourgs que les campagnes.

A cela on répond avec exactitude, que l'article 653 ne s'occupe que d'établir la présomption de mitoyenneté dans les cas qu'il prévoit, ce qui n'a aucun rapport avec la question, quoiqu'il y soit parlé des villes; que l'article 655, dont le suivant modifie seulement l'effet, consacre uniquement le principe que les copropriétaires du mur mitoyen contribuent proportionnellement à son entretien, ce qui n'a pas davantage de rapport avec l'objet dont il s'agit.

Sur le second motif (que rien n'indique dans l'article 663 que le législateur ait entendu déroger au principe qu'il avait consacré dans l'article 656), on peut répondre avec beaucoup de raison que c'est moins là une dérogation qu'une disposition sur un cas particulier; que surtout ce ne serait point une dérogation dans le cas où le mur n'existerait pas encore, qu'il s'agirait seulement de le construire; car évidemment alors l'article 656, qui statue sur la faculté d'abandonner la mitoyenneté, qui suppose conséquemment que le mur existe, ne pouvait régir un cas dans lequel le mur n'existe pas encore. Et si l'on doit dire, avec M. Toullier, que la clôture n'est forcée dans les villes, qu'en ce sens qu'il faut, ou se clore, ou abandonner la moitié du terrain nécessaire à la construction du mur et la mitoyenneté, il faut aussi changer la rédaction de l'article 663, qui ne parle point de cette option, mais qui dit, au contraire, de la manière la plus absolue, sans aucune limitation ni restriction,

que *chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer à la construction et réparation de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis ès-dites villes et faubourgs, etc.* ; car il ne serait pas vrai, dans ce système, qu'on pût contraindre son voisin à contribuer à cette construction ou réparation, comme on le peut cependant évidemment d'après ce texte : tout ce qu'on pourrait faire, ce serait de le forcer à abandonner quelques parcelles de terrain, soit que la clôture existât déjà aux frais de l'un seul des voisins, soit qu'il s'agît de l'établir. Mais, encore une fois, ce n'est point d'un tel abandon qu'il s'agit dans cet article, c'est de l'obligation de contribuer à la *construction et réparation* de la clôture commune, et on en élude tout à la fois la lettre et l'esprit par une telle interprétation ; on transforme ainsi une obligation pure et simple, en une obligation alternative, et l'on oublie que, bien que cette loi n'impose à l'un des voisins l'obligation de se clore, qu'autant que l'autre le demande, elle est néanmoins, dans son principe et ses effets, plus encore une loi de police et de sûreté, qu'un simple règlement de voisinage. C'est ce que la cour de cassation elle-même a maintes fois reconnu.

On concevrait, à la rigueur, que l'article 656 fût applicable au cas aussi où un mur mitoyen qu'il s'agirait de réparer, de reconstruire même, serait dans une ville ou un faubourg, sans qu'on dût pour cela l'appliquer au cas où le mur n'existe pas encore, cas pour lequel évidemment il n'a point été fait, puisqu'il

n'y a point de mitoyenneté à abandonner dès qu'il n'en existe pas. Il y aurait encore d'autres raisons de cette distinction. Dans la première hypothèse, celui qui voudrait faire l'abandon a déjà contribué aux frais de la clôture, et il abandonnerait non seulement sa part du sol, mais encore sa part des matériaux, pour s'affranchir d'une mitoyenneté dans laquelle il trouve que les charges surpassent les avantages. Dans la seconde, il voudrait s'affranchir, par la cession d'une petite partie de terrain, d'une obligation bien autrement grave que celle qui a pour objet de contribuer à l'entretien d'une chose commune, puisque cette obligation, imposée par la loi, est fondée sur des motifs d'intérêt public. Enfin, l'existence du mur, quoique détérioré, préviendrait, en grande partie, les inconvénients et les dangers résultant du défaut de clôture, parce que le voisin à qui l'abandon serait fait serait bien mieux disposé à le réparer, et même à le reconstruire, s'il le fallait (car du moins il a en partie les matériaux), qu'à faire seul les frais d'un mur neuf; et l'autre voisin serait bien moins porté à abandonner la mitoyenneté d'un mur déjà existant, qu'à céder seulement une petite partie de terrain pour s'épargner la moitié des frais d'un mur nouveau, dont il profiterait, pour ainsi dire, comme celui qui l'aurait construit, puisqu'il servirait aussi à le clore: d'où l'on sent que, dans un cas, le but de la loi, qui est de favoriser la clôture dans les villes, serait bien moins souvent éludé; tandis que, dans l'autre, il le serait fréquemment et au profit de celui qui déclare-

rait ne vouloir pas se clore, et qui considérerait ainsi son obligation comme alternative, quoique, d'après l'article 663, elle soit pure et simple.

Mais on objecte que la loi a été présentée et formée dans le sens de l'opinion que nous combattons; l'arrêt ci-dessus le dit positivement, du moins dans un cas où il s'agissait de la reconstruction ou réparation d'un mur mitoyen, dont l'un des copropriétaires offrait d'abandonner la mitoyenneté.

C'est par l'examen et l'analyse de la discussion élevée sur l'article 663, au conseil d'État, que nous répondrons à cette assertion.

L'article 15 du projet de loi sur *les Servitudes*, portait : « Dans les villes et communes dont la population excède trois mille âmes, les copropriétaires des murs mitoyens ne peuvent pas se dispenser de contribuer à leurs réparations en abandonnant leur mitoyenneté. »

Cet article du projet, ni aucun autre, ne donnait point à chaque voisin, pas plus dans les villes qu'ailleurs, le droit de contraindre l'autre à la construction d'un mur de clôture; il ne s'occupait que de l'entretien des murs déjà existans. Seulement l'article 22, auquel correspond l'article 663 du Code, portait que « tout mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins 10 pieds de hauteur, compris le comble, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et 8 pieds dans les autres. »

C'est par suite de la discussion qui a eu lieu au con-

seil d'État sur cet article du projet, qu'on a senti la nécessité d'en changer la rédaction, et d'imposer comme on l'a fait, à tout voisin, dans les villes et faubourgs, l'obligation de contribuer, sur la demande de l'autre, à la clôture commune. Dès-lors on pensa que la disposition de l'article 15 devenait superflue, et on le supprima. La discussion du projet de loi démontrera encore mieux que tel a été le véritable motif de cette suppression, et non point celui indiqué par quelques-uns des partisans de l'opinion contraire.

Cette discussion, élevée, comme on vient de le dire, sur l'article 22 du projet, ou 663 du Code, roula sur la hauteur que devrait avoir le mur dans les cas qui y sont prévus, c'est-à-dire quant aux murs qui seraient construits ou rétablis à l'avenir, et sur le point de savoir si les usages locaux seraient observés.

M. Treilhard dit d'abord que « la loi ne fixe la hauteur que pour le cas où l'un des propriétaires voudrait se clore, et non l'autre ; que si tous deux sont d'accord, ils peuvent s'écarter de cette disposition, et donner au mur l'élévation qu'il leur plaira. » Ensuite, et après quelques observations de plusieurs membres, le même orateur dit que « l'on ne peut admettre d'innovations arbitraires¹ dans cette matière, car si l'on veut décider sans avoir des bases, l'imagination ne sait plus où s'arrêter ; qu'au surplus, l'article présenté par la section n'a excité aucune réclamation de la part des tribunaux ; mais

¹ Cependant le système que nous combattons en introduirait une bien grande à la Coutume de Paris, sur le point en question.

« ils se sont élevés contre le renvoi aux usages lo-
 « caux- Ils n'y ont vu qu'un principe de doutes et
 « d'incertitudes. Cependant, pour ne pas heurter les
 « habitudes des pays nouvellement réunis, on pour-
 « rait laisser le gouvernement leur appliquer la dis-
 « position par des réglemens locaux. »

M. Cambacérés répondit : « De semblables ques-
 « tions doivent pouvoir être décidées promptement
 « et par des règles familières à tous » ; et il proposa
 d'admettre la règle générale présentée par la section,
 en ajoutant : *à moins que l'usage contraire ne soit con-
 stant.*

C'est alors que M. Berlier fit l'observation, et M.
 Tronchet la réponse dont on a argumenté dans la
 cause jugée par la cour de cassation, et qui ont pro-
 bablement déterminé la décision de la cour, comme
 elles avaient déterminé l'opinion de MM. Malleville
 et Toullier. Les voici littéralement.

M. Berlier dit : « L'article deviendrait d'une exé-
 « cution plus facile, si l'on y exprimait que le pro-
 « priétaire interpellé de contribuer à la clôture peut
 « s'en dispenser en renonçant à la mitoyenneté, et
 « en cédant la moitié de la place sur laquelle le mur
 « doit être construit : cette option était déferée en
 « beaucoup de pays. »

M. Tronchet répondit : « Cette modification est
 « exprimée dans l'article 18 (aujourd'hui 656). »

D'abord, nous ferons remarquer que M. Berlier,
 qui n'avait probablement pas perdu de vue la dispo-
 sition correspondante à celle de l'article 656 du Code,

ne croyait pas, comme M. Tronchet, que l'obligation de contribuer à la clôture dans les villes était remise par elle, sous la seule charge d'abandonner la mitoyenneté du mur existant, ou la moitié du sol nécessaire aux murs à construire à l'avenir, car son observation n'aurait pas eu d'objet. Les rédacteurs du projet eux-mêmes étaient bien éloignés aussi de le penser, puisque, tout en admettant en principe qu'on pourrait s'affranchir des charges de la mitoyenneté en l'abandonnant, ils avaient néanmoins présenté une disposition contraire pour *les murs situés dans les villes ou communes d'une population au-delà de trois mille âmes.* (Art. 15 du projet de loi.)

Il est vrai que M. Berlier n'a pas répliqué à l'observation de M. Tronchet, qui était au moins fautive pour le cas où la clôture n'existe pas encore, puisque évidemment l'article 656 suppose un mur existant : ce n'eût été, en effet, que par simple analogie que cet orateur aurait pu appliquer cet article au cas où il n'y a pas encore de clôture. Or, l'analogie est loin d'être parfaite, ainsi que nous l'avons démontré. La difficulté était, au surplus, assez grave pour mériter une explication plus étendue, et qui levât les doutes aussi bien pour un cas que pour l'autre. Mais si M. Berlier n'a pas répliqué, parce que d'ailleurs l'observation de M. Tronchet rentrait parfaitement dans le sens de sa proposition, M. Bigot-Prémameneu, qui n'avait probablement pas non plus perdu de vue la disposition du projet (aujourd'hui l'article 656), a répondu clairement, en disant que, « dans les villes

« d'une population un peu nombreuse, toujours les
« propriétaires ont été dans l'obligation de se clore,
« et cependant que l'article ne rappelle point cette
« obligation. »

Il est bien évident que M. Prémeneu, qui demandait qu'elle fût consacrée, comme elle l'a été en effet par la rédaction définitive, ne pensait pas non plus qu'on pourrait en éluder l'exécution par l'abandon d'une faible partie de terrain ; car encore une fois, ce n'est pas là se clore.

Enfin, M. Cambacérès disait aussi : « On doit imposer d'abord aux propriétaires des villes un peu considérables l'obligation de se clore ; on ajouterait qu'ils ne pourront être forcés d'élever le mur de séparation au-delà de 10 pieds, etc. » Et en résultat, le conseil d'État arrêta en principe que, dans les villes un peu peuplées, les propriétaires seraient forcés de se clore. C'est dans ces termes qu'a définitivement été conçue la rédaction de l'article 22 du projet primitif, aujourd'hui 663 du Code.

Le lecteur peut maintenant juger si, comme on l'a dit, la loi a été présentée et adoptée dans le sens du système que nous combattons. Pour nous, nous croyons fermement qu'on n'a point entendu innover à la Coutume de Paris, et à plusieurs autres, qui admettaient la clôture forcée, non comme une obligation alternative, mais bien comme une obligation pure et simple, attachée au droit de propriété, et résultant, dans les villes et faubourgs, du seul voisinage. La loi actuelle, comme la loi ancienne, statue sur différens cas, et

elle veut être appliquée à chacun d'eux avec les distinctions qu'il comporte. Ce n'est d'ailleurs rien autre chose que l'application de la règle si connue, *specialia generalibus derogant* ; car l'article 656 est la règle générale, et l'article 663 statue sur un cas particulier.

520. Au reste, quand l'abandon de la mitoyenneté a eu lieu, si le voisin, loin de réparer le mur, le laisse tomber, ou le démolit pour disposer des matériaux, et disposer exclusivement du terrain sur lequel il est assis, celui qui a fait l'abandon peut répéter sa moitié du sol et des matériaux, attendu qu'il ne l'avait abandonnée que sous la condition sous-entendue que le voisin réparerait le mur. C'est le cas de l'action dite en Droit, *condictio causâ datâ, causâ non secutâ* ¹.

521. L'utilité publique a fait apporter, dans la législation française, une modification au droit de propriété qui était généralement inconnue dans la législation romaine, où la mitoyenneté d'un mur ne résultait ordinairement que de la libre volonté des parties intéressées. Chez nous, tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen, en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. (Art. 661.)

On a voulu par là éviter la construction de murs

¹ Pothier, *Contrat de Société*, n° 221, et MM. Delvincourt et Toullier le décident de la même manière.

inutiles, la perte du terrain qu'ils auraient occasionnée, et surtout rendre les villes plus sûres et d'un aspect plus agréable.

522. Le propriétaire du mur ne pourrait alléguer, pour se dispenser de céder la mitoyenneté, que le mur existe depuis plus de trente ans, car c'était une pure faculté qu'avait le voisin de l'acquérir, et contre laquelle la prescription n'a jamais pu courir. (Art. 2232.)

Il en serait de même quoique le mur eût été précédemment mitoyen ; celui qui aurait fait l'abandon de son droit pour se dispenser d'en supporter plus longtemps les charges pourrait toujours recouvrer la mitoyenneté en payant la moitié du sol et des matériaux. Il est comme celui qui n'a jamais eu de droit au mur.

523. Comme c'est une pure faculté, le propriétaire du mur ne pourrait contraindre le voisin à en acquérir la mitoyenneté, à lui rembourser pour cela la moitié de sa valeur.

Cela est incontestable dans les lieux où la clôture n'est pas forcée ; mais dans ceux où elle l'est, M. Pardessus (n° 152) pense que le propriétaire du mur peut contraindre le voisin à lui payer la moitié de sa valeur actuelle dans toute la partie qui sert à la clôture commune, jusqu'à la hauteur prescrite. C'était aussi l'avis de Desgodets et de son annotateur Goupy, sur l'article 194 de la Coutume de Paris, n° 11.

M. Toullier dit, dans une note placée sous le n° 198 du III^e volume de son ouvrage, 3^e édition, qu'il ne

peut se rendre à l'opinion de M. Pardessus et de Goupy, parce qu'elle est contraire à l'article 661, qui permet de n'acquérir la mitoyenneté qu'en partie.

C'est une suite de l'opinion de cet auteur sur le sens de l'article 663 ; mais il est clair que l'article 661 est aussi une disposition générale, comme celle de l'article 656, et qu'il ne fait non plus aucun préjudice à l'application de la disposition spéciale sur la clôture forcée. Quand une loi interprétée dans un certain sens serait en opposition avec une autre loi, mais que, entendue avec une distinction qu'elle ne repousse point, qu'elle sollicite même, les deux lois se concilient parfaitement, on ne doit pas balancer à adopter ce dernier mode d'interprétation. D'après cela, on doit entendre la disposition de l'article 661 de tous les cas où la portion que l'on veut rendre mitoyenne ne fait point partie d'une clôture forcée ; et quand, au contraire, la clôture élevée par l'un des voisins était forcée, comme il a fait aussi l'affaire de l'autre en faisant la sienne, il a l'action de gestion d'affaires pour être indemnisée. Goupy voulait qu'il ne l'eût pas pour la moitié du terrain ; mais comme cette distinction entre le terrain et les déboursés pour matériaux et main-d'œuvre ne reposent sur rien de solide, il doit l'avoir pour le tout ; sauf à apprécier cette partie de terrain en conséquence, c'est-à-dire, non pas nécessairement en raison de la valeur qu'elle avait pour celui qui l'a fournie, mais en raison de ce que vaut pour le voisin la partie qu'il a été ainsi dispensé de fournir.

524. Il faut, d'après la loi, pour que la faculté

d'acquérir la mitoyenneté ait lieu, que celui qui veut l'exercer joigne le mur, et nous croyons que cela doit être entendu d'une jonction parfaite, immédiate : d'où il suit que si, nonobstant la présomption du Code que chacun est censé avoir construit à l'extrémité de son terrain, il est prouvé que ce mur est séparé du fonds voisin par un espace quelconque, comme un chemin, un ruisseau, un égout, etc., le voisin n'a pas le droit d'exiger la cession de la mitoyenneté ; car la loi n'oblige point de la céder sur un autre terrain que le sol sur lequel repose le mur, et sans la communauté du terrain intermédiaire, celle du mur ne pourrait ni s'exercer ni avoir les avantages qu'elle doit procurer.

M. Pardessus pense toutefois que, si celui qui a construit le mur n'avait laissé au-delà, du côté du voisin, qu'un petit espace, en vue d'échapper à la nécessité de céder la mitoyenneté, au cas où cette cession lui serait demandée, cet espace ne devrait point faire obstacle au droit du voisin de se faire céder la mitoyenneté du mur, en offrant de payer aussi la valeur totale du terrain compris dans cet espace. Nous ne sommes pas de cet avis ; on ne serait point dans le cas prévu par la loi, et l'on demanderait la cession d'autre chose que l'objet sur lequel elle a statué.

525. Mais la circonstance que le propriétaire du mur joignant immédiatement le terrain d'autrui y aurait pratiqué les jours à fer maillé et à verre dormant autorisés par les articles 676 et 677, ne serait point un obstacle à ce que le voisin pût exiger la cession de

la mitoyenneté, et pût ensuite faire boucher les jours, quand bien même il ne jugerait pas à propos de bâtir contre le mur, et qu'il serait allégué et prouvé qu'ils ne lui nuisent pas dans l'état actuel des choses. La loi n'a point fait exception pour ce cas; elle porte d'une manière absolue : 1° que tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen (art. 661), et 2° que l'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucunes fenêtres ou ouvertures, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant (art. 675). Par la même raison, une fois que ce mur est devenu mitoyen, l'un des copropriétaires ne peut, sans le consentement de l'autre, maintenir ceux qui s'y trouvent déjà au moment où la mitoyenneté est acquise¹.

Il importerait peu que ces jours subsistassent depuis plus de trente ans : la tolérance de la loi est comme celle des particuliers, elle ne fonde ni titre, ni possession, ni prescription.

La prescription n'a pu courir parce que le voisin ne pouvait empêcher l'exercice des jours dont il s'agit, et que c'était d'ailleurs une pure faculté de sa part d'acquiescer ou non la mitoyenneté². Or, les actes de pure faculté ne fondent ni possession ni prescrip-

¹ Voyez les arrêts des 1^{er} décembre 1813, et 5 décembre 1814. Sirey, 1814, I, 95, et 1815, I, 49.

² Ce principe a été reconnu par la cour de cassation, au sujet d'une prescription invoquée mal à propos dans un cas où celui qui l'invoquait n'avait fait qu'user d'un droit attribué à la propriété par un statut local, chose que le voisin ne pouvait empêcher. (Arrêt de cassation du 31 décembre 1810. Sirey, 1811, I, 81.)

tion (art. 2232). Le laps de trente ans n'a rien pu ajouter au droit qu'avait celui des voisins qui a pratiqué ces jours, puisque ce droit était plein et parfait dès le principe, en vertu de la seule disposition de la loi.

526. Il se présente toutefois une grave difficulté quand les jours existans depuis plus de trente ans ne sont pas de ceux autorisés par la loi, mais bien, par exemple, des fenêtres ouvrantes : le voisin qui joint immédiatement le mur dans lequel elles se trouvent peut-il se faire céder la mitoyenneté du mur, bâtir tout contre, et boucher ou faire ainsi boucher les fenêtres ?

Que l'on suppose aussi que l'un des voisins ait pratiqué, depuis plus de trente ans, dans le mur de son bâtiment, des jours semblables, que les deux fonds soient séparés par un mur mitoyen, et que le bâtiment se trouve à une distance moindre que celle qui est prescrite par la loi pour y avoir des fenêtres d'aspect ou des jours obliques donnant sur l'héritage du voisin ; ce voisin pourra-t-il, nonobstant l'existence de ces fenêtres, faire exhausser le mur mitoyen, quand bien même il nuirait par là aux jours libres de l'autre voisin ?

Dans les deux cas on convient unanimement que, si celui qui a pratiqué ces jours libres rapporte un titre, quelle qu'en soit la date, ou s'il peut invoquer la destination du père de famille, le voisin ne peut rien faire contrairement au titre ou à cette destination ; qu'il ne peut conséquemment bâtir contre le mur

dans lequel sont pratiqués les jours libres, ni le rendre mitoyen, si ce n'est lorsqu'il le joint, et, dans ce cas, jusqu'à la hauteur des fenêtres seulement, sans pouvoir nuire d'ailleurs à l'exercice de la servitude de vue.

On dit aussi que si le titre ne s'explique pas, ce voisin doit au moins laisser 6 pieds de distance, s'il s'agit de fenêtres d'aspect, et 2 pieds, s'il s'agit de jours obliques. Nous reviendrons dans la suite sur ce dernier point.

Mais s'il n'y a ni titre ni destination du père de famille, on prétend que le voisin ne peut, à la vérité, exiger purement et simplement que les fenêtres, existant depuis plus de trente ans, soient bouchées, même dans le cas où le mur dans lequel elles sont pratiquées joindrait immédiatement son fonds, mais qu'il peut bâtir tout contre ce mur, et boucher ainsi les jours, même acquérir la mitoyenneté, et user ensuite de la faculté qu'elle donne d'élever un bâtiment contre le mur, encore que de cette manière les jours dont il s'agit fussent totalement obstrués¹.

La question s'est présentée dans la seconde hypothèse faite plus haut, et il a été décidé, d'abord par la cour d'Amiens, et ensuite par la cour de cassation,

¹ Tel est le résultat de l'opinion qu'exprime M. Toullier, au tome III, n° 536, de son ouvrage, d'après M. Merlin, dont il reproduit presque littéralement la doctrine sur ce point.

Il faut bien tomber d'accord, en effet, que si le voisin peut bâtir joignant le mur et obstruer ainsi les jours, il n'y a plus de raison pour lui refuser le droit d'acquérir la mitoyenneté; mais cette conséquence, qui rendrait absolument illusoire la prescription acquise, démontrerait seule le vice de ce système, que nous allons combattre.

mais par simple arrêt de rejet ¹, que le voisin pouvait, nonobstant l'existence de jours libres depuis plus de trente ans, exhausser le mur mitoyen, et bâtir contre, encore qu'il rendît ainsi presque inutiles ces mêmes jours.

Ces décisions, que nous croyons devoir combattre, méritent d'être analysées, à raison de l'importance de la question ; car il est un nombre infini de propriétaires qui ont un droit de vue sur le fonds d'autrui et dont les titres sont égarés ou perdus, ce qui ne leur laisse d'autre ressource que le recours à la prescription, laquelle, en général, est présumée fondée sur le consentement antérieur de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, et laquelle cependant ne produirait, comme on le voit, dans ce système, que des effets pour ainsi dire insignifiants.

Dans l'espèce, le sieur Morant, propriétaire d'une maison située à Amiens, avait pratiqué depuis plus de trente ans, et même depuis plus de quarante ans, des jours obliques, mais à fenêtres ouvrantes, sur le fonds du sieur Herbet-Carpentier, son voisin.

On est convenu dans la cause que la coutume locale autorisait l'acquisition, par la prescription, du droit de maintenir ces jours.

Un mur mitoyen de 9 à 10 pieds d'élévation, et

¹ Du 10 janvier 1810. Sirey, 1810, I, 176. La cour d'Angers a aussi jugé dans le même sens, et par les mêmes motifs, le 12 avril 1826 (Sirey, 1827, II, 14), mais en reconnaissant néanmoins que la prescription trentenaire avait eu lieu depuis une contradiction opposée par le possesseur. Cette distinction n'est pas sans importance.

situé seulement à 6 pouces du mur de la maison dans laquelle étaient les fenêtres, séparait les deux héritages.

Ce mur fut démoli d'un commun accord ; mais, lors de sa reconstruction, Herbet-Carpentier voulut l'exhausser ; et un rapport d'experts décida que Morant avait des fenêtres à 6 pouces du mur mitoyen, et que ces fenêtres n'étant point autorisées par la coutume, elles ne pouvaient exister que *jure servitutis*, et non *jure domini* : ce qui était parfaitement vrai, selon nous.

Procès. Jugement du tribunal civil d'Amiens, qui décide, après un interlocutoire rendu pour constater quelle était la hauteur du mur avant sa démolition, que ce mur serait rétabli tel qu'il était auparavant, et fait défense à Carpentier de l'exhausser, attendu qu'il nuirait, de cette manière, aux jours acquis à Morant par la prescription. Cette décision, selon nous, était parfaitement dans les principes de la matière.

Appel par Carpentier, et réformation du jugement par ces principaux motifs : 1^o La cour reconnaît que Morant a bien acquis, il est vrai, *par une possession de plus de trente ans, le droit de conserver ses fenêtres à la distance où elles se trouvent du mur mitoyen* ; que Carpentier n'a plus celui de forcer Morant à les reculer ou à les boucher ; mais, 2^o que ce dernier n'a pas pour cela acquis sur Carpentier la servitude rigoureuse *de non altiùs tollendo*, à l'effet de pouvoir l'empêcher d'élever le mur mitoyen, contrairement à la disposition générale de l'article 658, surtout si celui-ci le fait, comme il le déclare, pour bâtir contre ce

mur ; 3^o que les lois romaines et les anciennes Coutumes mettaient une grande différence entre ces deux sortes de servitudes, etc.

Pourvoi en cassation de la part de Morant, mais que M. Merlin parvint à faire rejeter par des motifs qui, nous l'avouons, ne nous ont point persuadé ¹, quoiqu'ils aient servi généralement de base au système que nous combattons, et qui a été suivi par plusieurs jurisconsultes, aux lumières desquels nous nous plairons toujours à rendre justice, tout en n'adoptant pas quelquefois leur sentiment.

M. Merlin est parti de ce point, que le Droit naturel donne à un propriétaire la faculté de faire sur son fonds tout ce que bon lui semble, pourvu qu'il ne fasse rien sur celui du voisin ; que, notamment, le maître d'un bâtiment, joignant même immédiatement l'héritage d'autrui, peut, d'après ce Droit, y pratiquer des jours librés comme il l'entend.

A la vérité, continue M. Merlin, les lois ont restreint cette faculté ; mais en cela *elles ont établi une servitude passive, une servitude négative sur chaque fonds, au profit de ceux qui l'entourent*, servitude dont on s'affranchit par la prescription, en faisant des actes contraires, mais sans acquérir pour cela une servitude affirmative sur le fonds du voisin, attendu que c'est une maxime certaine que l'on ne prescrit que ce que l'on a possédé, ce dont on a joui : *quantum possessum, tantum prescriptum* ; et que, puisqu'il serait absurde qu'un débiteur affranchi de sa dette par la prescription,

¹ Voyez le Supplément aux Questions de Droit, au mot *Servitudes*.

pût prétendre avoir acquis par là une créance sur son créancier, de même il serait contraire aux principes de dire que celui qui est maintenant libéré de la servitude légale *qui grevait son fonds*, a acquis une servitude sur celui du voisin, à l'effet de pouvoir empêcher ce dernier de bâtir sur son terrain; enfin, que de ce que ce dernier n'a point bâti joignant le mur, il n'en faut rien conclure contre lui, puisqu'il n'a fait en cela qu'user d'une pure faculté, et que les actes de pure faculté, suivant la doctrine de Dumoulin ¹, que rapporte en cet endroit M. Merlin, ne fondent ni possession ni prescription, comme nous l'avons nous-même dit bien souvent.

Ainsi, ce savant jurisconsulte n'a vu dans l'existence des jours pendant trente ans, que la libération d'une servitude légale, d'une servitude négative, et la restitution du fonds à son état de liberté naturelle; et il donnait en preuve de la justesse de sa théorie, la place qu'occupent les articles 676, 677, 678 et 679, qui se trouvent, en effet, sous la rubrique *des Servitudes établies par la loi*.

Il citait aussi à l'appui de son système ce que disait M. l'avocat-général Chauvelin à l'audience du parlement de Paris, du 6 février 1710; mais comme il s'agissait, dans la cause où M. Chauvelin a porté la parole, d'une fenêtre élevée à 13 pieds du sol qu'elle éclairait, et que la coutume du lieu autorisait, d'un jour, en un mot, pratiqué *jure domini*, et non *jure servitutis*, M. Merlin, à qui cette différence énorme ne

¹ Voyez *suprà*, n^o 158.

pouvait échapper, s'efforce de répondre à l'objection qu'on en pouvait tirer contre la justesse de sa citation, en disant que le sieur Morant aussi « avait pratiqué « ses fenêtres *jure proprietatis*; qu'il n'avait pu les ouvrir *jure servitutis*, puisque, en se libérant par la « prescription d'une servitude passive, il n'avait point « acquis de servitude active sur le fonds du voisin. »

Il est bien évident que M. Merlin s'est fait illusion sur ce point; car lorsque Morant a établi les jours dont il s'agit, son fonds, pour nous servir des expressions de ce jurisconsulte, sans les approuver, toutefois, n'était point encore libéré de la servitude négative qui le grevait; il ne l'a été qu'au bout de trente ans; conséquemment, lorsqu'il a établi les fenêtres, il ne le faisait pas *jure domini*, puisqu'alors la loi le lui défendait; il ne pouvait, en effet, les établir que par l'effet d'une concession du voisin, *jure servitutis*. Le cas dans lequel il s'est trouvé est donc bien différent de celui sur lequel M. Chauvelin a porté la parole, et il n'y avait dès-lors aucun argument à tirer de la doctrine exposée par ce magistrat. Nous tombons nous-même d'accord que, quand il ne s'agit que de jours autorisés par la loi, ils ne font jamais obstacle à ce que le voisin acquière la mitoyenneté du mur, et les fasse ensuite boucher.

M. Merlin (et après lui M. Toullier), ne nous paraît pas plus heureux dans la citation qu'il fait de l'article 9 de la Coutume du Nivernais, au titre *des Servitudes réelles*, et qui était ainsi conçu : « Si en mur propre « et non commun est fait vue ouverte ou fenêtre au

« préjudice de son voisin, icelui voisin y peut pour-
 « voir par bâtiment fait au contraire, ou par autre
 « voie de droit, sinon qu'il y eût titre au contraire
 « ou possession après contradiction, en laquelle le contre-
 « disant fût demeuré paisiblement pendant trente ans. »

Car il résulte de ce texte bien interprété tout le contraire de ce que veut prouver M. Merlin. Il résulte, disons-nous, que la servitude de vue pouvait s'acquérir par prescription, non pas seulement à l'effet de libérer le fonds de la prétendue servitude négative, qui consistait à n'avoir pas des jours à telle ou telle distance du voisin, mais bien à l'effet aussi d'empêcher que ce dernier ne pût rien faire qui rendit les jours inutiles, soit *en bâtissant contre le mur*, soit en agissant par *autre voie de droit*; et c'était évidemment l'acquisition d'une servitude active, comme dans les cas ordinaires. La prescription ne commençait, il est vrai, à courir que du jour où il y avait eu contradiction de la part du voisin; mais qu'est-ce que cela fait à la question en l'agitant en principe? Car la prescription n'en courait pas moins à partir de cette époque, et avec toutes les conséquences attachées à une servitude constituée par titre. Cette disposition particulière, relative à la contradiction du voisin, exigée comme point de départ de la prescription, et qu'on ne retrouvait pas dans les autres Coutumes, du moins dans la plupart, ne saurait être citée comme Droit commun, et surtout comme preuve que la prescription n'opérait que la libération du fonds de celui qui pouvait l'invoquer, puisque, au contraire, elle opérait l'acquisition d'une

servitude véritable sur le fonds du voisin. Dans d'autres pays, ceux dans lesquels les servitudes s'acquerraient par prescription comme par titre, la prescription commençait à courir du jour de l'établissement des ouvertures non autorisées par la loi, parce qu'on supposait avec raison que le voisin qui les souffrait avait donné son consentement à ce qu'elles fussent pratiquées; et son silence pendant trente ans, quand d'ailleurs la possession réunissait tous les caractères exigés par la loi, et que le cours de la prescription n'avait point été suspendu ou interrompu pour minorité ou autre causes, transformait cette supposition en présomption légale, qui équipolait à une constitution de servitude par titre. Le Code a confirmé les anciens principes à cet égard. Il admet l'acquisition, par le moyen de la possession de trente ans, des servitudes continues et apparentes (art. 690), et il range au nombre des servitudes de cette espèce, celle de vue (art. 688-689) : il ne fait aucune exception, et cependant, en réalité, cette servitude, dans le système contraire, pourrait s'évanouir totalement quand le mur où seraient pratiquées les fenêtres joindrait le fonds du voisin, puisque celui-ci pourrait acquérir la mitoyenneté et les faire boucher, contre le vœu bien formel de l'article 701, qui interdit à celui contre lequel une servitude est acquise, de rien faire qui puisse gêner l'exercice, et qui ne distingue nullement entre les diverses manières dont s'établissent les servitudes. Ainsi, dans le système combattu, l'on est forcé de dire, nonobstant la généralité des termes de l'article 690,

que la servitude de vue, quoique continue et apparente de sa nature, ne s'établit pas par la prescription, ou du moins que si elle s'établit de cette manière comme par titre, celui qui en est grevé peut arbitrairement la rendre vaine et illusoire, tandis qu'il ne le pourrait pas s'il y avait titre. On crée de la sorte une différence énorme entre deux modes d'acquisition que la loi, à l'égard de ces sortes de servitudes, a mis sur la même ligne, et cela, par une véritable confusion des principes, par la supposition erronée, comme on va le voir, que la servitude de vue ne peut pas s'acquérir avec tous ses effets, si l'on n'acquiert pas aussi celle *non altiùs tollendi* ; d'où l'on conclut, mal à propos, qu'il y a lieu d'appliquer à ce cas, la règle *quantùm possessum tantum præscriptum*.

Mais c'est surtout en voyant seulement, dans l'existence de jours libres depuis plus de trente ans, à une distance moindre de 6 pieds de la ligne séparative, la libération d'une servitude légale, et la restitution du fonds à son état de liberté naturelle, que la doctrine de M. Merlin nous paraît plus spécieuse que solide, quoiqu'elle ait été, nous en conviendrons, enseignée par d'autres bien avant lui.

Sans doute, le droit de propriété consiste principalement dans la faculté de faire de sa chose l'usage que l'on croit en devoir faire, notamment, à l'égard d'un fonds, il consiste dans la faculté de faire sur ce fonds toute espèce de construction, même quand elle incommoderait le voisin, pourvu que l'on ne mette ou que l'on ne jette rien chez celui-ci : *unumquemque*

*in suo quidvis facere posse, vel cum incommodo alterius, modò in alienum nihil immittat*¹. Mais la loi, qui n'est que l'interprète de la raison et l'expression des intérêts et des besoins de tous, a limité l'exercice du droit de propriété dans plusieurs cas, ou, pour mieux dire, a réglé cet exercice. Elle a songé que ce que pourrait faire l'un, l'autre le pourrait faire avec la même justice, et qu'il en résulterait de graves inconvénients pour tous; elle a donc établi diverses dispositions, suivant la diversité des lieux. A Athènes, comme nous l'avons dit, la loi de Solon prescrivait à tout propriétaire de fonds de laisser un certain espace entre les travaux ou les plantations qu'il y voulait faire, et le voisin; et dans l'empire romain, l'empereur Zénon était allé plus loin encore: par sa constitution, qui est la loi 12, au Code, de *Ædificiis privatis*, il avait décidé qu'il y aurait, entre deux bâtimens appartenant à différens maîtres, un espace de douze pieds, sur lequel ni l'un ni l'autre ne pourrait rien établir, rien édifier.

Que conclure de tout cela? On doit en conclure que l'équité ne permet pas toujours au propriétaire d'un fonds d'y faire ce que bon lui semble², même en

¹ Vinnius, d'après la L. 8, §5, ff. *si Servit. vindic.*; L. 9, ff. *de Servit. præd. rust.*; L. 8, Cod. *de Servit. et aquæ*.

² La L. 9, ff. *de Præd. urban.*, qui porte: *Cum eo qui tollendo obscurat ædes vicini, nulla competit actio*, n'est pas contraire; car, 1^o cette loi ne statue pas dans l'hypothèse d'une servitude de vue déjà établie: sa disposition n'est qu'un principe général; et 2^o nous convenons sans peine que, même dans le cas d'une servitude de vue, il n'y a pas prohibition absolue de bâtir. Cette loi, que l'on cite dans le système opposé, ne combat donc nullement notre sentiment. On va le voir encore mieux par la citation de deux textes formels qui termineront cette discussion.

ne mettant rien dans celui du voisin ; que cette liberté naturelle des fonds, entendue dans un sens aussi absolu, n'a jamais existé dans l'état de société ; conséquemment, qu'un fonds affranchi de ce qu'on appelle *servitude légale*, ne redevient pas libre pour cela, comme s'il eût été affecté d'une véritable servitude, mais, au contraire, qu'il acquiert bien plutôt une servitude active sur le fonds voisin, qui n'a plus lui-même la franchise dont il jouissait auparavant, puisqu'il est maintenant obligé de souffrir ce qu'il aurait pu empêcher sans cela ; qu'il le souffre à son détriment, et pour l'utilité de l'autre fonds, ce qui est bien le caractère des véritables servitudes : il est sorti du Droit commun.

Par exemple, à l'égard des vues, il est bien certain que si le voisin avait la faculté de pratiquer des fenêtres ouvrantes dans son mur, qui joint immédiatement mon fonds, il aurait de cette manière toute liberté pour voir ce qui se passerait chez moi, qu'il dominerait sur mon terrain en se penchant hors de sa fenêtre¹, et qu'il pourrait y jeter différentes choses nuisibles, sans qu'il me fût toujours possible d'en faire la preuve : or, il nuirait ainsi à l'exercice de mon droit de propriété, et voilà pourquoi la loi a réglé l'exercice du sien, sans qu'on puisse toutefois en conclure qu'elle l'ait grevé d'une servitude au profit de mon fonds. La servitude de vue, *luminum*, doit s'en-

¹ *Qui fenestram in pariete suo ponit, aliquid immittit in alienum: quod non licet citrà constitutionem servitutis: immittit enim saltem oculos. Duaren, disput. 33.*

tendre du droit d'avoir des ouvertures donnant sur le terrain d'autrui pour recevoir la lumière, et que le voisin ne peut obstruer. C'est la définition qu'en donne le jurisconsulte Paul dans la loi 4, ff. *de Servit. ut præd. urbanorum* : *Luminum servitute constitutâ, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra accipiat*¹ : or, il ne recevrait pas ces jours s'il pouvait arbitrairement les obstruer, si l'on n'avait pas contre lui, en cas de contravention, une action pour le contraindre à en souffrir le maintien.

Qu'importe, après cela, que les articles 676, 677, 678 et 679 soient placés sous la rubrique *des Servitudes légales*? Ceux qui règlent les effets de la mitoyenneté y sont bien également placés, et cependant ils n'ont que peu ou point de rapport avec la matière des servitudes, mais bien avec celle de la société ou communauté.

Au surplus, quoique les conclusions de M. Merlin aient été adoptées, par le rejet du pourvoi, il nous semble néanmoins, d'après les termes mêmes de l'arrêt, qu'on n'a pas entendu consacrer en tout point sa doctrine, et même que la cour de cassation a évité de s'exprimer positivement sur le véritable point de la difficulté, considérant l'arrêt de la cour d'Amiens plutôt comme ayant jugé en fait qu'en Droit. C'est ce qu'on va voir assez clairement.

« Attendu, sur le premier moyen, que la cour d'ap-

¹ Preuve, comme nous venons de le dire, que la l. 9, ff. *de Præd. urb.* ne suppose pas une servitude acquise : or, les servitudes s'acquerraient aussi, en thèse générale, par prescription, dont la durée a varié, il est vrai, mais ce qui ne fait rien quant au principe.

« pel, en jugeant que Morant, demandeur en cassa-
 « tion, avait acquis, par une possession de plus de
 « trente ans, la servitude de fenêtres à vue oblique
 « sur l'héritage de Carpentier, à une distance moindre
 « que celle qui se trouvait fixée par la loi, a déclaré
 « en même temps qu'il n'avait pas eu cette possession rela-
 « tivement à la servitude DE NON ALTIÛS TOLLENDO ;
 « d'où il suit que, d'après la règle *tantum præscrip-*
 « *tum, quantum possessum*, cette cour d'appel n'a point
 « violé l'article 165 de la Coutume d'Amiens, lorsque,
 « en maintenant, par l'arrêt attaqué, la servitude de
 « fenêtre oblique, et en écartant celle *de non altiùs*
 « *tollendo*, elle a autorisé Carpentier à continuer l'ex-
 « haussement du mur mitoyen, à la charge de payer
 « la dépense de cet exhaussement, et de remplir les
 « autres conditions prescrites par l'article 658 du
 « Code civil ; — Attendu, sur le second moyen, que
 « dès que la prescription pour la servitude DE NON
 « ALTIÛS TOLLENDO était déclarée non acquise, le pro-
 « priétaire du mur mitoyen pouvait être autorisé à
 « exhausser ce mur, sans qu'il y eut violation de
 « l'article 665, ni de l'article 701 du Code civil, la
 « disposition du premier de ces deux articles n'étant
 « applicable que lorsque la *prescription est acquise*, et
 « celle du second supposant que le propriétaire, qui
 « fait sur son fonds un changement quelconque, est
 « débiteur de la servitude :

« La cour rejette la demande de Louis Morant
 « contre l'arrêt rendu entre lui et Herbet-Carpentier,
 « par la cour d'Amiens, le 16 février 1809. »

Ainsi, visiblement, cet arrêt de rejet ne décide point la question. Il est principalement fondé sur ce que la cour d'appel avait *déclaré* que Morant n'avait pas acquis la servitude *altiùs non tollendi* sur le fonds d'Herbet-Carpentier. Vraiment non, il ne l'avait point acquise; mais faut-il avoir acquis cette servitude pour pouvoir avoir celle de vue, *luminum*? nullement. Ces deux espèces de servitudes sont bien différentes dans leur étendue, et même dans leur objet : la cour d'appel elle-même l'a reconnu. La servitude *altiùs non tollendi* empêche celui qui en est grevé de bâtir sur son fonds dans l'étendue déterminée par le titre, ou de bâtir au-delà de la hauteur convenue; et si le titre ne s'explique pas, c'est, généralement, sur tout le fonds que s'exerce la servitude; tandis que celle de vue, *luminum*, laisse à celui qui en est grevé la faculté de bâtir sur son fonds, ou d'élever ses bâtimens hors de l'étendue ou du point déterminés par le titre; et si le titre ne s'explique pas, il peut bâtir partout, pourvu qu'il laisse un espace suffisant pour que les jours ne soient point obstrués. Quant à cet espace, on décidait, dans notre ancienne jurisprudence, que le voisin devait laisser entre le mur qu'il voulait élever et celui dans lequel étaient les jours, 6 pieds au moins, ou 2 pieds, selon qu'il s'agissait de fenêtres d'aspect ou de jours obliques ¹. On pourrait encore suivre la même règle, par une espèce de conséquence des articles 676 et 677 : nous reviendrons au reste sur ce point parti-

¹ Desgodets, sur l'article 208 de la Coutume de Paris, rapporte deux arrêts rendus au Parlement de Paris, qui ont jugé en ce sens.

culier. Mais toujours est-il qu'il n'était pas exact de dire, comme l'a fait la cour d'Amiens, que Morant ne pouvait empêcher Carpentier d'élever le mur parce qu'il n'avait pas acquis sur lui la servitude *de non altius tollendo* ; car il ne s'ensuivait pas qu'il n'eût pas celle de vue, *luminum*, qui a aussi ses effets indépendans de ceux de cette autre servitude. D'ailleurs, la cour reconnaissait elle-même, et la cour de cassation après elle, contre la théorie de MM. Merlin et Toullier, que Morant avait *acquis* la servitude de fenêtres obliques, ce qui n'était pas simplement une prescription à l'effet de libérer son fonds de la servitude légale négative, suivant la manière de parler de ces savans jurisconsultes, mais bien d'une prescription à l'effet *d'acquérir* une servitude sur le fonds du voisin.

D'après tous ces motifs, nous pensons que la servitude acquise par prescription doit avoir, en général, le même effet que celle qui est justifiée par titre, attendu que personne n'est présumé négliger la conservation de ses droits ; d'où la conséquence est que la prescription fait supposer un consentement ancien entre les parties, dont la preuve aujourd'hui ne peut être rapportée, et que la maxime *tantum præscriptum, quantum possessum*, ne s'oppose point au maintien des jours avec effet réel, puisque celui qui les a pratiqués a possédé (autant qu'on peut posséder en matière de servitude) tout ce qui était nécessaire à l'exercice du droit. Le voisin pouvait exiger une reconnaissance que ce n'était que par pure tolérance de sa part s'il laissait subsister les jours en cet état ; et cette reconnaissance

attestant une possession précaire de la part de l'autre, la prescription devenait impossible. S'il ne l'a pas exigée, c'est qu'apparemment il ne le pouvait pas, c'est qu'il avait consenti la servitude de vue avec ses conséquences, et l'on doit croire alors que la possession est moins un moyen d'acquérir le droit que de le conserver.

Tel était l'esprit des lois romaines, dont on a mal à propos invoqué l'autorité dans le système que nous combattons.

La loi 11, ff. de *Servit. præd. urban.*, maintient, en effet, le droit de vue acquis tacitement par l'usage, c'est-à-dire par suite de la disposition des héritages pendant le temps requis pour la prescription : *Qui luminibus vicinorum officere aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciat se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere.*

La loi 1 au Code, de *Servit. et aquâ*, est encore plus formelle, s'il est possible. L'empereur Antonin, auteur de ce rescrit, déclare positivement que la jouissance des jours pendant le temps requis pour la prescription est assimilée à la constitution d'une servitude par titre ; et en conséquence, *Is qui iudex erit, longi temporis consuetudinem, vicem servitutis obtinere sciet, modò si is qui pulsatur, nec vi, nec precario possidet.*

Il est bien clair, d'après cela, que le voisin ne pouvait bâtir contre le mur de manière à obstruer les jours ; mais l'autre n'avait pas pour cela acquis la servitude *altius non tollendi*, infiniment plus étendue, du moins en général, que celle *luminum*. Il n'y pré-

tendait pas ; seulement il voulait que ses fenêtres ne fussent pas obstruées par des constructions trop rapprochées de son mur. Il n'avait pas non plus à se défendre de céder la mitoyenneté ; car cette cession forcée n'avait pas lieu, par plus d'une raison, dans les principes de cette législation. Enfin, il est bien évident aussi que ce n'étaient pas des jours pratiqués *more solito*, car, dans ce cas, il n'y aurait pas eu d'acquisition, par la prescription, du droit de les conserver dans leur état, puisque ce droit serait résulté du seul statut local.

Pothier ¹ et Vinnius ² entendent, au surplus, cette loi comme nous, et ils décident, en conséquence, que la servitude dont il s'agit peut s'acquérir par une jouissance paisible et non précaire ; ils pensent même que c'est une jouissance de dix années seulement ³. Mais ce n'est pas sur ce point que s'élève la difficulté : nous tombons d'accord que, dans le droit du Code, puisqu'il n'y a pas de titre, elle devrait être de trente ans, sans préjudice encore des suspensions et interruptions de prescription telles que de Droit.

527. De ce que le voisin qui jouit le mur peut, en principe, en acquérir la mitoyenneté pour partie comme pour le tout, il s'ensuit qu'il peut la réclamer dans toute l'étendue de son fonds, ou seulement dans

¹ *Ad PANDECTAS*, tit. *de Servit.*, n° 24.

² Sur le titre *de Servit.*, § 4, *INST.*

³ Pothier dit en note à cet endroit, en expliquant la loi 10, ff. *si Servitus vindicetur* : *Scilicet per decem annos ; quod tempus et longæ possessionis. Hoc enim tempore eum qui sciente domino prædii utitur, citrà titulum ullum, servitutem acquirere rectè censent Vinnius et plerique interpretes, quamvis nonnulli dissentiant.*

une partie, à l'une, ou même aux deux extrémités du mur, comme au milieu ; dans toute son élévation, ou seulement jusqu'à telle hauteur. Mais, quelle que soit la partie dont il veut se faire céder la mitoyenneté, elle doit être acquise à partir des fondemens, parce que le propriétaire du mur ne peut être forcé d'en supporter une partie qui ne lui appartiendrait pas en propre, sauf ce que nous dirons plus loin sur le cas d'exhaussement du mur mitoyen par un seul des voisins. C'est pour cela que, dans toutes les hypothèses, l'article 661 veut que la moitié du sol soit payée.

Cependant on convient généralement ¹ que, si le propriétaire du mur avait construit, tout auprès, des caves ou une fosse d'aisance, qui eussent exigé des fondemens plus épais et plus profonds que ceux qui seraient nécessaires pour soutenir le mur relativement à l'usage auquel le voisin voudrait l'employer ; on convient, disons-nous, que ce dernier ne devrait indemnité, quant aux fondemens, que pour la moitié de la partie qui serait nécessaire au soutien du mur pour cet emploi ; sauf, s'il voulait lui-même ensuite construire une cave, une fosse ou un bâtiment tout contre ce mur, à fournir un supplément de prix pour la partie des fondemens devenue nécessaire à cette nouvelle construction.

528. Lorsque la mitoyenneté n'est pas cédée à l'amiable, celui qui la réclame doit faire signifier une sommation de cession avec offre d'un prix suffisant.

¹ Pothier, *Contrat de Société*, n° 250 ; Desgodets, sur l'article 194 de la Coutume de Paris, n° 17.

Si, dans ce cas, le propriétaire du mur ne veut pas faire la cession, le voisin est bien forcé, il est vrai, de former une demande en justice, mais les frais de l'expertise qui sera ordonnée, ainsi que ceux de la demande, doivent être à la charge de ce propriétaire, si l'offre est jugée suffisante, conformément à la règle générale que toute partie qui succombe doit supporter les dépens. (Art. 130, Code de procéd.)¹. Dans le cas contraire, c'est lui qui doit supporter tous les frais.

Que si, au lieu d'offrir d'abord une somme, le voisin demande simplement en justice à acquérir la mitoyenneté suivant la valeur à dire d'experts, il doit aussi supporter en entier les frais de l'expertise comme dans la dernière hypothèse, parce qu'il n'en est pas du cas dont il s'agit maintenant comme de celui du bornage, où l'opération a lieu dans l'intérêt des deux parties ; ici elle n'a lieu que dans l'intérêt de celui qui réclame la mitoyenneté, et le propriétaire du mur doit être rendu parfaitement indemne : or, il ne le serait pas, s'il était obligé de supporter une partie des frais de l'expertise. Si nous décidons le contraire dans le premier cas, si même nous mettons tous les frais à la charge du propriétaire du mur, c'est parce que c'est sa faute d'avoir, par son refus mal fondé, donné lieu au procès et aux frais de l'expertise.

329. Il convient de voir maintenant quels sont les

¹ C'est aussi l'avis de M. Favard, qui tire argument des articles 524 et 525 du même Code. On peut également tirer argument de l'article 1716 du Code civil, qui met évidemment les frais de l'expertise à la charge du propriétaire, lorsque le prix déclaré par le locataire n'est point inférieur à l'estimation des experts, puisque c'est dans le cas contraire qu'ils restent à la charge du locataire.

actes que la mitoyenneté permet à chacun des copropriétaires, et ceux qu'elle leur interdit.

Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à 54 millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre ou les solives jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres ou solives dans le même lieu, ou y adosser une cheminée. (Art. 657.)

Celui qui veut adosser au mur une cheminée,âtre, forge, four ou fourneau, est toutefois obligé de faire le contre-mur que prescrivait la Coutume de Paris (article 189), et que prescrit également le Code, soit que le mur soit mitoyen ou non. (Art. 674.)

Puisque tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut faire bâtir contre, il peut non-seulement y adosser une maison pour l'habitation, mais encore une grange, un hangar, un cuvage, etc. ; il peut, à plus forte raison, y appliquer un treillis d'espalier, y faire des peintures, y placer un cadran solaire.

Mais le voisin d'un mur non mitoyen ne peut rien appliquer contre, à clous, ou autrement : ainsi il n'a pas le droit d'y clouer même un treillis pour soutenir un espalier.

530. Le copropriétaire d'un mur mitoyen peut le faire exhausser comme bon lui semble, pourvu qu'il ne le fasse pas d'une manière dangereuse, ou par pure malice, par exemple, pour priver le voisin d'une vue ou d'un aspect, sans vouloir lui-même faire servir le

surhaussement au soutien d'un bâtiment, ou à tout autre objet utile : *malitiis non est indulgendum*.

Celui qui fait exhausser le mur doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et, en outre, l'indemnité de la charge, en raison de l'exhaussement et suivant la valeur. (Art. 658.) Nous allons voir bientôt ce qu'on entend par indemnité de la charge.

Et si le mur n'est point en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté (art. 659). Alors, il n'a pas d'indemnité de surcharge à payer, comme dans le cas où il n'a pas fait reconstruire le mur et fourni un excédant d'épaisseur de son côté. C'était l'avis de Pothier, et la combinaison des articles 658 et 659 ne permet pas de douter qu'on n'ait voulu l'adopter, puisque l'un de ces articles consacre l'obligation de payer l'indemnité de surcharge, et que l'autre n'en parle pas.

Il faut remarquer que le mur n'en sera pas moins mitoyen dans toute son épaisseur, quoique celui qui l'a fait reconstruire ait pris sur son sol pour cette reconstruction : c'était la condition attachée à la faculté que lui donnait la loi.

551. Si le mur sert à un bâtiment appartenant à l'autre copropriétaire, comme il y aura nécessité de déplacer la partie du toit qui le couvre, afin de faire l'exhaussement, le voisin est obligé de souffrir ce dé-

placement, quand même il s'étendrait quelque peu au-delà du mur, de son côté; sauf à l'autre voisin à rétablir à ses frais, et dans un délai raisonnable, le bâtiment en parfait état de couverture dans cette partie. Et s'il a fallu étayer ce bâtiment, celui à qui il appartient doit être également affranchi de tous frais faits pour cela.

Il aurait également le droit d'exiger le rétablissement des treillages, berceaux, pavillons, cheminées et autres objets qui étaient adossés au mur de son côté, et qu'on a été obligé de détruire ou de détériorer pour reconstruire le mur afin de l'exhausser, ou même simplement pour opérer cet exhaussement¹; car il ne doit pas souffrir d'une opération faite uniquement dans l'intérêt de son copropriétaire. Lui aussi avait le droit d'adosser au mur les objets dont il s'agit, et le fait du copropriétaire ne doit point lui nuire².

¹ Desgodets, sur l'article 196 de la Coutume de Paris, n° 5; M. Toullier, n° 208.

² M. Toullier, qui décide, comme nous, que les berceaux, treillages, etc., adossés au mur, du côté du voisin, doivent être rétablis, pense le contraire à l'égard des peintures et autres ornemens que le voisin avait placés contre le mur, par la raison, dit-il, qu'il n'y a pas lieu à indemnité quand le dommage n'a été occasionné que par l'exercice d'une faculté légale, dont le voisin a dû prévoir les conséquences. Il n'est pas besoin de démontrer que ce raisonnement s'appliquerait tout aussi bien aux berceaux, treillages et cheminées adossés au mur, qu'aux peintures et sculptures. Mais pour ces derniers objets, M. Toullier s'appuie de l'autorité de Domat, qui dit, en effet, liv. I, tit. XII, sect. 4, n° 4; et liv. II, tit. VIII, sect. 3, n° 5, qu'il n'y a lieu, pour les peintures et sculptures, ni au rétablissement ni à l'indemnité. Domat cite, à cet égard, la L. 13, § 1, ff. de Servit. præd. urban., qui dit précisément le contraire, en modérant toutefois l'indemnité sur le pied de la valeur des peintures ordinaires: *Parietem communem in-crustare licet, secundum Capitonis sententiam; sicut licet mihi pretiosissimas picturas habere in pariete communi. Cæterum si demolitus sit vicinus, et ex stipulatu damni infecti agatur, non pluri-*

Il en serait autrement si la reconstruction avait lieu dans un intérêt commun : chacun rétablirait à ses dépens les objets qu'il avait adossés au mur.

Il ne serait point dû non plus d'indemnité au voisin pour les embarras et la gêne momentanée que pourrait lui causer l'exhaussement, quoique fait par l'autre dans son seul intérêt : c'est une charge de la communauté, une servitude légale ; pourvu que le tout eût lieu sans malice ni négligence.

Pothier (n° 215) va plus loin encore : il décide, avec Desgodets, et contre le sentiment de Goupy, que, si le voisin est un paumier, qui tient de son côté, contre le mur mitoyen, son jeu de paume, celui qui fait reconstruire le mur ne lui doit point d'indemnité pour le temps pendant lequel ce jeu de paume n'a pu lui servir. Par la même raison, il n'en serait point dû non plus dans le cas de l'exhaussement du mur, si le voisin tenait chez lui un billard dont il n'aurait pu faire usage pendant le temps nécessaire à l'opération.

« La loi, dit Pothier, me donnant le pouvoir de re-
 « construire le mur commun, pour l'exhausser, ne
 « m'oblige qu'à payer les frais de cette reconstruction
 « et de cet exhaussement, et on ne peut pas m'obliger

quàm vulgaria tectoria aestimari debent ; quod observari et incrustatione oportet.

M. Toullier entend cette loi d'une démolition faite par la faute du copropriétaire ; mais il convient du moins que, d'après ce texte, il y a lieu à indemnité : seulement qu'on ne doit pas faire une estimation exacte du dommage. C'est, en effet, le sens de la loi ; et il y avait lieu aussi à indemnité, encore que le copropriétaire n'eût démoli le mur que pour mieux le reconstruire, ou pour pouvoir l'exhausser. C'est donc à tort que Domat la cite à l'appui de sa décision, quoique nous l'adoptions d'ailleurs en principe.

« à autre chose ; l'état de maître paumier qu'a le voi-
 « sin ne peut pas me rendre plus onéreux mon droit
 « de communauté au mur. La privation du profit de
 « son jeu de paume, qu'il souffre pendant le temps
 « nécessaire, n'est point un tort que je lui cause ; car
 « ce n'est pas faire tort à quelqu'un que d'user de son
 « droit. » Ainsi Pothier n'admettait aucune indemnité
 pour les profits cessans.

M. Toullier est aussi de cet avis, mais il dit que le
 temps nécessaire pour faire les ouvrages, et qu'il se-
 rait prudent de faire déterminer par experts quand ils
 ne sont point entrepris du consentement du voisin,
 ne devrait, par argument de l'article 1724, point ex-
 céder quarante jours, et qu'après ce délai il serait dû
 indemnité, attendu qu'il serait d'une injustice frap-
 pante que le voisin pût être forcé d'indemniser lui-
 même ses locataires, sans pouvoir cependant recevoir
 d'indemnité.

M. Toullier n'a pas assez remarqué la différence
 qu'il y a entre l'un et l'autre cas. Quand le locataire
 réclame une indemnité pour privation de jouissance
 pendant plus de quarante jours, c'est parce que le lo-
 cateur ne remplit pas à son égard ses obligations per-
 sonnelles, qui sont de le faire jouir de la chose : il
 réclamerait *sine causâ* le prix de la location pour ce
 temps de non-jouissance ; et si le locataire n'a pas
 droit à une indemnité lorsque les réparations ont duré
 moins de quarante jours, c'est que le préjudice a été
 peu considérable, et que *de minimis non curat prætor*.
 Mais dans le cas de mitoyenneté, le voisin est obligé

par la loi, et par l'effet de la communauté, à souffrir la reconstruction et l'exhaussement du mur; et l'indemnité qu'il réclamerait ne serait fondée sur aucune cause, tant que le délai nécessaire à l'opération ne serait point écoulé. Or, la loi n'en ayant point déterminé, ce n'est plus qu'une question de fait. Le sentiment de Goupy, qui pensait que, dans tous les cas où les changemens n'étaient opérés par l'un des copropriétaires que dans son intérêt particulier, le tort qu'ils causaient à l'autre devait être réparé, était peut-être, en certains cas du moins, plus conforme à l'équité; mais il est bien sûr que, en général, il n'était pas aussi parfaitement en harmonie avec les principes, que celui de Desgodets et de Pothier, et qu'il n'a point été adopté par le Code, puisque le Code n'oblige celui qui fait les changemens autorisés, qu'à supporter seul les frais faits *propter rem ipsam*, et non à indemniser le voisin pour la privation de jouissance de certaines parties de son bâtiment pendant le temps nécessaire à l'opération.

Néanmoins on a jugé à Paris¹, dans un cas où le copropriétaire avait des cheminées adossées au mur mitoyen, que celui qui avait fait l'exhaussement devait aussi exhausser à ses frais ces cheminées, qui ne rendaient plus la fumée comme auparavant. On s'est fondé sur la règle générale, que tout fait quelconque de l'homme qui nuit à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. (Art. 1382.)

Mais cette règle n'est point applicable quand celui

¹ Le 4 mai 1813. Sirey, 1814, II, 88.

qui a commis le fait avait le droit de le commettre, car alors c'est le cas de dire *qui jure suo utitur neminem lædit* : or, le droit d'exhausser le mur était incontestable. Il est vrai que, dans l'espèce, celui qui l'avait exhaussé avait aussi fait déborder son toit un peu au-delà du mur, de manière à causer un refoulement de la fumée dans les cheminées du voisin ; mais ce fait ne pouvait, selon nous, donner lieu qu'à la condamnation de supprimer l'avancement, et aux dommages-intérêts pour le préjudice souffert jusqu'alors, et nullement à celle d'exhausser les cheminées du voisin. Ce n'était pas là simplement ordonner le rétablissement de choses détruites ou dégradées dans l'opération de la reconstruction du mur, comme dans les cas précédens ; ça été un véritable nouvel œuvre imposé au copropriétaire, qui cependant n'avait fait qu'user de son droit en ce qui touchait l'exhaussement du mur.

532. L'indemnité de la charge s'estimait, d'après l'article 197 de la Coutume de Paris, sur le pied du coût d'une toise sur six de tout ce qui excédait la partie mitoyenne¹. Le Code se borne à dire qu'elle sera payée *en raison de l'exhaussement et suivant la valeur* (art. 658), ce qui est bien vague ; car de quelle valeur veut-on parler ? Ce ne peut être que de celle de

¹ L'article disait : *de six toises l'une de ce qui sera bâti au-dessus de dix pieds*. C'est que la Coutume avait en vue le cas le plus fréquent, celui d'exhaussement d'un mur de clôture ; et les murs de cette sorte étaient généralement de dix pieds de hauteur. L'indemnité de surcharge, dans cette proportion, devait même, suivant les commentateurs, être payée à chaque fois qu'il devenait nécessaire de reconstruire la partie du mur restée mitoyenne.

l'exhaussement ; mais alors il fallait dire : à raison de son importance, de son étendue, comme le disait la Coutume de Paris, et régler l'indemnité dans une certaine proportion. Quoi qu'il en soit, on pourrait encore prendre pour base générale la disposition de cette Coutume, sauf à s'en écarter en plus ou en moins suivant les circonstances, puisque le Code ne s'explique pas sur ce point, et qu'il ne s'en réfère pas, ainsi qu'il le fait sur d'autres points, aux usages locaux.

555. La cour de Douai a jugé¹ que celui qui a fait à ses frais l'exhaussement d'un mur mitoyen n'a pas pour cela le droit de pratiquer dans la nouvelle portion les jours à fer maille et verre dormant autorisés, par les articles 676 et 677, en faveur du propriétaire d'un mur non mitoyen joignant même immédiatement le terrain d'autrui, et que pour les faire boucher, le voisin n'a pas besoin d'acquiescer la mitoyenneté du surhaussement.

La cour s'est fondée sur ce que le droit d'avoir ces jours est une servitude, qui, comme telle, n'est pas susceptible de s'appliquer, par extension, à un autre cas que celui prévu par la loi : or, a-t-elle dit, le cas prévu par la loi est celui où l'on est propriétaire exclusif du mur, tandis que, dans l'espèce, le mur est mitoyen dans l'une de ses parties.

Cette doctrine nous paraît infiniment subtile, et même contraire à l'esprit de la loi. Il est en effet incon-

¹ Le 17 février 1810. Sirey, 1813, II, 19.

testable que celui qui a fait l'exhaussement est propriétaire exclusif de la nouvelle portion du mur : cela est démontré par l'article 660, qui autorise le voisin qui n'y a pas contribué à en acquérir la mitoyenneté, en payant la moitié de la dépense de ce qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a eu. Jusque-là, l'autre est donc propriétaire exclusif du surhaussement, et comme c'est dans le surhaussement qu'il a pratiqué les jours, il les a réellement pratiqués dans un mur qui est à lui. Sous ce rapport, il est dans les termes de l'article 676, qui ne dit pas qu'il faille être propriétaire exclusif du mur depuis sa base jusqu'à son sommet, mais qui dit simplement qu'il faut être propriétaire du mur dans lequel on veut percer les jours, ce qui a lieu dans le cas dont il s'agit. Pour être conséquent, dans le système de la cour de Douai, il faudrait également décider, lorsque les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs divisément, qu'aucun des propriétaires, pas plus celui du rez-de-chaussée que celui de l'étage supérieur, n'a le droit de pratiquer de pareils jours ; car aucun d'eux n'est propriétaire exclusif du mur dans le sens que l'a entendu cette cour ; et cependant nous voyons dans l'article 664, que chacun contribue aux réparations et reconstructions des gros murs dans la proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient ; ce qui indique bien que les différentes parties du mur sont, en quelque sorte, des dépendances de chaque étage. Or, irait-on jusqu'à contester à chacun d'eux le droit d'éclairer son appartement suivant le mode tracé

aux articles 676 et 677? Le propriétaire du terrain voisin, notamment, pourrait-il, pour s'y opposer, se prévaloir de la circonstance que les divers étages de cette maison n'appartiennent pas au même maître? C'est une chose qui ne le regarde pas, et qui n'aggravant point sa position, ne saurait lui fournir aucune raison valable pour s'opposer à l'exercice de cette faculté légale. Le système de l'arrêt est tout-à-fait contraire à l'esprit de la loi, en ce qu'il tend à empêcher, dans beaucoup de cas, le copropriétaire d'un mur mitoyen, de l'exhausser, et fait ainsi obstacle à des améliorations utiles, qu'elle cherche toujours à favoriser. Vainement dirait-on que le copropriétaire de la partie mitoyenne sera ainsi obligé de supporter une partie de mur dans laquelle il y aura des jours, et que, de la sorte, on lui impose une servitude; car, s'il y a servitude, ce que nous ne croyons pas quand il s'agit de jours de cette espèce, c'est la loi qui la lui impose par suite de la communauté. Il sera bien également obligé de supporter les poutres et les solives de la nouvelle construction: or, il y a une bien plus forte raison encore pour les jours dont il s'agit, puisqu'ils chargeront bien moins le mur que ne le font des poutres et des solives, c'est-à-dire des planchers; il a d'ailleurs le moyen très-simple de les faire boucher, en acquérant, comme nous l'avons dit plus haut, la mitoyenneté du surhaussement, et par là ses droits sont maintenus dans leur intégrité. L'arrêt ne nous paraît donc point avoir jugé selon les vrais principes de la matière; il a fait, suivant nous, une fausse application des articles

676 et 677, qui ne parlent du propriétaire d'un mur que d'une manière générale.

554. Le voisin, disons-nous, qui n'a point contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté, en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a. (Art. 660.)

Dans ce cas, ce n'est pas, comme dans celui où le voisin veut acquérir la mitoyenneté d'un mur sur lequel il n'a aucun droit (art. 661), la simple valeur actuelle qu'il faut considérer, mais bien ce qu'a réellement coûté la nouvelle partie du mur, et ordinairement cela est très différent. On a probablement voulu engager par là le voisin à s'entendre avec son copropriétaire pour l'exhaussement; on a voulu lui ôter tout intérêt à s'y refuser dans la vue de pouvoir ensuite acheter la mitoyenneté de la nouvelle partie suivant la valeur qu'elle aurait alors, valeur qui serait généralement inférieure au montant des dépenses. Mais cette prévoyance de la loi, si nous l'avons bien saisie, ne trouvait point d'application au cas d'un mur appartenant exclusivement à l'un des voisins; l'autre n'avait point à contribuer à sa construction, du moins hors des villes et faubourgs: en payant donc la moitié de la valeur actuelle il paie tout ce qu'il reçoit.

555. Voyons à présent les actes ou entreprises que chacun des copropriétaires du mur mitoyen ne peut faire en sa seule qualité de copropriétaire, sans être obligé, dans plusieurs cas, de prendre certaines précautions pour ne point nuire à l'autre.

D'abord il ne peut, sans le consentement du voisin ¹, pratiquer dans le mur aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant. (Art. 675.)

Aussi, comme on l'a dit plus haut, n° 325, le voisin qui acquiert la mitoyenneté du mur joignant son héritage, conformément à l'article 661, est-il en droit de faire boucher les jours de cette espèce, que le propriétaire du mur y avait pratiqués en vertu des seules dispositions des articles 676 et 677, quel que fût le temps d'ailleurs depuis lequel ces jours subsisteraient, attendu qu'il n'y a pas de prescription contre la faculté d'acquérir la mitoyenneté dans le cas prévu par la loi, et de l'acquérir avec toutes ses conséquences.

L'un des copropriétaires ne peut non plus pratiquer dans le corps du mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. (Art. 662.)

Ces moyens sont ordinairement un contre-mur, surtout quand il s'agit d'adosser une cheminée, un four, unâtre, une forge ou un fourneau; mais ils varient en raison de l'espèce d'ouvrage qu'on se propose de faire, et sont déterminés par les gens de l'art ².

¹ Voyez la L. 40, ff. de *Servit. præd. urban.*, qui consacre, comme l'article 675 du Code, la règle et l'exception.

² Voyez, au surplus, ce que nous disons à ce sujet, *infra*, n° 401 et suiv.

Si le consentement n'est pas donné de gré à gré, il faut faire une sommation au voisin pour qu'il ait à le donner dans un délai déterminé; et, en cas de refus, faire régler par experts les moyens nécessaires pour que les ouvrages ne soient pas nuisibles.

Il ne peut non plus, sans prendre les mêmes précautions, établir contre le mur une étable, un magasin de sel, ou autre amas de matières corrosives (674), ni amonceler tout auprès, des fumiers, de la terre, des pierres, pour pouvoir, en se plaçant dessus, voir ce qui se passe chez le voisin.

Il ne peut pas davantage abaisser le mur, lors même qu'il serait, par l'effet de quelques circonstances, plus élevé que les murs de clôture ordinaire. En un mot, il ne peut rien faire qui nuise aux droits du copropriétaire.

Il est clair toutefois, par la combinaison des articles 657 et 662, que les ouvrages dont parle ce dernier article, et que l'un des copropriétaires ne peut faire sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens de ne pas nuire aux droits de celui-ci, ne sont pas les simples bâtimens élevés contre le mur, ni le placement, dans ce mur, de poutres ou solives, puisque, pour ces travaux, l'art. 657 ne prescrit point d'observer ces conditions. Elles ne sont prescrites que pour les ouvrages de l'espèce de ceux dont il vient d'être question, et qui sont rappelés dans l'article 674. Il peut toutefois y en avoir d'autres, susceptibles également de nuire au mur, s'ils étaient faits sans précaution, et pour lesquels il fau-

doit par conséquent observer ce que prescrit l'article 662.

Quand il s'agit de faire reconstruire le mur mitoyen pour l'exhausser, parce qu'il est trop faible, et que l'opération ne se fait pas d'un commun accord, il convient aussi, quoique la loi ne le prescrive pas spécialement, d'en faire régler l'état. On prévient par là des difficultés.

556. L'article 203 de la Coutume de Paris portait que « les maçons ne peuvent toucher ni faire toucher
« à un mur mitoyen pour le démolir, percer et réédifier, sans y appeler les voisins qui y ont intérêt, par
« une simple signification seule, et ce, à peine de
« tous dépens, dommages et intérêts et rétablissement dudit mur. »

M. Favard¹ dit que cette disposition forme encore le Droit commun, et qu'elle s'étend au cas où le mur n'étant pas mitoyen, les travaux que l'on se propose d'y faire peuvent endommager les propriétés contiguës, si les voisins ne sont pas dûment avertis de prendre les précautions convenables; que cela résulte même des articles 1382 et 1383 du Code civil.

M. Toullier nous semble être mieux entré dans l'esprit de la loi actuelle, en disant que l'article 662 charge le voisin, et non pas les maçons, qui ne peuvent d'ailleurs pas toujours savoir si le mur est ou non mitoyen, de faire la sommation prescrite à ces derniers par l'article 203 de la Coutume de Paris. C'est, en effet, lui seul qui est aujourd'hui responsable, à

¹ Répertoire, v^o Servitudes, sect. 2, § 4, n^o 5.

moins que les maçons n'eussent, par négligence ou malice, causé personnellement du tort au voisin, copropriétaire ou non du mur.

557. Dans tous les cas, au reste, tous les frais d'expertise, et autres, restent à la charge de celui qui fait faire les travaux, sauf les dépens de contestations mal fondées, qui sont supportés par celui qui succombe. (Art. 130, Cod. de procéd.)

Et si, nonobstant le règlement des experts, les travaux, quoique conformes à ce règlement, nuisent au voisin, comme la fumée d'une forge, d'un four, etc., celui-ci a droit de faire ordonner un changement dans les travaux, et même d'être indemnisé, s'il y a lieu, pour le préjudice souffert. La mitoyenneté ne va point jusqu'à donner le pouvoir de nuire impunément au copropriétaire. L'emploi des experts n'est qu'une mesure de précaution, et nullement la décharge de l'obligation de réparer le tort causé par le nouvel œuvre. Telle est l'opinion commune. Mais une incommodité non grave, et surtout passagère, ne donnerait pas lieu à une action fondée; car il est dans la nature du voisinage d'en faire naître de semblables ¹.

¹ Voyez MM. Pardessus, *des Servitudes*, n° 201; Toullier, tome III, n° 334; et Favard, *Répertoire*, v° *Servitudes*, sect. 2, § 4, n° 12.

Ce dernier jurisconsulte dit que le voisin, dans le cas même d'une incommodité ou d'un préjudice notable à lui causé par suite des travaux faits après règlement d'experts, n'a pas le droit de faire ordonner la suppression ou rectification des travaux, mais seulement celui d'obtenir une indemnité; et il cite, à l'appui de sa décision, la loi 8, § 5, ff. *si Servit. vindic.*; mais cette loi dit, au contraire, que le voisin qui n'a pas consenti à une pareille charge, a le droit de s'en affranchir; et la loi est d'accord avec tous les principes. S'il aime mieux faire ordonner la suppression ou la rectification des travaux, et aux dépens de celui qui les a faits, nul doute, en effet, qu'il

338. Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise. (Art. 665.)

Si les servitudes sont passives, c'est au tiers, à qui elles sont dues, à obliger le maître du mur de le reconstruire quand il en est besoin, pour qu'il puisse les exercer, ou à l'obliger de faire l'abandon de ce qui reste; car la servitude imposée à votre mur, de supporter ma poutre ou ma charge quelconque, *onèris ferendi*, a cela de particulier, ainsi que nous le dirons par la suite, que c'est au maître du mur à l'entretenir en état ¹, à moins de stipulation contraire; tandis que, dans les autres servitudes, c'est au maître du fonds dominant à faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude, sauf disposition contraire dans le titre. (Art. 698.) Mais en abandonnant le mur, et par conséquent aussi la partie du sol sur lequel il repose, le débiteur de la servitude s'en affranchit.

§ II.

Du cas où les divers étages d'un bâtiment appartiennent à plusieurs divisément.

SOMMAIRE.

339. *Le cas où les divers étages d'une maison appartiennent à*

ne le puisse. Si les experts se sont trompés, ce n'est pas sa faute : le fait parle plus haut que l'opinion qu'ils avaient émise quand les travaux n'existaient pas encore.

¹ L. 6, § 2, ff. *si Servit. vindic.*; L. 33, ff. *de Servit. præd. urb.*

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 375

plusieurs divisément se rapporte plutôt à la matière de la communauté qu'à celle des servitudes.

340. *Texte de l'article 664.*

341. *Les titres de propriété sont la première règle à suivre dans la répartition des dépenses communes.*

342. *Autres réparations communes que celles dont parle l'article 664.*

343. *Règle de répartition des dépenses communes en l'absence de titre à cet égard.*

344. *Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche, mais non le plafond en dessous, ni aucun autre embellissement.*

345. *Observation sur la répartition des frais d'entretien de l'escalier.*

346. *Comment se règle la répartition des impôts.*

347. *Ce qui aurait lieu si la maison venait à être incendiée, ou démolie pour cause de vétusté.*

559. Le cas où les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs divisément ne se rapporte qu'assez indirectement à la matière des servitudes : il appartient plutôt à celle de la communauté, quoique chacun des propriétaires du bâtiment soit propriétaire exclusif de son étage ; car les gros murs et le toit, à l'entretien desquels ils doivent tous contribuer, sont en quelque sorte en commun, du moins sous ce rapport : l'escalier lui-même n'est pas simplement soumis, dans la partie qui conduit au premier étage, et du premier au second, etc., à un droit de servitude au profit des propriétaires des étages supérieurs ; ils y ont un droit de copropriété, imparfait, si l'on veut, mais ce droit n'est point une véritable servitude, puisque, de Droit commun, ce ne sont point eux qui en font les réparations, quand, au contraire,

le Droit commun en matière de servitude met les frais nécessaires à la charge du propriétaire de l'héritage dominant (698). Mais, comme nous l'avons déjà observé à l'égard du mur mitoyen, observation qu'on pourrait étendre à bien d'autres cas encore, les règles sur ce point ont pu être placées sans inconvénient au titre *des Servitudes*, dès qu'on ne consacrait pas un titre spécial à la *communauté de propriété*.

540. L'article 664 porte que « lorsque les différens « étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas « le mode des réparations et reconstructions, elles « doivent être faites ainsi qu'il suit :

« Les gros murs et le toit sont à la charge de tous « les propriétaires, chacun en proportion de la valeur « de l'étage qui lui appartient.

« Le propriétaire de chaque étage fait le plancher « sur lequel il marche.

« Le propriétaire du premier étage fait l'escalier « qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, « à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, « et ainsi de suite. »

541. Ainsi, la première règle à suivre quant à la répartition des dépenses, est dans les titres de propriété ; et s'il n'y en a pas, comme lorsqu'un testateur, propriétaire d'une maison, a légué à Paul le rez-de-chaussée de cette maison, à Jean le premier étage, et à Pierre le second, sans autre explication, on suit les dispositions de la loi, qui interprète sa volonté à cet égard.

542. M. Delvincourt pense que les divers propriétaires, à défaut de mode de contribution réglé par les titres de propriété, doivent contribuer aux réparations et reconstructions des digues, des voûtes et murs des caves, etc., en un mot, de tous les objets nécessaires à la solidité de l'édifice entier, ou qui servent à la commodité de tous les locataires, tels que les puits ou fosses d'aisance, communs et passages d'allées, et pareillement en proportion de la valeur de l'étage de chacun.

Nous adoptons cette décision, mais avec une restriction relativement aux *voûtes* des caves : ces voûtes ne sont pas indispensables au soutien de l'édifice, du moins généralement, car les murs de *refend*, qui servent aussi de support aux étages, partent des fondemens. Les voûtes des caves sont le plancher sur lequel marche le propriétaire du rez-de-chaussée ; du moins elles lui en tiennent lieu, et par conséquent elles doivent rester à sa charge quand même il ne serait pas propriétaire des caves.

543. Pour l'application de l'article que nous expliquons, on doit donc estimer la valeur de chaque étage, comparativement à celle des autres, ce qu'on appelle faire une *ventilation*, puisque les dépenses communes sont réparties en raison de cette valeur.

Ainsi, soit une maison valant 40,000 fr. : le rez-de-chaussée, y compris les caves, que nous supposons appartenir au même propriétaire, valent 15,000 fr. ; le premier 10,000 fr. ; le second 8,000 fr. ; et le troisième, y compris les greniers, 7,000 fr. Il y a eu

4,000 fr. de dépenses communes : le rez-de-chaussée en supportera pour 1,500 fr., le premier étage pour 1,000 fr., le second pour 800 fr., et le troisième pour 700 fr. Si, comme il arrive le plus ordinairement, les caves ou les greniers n'appartiennent pas au même, on en fera une estimation particulière, et l'on opérera de la même manière pour fixer la contribution que ces objets doivent supporter dans la répartition générale des dépenses communes.

544. Chaque propriétaire fait bien le plancher sur lequel il marche, mais c'est à celui qui se trouve au-dessous à faire les embellissemens qu'il juge utiles à son habitation, comme des peintures, et même un plafond : tellement que quand même il y en aurait un lors de la reconstruction du plancher, celui qui le reconstruit ne serait point, suivant nous, obligé de le refaire avec plafond, et encore moins avec les peintures qui s'y trouvaient. La loi ne le soumet qu'à l'obligation de refaire le plancher. Or, un plancher peut subsister sans plafond, et il y en a certainement plus sans plafond qu'avec plafond, le plafond n'étant qu'une chose de luxe ¹.

Il en serait sans doute autrement s'il y avait quelque disposition contraire dans les titres de propriété, ainsi que dans le cas où le plancher serait reconstruit

¹ Cela n'est point contraire à ce que nous avons dit plus haut, n° 331, que, lorsque l'un des copropriétaires du mur mitoyen veut l'exhausser, et qu'il le fait reconstruire, parce que le mur n'est pas assez fort pour supporter la charge qu'il veut lui faire supporter, il est obligé de rétablir à ses frais les treillages, berceaux et pavillons du voisin ; car, dans ce cas, le propriétaire agit dans son seul intérêt, pour sa convenance personnelle, au lieu que dans le cas maintenant en question, il agit *ex necessitate*.

sans nécessité, et à plus forte raison dans celui aussi où il ne le serait que par pure malice, pour détruire les peintures et ornemens du propriétaire de l'étage inférieur. Mais nous raisonnons dans les termes du Droit commun.

545. On sent que, dans la répartition des frais de l'escalier, on n'a pas suivi une proportion géométrique; car le propriétaire du second se sert de la partie de cet escalier qui conduit jusqu'au premier, comme le maître du premier étage, et cependant il ne contribue en rien aux frais de son entretien; mais on a suivi les règles de l'équité, en prenant en considération la valeur respective des divers étages.

546. Quant aux impôts, dont le Code ne parle pas, si la répartition n'en est pas faite par les titres de propriété, ou par acte postérieur, chacun des propriétaires doit y contribuer comme pour les gros murs et le toit, parce qu'en effet c'est une charge de toute la propriété: avec cette restriction toutefois, que l'impôt des portes et fenêtres reste à la charge de chacun de ceux qui les ont dans leur étage; mais celui de la porte cochère ou de l'allée commune entre dans les dépenses générales.

547. Si, dans le cas où la maison viendrait à être détruite par incendie, inondation, ou autre cause, l'un des propriétaires résistait à la volonté des autres pour la rétablir, quel serait le parti à prendre? d'abord, il n'y aurait pas lieu à diviser le sol, à moins que tous les intéressés ne fussent d'accord à cet égard, ce qui n'arrivera guère en pareil cas. Si celui qui se

refuse à contribuer à la reconstruction demandait un délai au tribunal, en se fondant sur l'état de gêne où il se trouverait en ce moment, le tribunal pourrait fixer un délai modéré, si mieux n'aimaient les autres propriétaires faire les avances des dépenses de la reconstruction pour la part pour laquelle il aurait à y contribuer, et ce parti serait préférable à celui de la mise en licitation. Dans les autres cas, on procéderait à la licitation, et chacun des propriétaires de la maison détruite aurait, dans le prix de l'adjudication, une part proportionnelle à la valeur qu'avait son étage comparativement à la valeur des autres. Ce n'est pas toutefois une communauté parfaite du sol de la maison détruite, car ce sol appartenait plutôt au maître du rez-de-chaussée de la maison qu'aux propriétaires des étages supérieurs, et cela nous avait même fait penser d'abord que le premier avait bien pu demander la licitation, mais non les autres. Mais cette distinction, entre le cas d'une communauté parfaite et le cas dont il s'agit, nous a paru depuis trop subtile, et nous admettons que, même ceux qui étaient propriétaires des étages supérieurs avant la destruction de la maison, ont le droit de provoquer la licitation du sol et des matériaux, sous la limitation toutefois exprimée ci-dessus.

§ III.

Des fossés, mitoyens ou non.

SOMMAIRE.

348. *Tout fossé entre deux héritages est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire.*

349. *En général, on regarde les bornes plutôt comme titre que comme simple marque de non-mitoyenneté.*
350. *Quand y a-t-il marque de non-mitoyenneté ?*
351. *Cette marque n'est qu'une présomption, qui cède à la preuve contraire.*
352. *La possession pendant le temps requis pour la prescription détruirait l'effet du titre et des bornes contraires.*
353. *Le rejet de la terre d'un seul côté est la seule marque de non-mitoyenneté admise par le Code.*
354. *Dans beaucoup de pays, le propriétaire d'une haie était aussi censé propriétaire du fossé qui le joint en dehors : en principe, le Code ne consacre aucune présomption à cet égard.*
355. *Mais il n'a pas détruit l'effet de celle qui existait lors de sa publication.*
356. *Ce que doit faire le propriétaire ou le copropriétaire d'un fossé, lorsque le voisin le cure et met le rejet de son côté.*
357. *Quel est l'effet du simple fait de rejet actuel existant depuis moins d'une année.*
358. *Le simple fait du curage, sans le rejet d'un seul côté, n'établit pas la présomption de propriété exclusive.*
359. *Effets de la mitoyenneté du fossé.*
360. *L'un des copropriétaires peut renoncer à la mitoyenneté pour se dispenser d'en supporter les charges : conséquence.*
361. *Le copropriétaire d'un fossé mitoyen peut, en général, en exiger le partage ; modification que souffre la règle.*
362. *En général, l'un des voisins ne peut, même dans les villes et faubourgs, contraindre l'autre à contribuer à l'établissement d'un canal ou fossé ; modification apportée à la règle.*
363. *Le voisin d'un fossé ne peut le rendre mitoyen malgré le propriétaire.*
364. *Dans plusieurs localités, celui qui creusait un fossé devait laisser un certain espace au-delà, qui, par cela même, était présumé lui appartenir : le Code est muet sur ce point ; ce qu'on doit décider aujourd'hui.*

548. On a vu plus haut que, dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtimens jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire; par suite du même principe, tous fossés entre deux héritages sont aussi présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire. (Art. 666.)

Le titre serait, par exemple, un acte de vente, d'échange, de cession, de partage, etc., qui attribuerait le fossé à l'un des propriétaires, soit expressément, soit par la délimitation précise du terrain.

549. On regarderait aussi comme un titre, plutôt que comme une simple marque de non-mitoyenneté, les bornes existantes, pourvu qu'elles ne fussent pas démenties par un titre. Elles feraient présumer la propriété exclusive du fossé contre celui du côté duquel elles se trouveraient. C'est à lui, s'il croit qu'elles ont été déplacées, à agir au possessoire, dans l'année du trouble, conformément à l'article 3 du Code de procédure; passé ce temps, ou si son action est repoussée, il ne pourra se pourvoir qu'au pétitoire, et devra prouver que le fossé lui appartient, ou qu'il est mitoyen : foi sera due aux bornes jusqu'à preuve contraire.

550. Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé. (Art. 667.)

Et le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve. (Art. 668.)

554. Mais comme ce n'est qu'une simple présomption, elle céderait à un titre contraire qui établirait, ou la mitoyenneté, ou la propriété exclusive en faveur du voisin.

Et d'après ce que nous venons de dire, la présomption résultant de la place qu'occupe le rejet céderait également aux bornes qui la démentiraient, si d'ailleurs leur position n'était point prouvée frauduleuse par celui qui voudrait les méconnaître.

552. Toutefois, si la possession du fossé durait depuis trente ans, paisiblement et publiquement, par le curage du fossé par un seul des voisins qui aurait constamment mis le rejet de son côté, elle détruirait l'effet du titre et des bornes contraires; car la prescription serait acquise sur le voisin qui avait la propriété ou la mitoyenneté (art. 2262); sans préjudice des suspensions et interruptions de prescription telles que de Droit. Dans ce cas, nous donnons une décision différente de celle que nous avons donnée, en principe, *suprà*, n° 311, au sujet du mur mitoyen, lorsqu'il y a seulement des signes de non-mitoyenneté en faveur de l'un des voisins et un titre de mitoyenneté ou de propriété exclusive en faveur de l'autre; car les deux cas sont bien différens: ici, il y a des actes de propriété exclusive; dans l'autre cas il n'y a que de simples signes de non-mitoyenneté démentis par des titres.

555. Le rejet de la terre d'un seul côté est la seule marque de non-mitoyenneté admise par le Code.

Ainsi, de ce que l'un des deux fonds voisins serait entouré de fossés de toutes parts, et que l'autre ne le

serait seulement que du côté du premier, il n'en résulterait pas, comme pour les haies (art. 670), présomption de propriété exclusive du fossé en faveur du maître de ce fonds. La loi ne dit rien de semblable; elle dit même le contraire.

554. Dans plusieurs localités, quand une haie était reconnue, soit par les titres, soit par la prescription, appartenir exclusivement à l'un des voisins, le fossé qui la joignait en dehors était également censé lui appartenir, parce qu'on supposait qu'il l'avait fait pour garantir sa haie; aussi disait-on (et dit-on encore aujourd'hui dans ces localités) : *le fossé appartient à la haie*. Mais le Code ne consacre point cette présomption; il établit, au contraire, celle de mitoyenneté, sauf titre ou marque opposée tirée de la place qu'occupe le rejet, et sauf aussi celle tirée de ce que le propriétaire d'une haie a dû laisser un demi-mètre de distance du fonds voisin (art. 671). Et comme il ne déclare pas non plus que les usages des lieux seront suivis en ce point, ainsi qu'il le fait pour l'usage des eaux, pour la hauteur des murs dans les lieux où la clôture est forcée, pour la distance à observer dans la plantation des arbres, on est bien fondé à conclure de son silence à cet égard, que la présomption dont il s'agit ne repose aujourd'hui sur rien nulle part en France.

555. Mais pour les fossés qui auraient été faits avant le Code, dans les pays où existait la présomption qu'ils appartenaient au maître de la haie, cette présomption étant un droit acquis, elle n'a point été

détruite par le Code, qui n'a pas d'effet rétroactif (art. 2). Celui qui a creusé le fossé a dû penser que sa propriété lui était pleinement garantie par l'usage local, et en conséquence, il n'a pas dû croire qu'il était utile de se l'assurer davantage par d'autres moyens : son attente ne doit donc pas être trompée. On doit appliquer à ce cas ce qui a été dit relativement au *tour d'échelle*. Mais ce sera à celui qui invoquera cette présomption ancienne, à prouver que le fossé a été fait avant le Code, si ce fait est contesté. Nous allons, au surplus, au § suivant discuter aussi le cas où l'un des voisins prétend que c'est le fossé situé au-delà de la haie, par rapport à lui, qui fait la limite, tandis que l'autre voisin prétend au contraire que c'est la haie, et par conséquent qu'elle est mitoyenne, ou même qu'elle lui appartient exclusivement.

556. Puisque le rejet de la terre d'un seul côté établit la présomption de propriété exclusive du fossé en faveur de celui qui a ce rejet, on sent qu'il importe au voisin, surtout quand il n'a pas de titre contraire, ou qu'il n'y a pas de bornes certaines, de s'opposer à ce que l'autre cure le fossé et mette le rejet de son côté. Si cela a eu lieu, il doit intenter l'action en complainte ou trouble de jouissance dans l'année du fait (art. 3, Cod. de procéd.) pour faire rétablir le rejet, soit de son côté, soit par moitié pour chaque côté, selon qu'il prétendra que le fossé lui appartient exclusivement, ou qu'il est mitoyen.

Passé l'année du curage, et le rejet étant encore du côté de celui qui l'a fait, la possession du fossé lui se-

rait acquise, et il faudrait ensuite l'attaquer au pétitoire, où l'on serait obligé de prouver le droit de propriété sur ce fossé, ou la mitoyenneté. Vainement dirait-on que l'article 666 n'a pas, pour les fossés, comme l'article 670 pour les haies, réservé la possession à l'effet de détruire la présomption de mitoyenneté ; car on répondrait que, d'après l'article 3 du Code de procédure, l'action possessoire pour usurpations de fossés, comme pour usurpation de haies, doit être intentée dans l'année du trouble, à peine de perte de la possession. Nous répéterons ici ce que nous avons dit à l'égard du mur mitoyen sur lequel l'un des voisins a fait des actes de propriété exclusive et par des faits qui datent de plus d'un an : quelle serait l'utilité de l'action possessoire, de la possession annale, si cette possession n'avait pas pour effet de faire présumer celui qui l'a en sa faveur, propriétaire du fossé, jusqu'à preuve du contraire ? et comment dès-lors supposer que le législateur ait donné une action sans objet, sans utilité pour celui qui l'exercerait ?

557. Mais quand l'article 668 dit que le rejet d'un seul côté établit la présomption que le fossé appartient à celui du côté duquel est ce rejet, il n'entend pas faire résulter cette présomption du simple fait de rejet actuel, existant au moment même de la contestation, quoiqu'il n'y eût que fort peu de temps que le fossé eût été curé ; car l'on sent aisément combien il serait facile à l'un des voisins d'usurper par ce moyen une présomption de propriété exclusive du fossé. Notre article suppose que la possession du rejet est au moins

annale et qu'elle n'est pas contestée, ou, si elle l'est, que la contestation a été jugée non-recevable comme tardivement élevée, ou jugée mal fondée. En sorte que, dans l'année du curage, la position du rejet n'a d'autre effet que d'obliger celui qui s'en plaint à intenter l'action en trouble de jouissance, pour empêcher la possession annale ne s'acquérir au profit du voisin. Mais il n'est point pour cela obligé de prouver la mitoyenneté : la loi la présume tant que la possession annale du rejet n'est pas acquise. Il suffit qu'il prouve que le curage et le rejet du fossé du côté du voisin ont eu lieu dans l'année, parce que c'est là le fait du trouble dont il se plaint. Tout autre système serait une source d'abus et de fraudes, puisque l'un des voisins, en curant le fossé et en rejetant la terre de son côté, ce qui est si facile même quand le propriétaire est sur les lieux ou qu'il a un fermier ou un colon attentif, s'attribuerait ainsi une présomption de propriété exclusive par ce seul fait, en mettant l'autre dans l'impuissance de prouver la mitoyenneté.

558. Le fait du curage, eût-il été répété à diverses reprises, même pendant plusieurs années, n'établit aucune présomption de propriété : c'est le *rejet* d'un seul côté qui l'établit, parce que le curage a pu être clandestin, ou l'effet de la violence, ou le résultat d'une possession équivoque, ce qui ne fonde ni possession ni prescription (art. 2229) ; ou bien il a pu, tant qu'il n'y avait pas de rejet du seul côté de celui qui le faisait, être vu avec indifférence par l'autre voisin, ce qui n'était qu'un acte de simple tolérance de sa part,

incapable aussi de fonder une possession valable.
(Art. 2232.)

559. Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs. (Art. 669.)

Les engrais qu'il produit doivent se partager, et, s'ils ne sont point enlevés sur-le-champ, ils doivent être rejetés des deux côtés également, afin de ne pas faire acquérir à l'un des voisins une présomption de propriété exclusive : dès-lors, le curage doit, autant que possible, se faire de concert, parce qu'aussi l'un des fonds pourrait se trouver ensemencé au moment où l'un des voisins voudrait le faire.

560. Comme pour le mur mitoyen, l'un des copropriétaires du fossé peut renoncer à la mitoyenneté, pour se dispenser de contribuer à son entretien¹. Il suffit qu'il abandonne toute la partie de terre qu'il a fournie de son côté pour l'établissement du fossé ;

¹ M. Favard, *Répertoire*, v^o *Servitudes*, sect. 2, § 4, n^o 11, dit : « Dans les lieux où la clôture n'est pas forcée, le copropriétaire d'un fossé mitoyen qui ne sert pas à un cours d'eau, peut renoncer à sa copropriété pour se soustraire à l'obligation d'entretenir le fossé. La raison en est qu'en général on peut se dispenser de l'entretien d'une chose commune en renonçant à sa copropriété. » Nous n'adoptons point cette restriction de M. Favard pour le cas où le fossé serait dans un lieu où la clôture est forcée : elle ne l'est nulle part au moyen de fossés ; elle ne l'est, dans les villes et faubourgs, qu'au moyen de murs. Que le voisin demande une clôture en murs, il en a le droit dans ces lieux, mais il n'a pas celui de forcer l'autre à rester en communauté pour contribuer à l'entretien d'un fossé.

Il y aurait toutefois exception pour le cas où il s'agirait du canal d'une eau courante, parce que la loi impose aux riverains indistinctement l'obligation d'en faire le curage (voyez *suprà*, n^o 201), ou que ce serait un canal conduisant à quelque ruisseau voisin les eaux de latrines, ou autres immondices, parce qu'aussi, dans ce cas, les divers propriétaires sont obligés d'entretenir le canal, pour cause de salubrité publique, suivant les usages et réglemens locaux.

mais il n'y pourra plus *conduire* les eaux de son fonds, ni y faire tomber des terres, qui pourraient l'obstruer.

Si, après l'abandon, le voisin ne l'entretient pas en bon état, ou n'en pratique pas du moins un autre qui produirait le même effet pour celui qui a fait l'abandon, ce dernier peut révoquer son acte, comme nous l'avons dit au sujet de l'abandon de la mitoyenneté du mur, n° 320 : il est présumé ne l'avoir consenti que sous la condition que le fossé serait entretenu.

564. Le copropriétaire d'un fossé mitoyen peut en exiger le partage, soit pour le combler et étendre sa culture jusqu'au point-milieu, soit pour bâtir joignant la ligne séparative des deux héritages, ce qui peut être fort utile en certains cas. Le voisin n'a pas le droit de s'y opposer, parce qu'il peut en faire autant, ou élargir le fossé de son côté. Ce cas n'est point du tout semblable à celui d'une allée, d'un vestibule de maison, d'une cour d'une faible étendue, servant à plusieurs bâtimens ou aux divers étages d'une maison appartenant à plusieurs, et dont nous avons parlé précédemment, n° 149 ; ici la division est facile et sans dépréciation du fonds voisin. M. Pardessus (n° 185) est d'une opinion contraire, parce que, dit-il, l'existence du fossé étant réputée l'effet de la volonté de l'un et de l'autre voisins, ce n'est que leur consentement mutuel qui peut la changer. Mais cette raison n'est point du tout concluante, car la société aussi se forme d'un mutuel consentement, et la volonté d'un seul suffit pour en opérer la dissolution (art. 1865) ; la simple communauté se forme aussi quelquefois par la volonté des

intéressés, et néanmoins nul n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815). Dans le cas d'un fossé mitoyen, la communauté n'existe pas avec les mêmes caractères que dans celui d'un objet appartenant à plusieurs par indivis : elle a lieu *pro regione*, c'est-à-dire que chacun des propriétaires est maître de la partie du fossé qui est de son côté ¹ ; mais cette différence, loin d'être contraire à notre opinion, lui est favorable, puisque celui qui veut faire servir cette partie à un autre usage ne fait qu'user d'une chose qui lui appartient exclusivement, et qu'il n'a aliénée pour aucune portion.

Il y aurait, au reste, exception pour le cas où il s'agirait d'un égoût, d'un conduit souterrain où à ciel ouvert, recevant les eaux de fosses d'aisances ou toutes autres immondices de deux maisons dont les propriétaires ont fait ce conduit en commun ; mais le principe n'est pas moins certain quand il ne s'agit que de simples fossés ordinaires, surtout dans les champs.

562. A plus forte raison l'un des voisins ne peut-il, même dans les villes et les faubourgs, contraindre l'autre à contribuer à l'établissement d'un canal ou fossé pour limiter et assainir leurs propriétés contiguës ; car la clôture n'y est forcée que par le moyen de murs.

565. Le voisin d'un fossé ne peut non plus le rendre mitoyen malgré le propriétaire, comme il pourrait le faire s'il s'agissait d'un mur (art. 661). Les motifs de la loi relativement au mur sont inapplicables quand il ne s'agit que d'un simple fossé. Il ne pourrait

¹ L. 7, § *ult.* ; L. 8, ff. *de Acquir. rer. dom.* ; L. 19, ff. *Comm. divid.*

même, malgré le voisin, recouvrer, en en offrant le prix, la mitoyenneté qu'il avait abandonnée pour se dispenser de contribuer à l'entretien du fossé. Ce fossé est devenu la propriété exclusive du voisin, comme s'il avait été primitivement pratiqué sur son terrain.

564. Dans plusieurs localités, celui qui creusait un fossé devait laisser au-delà un certain espace sur son sol pour empêcher les terres du voisin de tomber dans le fossé. Il en était donc propriétaire, et il y avait à cet égard une présomption de Droit en sa faveur. Cet espace était ordinairement d'un pied à partir de la berge ou bord du fossé ; dans quelques lieux il était un peu plus étendu ¹. Desgodets, sur l'article 213 de la Coutume de Paris, dit même que celui qui fait l'abandon de son droit sur un fossé mitoyen abandonne tacitement aussi cet espace de son côté, espace qui devient ainsi la propriété exclusive du voisin.

Mais le Code ne dit pas, comme pour la plantation des haies, que celui qui établit un fossé est tenu de laisser un certain espace au-delà, quoiqu'assurément cela soit nécessaire, comme on va le voir. Il ne dit pas non plus que le propriétaire exclusif d'un fossé est en même temps censé propriétaire d'une portion déterminée de terrain du côté du voisin ; il permet même, jusqu'à un certain point, de supposer le contraire, puisqu'il statue dans l'hypothèse que c'est le fossé qui fait la séparation entre les deux héritages,

¹ Suivant la loi de Solon, rapportée dans la loi 13, ff. *Finium regund.*, et adoptée par les Romains, il fallait que cet espace fût égal à la profondeur du fossé, afin que les terres du voisin ne fussent pas entraînées dans le fossé, par l'effet des pluies et des gelées.

ce qui ne serait pas dans l'autre système, puisque ce serait l'extrémité de cet espace. Aussi ne voyons-nous pas qu'il ait consacré cette présomption locale, sauf, comme nous l'avons déjà dit relativement à d'autres objets, le maintien du droit acquis, lors de sa publication, à l'égard des fossés établis à cette époque, dans les lieux où la présomption était en vigueur.

Mais celui qui creuse un fossé joignant le fonds d'autrui doit agir de manière que le terrain du voisin ne s'éboule pas. S'il n'est pas permis au propriétaire d'un fonds supérieur de rien faire qui puisse aggraver la condition du propriétaire inférieur, et, *vice versâ*, si celui-ci ne peut rien faire qui empêche celui-là de jouir de son fonds suivant sa position naturelle (art. 640), par la même raison, l'un des voisins ne doit pas, en changeant l'ordre naturel des lieux, causer la chute des terres de l'autre : et c'est ce qui arriverait infailliblement si le fossé pratiqué immédiatement contre le terrain du voisin était coupé à pic, ou à peu près. Il faudrait donc, si l'on voulait l'établir de la sorte, laisser en dehors de quoi faire un rebord en gazon ou en pierre, ou prendre tout autre moyen pour empêcher l'éboulement des terres du voisin ; et si cela était ensuite constaté, en cas de contestation, la propriété de cet espace serait prouvée par cela même en faveur du propriétaire du fossé. Au surplus, l'usage général est encore de laisser au-delà du fossé un espace égal à sa profondeur, ou à peu près ; mais on peut s'en dispenser par un travail quelconque propre à garantir la chute des terres du voisin.

§ IV.

Des haies, mitoyennes ou non.

SOMMAIRE.

365. *Toute haie qui sépare des héritages est présumée mitoyenne.*
366. *Il y a exception quand il existe un titre contraire.*
367. *Des bornes peuvent également faire fléchir la présomption.*
368. *Il y a aussi exception quand un seul des héritages est en état de clôture ; ce qu'on doit entendre par clôture dans le sens du Code civil.*
369. *Le principe souffre également exception quand il y a possession suffisante au contraire.*
370. *Quelle doit être la durée de cette possession ? Il suffit qu'elle soit annale : controversé.*
371. *L'effet de la possession annale serait détruit par la preuve contraire.*
372. *Ce que doit faire le propriétaire d'un héritage clos de haies pour empêcher que le voisin qui veut aussi clore le sien n'acquière une présomption de mitoyenneté.*
373. *Quid lorsque ni l'un ni l'autre des héritages n'est clos de tous côtés, mais que l'un d'eux se trouve gardé, du côté où il n'est pas clos, par une suite de prés ou de vignes ?*
374. *Les anciennes présomptions locales sur ce point conservent leur effet pour les haies qui existaient déjà lors de la publication du Code.*
375. *Quid s'il existe un fossé joignant une haie, et que la propriété ou même la mitoyenneté soit du fossé, soit de la haie, ne soit pas établie : est-ce la haie, ou le fossé, qui fait la limite ?*
376. *Les arbres qui sont dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie : comment se partagent leurs fruits.*
377. *Chacun des voisins peut exiger qu'ils soient arrachés.*
378. *Il le peut quelle que fût leur ancienneté, et quand même ils auraient déjà existé à l'époque où les deux fonds appartenant au même propriétaire ont cessé d'être dans la même main.*
379. *Comment se partage le bois de l'arbre une fois arraché.*
380. *Suivant le Droit romain, la propriété d'un arbre s'estimait*

394 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPRIÉTÉ.

par le terrain où étaient les racines : chez nous, c'est principalement par le tronc.

381. *L'un des voisins ne peut exiger que la haie elle-même soit arrachée.*

382. *Mais il le peut dans les lieux où la clôture est forcée, pour qu'il soit construit un mur à sa place.*

383. *La haie doit être entretenue à frais communs.*

384. *Celui qui plante une haie est obligé de laisser la distance prescrite : quelle est cette distance ; l'espace au-delà est présumé lui appartenir.*

385. *Le voisin d'une haie ne peut forcer le propriétaire à lui en céder la mitoyenneté.*

365. « Toute haie qui sépare des héritages, porte
« l'article 670, est réputée mitoyenne, à moins qu'il
« n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture,
« ou s'il n'y a titre ou possession suffisante au con-
« traire. »

En principe, que la haie soit sèche ou vive, qu'elle soit située dans un faubourg ou dans les champs, elle est présumée mitoyenne : le Code ne distingue pas ¹.

Nous allons parcourir successivement les exceptions que souffre le principe.

366. La première, c'est lorsqu'il y a titre qui attribue la haie à l'un des voisins exclusivement. Dans ce cas, il n'y a point à considérer l'état de clôture de l'un ou de l'autre fonds ; ce titre l'emporterait même sur la présomption de non-mitoyenneté résultant, en faveur du voisin, de ce que son fonds serait en parfait état

¹ Sauf ce que nous allons dire au n° 368, pour le cas où l'un des héritages est en état de clôture par des haies *vives* et que l'autre ne l'est des autres côtés que par des haies *sèches*.

de clôture quand l'autre ne le serait pas. Il établirait, par la même raison, la mitoyenneté, nonobstant cette présomption.

567. La seconde exception, dont ne parle pas le Code, il est vrai, mais qui n'existe pas moins d'après les principes généraux du Droit, c'est quand il y a des bornes régulières qui attribuent aussi la haie exclusivement à l'un des héritages, peu importerait qu'ils fussent tous deux en état de clôture, et même que l'autre le fût seul. Tout ce que nous avons dit de l'effet des bornes relativement au fossé, s'applique à la haie.

568. La troisième exception a lieu quand un seul des héritages est en état de clôture ; alors la haie appartient à cet héritage. D'où il suit que la présomption de mitoyenneté existe si les deux fonds sont clos, ou s'ils ne le sont ni l'un ni l'autre.

D'après la loi du 6 octobre 1791, sur la *Police rurale*, on regarde comme clôture, les *fossés* qui entourent un fonds ; et, suivant l'article 391 du Code pénal de 1810 « est réputé *parc* ou *enclos*, tout terrain en-
« vironné de *fossés*, de pieux, de claies, de planches,
« de haies vives ou *sèches*, ou de murs de quelque es-
« pèce de matériaux que ce soit, quelles que soient la
« hauteur, la profondeur, la vétusté, la dégradation
« de ces diverses clôtures, quand il n'y aurait pas de
« porte fermant à clé ou autrement, ou quand la porte
« serait à *claire-voie* et ouverte habituellement. »

L'esprit de la loi pénale est facile à saisir : le propriétaire avait garanti sa propriété comme il avait pu ;

le délinquant a méprisé cette garantie, qui se manifestait par des signes évidens, et cette violation du droit de propriété supposant en lui plus d'audace et de perversité, et faisant d'ailleurs courir plus de danger au propriétaire, méritait d'être punie plus sévèrement que les simples soustractions. Mais l'article 670 du Code civil ne doit pas être entendu en ce sens : les mots *en état de clôture*, dans l'esprit de ce texte, ne signifient pas toute espèce de moyens employés pour enclore un héritage ; il y est question des *haies*, et ce ne peut être que les clôtures par des haies qu'il a eues en vue. Nous dirons même que, généralement, il a eu en vue les haies *vives*, et non les haies *sèches*, quand il parle d'héritage en état de clôture, pour faire résulter de cet état une présomption de propriété exclusive en faveur de celui des voisins dont le fonds est clos quand l'autre ne l'est pas.

Ainsi, l'un des fonds est entouré de fossés de trois côtés, et du quatrième par une haie ; l'autre fonds est entouré de haies de tous côtés : il ne nous paraît pas douteux que celle qui sépare les deux héritages ne soit censée appartenir exclusivement au fonds qui est clos de haies de toutes parts, sauf preuve contraire.

Le système opposé mènerait à l'absurde ; car si ce fonds était clos seulement de trois côtés par des haies, quoique de même âge et de même essence, il faudrait aller jusqu'à dire que celle qui est l'objet du litige est présumée appartenir au fonds qui n'a de haie que de ce seul côté et des fossés des trois autres, parce qu'il serait, dans ce système, le seul en état de clôture.

Mais un tel résultat est inadmissible ; il ne reposerait que sur une fausse interprétation de ce qu'entend la loi civile par les mots *en état de clôture*.

Tout porte donc à croire que celui qui a enclos son fonds de haies des trois autres côtés, l'a également enclos du côté où est la haie objet de la contestation, quand surtout ces haies sont de même essence et de même âge ; et que le voisin qui a jugé que des fossés lui suffisaient pour les autres côtés de son fonds, n'a point contribué à l'établissement de cette haie. Cela serait encore moins douteux, s'il est possible, s'il y avait aussi un fossé, joignant la haie, du côté de son fonds.

Nous décidons aussi, par identité de raison, que, lors même que ce dernier fonds serait gardé par des haies sèches de tous autres côtés, si l'autre héritage l'était de toutes parts par des haies vives, la haie litigieuse serait censée appartenir exclusivement à ce dernier, bien que l'un et l'autre fussent clos de tous côtés ; car cette clôture sèche n'attesterait pas que le propriétaire du fonds où elle se trouve a contribué à l'établissement de la haie litigieuse, comme les autres parties de clôture vive attesteraient que celui qui les a élevées a élevé aussi celle qui est de même nature.

569. La quatrième exception est le cas où il y a possession suffisante au contraire en faveur de celui qui prétend que la haie lui appartient en propre, quand les deux fonds sont, ou non, en état de clôture, ou même quand le fonds de l'autre voisin l'est seul. Dans cette dernière hypothèse, la possession détruit

même la présomption de propriété exclusive qui existait en faveur de ce voisin, et dans la première, elle détruit seulement celle de mitoyenneté. La rédaction de l'article 670 et le Droit commun ne laissent aucun doute sur l'un et l'autre points.

570. Mais qu'elle doit être, pour produire cet effet, la durée de cette possession contraire à la présomption de mitoyenneté ou de propriété exclusive en faveur du voisin ? La loi se borne à dire que ce doit être une possession *suffisante*, sans expliquer si elle doit être trentenaire, ou s'il suffit qu'elle soit annale. On doit donc s'en tenir sur ce point aux principes généraux : or, d'après ces principes, la possession est la jouissance ou la détention d'une chose ou d'un droit par nous-même ou par quelqu'un qui en jouit ou la détient en notre nom (art. 2228) ; et la possession utile, la possession civile, celle qui donne l'action pour la recouvrer si on la perd, ou le droit d'être maintenu si l'on est troublé ou attaqué au possessoire, c'est la possession annale (art. 23 du Code de procéd.). Voilà pourquoi l'interruption de prescription, dans la prescription à l'effet d'acquérir, résulte d'une interruption ou privation de jouissance pendant plus d'un an (art. 2243), parce qu'alors la possession est perdue. Donc elle existe si elle a duré plus d'un an, et si elle n'a pas été d'ailleurs abandonnée depuis plus d'une année.

De ces principes nous tirons la conséquence que la possession annale de la haie, en fait, jusqu'à preuve contraire, administrée au pétitoire, présumer proprié-

taire le possesseur, soit que les deux fonds fussent ou non en état de clôture, soit même qu'il n'y eût de clos que celui du voisin. L'article 3 du Code de procédure, en plaçant dans les attributions des juges de paix les entreprises ou usurpations sur les *haies commises dans l'année*, reconnaît par là que la possession de la haie est acquise après l'année, car c'est un droit prescriptible ; et si elle ne dispensait pas de prouver ensuite la propriété, à quoi servirait-elle ? A quoi bon maintenir le possesseur, ainsi que le veut la loi ¹ ?

Au reste, comme la possession d'une haie ne se manifeste pas par l'existence même de la haie, qu'elle ne s'exerce que par certains actes ou certains faits, et que ces faits, de leur nature, sont isolés, peu répétés, souvent clandestins, le juge, conformément d'ailleurs à la disposition de l'article 23 du Code de procédure, ne devra voir la possession utile que dans une jouissance passible et publique, c'est-à-dire qui a pu facilement être connue de celui qui avait intérêt à la faire cesser. Avec ces caractères, la possession annale de la haie ne peut avoir aucun effet dangereux qu'elle n'aurait également dans les autres cas, puisque la preuve contraire n'en demeure pas moins réservée à l'adversaire, mais à la charge de la faire va-

¹ Voyez un arrêt de rejet du 3 vendémiaire an xiv (Sirey, 1806, 1, 75) qui a jugé conformément à notre doctrine, en décidant que l'action pour la possession *annale* d'une haie de séparation de deux héritages est *recevable comme action possessoire*, et que celui qui a possédé la haie pendant un an révolu, paisiblement, publiquement, et à titre de propriétaire, doit être maintenu dans sa possession ; ce qui oblige par conséquent l'autre partie à prouver, au pétitoire, sa prétention au droit de propriété ou de mitoyenneté.

loir au pétitoire, comme s'il s'agissait de son fonds lui-même, dont le voisin aurait la possession annale.

571. En effet, la présomption qui en résultera pourra être détruite par la preuve contraire tirée d'un titre, ou par la possession trentenaire antérieure ; car si la perte de la possession s'opère par une discontinuation de jouissance pendant un an, celle du droit de propriété ne s'opère que par la jouissance d'un tiers pendant le temps nécessaire à la prescription. Mais après les trente ans de possession, le titre qu'on invoquerait pour la combattre serait inefficace ; il ne prouverait qu'une chose : que l'on a eu un droit et que l'on n'a pas su le conserver.

572. Si, dans le cas où l'un des deux fonds seulement est clos, le propriétaire de l'héritage non clos se mettait en devoir de le clore, comme il acquerrait par là une présomption de mitoyenneté de la haie séparative, s'il n'y avait pas de bornes de son côté, le maître de l'héritage clos pourrait et devrait même lui faire signifier un acte de protestation pour conserver la présomption de propriété exclusive qui résulte, en sa faveur, de ce que son héritage est seul en ce moment en état de clôture. Nous préférons ce parti à une plantation de bornes, parce que les bornes, malheureusement, sont sujettes à être détruites, sans qu'il soit toujours facile de prouver le fait.

573. Il arrive quelquefois que ni l'un ni l'autre des héritages n'est clos de toutes parts, mais que l'un deux se trouve gardé, du côté où il n'est pas clos, par des fonds de même nature. Par exemple, un pré ou une

vigne a une haie de trois côtés, qui la sépare de terres ou pacages non clos, et de l'autre c'est une suite de prés ou de vignes appartenant à divers propriétaires, mais sans cloture de ce côté-là. Dans ce cas, y a-t-il présomption de non-mitoyenneté de la haie en faveur du pré ou de la vigne ? On le décidait ainsi dans beaucoup de localités, parce que, disait-on, il est vraisemblable que le propriétaire de ce pré ou de cette vigne a élevé la haie à ses dépens, attendu qu'un pré ou une vigne a plus besoin d'être gardé qu'une terre labourable ou un pacage.

Mais le Code n'a pas consacré cette présomption locale de propriété exclusive, quoiqu'elle fut assurément très-raisonnable ; il établit, au contraire, en principe, celle de mitoyenneté dans tous les cas où les deux héritages ne sont pas en état de clôture, ce qui doit s'entendre d'une clôture parfaite, comme dans celle où ils le sont tous deux, sans distinguer s'ils sont ou non de même culture, de mêmes produits ou de produits différens.

574. Cependant, rappelant ce que nous avons déjà fait observer plusieurs fois, soit au sujet de l'ancien *tour d'échelle*, soit au sujet de l'espace au-delà du fossé ¹, nous dirons aussi à l'égard des haies, que, pour celles qui seraient prouvées avoir été plantées sous l'empire des lois et coutumes anciennes, dans des localités où la nature des fonds servait aussi à déterminer la propriété des haies, la présomption légale de propriété exclusive, quoique non confirmée par le

¹ Voyez *suprà*, n° 316-355.

Code dans les mêmes cas, ne doit pas moins continuer d'avoir lieu, puisque le droit était acquis lors de sa publication, et que la loi n'a pas d'effet rétroactif (art. 2) : elle n'a pas créé des droits nouveaux, ni abrogé ceux qui existaient : elle n'a fait que régler l'avenir. Ceux qui ont planté ces haies ont dû se reposer sur les usages alors en vigueur, pour être assurés de leur droit de propriété, et rien ne les obligeait de prendre d'autres mesures.

375. Si, comme on le voit souvent, il existe un fossé joignant la haie, et que la propriété ou même la mitoyenneté du fossé, situé au-delà, ne soit pas contestée au propriétaire de l'héritage du côté duquel est cette haie, ou que celui-ci fasse sa preuve en cas de contestation, il est bien clair que la propriété exclusive de la haie ne saurait lui être disputée, puisqu'elle est évidemment en entier sur son terrain. Et il en serait de même quoique le fonds du voisin fût en parfait état de clôture, et que le sien ne le fût pas.

Mais si ce propriétaire ne prouve point, par titre, bornes, ou possession suffisante, qu'il a des droits sur ce fossé, qui se trouve au-delà de la haie, du côté du voisin, quand celui-ci les lui conteste, et en prétend lui-même sur la haie, alors il y a réellement difficulté, parce qu'il s'agit de savoir si c'est la haie, ou le fossé, qui fait la séparation des deux héritages.

Ainsi, entre le fonds A et le fonds B se trouve une haie, et joignant cette haie, du côté du fonds B, un fossé : on peut supposer que les deux fonds sont tous deux en état de clôture, ou qu'ils ne le sont ni l'un ni l'autre.

Le propriétaire du fonds A prétend que c'est le fossé qui fait la véritable limite des deux héritages, qu'il est au moins mitoyen, s'il ne lui appartient pas en totalité, et conséquemment que la haie lui appartient exclusivement. Il argumente de ce qui se pratique ordinairement, de l'établissement d'un fossé au-delà de la haie, du côté du voisin, pour la garantir; il dit même que le fossé est tracé en tout ou partie sur l'espace que doit laisser celui qui plante une haie, par conséquent sur son terrain; mais il insiste surtout, sur la mitoyenneté de ce fossé, ce qui lui attribuerait, comme on vient de le dire, la propriété exclusive de la haie.

Le propriétaire du fonds B répond que ce n'est pas le fossé, mais bien la haie qui fait la véritable séparation des deux fonds; d'après cela, qu'elle est mitoyenne, parce que les deux fonds sont en état de clôture, ou parce que ni l'un ni l'autre n'est clos; ou même qu'elle lui appartient exclusivement, parce que son héritage seul est clos; et à l'appui de sa prétention, il invoque aussi l'usage de beaucoup de propriétaires, qui pratiquent un fossé en-deçà de leur haie pour la mieux faire prospérer, ou pour conduire les eaux dans quelque partie de leur fonds.

Dans beaucoup de localités, la prétention du propriétaire du fonds A eût été préférée, parce qu'on y supposait que la haie était enfermée dans le fonds par le fossé, qui était censé, suivant l'usage en vigueur dans ces localités, être la véritable limite des deux héritages, soit qu'il appartint en propre au maître de la haie, soit qu'il fût mitoyen.

Dans d'autres localités, même très-rapprochées des premières, on décidait, au contraire, qu'il y avait présomption de propriété du fossé, et, par suite, de la haie, en faveur du maître du fonds B, par cela seul que ce fossé se trouvait de son côté, comme ayant été établi pour assainir le terrain de la haie, et comme n'ayant été pratiqué sur ce fonds que parce que la haie en était elle-même une dépendance.

On doit encore, sous le Code, observer l'effet de ces présomptions locales pour les haies et fossés établis avant sa publication, suivant ce qui a été dit précédemment. Mais pour les cas nés sous son empire, on doit s'en tenir aux seules présomptions, soit de propriété exclusive, soit de mitoyenneté, qu'il consacre ; et comme il a pu arriver que l'un des voisins ait en effet pratiqué le fossé de son côté pour assainir la haie, qui lui appartenait en propre, ou pour faire couler les eaux dans quelque partie de son fonds ; comme il a pu se faire aussi que l'autre voisin l'ait établi au-delà de la haie, qui était exclusivement à lui, pour la garantir et l'enfermer dans son héritage, il y a réellement difficulté très-grave sous le Code ; car on ne peut dire, avec certitude, si c'est la haie ou bien le fossé qui forme la séparation des deux héritages.

D'abord on sent que, si l'un des deux fonds seulement est en parfait état de clôture, la haie est censée appartenir à ce fonds, quand bien même, suivant ce qui a été dit plus haut, l'autre fonds serait entouré de fossés de toutes parts ; et le fossé qui serait au-delà de la haie, du côté de ce dernier fonds, mais tracé sur l'es-

pace que doit laisser celui qui plante une haie (un demi-mètre), serait aussi censé appartenir au propriétaire de la haie, encore que son héritage fût une terre labourable, un bois ou un pacage, quand l'autre serait une vigne ou un pré. La différence du genre de culture n'a point été prise en considération par le Code, dans l'établissement des présomptions de mitoyenneté ou d'exclusion de mitoyenneté. Si ce fossé s'étendait au-delà de cet espace, la présomption ci-dessus cesserait quant à ce fossé, qui serait censé mitoyen, à moins que le rejet ne fût d'un seul côté.

Mais si aucun des deux fonds n'est entouré de haies de tous côtés, ou que tous deux le soient, nous pensons que c'est la haie plutôt que le fossé qui doit être censée former la séparation des deux fonds, parce que cette séparation est la véritable clôture, plutôt qu'un fossé, dont bien souvent il reste à peine quelques traces. D'après cela, nous déciderions que la haie est mitoyenne, et que celui des voisins du côté duquel est le fossé, est par conséquent censé en être seul propriétaire. Cette décision néanmoins devrait être modifiée dans le cas où la haie dont il s'agit serait de même essence et de même âge que les autres haies qui entoureraient l'un des deux fonds, et différeraient beaucoup par l'essence ou par l'âge de celles de l'autre fonds : dans ce cas la haie serait censée, selon nous, appartenir au premier fonds, ainsi que le fossé au-delà, s'il était creusé sur l'espace qu'on est obligé de laisser en dehors en plantant une haie ; pratiqué au-delà de cet espace, ce fossé serait censé mitoyen, à

moins que le rejet ne se trouvât d'un seul côté : le tout, sauf preuve contraire résultant d'un titre, des bornes ou de la possession suffisante.

376. Les arbres qui sont dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie elle-même. (Art. 673.)

En conséquence leurs fruits et autres produits se partagent entre les copropriétaires.

Mais le partage doit-il avoir lieu par égales portions quand l'arbre, comme il arrive souvent, est plus d'un côté que l'autre ? ou chacun des voisins doit-il prendre les produits qui sont de son côté ? C'est assez souvent ce dernier mode de jouissance que les copropriétaires adoptent d'un commun accord, mais cet accord peut ne pas exister ou cesser d'un moment à l'autre.

Il est bien certain que la communauté de l'arbre n'est pas parfaite, qu'elle est seulement *pro diviso, pro regione*, tant qu'il est sur pied ¹ : d'où il paraît juste de décider que les fruits produits par les branches qui donnent sur l'un des fonds doivent appartenir au maître de ce fonds, d'autant mieux que l'ombrage de ces mêmes branches nuit à cet héritage et non à l'autre, du moins au même degré. Cela répond à l'objection tirée de ce que l'arbre est nourri également par le terrain des deux fonds, car, lors même que cela serait absolument vrai, il n'en est pas moins certain aussi que le fonds du côté duquel les branches sont

¹ L. 7, § *ult.*, et L. 8, ff. de *Acquir. rer. domin.* ; L. 10, ff. *Comm., divid.*

plus nombreuses et plus étendues, souffre le plus de l'ombrage de l'arbre.

577. D'ailleurs, celui des voisins qui ne serait pas satisfait de cette répartition des produits peut exiger que l'arbre soit abattu, suivant la disposition formelle de l'article 673, qui donne ce droit à chacun des propriétaires. Il n'y a même pas à distinguer, en pareil cas, si l'arbre a plus ou moins de trente ans, parce que la prescription n'a point lieu entre ceux qui jouissent en commun, et qui trouvaient chacun leur avantage à jouir de cette manière. Elle ne peut commencer à courir que du moment où l'un d'eux a joui séparément, parce qu'alors il a joui comme propriétaire exclusif¹. (Art. 815-816 combinés.)

578. La circonstance que les deux fonds auraient appartenu au même maître, et que les arbres existaient déjà dans la haie mitoyenne au moment où s'est opéré le partage de ces mêmes fonds, ou l'aliénation de l'un d'eux, ne ferait non plus aucun obstacle à ce que l'un ou l'autre des voisins pût exiger qu'ils fussent arrachés, quelle que fût leur ancienneté. La destination du père de famille ne peut être invoquée dans ce cas, comme elle pourrait l'être si les arbres n'étaient pas dans la haie elle-même, parce qu'alors il y aurait acquisition du droit de les maintenir ; au lieu que l'existence de la communauté est exclusive de toute idée

¹ Ce qui fait qu'il n'y a pas d'opposition avec ce que nous avons dit précédemment, n° 313, que l'un des voisins peut, par des actes ou entreprise sur un mur prétendu mitoyen, en acquérir la propriété exclusive ; car alors il ne reconnaît pas la mitoyenneté : il jouit comme étant seul propriétaire.

d'acquisition par l'un des associés sur l'autre. Cette destination a seulement établi la mitoyenneté relativement aux arbres comme relativement à la haie, mais non une servitude réciproque au profit de chacun des copropriétaires sur l'autre. Il n'en est pas d'un arbre ainsi que d'une chose qu'on ne peut partager ou liciter sans grande détérioration des objets dont elle est un accessoire nécessaire, ou sans détriment notable pour l'un des propriétaires, comme un vestibule, une allée, et dont nous avons parlé précédemment, n° 149 : rien ne s'oppose à ce qu'il soit arraché et partagé.

579. Une fois que l'arbre est arraché, la communauté, qui était d'abord *pro diviso, pro regione*, devient *pro indiviso* ; mais s'il était plus d'un côté que de l'autre, le partage du bois devrait se faire dans la même proportion, suivant ce qui a été dit par rapport aux fruits ¹.

580. Suivant le Droit romain, la propriété d'un arbre s'estimait par le terrain où étaient les racines ², et telle était la raison pour laquelle l'arbre placé auprès de la limite de deux fonds, et qui avait jeté ses racines dans l'un et l'autre, devenait commun aux deux propriétaires. Mais dans notre Droit, la propriété de l'arbre s'estime d'après le lieu d'où sort le tronc, parce que c'est là véritablement l'arbre ; aussi l'article 673 dit-il que les arbres qui sont dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie ; or, en di-

¹ Telle est la décision de la L. 83. ff. *Pro socio : Naturali convenit rationi, et postea tantam partem utrumque habere, tam in lapide, quam in arbore, quantam et in terra habebat.*

² § 31, INSTIT., *de Rerum divis.* Voyez Vinnius sur ce paragraphe.

sant les *arbres*, cet article a évidemment en vue le tronc, comme étant ce qui constitue réellement l'arbre.

581. Quoique chacun des voisins puisse exiger que les arbres qui sont dans la haie mitoyenne soient arrachés, il ne peut toutefois exiger que la haie elle-même soit détruite.

Nous avons décidé le contraire pour le fossé, du moins en thèse générale, et contre le sentiment de M. Pardessus²; mais le cas d'une haie vive est bien différent. Quand il ne s'agit que d'un fossé, le voisin peut facilement l'élargir de son côté, du moins ordinairement : aussi avons-nous fait exception pour certains cas ; en sorte qu'il ne peut souffrir de préjudice du parti que prend l'autre voisin, puisqu'il sera maître exclusif du nouveau fossé, s'il juge à propos d'en avoir un. Au lieu que l'établissement d'une haie vive exige beaucoup de temps et de soins ; par conséquent ce serait un dommage réel que souffrirait le voisin, s'il était obligé d'en élever une nouvelle. C'est ce qui répond à l'objection tirée du principe, que nul ne peut être forcé de rester indéfiniment dans l'indivision (art. 815), quand bien même la communauté aurait été le résultat de sa volonté. Si le Code avait entendu que chacun des copropriétaires d'une haie mitoyenne aurait le droit de demander qu'elle soit arrachée, il n'eût pas manqué de le dire, ainsi qu'il l'a fait pour les arbres qui sont dans la haie.

582. Mais si la haie était dans un lieu où la clô-

² Voyez *suprà*, n° 361.

ture est forcée, comme elle l'est en murs, chacun des voisins pourrait contraindre l'autre à la suppression de la haie et à contribuer à la construction d'un mur de clôture. L'article 663 ne fait aucune exception ; il ne distingue pas entre le cas où il y a une haie sur la ligne séparative, comme cela a presque toujours lieu quand il n'y a pas encore de mur, et le cas où les deux fonds n'ont aucune espèce de clôture : il dispose de la manière la plus absolue. L'établissement de la haie à frais communs ne devrait point être considéré comme une renonciation au droit de pouvoir invoquer la disposition de cet article dans la suite, mais seulement comme l'emploi d'un mode de clôture que chacun des voisins regardait alors comme suffisant.

585. Au surplus, hors le cas dont il vient d'être parlé, la haie doit bien être entretenue, et à frais communs, mais rien n'empêche l'un des copropriétaires d'abandonner la mitoyenneté, pour se dispenser de contribuer dorénavant à son entretien. Il lui suffira, pour cela, de notifier au voisin sa volonté à cet égard. A ce cas aussi s'applique ce qui a été dit sur l'abandon de la mitoyenneté d'un mur ou d'un fossé ; mais l'abandon de la mitoyenneté d'une haie n'aura lieu que bien rarement, parce que les frais d'entretien sont peu considérables.

584. Celui qui plante une haie est obligé de laisser la distance prescrite par les réglemens particuliers actuellement existans, ou par les usages constans et reconnus, et, à défaut de réglemens et usages, un

demi-mètre (environ 1 pied et demi) de distance de la ligne séparative des deux héritages. (Art. 671.)

Cet espace est présumé par cela même lui appartenir, sauf preuve contraire; et si le voisin ne réclame pas dans les trente ans, la présomption est inattaquable. Il y a prescription de ce terrain, que le propriétaire de la haie a possédé, ne fût-ce qu'au moyen de la haie elle-même.

585. Il est clair que le voisin d'une haie ne peut, contre la volonté de celui à qui elle appartient, la rendre mitoyenne, car l'espace dont il vient d'être parlé ferait obstacle à sa prétention; et quand bien même cet espace n'existerait pas de fait, elle ne serait encore point fondée, puisque la loi ne la consacre pas, comme elle le fait pour le mur qui joint immédiatement le fonds d'autrui (art. 661); sauf à lui, dans cette dernière hypothèse, à forcer le maître de la haie à l'arracher, si le temps de la prescription n'est pas écoulé. Les motifs qui ont déterminé la disposition relative à l'obligation de céder la mitoyenneté d'un mur, ne s'appliquent point au cas où il s'agit d'une haie.

§ V.

De la distance à observer dans la plantation des arbres.

SOMMAIRE.

- 386. *Distance à observer dans la plantation des arbres : texte de l'article 671.*
- 387. *Comment se calcule la distance.*
- 388. *Si elle n'a pas été observée, le voisin peut exiger que les arbres soient arrachés.*

389. *Il en serait autrement s'il y avait un sorte de destination du père de famille ;*
390. *Ou s'il s'était écoulé, depuis la plantation des arbres, le temps requis pour la prescription.*
391. *Mais l'on n'a acquis par là que le droit de maintenir les arbres existans, et non celui d'en planter d'autres, quoique de même essence et à la même place : très-controversé.*
392. *Celui sur la propriété duquel avancent les branches du voisin peut contraindre celui-ci à les couper : si ce sont les racines, il peut les couper lui-même.*
393. *On ne peut, d'après le nouveau Code forestier, forcer à l'élagage des arbres des forêts existans actuellement.*
394. *Formalités à suivre lorsque, dans les cas régis par le Code civil, le propriétaire des arbres ne veut pas faire l'élagage : à la charge de qui sont les frais de la sommation et autres actes qui ont pu avoir lieu.*
395. *Le Code, qui a maintenu les anciens usages locaux relativement à la distance à observer dans la plantation des arbres, ne les a pas également maintenus en ce qui concernait l'obligation, pour le voisin, de souffrir l'avancement de leurs branches.*
396. *Proposition de diverses questions sur la matière.*
397. *Le droit de forcer le propriétaire des arbres dont les branches avancent sur le terrain du voisin, à les couper, s'entend même du cas où les arbres se trouvent à la distance prescrite.*
398. *Ainsi que du cas où, plantés à une distance moindre, le propriétaire a acquis par prescription le droit de les maintenir.*
399. *Il en est autrement quand le droit de conserver les arbres dans leur état actuel peut être raisonnablement considéré comme le résultat d'une sorte de destination du père de famille.*
400. *Le propriétaire de l'arbre dont les branches avancent sur le terrain d'autrui n'a pas, sous le Code, le droit d'y passer pour aller en recueillir les fruits : controversé ; Droit romain contraire à cette décision, mais par des motifs qui n'existent pas chez nous.*

586. D'après l'article 671, « il n'est permis de
« planter¹ des arbres de haute tige² qu'à la distance
« prescrite par les réglemens particuliers actuelle-
« ment existans, ou par les usages constans et re-
« connus ; et, à défaut de réglemens et usages, qu'à
« la distance de deux mètres de la ligne séparative
« des deux héritages, pour les arbres de haute tige,
« et à la distance d'un demi-mètre, pour les autres
« arbres et haies vives. »

Ainsi, il faut d'abord observer les réglemens particuliers existans, ou les usages constans et reconnus, et, à leur défaut, la distance déterminée par le Code.

Les réglemens particuliers et les usages varient non-seulement en raison des localités, mais encore en raison des diverses espèces d'arbres. C'est ainsi, par exemple, que, dans tel canton, la distance doit être de quinze pieds pour les noyers et châtaigniers, qui y viennent très gros, tandis que pour les pommiers, poiriers et autres arbres réputés aussi de haute tige, la distance n'est que de six ou huit pieds.

587. Quand les deux fonds sont séparés par un mur, une haie, un canal ou un fossé mitoyen, la distance se calcule du point milieu du mur, de la haie, du canal ou du fossé.

Il en serait de même si c'était un chemin mitoyen qui séparât les héritages, mais non si c'était un che-

¹ Ni de laisser croître des arbres de haute tige qui viendraient naturellement, comme la plupart des *sauvageons*.

² Tels que les chênes, les ormes, les noyers, les peupliers, les frênes, les châtaigniers, les maronniers, les tilleuls, les aunes, les accacias, les pommiers, poiriers, cerisiers, etc. etc.

min public. Dans ce cas, la distance se calculerait à partir du fonds du voisin ; sauf à celui-ci à forcer le propriétaire des arbres à en couper les branches, lorsqu'elles s'étendraient sur son terrain. Ce serait également de ce fonds qu'elle se calculerait, quoiqu'un propriétaire eût un droit de passage sur le bord de celui où les arbres vont être plantés ; car la propriété du sol du chemin n'en demeurerait pas moins au maître de ce dernier héritage.

Enfin, si les deux fonds étaient séparés par un ruisseau, on devrait calculer la distance à partir du point-milieu du ruisseau, attendu comme nous l'avons dit plusieurs fois ¹, que le lit des cours d'eau non navigables ni flottables appartient aux riverains, puisque l'île qui y naît leur est attribuée ². (Art. 561.)

588. Si les réglemens et usages locaux n'ont pas été observés, ou, à leur défaut, la distance prescrite par le Code, le voisin peut exiger que les arbres ou haies soient arrachés. (Art. 672.)

Il ne le peut toutefois sur le seul prétexte que les arbres, il est vrai, ont bien été plantés à la distance

¹ Voyez tome précédent, n° 421, et *suprà*, n° 208.

² M. Pardessus (n° 194) dit le contraire, sur le fondement que, suivant lui, la nature de cette propriété n'oblige pas chacun des riverains à compter la distance du milieu du ruisseau, mais seulement à partir du bord de la propriété opposée. Il convient cependant, dans un autre endroit de son ouvrage, que le lit du ruisseau appartient aux deux riverains. L'opinion de M. Pardessus aurait pour elle, en plus d'un cas, l'intérêt de l'agriculture ; mais la nôtre aurait toujours en sa faveur les principes, et, dans plusieurs cas, l'équité ; par exemple, propriétaire d'un jardin qui borde un cours d'eau, j'ai intérêt à ce que les branches des arbres du riverain ne viennent pas couvrir ce cours d'eau jusqu'au point où commence mon jardin : l'agrément du cours d'eau en serait singulièrement diminué pour moi.

prescrite, mais que, par leur accroissement successif, ils ne se trouvent plus maintenant à cette distance; car la loi a prévu l'accroissement et à calculé l'espace en conséquence.

L'action relative à la distance prescrite par la loi, les réglemens particuliers et l'usage des lieux, pour les plantations d'arbres ou haies, a été placée dans les attributions des juges de paix, par la loi du 25 mai-6 juin 1838, *sur les justices de paix*, article 6, mais toutefois, lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés. Et le juge de paix ne juge qu'à charge d'appel. Si, au contraire, il y a contestation sur les limites des héritages, et, par suite, sur la plantation des arbres ou de la haie, le juge de paix cesse d'être compétent, même pour statuer en premier ressort; et s'il était saisi de la demande, il devrait se déclarer d'office incompétent, *ratione materiae* (art. 170 du Code de procéd. par argument), à moins que les parties, d'un commun accord, ne consentissent à proroger sa juridiction, conformément à l'article 7 du même Code.

389. Mais quand même les arbres ne se trouveraient point plantés à la distance prescrite, s'il était prouvé que les deux fonds ont appartenu au même maître, et que les arbres existaient au moment où l'un de ces fonds est sorti de sa main par disposition quelconque, vente, échange, ou partage, on devrait voir là une sorte de destination du père de famille, et l'on devrait appliquer, par analogie, l'article 694, en considérant le droit de maintenir les arbres comme l'effet

d'une convention tacite entre les contractans ou les copartageans.

390. De plus, s'il s'était écoulé depuis la plantation des arbres le temps requis pour la prescription, le voisin ne pourrait plus les faire abattre, s'il en avait pu d'ailleurs facilement connaître l'existence, parce qu'ils n'étaient point masqués par un mur plein d'une grande élévation ¹. On devrait regarder le droit de les maintenir comme une espèce de servitude qui, étant continue et apparente, serait susceptible, aux termes de l'article 690, de s'acquérir par prescription ².

394. Quelques personnes voient même dans l'existence des arbres depuis plus de trente ans, un affranchissement, au profit du fonds, d'une servitude légale dont il était tenu en faveur du fonds voisin, et consistant à n'avoir point d'arbres de haute tige à une distance moindre que celle prescrite par la loi ou les usages locaux; et elles tirent de là la conséquence que lorsque les arbres viennent à périr ou à être abattus,

¹ Il arrive souvent que le voisin s'accorde verbalement avec le propriétaire d'arbres plantés à une moindre distance que celle qui est prescrite, de souffrir les arbres moyennant une portion ou la totalité des fruits des branches qui donnent sur son terrain; mais il est plus prudent de faire cet accord par écrit, afin qu'après les trente ans il ne s'élève pas de difficulté à l'égard des fruits eux-mêmes. Voyez au surplus ce que nous disons sur ces fruits, *suprà*, n° 377 et suiv.

² Arrêt de rejet du 27 décembre 1820, rapporté par M. Favard, *Répertoire*, v° *Servitudes*, sect. III, § 5. — Arrêt de la cour royale d'Orléans, du 10 juillet 1820, et arrêt de rejet du pourvoi, du 9 juin 1823. Sirey, 1826, I, 176. C'est aussi le sentiment de M. Pardessus, n° 194; de M. Toullier, tome III, n° 515; et de M. Favard, *loco citato*.

Duval, *de Rebus dubiis*, tract. 8, n° 8, et Mornac, sur la L. 13, ff. *Finium regund.*, ont écrit, au contraire, que la prescription ne peut avoir lieu, parce que, disent-ils, l'arbre, dans son commencement, est si petit, que le voisin peut très-bien n'en avoir pas connaissance, et qu'ainsi il est presque impossible d'assigner un point de départ à la prescription.

il est permis au propriétaire du fonds de les remplacer, dans les trente ans, par d'autres, de même essence, en même nombre et dans le même lieu. M. Pardessus ¹ argumente aussi en ce sens de la disposition de l'article 665, suivant lequel, lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise. Ce jurisconsulte assimile ainsi l'abattage des arbres et leur remplacement à la démolition et reconstruction du mur ou de la maison.

Mais, comme nous l'avons déjà fait observer², il n'est pas exact de dire qu'il y a servitude dans la prohibition légale de planter des arbres à une distance moindre que celle qui est prescrite : c'est là tout simplement un mode d'exercice du droit de propriété. Ce droit consiste bien dans la faculté d'user des choses de la manière la plus absolue, mais avec cette importante restriction (qui n'est cependant pas une servitude), pourvu qu'on n'en fasse pas un usage qui nuirait à autrui. Or, la plantation des arbres contre le fonds du voisin nuirait à ce fonds, par la projection de l'ombre, très-préjudiciable aux récoltes, et par l'absorption plus ou moins grande des sucs-nourriciers de la terre. Ce serait altérer en un point, et par un fait de l'homme, la situation naturelle des lieux, qu'il n'est

¹ Ainsi que M. Favard.

² Au sujet des vues. Voyez *suprà*, n° 326.

pas permis de changer, du moins en principe, au détriment du voisin (art. 640). Les servitudes légales ne sont point de véritables servitudes; ce sont seulement des modes d'exercice du droit de propriété, et conséquemment on ne saurait voir dans l'existence des arbres pendant trente ans, l'affranchissement d'une servitude qui n'a jamais existé avec les caractères et les effets attachés aux véritables servitudes. Ce prétendu état de liberté naturelle dans lequel on dit que le fonds est rentré par ce fait, n'est pas reconnu par la loi; il n'existait même pas dans les temps les plus reculés, du moins à Athènes et à Rome, puisque la loi de Solon, adoptée par les Romains¹, défendait également à l'un des voisins de planter, sans le consentement de l'autre, des arbres à une distance moindre de neuf pieds pour les oliviers et les figuiers, et de cinq pieds pour les autres.

Il est bien plus vrai de dire que l'existence des arbres pendant trente ans constitue seulement une prescription à l'effet d'acquérir le droit de les maintenir, ce qui emporte sans doute extinction de l'action qu'avait le voisin pour les faire supprimer, comme dans tout autre cas où l'on a acquis par prescription une servitude sur le voisin, et où l'on a par cela même prescrit contre l'action qu'il avait pour s'opposer à l'exercice de cette servitude; mais cela ne constitue réellement pas une prescription à l'effet de se libérer; c'est plutôt une prescription à l'effet d'acquérir: autrement on transformerait, dans tous les cas, la pres-

¹ Voyez la L. 13, ff. *Finium regund.*

cription à l'effet d'acquérir en prescription à l'effet de se libérer, puisqu'il est bien évident que l'acquisition du droit par l'une des parties renferme la perte de celui qu'avait l'autre, et éteint ainsi l'action qu'avait cette dernière pour le réclamer.

Toutefois, l'on insiste, et l'on dit : Le Droit naturel me permettait de faire sur mon fonds tout ce que j'aurais voulu, pourvu que je ne fisse rien sur le vôtre. Je pouvais en conséquence y planter des arbres très-près de la ligne séparative, en empêchant d'ailleurs leurs branches de s'étendre sur votre terrain, etc. Or une loi s'y oppose : donc cette loi diminue le libre exercice de mon droit de propriété ; et comme c'est pour l'utilité de votre fonds, il en résulte que le mien est grevé d'une servitude négative, comme si je m'étais soumis moi-même à n'y pas faire telle chose, par exemple, à n'y pas bâtir, ou à n'y pas bâtir au-delà de telle hauteur : toute la différence qu'il y a, c'est que la servitude, dans le premier cas, est établie par la loi, qui a consulté à cet égard l'intérêt général ; tandis que dans le second, elle est établie par la volonté des propriétaires, qui ont consulté leur intérêt particulier.

Voilà l'objection dans toute sa force, du moins nous le croyons.

Mais nous y répondons en disant, ainsi que nous l'avons fait précédemment sur un cas analogue (n° 326), que, précisément parce que la loi, en établissant ces prohibitions, a consulté l'intérêt général, il est plus vrai de dire qu'elle a plutôt entendu par là régler l'exer-

cice du droit de propriété, que grever les fonds de servitudes les uns envers les autres. Nous nions que le Droit naturel permette à un propriétaire de faire *tout* ce que bon lui semble sur son terrain, dès qu'il en peut résulter un préjudice pour le voisin. Comme chacun, dans ce système, pourrait en faire autant, le tort serait réciproque, et loin que le Droit naturel fût suivi, il serait blessé, puisqu'il n'est rien autre chose que l'équité, et que l'équité veut que les hommes, au lieu de se nuire les uns les autres, jouissent des biens pour la plus grande utilité de tous, dans la mesure suivant laquelle ils leur sont répartis. C'est véritablement la loi civile qui, par sa sagesse, est la loi naturelle dont on parle.

L'argument que M. Pardessus tire de l'article 665, pour prétendre que le propriétaire des arbres peut, après les avoir arrachés, en replanter d'autres dans les trente ans, en même nombre, de même espèce, et au même lieu, a beaucoup plus de force que la théorie que nous venons de combattre. Cependant nous croyons qu'on peut y répondre avec succès.

C'est un principe constant, que la prescription n'opère que relativement à la chose même dont on a joui, que cette chose soit intellectuelle ou matérielle, n'importe : de là cette règle si connue, *tantum præscriptum, quantum possessum*. Or, de quoi a joui le propriétaire des arbres ? qu'a-t-il possédé ? Il a joui de l'avantage d'avoir tels arbres placés en tels lieux, et voilà tout ; il n'a pas pour cela, comme on le prétend, acquis le droit d'avoir perpétuellement des arbres à la même

place, mais seulement celui de pouvoir conserver et maintenir les arbres dont il a joui, qu'il a possédés; et quand ces mêmes arbres viennent à être arrachés, l'on rentre dans le Droit commun par la perte de la chose qui faisait la matière de cette espèce de servitude temporaire. Car, autre chose est de souffrir l'existence d'un arbre qu'on pourrait faire arracher; autre chose est de consentir à une servitude perpétuelle. Un arbre, aujourd'hui, ne cause que peu d'incommodité, et procure même de l'agrément; tandis que la succession indéfinie d'arbres placés dans le même lieu peut devenir très-nuisible au voisin. Qu'on infère de son silence pendant trente ans un tacite consentement de sa part à ce que cet arbre subsiste, soit; mais on ne peut pas, avec la même raison, en inférer qu'il a entendu se soumettre à souffrir également un autre arbre, puis un autre, et ainsi de suite à perpétuité. Si la prescription a pour effet de punir la négligence de celui contre qui elle s'opère, il n'en est pas moins vrai aussi qu'elle a pour principal fondement son consentement réel ou présumé.

Au lieu que dans le cas prévu à l'article 665, il y a servitude perpétuelle au profit du bâtiment ou sur le bâtiment, et servitude établie par titre (art. 675), car il n'y a pas de prescription quand la jouissance est commune; cette servitude doit donc se continuer activement ou passivement après la reconstruction de l'édifice, parce que le nouveau mur et la nouvelle maison représentent les premiers: l'exercice de la servitude a seulement été suspendu pendant la démo-

lition. Aussi la loi ne dit-elle pas qu'elle *renait*, comme elle le dit dans l'article 704 pour le cas où les choses ayant été dans un état tel qu'on ne pouvait plus user du droit, elles sont ensuite rétablies de manière qu'on peut en user; elle dit, au contraire, que la servitude se *continue*, parce qu'en effet le nouvel édifice est censé représenter l'ancien. Il y a là une sorte d'identité qu'on ne peut voir dans deux arbres qui se succèdent à des temps plus ou moins éloignés: ici ce sont deux arbres véritablement distincts, encore qu'ils fussent de même espèce.

La question a été jugée dans notre sens par la cour royale de Paris¹; et il est même à remarquer que, dans l'espèce, les deux fonds avaient appartenu au même maître, et que les arbres existaient lors de l'aliénation qu'il fit successivement de ces héritages: d'où résultait la convention tacite que le nouveau propriétaire du fonds sur lequel ils se trouvaient lors de son acquisition aurait le droit de les y maintenir; mais les ayant abattus, la cour a décidé qu'il ne pouvait, sans le consentement du voisin, en replanter d'autres, quoique à la même place; qu'on était rentré, par l'abattage, dans le Droit commun. A plus forte raison, en doit-il être ainsi quand le propriétaire des arbres plantés à une moindre distance que celle voulue par la loi, ne peut invoquer, pour avoir le droit de les maintenir, que le secours de la prescription, puisqu'on ne peut pas supposer, avec la même vraisemblance, que le voisin s'est soumis à souffrir toujours des ar-

¹ Le 23 août 1825. Sirey, 1826, 2, 20.

bres plantés à cette distance. Il subit sans doute l'effet de sa négligence quant aux arbres existans, mais il peut dire à l'autre : *tantum præscriptum, quantum possessum*.

592. Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre ce dernier à couper ces branches ¹ (art 672); mais il ne peut les couper lui-même. On a dû craindre que, par malice ou inattention, il ne déshonorât l'arbre, et qu'il ne coupât les branches au-delà du point où elles devaient l'être.

Si ce sont les racines qui avancent chez lui, il peut les couper lui-même (*ibid.*). L'inconvénient que nous venons de signaler n'était point à craindre à l'égard des racines : le principe que chacun peut faire ce qu'il veut dans son fonds, y creuser, y faire des fouilles (art. 544-552), réclamait donc son application.

595. Malgré les justes motifs invoqués par l'administration forestière, la cour de Paris avait jugé, le 16 février 1824 ², que l'article 672 est applicable aussi aux arbres des forêts de l'État, dont les branches se projettent sur les fonds des particuliers. La cour s'est

¹ Dans le Droit romain, si l'arbre avançait sur une maison, il devait être arraché ou coupé au pied ; si c'était sur un champ, l'on devait couper toutes les branches qui s'étendaient sur ce champ, depuis le sol jusqu'à quinze pieds d'élévation. Mais celles qui étaient plus élevées étaient maintenues. L. 1. § 9, ff. *Arborib. cædend.*

Chez nous on ne distingue pas : quand l'arbre est à la distance prescrite, le voisin ne peut toujours demander que l'élagage au-dessus de son sol ; mais il le peut à quelque élévation du sol que soient les branches. Leur ombrage, en effet, ne cesse pas d'être nuisible, quoiqu'il le soit un peu moins.

² Voyez le *Journal du Palais*, tome II, 1824, page 243.

déterminée par la raison que cet article 672 ne fait aucune distinction entre les forêts de l'État et les autres arbres, et que l'article 636, qui soumet les bois et forêts en général à un régime particulier, ne s'applique qu'aux droits d'usage existant sur les bois et forêts. En vain l'on représenta à la cour que les arbres seraient déshonorés par l'élagage, et souvent exposés à périr; qu'ils contracteraient du moins des vices qui les rendraient impropres au service de la marine et aux autres constructions, objet qui intéresse si essentiellement le bien général; que de tous temps les forêts ont été soumises à une législation spéciale, et conséquemment qu'on ne peut leur appliquer le Code civil. Ces sages observations ne furent point écoutées; mais du moins cet arrêt a eu un heureux effet: il a averti l'autorité, parce que ce sont presque toujours les abus qui font naître les bonnes lois. Le nouveau Code forestier porte, en effet, par son article 150, que « les propriétaires riverains des bois et forêts ne
 « peuvent se prévaloir de l'article 672 du Code civil
 « pour l'élagage des lisières desdits bois et forêts, si
 « ces arbres de lisières ont plus de trente ans.

« Tout élagage qui serait exécuté sans l'autorisation des propriétaires des bois et forêts, donnera
 « lieu à l'application des peines portées par l'article
 « 196 dudit Code ¹. »

Et il importe de remarquer que ces dispositions ne

¹ Suivant lequel, « ceux qui, dans les bois et forêts, auront éhoupé, « écorcé ou mutilé des arbres, ou qui en auront coupé les principales « branches, seront punis comme s'ils les avaient abattus par le pied. »

sont pas seulement applicables aux bois de l'État, elles le sont à tous les bois et forêts en général; elles sont placées au titre X, intitulé : *Police et conservation des bois et forêts*, et sous la section première, dont la rubrique est : *Dispositions applicables à tous les bois et forêts en général*

594. Dans les cas régis par le Code civil, si le propriétaire des arbres, averti par le voisin, ne coupe pas les branches qui s'avancent sur le terrain de celui-ci, ce dernier peut lui faire sommation de les couper dans un délai déterminé, et, au refus par lui d'y obtempérer, l'assigner pour voir ordonner que cette obligation de *faire* sera exécutée par un autre, à ses dépens, conformément à l'article 1144; les frais faits resteront à la charge du propriétaire des arbres. Le voisin peut même l'assigner directement; l'action a été placée, par l'article 5 de la loi des 25 mai-6 juin 1838, dans les attributions du juge de paix, qui ne peut toutefois juger qu'à la charge de l'appel. Quelle que soit au reste la voie qu'il emploie, le coût de la sommation ou de la citation doit rester à la charge de l'autre voisin, quand bien même il couperait ensuite les branches dans le délai fixé, si le premier l'a prévenu, et en justifie en cas de contestation; attendu que ne pouvant lui-même couper les branches, c'est la faute de l'autre partie de ne les avoir point coupées, d'après l'avertissement qui lui en avait été donné, quoique verbalement, et d'avoir ainsi rendu nécessaire la sommation ou la citation. Le système contraire gênerait beaucoup l'exer-

cice du droit que la loi reconnaît au voisin, de forcer le maître des arbres à en couper les branches qui s'avancent sur son sol : on préférerait souvent en souffrir l'incommodité, plutôt que de supporter les frais d'une sommation ou d'une citation, parce que le propriétaire des arbres, par négligence ou obstination, ne les émonderait pas. C'est assez que, dans son seul intérêt, la loi ait modifié l'exercice du droit de propriété du voisin, en l'empêchant de couper lui-même les branches, de faire au-dessus de son sol ce que bon lui aurait semblé, sans que le fait de l'autre puisse lui nuire autrement. On est responsable du tort que l'on cause à autrui par sa faute ; or, la réparation, dans le cas dont il s'agit, consiste à affranchir le voisin du coût d'un acte qu'il a été obligé de faire. Mais si celui-ci n'a pas averti le maître des arbres avant de lui faire sommation ou assignation, nous pensons que les frais devraient rester à la charge de ce voisin, dans le cas où le propriétaire des arbres ferait de suite l'élagage ; car ce dernier a pu croire que le voisin tolérait l'avancement des branches par esprit de bon voisinage, puisqu'il ne s'en plaignait pas. Il faut, autant que possible, prévenir ces actes de surprise et d'animosité entre voisins. Le propriétaire des arbres ne devrait non plus, dans ce cas, aucuns dommages-intérêts, à raison du préjudice que le voisin prétendrait avoir souffert dans ses récoltes par l'ombrage des branches : le droit qu'avait celui-ci de les faire couper, doit faire naturellement présumer, tant qu'il a gardé le silence, qu'elles ne lui nuisaient pas.

Il ne pourrait donc invoquer la disposition générale de l'article 1382.

595. Le Code, qui a maintenu les anciens réglemens et usages locaux relativement à la distance à laisser dans la plantation des arbres, n'en a pas également prescrit l'observation par rapport aux branches qui s'étendent sur le fonds du voisin : le droit de forcer le propriétaire des arbres à couper ces branches a donc lieu aussi dans les pays où l'on suivait un usage contraire, encore que les branches fussent déjà très-anciennes lors de la publication du Code ¹. Ce n'est point pour cela lui donner un effet rétroactif, car la simple tolérance de la loi ancienne n'a pas attribué au propriétaire des arbres un droit irrévocable, s'étendant au-delà du temps où subsisterait encore cette même loi, mais bien seulement une faculté mesurée sur le temps pendant lequel elle exercerait son empire ²; et la prescription n'a pu être invoquée en raison d'une jouissance qu'elle autorisait, et que l'autre partie ne pouvait empêcher.

596. Mais en serait-il de même des branches qui régneraient depuis plus de trente ans sur le fonds du voisin, dans les pays où il n'existait point d'usage constant qui obligeât celui-ci à les souffrir ?

En serait-il de même aussi à l'égard des branches d'arbres plantés à une distance moindre que celle voulue par les réglemens ou usages locaux, arbres

¹ Arrêt de cassation du 31 décembre 1810. Sirey, 1811, 1, 81.

² Ce cas est, en effet, différent de ceux relatifs au *tour d'échelle*, au fossé, à la haie, et dont nous parlons sous les nos 316, 355, 374.

que le propriétaire a acquis, par la prescription, le droit de maintenir ?

Enfin, du cas où ces arbres doivent être maintenus par l'effet d'une convention expresse ou tacite dans le partage de deux fonds, ou dans l'aliénation de l'un d'eux par celui qui était propriétaire de l'un et de l'autre ?

597. D'abord, il est bien certain que le droit de forcer le propriétaire des arbres dont les branches avancent sur le terrain d'autrui, à couper ces branches, s'entend même du cas où ces arbres sont plantés à la distance prescrite ; car lorsqu'ils ne le sont pas, comme on peut contraindre le voisin à les arracher, du moins en général, il est clair que la loi n'aurait pas de sens, ou du moins qu'elle n'aurait qu'une application très-rare, si on ne l'entendait que des arbres plantés à une distance moindre. Or, le législateur statue sur les cas les plus fréquens, surtout quand il établit une règle, comme il l'a fait par l'article 672, où il dispose de la manière la plus générale et la plus absolue.

598. De même, dans le second cas, la question ne doit pas moins, selon nous, être décidée contre le propriétaire des arbres ; car l'effet du droit acquis de maintenir ceux qui sont à une moindre distance que celle prescrite, doit être assimilé à l'effet de la loi quand les arbres ont été plantés à la distance voulue par elle : dans l'un et l'autre cas, il y a droit de maintenir les arbres, il est vrai, mais il ne s'ensuit pas que le voisin soit tenu de souffrir que leurs branches s'étendent sur son terrain. Il n'en est pas des branches d'un ar-

bre comme de l'arbre lui même : la prescription ne peut pas faire acquérir le droit de les maintenir dans l'état où elles se trouvent actuellement, parce que leur accroissement successif ne permet pas, comme pour l'arbre, de déterminer positivement le moment où commence pour le voisin le droit de se plaindre, ce qui est un obstacle à la prescription. Quand il n'est question que de l'arbre planté à une distance insuffisante, le voisin peut facilement le voir et s'en plaindre ; tandis que lorsqu'il s'agit des branches, il lui est pour ainsi dire impossible de suivre de l'œil leur accroissement imperceptible, pour juger d'une manière précise s'il est dans le cas de réclamer ; en sorte qu'on ne pourrait qu'arbitrairement fixer le point de départ de la prescription. On conçoit, d'après cela, que la loi a dû être plus facile à admettre l'acquisition, par ce mode, du droit de maintenir l'arbre, que celle du droit de maintenir les branches.

599. Quant à la troisième question, nous donnons une solution différente, fondée sur la considération que les copartageans ou les contractans ont vraisemblablement entendu que les arbres resteraient dans l'état où ils se trouvaient au moment où l'un des héritages est sorti de la main de celui qui les possédait tous deux, et avec l'accroissement que les branches des arbres pourraient prendre par la suite ; car il n'est pas naturel de supposer que celui qui recevait un de ces fonds avec des arbres plantés à une distance plus ou moins rapprochée de l'autre, ait entendu qu'on pourrait ensuite le forcer à les mutiler et déshonorer

par l'élagage : c'est là une question d'interprétation de contrat, et cette interprétation doit être faite en sa faveur.

400. Il n'arrive pas toujours, même dans les cas ordinaires, que le voisin sur le fonds duquel s'étendent les branches des arbres de l'autre, force ce dernier à les couper ; mais alors que doit-on décider relativement aux fruits de ces branches ?

M. Pardessus (n° 196) dit que celui sur le terrain duquel elles s'étendent n'a pas le droit d'en cueillir les produits ; que cette faculté pourrait, à la vérité, être présumée l'effet d'un consentement du propriétaire de l'arbre, en indemnité de ce que le voisin n'aurait pas encore exigé qu'il fût élagué, ce qui le rendrait non recevable à réclamer le prix des fruits ainsi perçus, mais qu'elle ne formerait pas un titre permanent, qu'elle serait toujours révocable dans la suite. Les statuts locaux qui donnaient ce droit sont abolis, dit-il, par la loi du 30 ventôse an XII¹ : les fruits sont la propriété exclusive du maître de l'arbre, conformément à l'article 546 ; il a même le droit d'obtenir le passage sur son voisin pour venir les ramasser dans un bref délai, en payant, s'il y a lieu, une indemnité, parce que c'est là une obligation de bon voisinage.

Nous ne saurions partager le sentiment de M. Pardessus sur ce dernier point. Nous tombons d'accord avec lui, que les fruits des branches qui règnent sur

¹ Qui réunit en un Code toutes les lois dont se compose le Code civil, et qui abroge (art. 7) les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, dans les matières qui sont l'objet des lois composant le présent Code.

le terrain du voisin appartient au maître de l'arbre, et que le voisin n'a pas le droit de les cueillir sur l'arbre même, sauf à lui à forcer le propriétaire de l'arbre, à en couper les branches ; mais nous ne croyons pas, dans l'état actuel de la législation, que le maître de l'arbre ait le droit de venir sur la propriété du voisin pour y ramasser les fruits, même en payant l'indemnité, hypothèse dont parle M. Pardessus. Aucune disposition du Code ne lui attribue ce droit, et si les anciens usages qui donnaient les fruits au voisin sont abrogés, ceux qui conféraient au propriétaire de l'arbre le passage dont il s'agit, ne le sont pas moins. Ce serait une occasion de disputes et de rixes, que l'on avait sagement voulu prévenir dans plusieurs localités de notre ancienne France, en donnant au voisin le droit de prendre les fruits dont il est question : dans quelques autres ils se partageaient. Personne, en un mot, n'a le droit de venir dans mon fonds sans mon aveu ; nous rejetons même la distinction que fait à cet égard un autre auteur, entre le cas où ce fonds est clos et le cas contraire : dans aucun la loi actuelle ne donne ce droit de passage.

Sans doute s'il y est venu, il n'aura pas commis un vol en ramassant ces fruits, puisque ce ne sera pas ma chose qu'il aura prise ; mais je puis m'opposer à ce qu'il entre chez moi, et l'actionner avec succès s'il y est entré mon fonds étant préparé et ensemencé, quand même il ne serait pas clos, et le faire condamner aux peines de police portées par les articles 473-13°, et 475-9° du Code pénal ; sans préjudice encore

des dommages-intérêts. Je dois même, dans les autres cas, et s'il y est entré malgré ma défense, pouvoir obtenir aussi des dommages-intérêts pour violation de mon droit de propriété.

Et quant aux fruits eux-mêmes, une fois tombés, le voisin peut les prendre comme chose trouvée sur son fonds, comme chose présumée abandonnée en indemnité du tort que lui cause l'ombrage des branches. En ce sens, nous rentrons parfaitement dans la première partie de l'opinion de M. Pardessus. De plus, il ne serait tenu à aucune restitution, quand même le propriétaire de l'arbre lui aurait défendu de les ramasser, et en cela nous différons encore du sentiment de ce jurisconsulte. Que ce propriétaire les cueille comme il pourra, ou s'il ne le peut et ne veut pas que le voisin en profite, qu'il coupe ses branches, et tout rentrera dans l'ordre accoutumé.

Le Droit romain, nous ne l'ignorons pas, était contraire à nos décisions sur l'un et l'autre points. D'après la loi 9, § 1, ff. *ad exhibend.*, le propriétaire d'un chêne ou d'un autre arbre à fruit, dont le gland ou le fruit était tombé sur le fonds du voisin, et que celui-ci avait fait disparaître par dol, en se l'appropriant, avait contre lui l'action dite *ad exhibendum*, afin qu'il le produisît ou payât les dommages-intérêts. Il l'avait également si le gland était encore sur le champ, dont le maître ne voulait pas lui permettre l'entrée pour aller l'y ramasser, de même que si sa matière avait été transportée par une cause quelconque sur ce champ et qu'on lui en eût refusé l'entrée.

Enfin, la loi lui donnait également, dans ce cas, l'interdit *de glande legendâ*, pour qu'il pût, dans les trois jours, ramasser le gland, à la charge de garantir le propriétaire du champ de tout dommage. Mais tout cela était conforme aux autres principes de la matière, qui sont loin d'être les mêmes chez nous.

En effet, à Rome, le voisin était obligé de souffrir les branches qui étaient à quinze pieds au-dessus de son sol, quand d'ailleurs l'arbre était planté à la distance prescrite¹ : d'où il suivait que le propriétaire de l'arbre avait à cet égard, sur le fonds voisin, une sorte de servitude légale, qui lui donnait le droit de forcer le maître de ce fonds, ou à représenter les fruits, ou à souffrir qu'il allât les y ramasser. Chez nous, au contraire, le propriétaire d'un arbre n'a pas, malgré le voisin, le droit d'en laisser les branches s'avancer sur le terrain de celui-ci, à quelque hauteur qu'elles soient élevées, quand bien même les arbres seraient plantés à la distance voulue par la loi, ou, dans le cas contraire, quoiqu'il se fût écoulé plus de trente ans depuis leur plantation ; en sorte qu'il n'y a pas de servitude légale à cet égard, conséquemment il n'y avait point à en régler le mode d'exercice comme à Rome. Nous sommes donc toujours dans les termes du Droit commun : or, le Droit commun défend à qui que ce soit d'entrer dans mon fonds sans mon aveu ; tous statuts et usages contraires sont abrogés par la loi du 30 ventôse an XII, puisqu'ils n'ont point été

¹ L. 1, § 9, ff. de *Arborib. cœdend.*

conservés par le Code, et que le Code régit la matière sur laquelle s'élève la question.

§ VI.

De la distance à observer & des travaux intermédiaires requis dans certaines constructions.

SOMMAIRE.

401. *Texte de l'article 674.*

402. *Diverses dispositions de la Coutume de Paris relativement aux travaux à faire pour la construction de certains ouvrages.*

402 bis. *Aujourd'hui ce sont, de Droit commun, les juges de paix qui connaissent des actions auxquelles peut donner lieu l'application de l'article 674 du Code civil.*

401. « Celui, dit l'article 674, qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen¹ ou non ;

« Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau ;

« Y adosser un étable ;

« Ou établir contre ce mur un magasin de sel, ou amas de matières corrosives,

« Est obligé de laisser la distance prescrite par les réglemens et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes réglemens et usages, pour éviter de nuire au voisin. »

402. Les articles 188 et suivans de la Coutume de Paris contenaient à cet égard plusieurs dispositions qu'on peut encore regarder comme réglementaires, du moins dans les lieux où cette Coutume étendait son

¹ Voyez *suprà*, n° 329 et suivans.

empire. Ils ont été fort bien expliqués par Desgodets, dans son ouvrage ayant pour titre : *Lois des bâtimens*, et par Goupy, dans ses notes sur l'ouvrage de Desgodets. Et bien que, à l'exception du dernier, ces articles ne s'occupassent que du cas où le mur était mitoyen, néanmoins, le Code civil portant aussi la même règle à l'égard de celui qui ne l'est pas, on ne devrait pas moins suivre les dispositions de cette Coutume pour l'un comme pour l'autre cas.

Ces articles étaient ainsi conçus :

Art. 188. « Qui fait étable contre un mur mitoyen, il doit faire contre-mur de huit pouces d'épaisseur, de hauteur jusqu'au rez de a mangeoire. »

Art. 189. « Qui veut faire cheminées et âtres contre le mur mitoyen, doit faire contre-mur de tuilots, ou autre chose suffisante, de demi-pied d'épaisseur. »

Art. 190. « Qui veut faire forge, four ou fourneau contre le mur mitoyen, doit laisser demi-pied de vide et intervalle entre deux, du mur, du four ou forge; et doit être ledit mur d'un pied d'épaisseur. »

Art. 191. « Qui veut faire aisances de privés, ou puits contre un mur mitoyen, il doit faire contre-mur d'un pied d'épaisseur. Et où il y a de chacun côté, puits d'un côté et aisances de l'autre, suffit qu'il y ait 4 pieds de maçonnerie d'épaisseur entre deux, comprenant les épaisseurs des murs d'une part et d'autre. Mais entre deux puits suffisent 3 pieds pour le moins. »

Art. 192. « Celui qui a place, jardin ou autre lieu vide, qui joint immédiatement au mur d'autrui, ou à mur mitoyen, et y veut faire labourer et fumer, il est tenu de faire contre-mur de demi-pied d'épaisseur, et s'il y a terres jectisses ¹, il est tenu de faire contre-mur d'un pied d'épaisseur. »

L'article 674 du Code ne parle pas expressément de ce cas, mais on peut le regarder comme compris dans ces termes : *ou établir contre ce mur.... amas de matières corrosives* ; car les terres et le fumier, jetés successivement par le labourage contre le mur, le dégraderaient par leur humidité.

402 bis. L'article 6 de la loi des 25 mai - 6 juin 1838, sur les justices de paix, déjà citée plusieurs fois, a placé, dans les attributions des juges de paix, la connaissance des actions relatives aux constructions et travaux énoncés dans l'article 674 du Code civil, lorsque la propriété et la mitoyenneté du mur ne sont pas contestées. Mais le juge de paix ne juge alors qu'à la charge de l'appel.

Et c'est celui du lieu de la situation du mur qui est compétent, et non celui du domicile du défendeur, à moins que sa juridiction n'eût été prorogée, d'un commun accord des parties, conformément à l'article 7 du Code de procédure.

¹ C'est-à-dire qui ont plus d'élévation, et qui sont par cela même sujettes à se *jeter* contre le mur.

§ VII.

Des vues sur la propriété du voisin sans une constitution de servitude.

SOMMAIRE.

403. *Il y a deux principales sortes de vues.*
404. *Il n'en peut être pratiqué d'aucune espèce dans un mur mitoyen, sans le consentement du copropriétaire.*
405. *On peut avoir des jours à fer maillé et verre dormant dans un mur joignant même l'héritage du voisin.*
406. *Il y a toutefois, quant au droit pour le voisin d'acquérir la mitoyenneté, et de faire ensuite boucher les jours, une importante différence entre le cas où le mur le joint immédiatement, et le cas contraire.*
407. *On ne peut, sans une concession de servitude, avoir des fenêtres d'aspect sur l'héritage du voisin à moins de 6 pieds de distance de la ligne séparative.*
408. *Comment se calcule la distance.*
409. *Si celui qui pratique des jours libres à une distance moindre, élevait aussi un mur en face qui l'empêcherait de voir chez le voisin, ce dernier ne pourrait se plaindre des jours.*
410. *Quid si c'était un mur plein appartenant au voisin, qui empêcherait que les vues pratiquées à une distance moindre pussent s'exercer sur son fonds ?*
411. *Quid aussi du cas où, par l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur de séparation qui appartenait à celui qui a pratiqué les vues, ces mêmes vues ne se trouveraient plus à 6 pieds de la ligne séparative ?*
412. *Quid enfin quand l'espace qui sépare les deux fonds est un chemin public ayant moins de 6 pieds de largeur ?*
413. *A quelle distance du fonds du voisin l'on peut avoir des vues obliques, et comment elle se calcule.*

405. Il existe deux principales sortes de vues : les jours libres ou à fenêtres ouvrantes, et les jours à verre dormant.

Les jours libres eux-mêmes sont de deux espèces :

les vues droites ou fenêtres d'aspect, qui s'exercent par des ouvertures faites dans un mur parallèle à la ligne séparative des deux héritages, et les vues de côté ou obliques, c'est-à-dire, lorsque l'héritage du voisin fait angle droit, ou à peu près, avec le mur dans lequel sont pratiqués les fenêtres ou jours.

404. On a dit précédemment¹ que, d'après l'article 675, l'un des copropriétaires d'un mur mitoyen ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans ce mur aucune fenêtre ou ouverture en quelque manière que ce soit, même à verre dormant, et que, après l'acquisition de la mitoyenneté par le voisin, celui-ci pouvait même forcer l'autre voisin à boucher les jours de cette sorte qu'il avait établis dans le mur avant la cession de la mitoyenneté, encore que ces jours eussent plus de trente ans d'existence.

405. Mais le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant même immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant.

Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer dont les mailles auront un décimètre (environ 3 pouces 8 lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant (art. 676), c'est-à-dire qui ne s'ouvre pas.

Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à 26 décimètres (8 pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est le rez-de-chaussée, et à 19 décimètres (6 pieds) au-dessus du plancher, pour les étages supérieurs. (Art. 677.)

¹ N° 335, et autres.

Au moyen de ces précautions, il n'est pas à craindre que le propriétaire du bâtiment puisse voir ce qui se passe chez le voisin. Il n'a réellement pas vue sur le fonds de celui-ci, *sed tantum à cælo lumen accipit*.

S'il s'agit d'éclairer un escalier établi contre le mur, on peut donner à la base de la fenêtre la direction ascendante de l'escalier, en observant la hauteur prescrite ; mais si cette base est parfaitement horizontale, elle n'en doit pas moins être également à cette hauteur dans sa partie correspondante avec le point le plus élevé de l'escalier.

406. En thèse générale, lorsque le mur parallèle à la ligne séparative des deux fonds en est à moins de 6 pieds de distance, on ne peut, sans le consentement du voisin, avoir d'autres vues que celles dont il vient d'être parlé.

Il y a toutefois une importante différence entre le cas où le mur joint immédiatement le terrain du voisin, et celui où il ne le joint pas ¹.

Dans le premier cas, le voisin peut, nonobstant l'existence des jours à fer maillé et verre dormant qui s'y trouvent, et n'importe le temps depuis lequel ils existeraient, acquérir la mitoyenneté et les faire boucher, suivant les dispositions des articles 661 et 675, combinés.

Au lieu que, dans le second cas, il n'a pas cette faculté, parce qu'elle n'est accordée qu'à celui qui joint immédiatement le mur.

Il ne l'aurait pas non plus, selon nous, quand bien

¹ Voyez *suprà*, nos 324, 325.

même il joindrait le mur, s'il existait dans ce mur des fenêtres ouvrantes depuis le temps nécessaire à l'acquisition du droit de les maintenir par le moyen de la prescription. Dans ce cas, il y aurait servitude de vue acquise, comme si c'était par titre ou par l'effet de la destination du père de famille. On peut se reporter à ce que nous avons dit à cet égard, *suprà*, n° 326.

407. Quant aux vues libres ou fenêtres ouvrantes, la loi a considéré qu'elles ne pourraient souvent s'exercer sur l'héritage d'un tiers sans dommage, ou au moins sans incommodité pour lui. En conséquence, elle a modifié en ce point l'exercice du droit de propriété dans la main de celui qui voudrait pratiquer ces vues, mais sans que pour cela, dans notre opinion, elle lui ait imposé une servitude : son héritage n'en est pas moins *libre* ¹.

Suivant l'article 678 « on ne peut avoir des vues
« droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres
« semblables saillies, sur l'héritage clos ou non clos
« de son voisin, s'il n'y a 19 décimètres (6 pieds) de
« distance entre le mur où on les pratique et ledit
« héritage. »

408. Cette distance se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, jusqu'à la ligne séparative ; et s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'au point de séparation des deux fonds. (Art. 680.)

Les balcons ou autres *semblables* saillies sont des moyens propres à faciliter la jouissance des vues, et

¹ Voyez *suprà*, n° 146, 326 et 391.

ce n'est que sous ce rapport qu'il en est question dans les articles ci-dessus, comme le démontre la rubrique de la section sous laquelle ils sont placés : *Des vues sur la propriété du voisin*. D'où il suit, 1° que d'autres saillies, tels que des corbeaux, une corniche, l'avancement d'un toit, etc., ne sont pas soumises à ces dispositions : il suffit qu'elles n'avancent pas sur le terrain du voisin; 2° lors même qu'il y aurait des fenêtres d'aspect dans le mur où seraient ces saillies, la distance ne devrait pas se calculer depuis leur ligne extérieure, mais bien à partir du parement du mur, ou de la ligne extérieure des balcons ou autres *semblables* saillies pratiquées pour faciliter la jouissance de la vue et la rendre plus agréable.

Quand les deux héritages sont séparés par un mur, une haie ou un fossé, si ce mur, cette haie ou ce fossé appartient exclusivement au propriétaire du mur dans lequel sont pratiquées les vues, ou au voisin, son existence est indifférente, sauf ce qui va être dit n° 411. La distance se calcule toujours à partir du parement extérieur du mur où sont les vues, ou des balcons, s'il y en a, jusqu'au point où commence la propriété du voisin de ce côté. Mais si le mur, la haie ou le fossé est mitoyen, elle se calcule à partir du point-milieu de ce mur, de cette haie ou de ce fossé, dans leur épaisseur ou largeur.

409. La disposition qui interdit à l'un des voisins d'avoir des fenêtres d'aspect à moins de 6 pieds de distance de l'héritage de l'autre, sans le consentement de celui-ci, a lieu quelque part que soit situé cet hé-

ritage, et qu'il soit déclos ou clos, n'importe; et elle n'admet aucune exception résultant des circonstances¹. Mais cependant, pour qu'elle soit applicable, faut-il du moins que les vues soient sur l'héritage du voisin. Or, si celui qui les pratique construit aussi chez lui un autre mur assez élevé pour empêcher qu'il ne voie de ses fenêtres dans cet héritage, alors il n'y a pas nécessité pour lui d'observer la distance de 6 pieds entre ledit héritage et le mur où elles sont pratiquées; car alors les vues sont sur le mur intermédiaire, et non sur le fonds du voisin. Mais s'il abaissait ensuite ce mur, de manière à pouvoir exercer la vue sur ce fonds, le principe reprendrait son empire, quand bien même le premier état de chose aurait subsisté pendant plus de trente ans: la prescription ne commencerait à courir que du jour du changement.

440. M. Pardessus² le décide ainsi, d'après Desgodets³, dans le cas même où le mur qui fait la séparation des deux fonds, et qui est plus élevé que les vues, appartiendrait au voisin, « parce que, dit-il, la « hauteur du mur empêcherait de voir sur l'héritage de « celui-ci. Cette restriction n'a pas besoin d'être dans « le texte de la loi; elle dérive du principe que nul « ne peut réclamer l'exercice d'une servitude⁴ s'il n'y

¹ Arrêt de la cour de cassation, du 5 décembre 1014. Sirey, 1815, 1, 49.

² N° 204 de son traité.

³ Sur l'art. 202 de la Coutume de Paris, n° 10.

⁴ On a vu que nous ne sommes pas d'accord avec M. Pardessus sur la réalité de la servitude au profit du voisin; mais ici la différence d'opinion ne porte pas sur le fond de la chose: nous pensons comme lui que le défaut d'intérêt rend ce voisin non recevable à se plaindre tant que son mur existera en cet état: *Malitiis non est indulgendum*.

« a intérêt ; mais dans le cas où le voisin abaisserait
 « son mur, ces vues devraient être supprimées. Nous
 « ne pensons même pas que la prescription servît à
 « les acquérir ; cependant le plus sûr serait de l'in-
 « terrompre. » Comme l'empêchement d'agir était
 de droit, faute d'intérêt, la prescription n'a pu courir
 contre le voisin, tant qu'il n'avait pas acquis cet inté-
 rêt en abaissant son mur.

411. Le propriétaire joignant un mur a la faculté
 de le rendre mitoyen (art. 661) ; s'il le faisait à l'é-
 gard du mur intermédiaire dont il vient d'être parlé,
 il serait possible alors que la distance ne fût plus de
 19 décimètres à partir du point-milieu de ce mur.
 M. Pardessus aussi prévoit cette difficulté, et il la
 résout en disant que celui qui vend la mitoyenneté
 du mur doit faire constater l'existence antérieure de
 ses vues, et si le voisin n'y consent pas, ne point
 vendre sans cette mention, que les tribunaux ne pour-
 raient refuser : l'équité en fait une loi ; que si même
 la mitoyenneté était vendue sans réserve expresse, le
 seul fait que l'existence des vues était antérieure à la
 convention qui aurait rendu mitoyen le mur parallèle,
 serait un titre suffisant. Nous partageons ce sentiment ;
 l'obligation de céder la mitoyenneté est en partie fon-
 dée sur le principe que l'on ne doit pas se refuser à
 être utile à autrui quand on le peut sans en éprouver
 soi-même de préjudice : or, dans l'espèce, le proprié-
 taire du bâtiment en éprouverait un très-grave, si la
 cession de la mitoyenneté de son mur intermédiaire
 avait pour résultat de le forcer à fermer ses jours,

qu'il avait pratiqués sur la foi de la loi et en observant son prescrit. Si nous décidons le contraire, avec la cour de cassation, quand il ne s'agit que de simples jours à fer maillé et verre dormant¹, c'est parce que ces jours n'étant établis qu'en vertu d'une tolérance de la loi, on doit s'attendre, en les pratiquant, à se voir obligé à les boucher dans la suite, quand le voisin voudra acquérir la mitoyenneté. Ils ne doivent point être, en effet, un obstacle à cette acquisition; autrement rien ne serait plus aisé que d'éluder le vœu de la loi à cet égard. Au surplus, si la maison pour laquelle avaient été pratiqués les jours libres dont il s'agit, venait à être détruite, on rentrerait dans le Droit commun².

412. Il s'élève encore sur ce point une difficulté grave quand l'espace intermédiaire est un terrain public, un chemin ou une rue qui a moins de 6 pieds de largeur : dans ce cas, la distance ordinaire doit-elle être observée? Au premier coup-d'œil il semble que l'affirmative ne saurait être douteuse, attendu que l'article 678 décide, sans distinction, qu'il doit y avoir au moins 19 décimètres de distance entre le mur dans lequel on pratique les vues et l'héritage du voisin; car si, lorsque cette distance est moindre, on ne peut avoir ces vues quoiqu'on soit propriétaire du terrain intermédiaire, par la même raison il en doit être ainsi lorsque l'on n'a sur ce terrain que l'usage

¹ Voyez *suprà*, n° 325.

² C'est aussi l'opinion de M. Delvincourt, qui décide le premier cas comme nous.

qui appartient à tous les citoyens. La vue, dans ce cas, ne s'exercerait pas moins, en effet, sur le fonds du voisin, comme la loi suppose qu'elle s'exercerait dans le premier cas : les inconvéniens seraient les mêmes. Ces motifs avaient déterminé M. Pardessus, dans les deux premières éditions de son ouvrage ¹, à décider que, dans ce cas aussi, la distance doit se calculer à partir de la limite du fonds de l'autre voisin, et, nous l'avouons, la lettre de la loi militait en faveur de cette opinion.

Mais il dit que, n'ayant point été partagée par MM. Toullier et Delvincourt, il a cru devoir se ranger à leur avis, attendu que les rues et voies publiques, quelle qu'en soit la largeur, sont offertes à l'usage de tous les citoyens ; que non-seulement on peut, mais on doit y avoir des fenêtres ; autrement l'aspect des villes ferait horreur, et l'on serait sans cesse entre des murs qui ne présenteraient qu'un aspect hideux, et des habitations qui seraient autant de prisons ². Celui, ajoute-t-il, qui ouvre sur la rue un passage public, ne peut d'ailleurs être réputé ouvrir que sur ce qui est public, et, à vrai dire, ce n'est plus l'héritage situé au-delà de cette rue ou passage qu'on peut appeler l'héritage voisin ³.

¹ Voyez le n° 204 de la 5^e édition. Cependant, relativement à la plantation des arbres, ce jurisconsulte décidait, et décide encore, que, lorsque les deux fonds sont séparés par un ruisseau, la distance doit se calculer, non pas du milieu du lit jusqu'au point où sont plantés les arbres, mais de ce point jusqu'à l'autre rive, quoiqu'il convienne d'ailleurs que le lit du cours d'eau appartient aux riverains par une sorte de mitoyenneté. Voy. *suprà*, n°s 208 et 387; note.

² Cochin, tome III, page 205.

³ Bourjon, liv. IV, tit. I, *des Servitudes*, part. 2, chap. 12, sect. 2, n° 9.

Nous nous rangeons à ce sentiment, comme plus conforme à l'esprit de la loi que le premier.¹

415. Quant aux vues de côté ou obliques², on ne peut, d'après l'article 679, en avoir sur l'héritage d'autrui, et s'il n'y a 6 décimètres (2 pieds environ) de distance.

Dans ce cas, la distance ne se calcule pas, comme le dit inexactement l'article 680, à partir du *parement extérieur du mur* où l'ouverture se fait, jusqu'à la ligne séparative des deux fonds, puisque ce mur joignant ordinairement, par l'une de ses extrémités, le fonds voisin, on ne pourrait par cela même y pratiquer aucune fenêtre ouvrante, même à 40 pieds de ce fonds, ce qui serait absurde : elle se calcule à partir du jambage ou montant de la fenêtre, du côté dudit fonds, jusqu'à cet héritage.

Mais s'il y a balcon ou autre semblable saillie sur laquelle on puisse se placer, la distance doit se calculer comme pour les vues droites ou fenêtres d'aspect, si l'héritage du voisin s'étend au-delà du mur dans lequel sont les jours, en continuant de former angle droit, ou à peu près, avec ce mur³. Dans le cas contraire, la distance se calcule comme s'il n'y avait ni balcon ni autre semblable saillie.

— Desgodets et les autres commentateurs de l'art. 202 de la Coutume de Paris.

¹ Mais pour la plantation des arbres, aucune circonstance ne peut motiver l'infraction de la distance prescrite. V. *supra*, n^o 386 et suivants.

² C'est-à-dire quand le mur dans lequel on les pratique fait angle droit avec le fonds voisin, ou à peu près.

³ Desgodets le décidait ainsi.

§ VIII.

De l'égout des toits.

SOMMAIRE.

414. *De quelle manière on doit construire des toits quand on n'a pas la servitude d'égout sur le terrain du voisin.*
415. *Suite.*

414. Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique. Il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin (art. 681), sans une concession de servitude, de l'espèce de celle qu'on appelle dans le langage du Droit, *stillicidii recipiendi*, et dont nous parlerons au chapitre suivant, en traitant des servitudes établies par le fait de l'homme.

415. De ce principe, il résulte que si la maison, ou le bâtiment quelconque, joint immédiatement le terrain d'autrui, le toit ne doit faire aucune saillie pour y déverser les eaux. Il y en a une autre raison, c'est que ce serait s'attribuer sur le voisin la servitude *projiciendi*. Il faut donc entourer le toit d'un tuyau ou conduit qui ramasse les eaux de manière que l'égout soit sur notre terrain ou sur la voie publique; et encore ce conduit ne doit pas tomber à plomb sur le sol du voisin, car la propriété du sol emportant indéfiniment celle du dessus comme celle du dessous (art. 552), ce voisin serait en droit de demander la suppression du conduit.

§ IX.

Du droit d'exiger un passage sur le fonds d'autrui dans un certain cas.

SOMMAIRE.

416. *Texte de l'article 682, relatif au droit d'exiger un passage.*
 417. *Pour pouvoir réclamer un passage, il faut qu'il y ait nécessité.*
 418. *La loi n'accorde pas le droit d'exiger la cession d'un fossé ou d'un canal pour la conduite des eaux d'un fonds à un autre.*
 419. *Le motif tiré d'une abréviation du trajet à parcourir pour aller d'un fonds à tel chemin, ne suffit pas pour pouvoir forcer le voisin à céder un passage.*
 420. *Quand c'est par son fait que celui dont le fonds se trouve enclavé n'a pas d'issue sur la voie publique, il ne peut réclamer de passage que sur les fonds de ceux avec lesquels il a traité : distinctions à faire relativement à l'indemnité qui pourrait leur être due.*
 421. *Suite.*
 422. *Quand c'est par force majeure que le fonds se trouve sans issue, le passage peut être exigé même par des héritages clos, même par une cour.*
 423. *Régulièrement, le passage doit être pris du côté où le trajet à la voie publique serait le plus court, et par l'endroit où il serait le moins dommageable.*
 424. *Suite.*
 425. *Dans certains cas, la règle que le passage doit être pris du côté où le trajet à la voie publique serait le plus court, peut même fléchir dans l'intérêt de celui qui le réclame.*
 426. *La loi n'oblige point à céder la propriété du terrain, mais seulement un droit de passage.*
 427. *Comment se règle l'indemnité.*
 428. *Sa base, en thèse générale, est, non l'avantage que peut procurer le passage à celui qui le réclame, mais le préjudice qu'en doit éprouver celui qui l'accorde.*
 429. *L'action pour l'obtenir est prescriptible, et le passage n'en doit pas moins être continué.*

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 449

430. *Mais ce serait à celui qui l'exerce, à prouver que le passage était nécessaire à l'époque où, suivant lui, la prescription de l'indemnité a commencé son cours.*
431. *Une fois que le passage est accordé, il y a servitude établie par le fait de l'homme : auparavant, il n'y avait que la servitude légale de pouvoir se le faire céder.*
432. *S'il n'y a de cédé que le droit de passage, et non le terrain sur lequel il s'exerce, le cessionnaire ne peut le faire servir à un autre usage.*
433. *Le cédant peut s'en servir et faire toute espèce d'actes qui ne nuiraient pas à l'exercice du droit du cessionnaire.*
434. *Le passage doit être ouvert et libre, comme s'il avait été volontairement concédé.*
435. *La cession ne peut être révoquée, quand même la nécessité qui l'avait motivée serait venue à cesser.*
436. *Le droit de passage peut s'éteindre par le non-usage pendant le temps déterminé par la loi.*
437. *Il ne faut pas confondre le passage dont il s'agit, avec les chemins qui servent à l'exploitation d'une suite d'héritages.*
438. *Du chemin appelé tour d'échelle : renvoi.*

446. On a vu précédemment ¹ que, pour des motifs d'intérêt public, le propriétaire d'un fonds joignant immédiatement le mur d'autrui peut s'en faire céder la mitoyenneté, à la charge de payer la valeur de la partie cédée ; l'article 682, fondé sur des motifs semblables, apporte aussi une modification au droit de propriété, en autorisant le maître d'un fonds qui n'a point d'issue sur la voie publique, à se faire céder, moyennant indemnité, un passage sur le fonds du voisin ². L'intérêt général veut qu'un fonds ne reste pas

¹ N° 321 et suivans.

² Ce cas n'est pas le seul dans la législation : les lois sur les mines, sur les canaux et sur le dessèchement des marais, veulent aussi que les propriétaires voisins cèdent, moyennant indemnité, le passage nécessaire à l'exploitation et aux travaux.

inculte ; car, entre autres inconvénients qui en résulteraient, les impôts auxquels sont assujetties les propriétés territoriales ne pourraient, avec justice, être perçus sur un héritage qui ne donnerait aucun produit, faute d'un passage pour le cultiver ¹.

« Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, qui n'a aucune issue sur la voie publique, porte l'article précité, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner. »

447. Ainsi, il faut que le fonds pour lequel on réclame un passage soit enclavé, qu'il n'ait aucune issue sur la voie publique, comme lorsque, par l'effet d'un changement ou redressement de chemin ou de rue, un fonds a perdu l'issue qu'il avait sur ce chemin ou sur cette rue ², et autres cas de force majeure. La loi n'accorde, en effet, la faculté dont il s'agit qu'autant qu'il y a nécessité. En cas de contestation sur ce point, les tribunaux doivent d'abord ordonner un rapport d'experts, ou, s'ils le jugent plus convenable, ordonner une descente sur les lieux pour le constater.

448. La loi n'accorde que la faculté d'exiger un passage pour l'exploitation du fonds, et non celle d'en

¹ La faculté de se faire céder un passage n'existait, dans le Droit romain, qu'en faveur de ceux qui avaient des sépulcres dans des fonds et qui n'avaient point de chemin pour y parvenir. L. 12, ff. *de Religios. et sumpt. funer.* ; ce qui arrivait quand on vendait les fonds sans se réserver un passage ; car les sépulcres eux-mêmes étaient inaliénables. Voyez aussi la L. 5, ff. *de Sepulcro violato*.

Les docteurs ont étendu, par motif d'équité et d'intérêt général, le principe à tous les fonds enclavés et sans issue sur la voie publique.

² Voyez toutefois ce qui a été dit *suprà*, n° 293-298.

exiger un pour y conduire les eaux d'un autre héritage, de quelque utilité qu'elles puissent être ¹.

419. Du principe qu'il faut qu'il y ait nécessité, il suit que le motif tiré d'une abréviation du trajet à parcourir pour aller de tel chemin à tel fonds par le moyen d'un nouveau chemin, serait tout-à-fait insuffisant. Ce pourrait être la matière d'une servitude conventionnelle, mais ce ne serait point le cas de la servitude légale dont il est ici question.

420. De même si, en partageant un fonds commun, qui d'ailleurs a issue sur un chemin public par un de ses côtés, les copartageans, par négligence ou à dessein, s'arrangeaient de manière à ne laisser aucun passage pour l'exploitation des parts de quelques-uns d'entre eux, les voisins ne seraient point obligés d'en fournir un à ceux aux lots desquels seraient échues ces parts, quand bien même, par la disposition des lieux, le trajet par leurs fonds à tel autre chemin public serait plus court que ne le serait l'ancien trajet au premier chemin par les portions échues aux autres copartageans. La loi ne prête pas son appui à l'insouciance ou à la collusion, mais à la nécessité; c'est cette nécessité seule qui a pu déterminer la modification qu'elle a apportée en ce point au droit de propriété.

Nous ne saurions donc adopter la décision de M. Pardessus, quand il dit, n° 213 de son traité :
« Il semblerait juste que celui qui se trouve ainsi
« avoir besoin du passage s'adressât de préférence,

¹ Voyez *suprà*, n° 237 et suiv.

« soit à ses copartageans, si le terrain enclavé lui
 « provenait d'un partage, soit à son donateur, soit
 « aux héritiers de celui qui le lui aurait donné ou
 « légué ; car il n'est pas douteux, suivant les prin-
 « cipes consacrés par l'article 1018 du Code, que la
 « transmission d'un fonds à l'un de ces titres n'en-
 « traîne l'obligation d'assurer un passage pour y par-
 « venir.

« Mais le défaut de vigilance dans la rédaction des
 « actes, ou le laps de temps, peut l'avoir rendu (le
 « propriétaire du fonds enclavé) non recevable contre
 « ses garans¹ ; son imprudence serait punie trop sé-
 « vèrement, si elle avait pour résultat de frapper sa
 « propriété d'une éternelle inutilité : l'intérêt public
 « en souffrirait. *A quelque titre donc qu'un héritage soit*
 « *parvenu à celui qui a besoin d'un passage pour l'ex-*
 « *ploiter, il peut s'adresser à celui des voisins qui, comme*
 « *nous venons de le dire, est le plus à portée de le*
 « *fournir.* »

Nous ne le pensons pas : l'équité et la loi s'opposent à une telle conséquence. Sans doute, comme, dans notre espèce, les parts privées de passage ne peuvent rester sans culture, il leur en faut un ; mais au lieu de pouvoir forcer, ainsi que le dit M. Pardessus, les voisins à le céder, ce passage devrait être fourni sur les

¹ Pour que le laps de temps l'ait rendu non recevable à réclamer le passage de ses garans, il faut supposer que, pendant tout ce temps, il a laissé son héritage inculte, puisqu'il n'avait d'autre issue, on le suppose, que par les fonds possédés par eux, et que ce n'est que maintenant qu'il réclame le passage. Or, ce cas sera bien rare. C'est la première supposition, le défaut de vigilance dans la rédaction des actes, qui est la plus vraisemblable ; et elle l'est moins encore peut-être que la connivence des parties.

autres portions du fonds maintenant divisé ; et quant à l'indemnité, il faut distinguer :

Ou il a été dit dans l'acte de partage que ces portions n'auraient aucun passage sur celles qui sont le plus rapprochées du chemin, ou il n'a rien été dit à ce sujet.

Dans la première hypothèse, les propriétaires de ces portions n'en auront pas moins le droit d'en réclamer un, mais ils en devront le prix, ainsi qu'il est dit à l'article 682. Ceux sur les portions desquels ils le réclameraient ne pourraient, pour se refuser à l'accorder, invoquer la clause de l'acte ; car, puisqu'il est indispensable, ce serait ainsi faire retomber sur un voisin, une charge qu'eux seuls devaient supporter. Mais la clause a du moins cet effet, que le passage doit leur être payé, vu que le partage a eu lieu sous la condition qu'ils ne le devraient pas, parce que, peut-être, les autres copartageans comptaient s'entendre à cet égard avec un voisin. Et s'ils avaient d'autres fonds qui joindraient leurs portions dans l'héritage partagé, et qui aboutiraient à la voie publique, ils ne seraient point en droit de réclamer un passage sur les parts échues à leurs ci-devant copropriétaires.

Dans la seconde hypothèse, deux cas peuvent se présenter : ou il existait sur le fonds divisé, lors du partage, un chemin intérieur, aboutissant au chemin public, et qui servait à l'exploitation de toutes les parties du fonds, comme la *charrière* d'une vigne ; ou il n'y en avait pas, par exemple, parce que c'était un pré. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, le pas-

sage ne doit pas moins être fourni sans indemnité. En effet, dans le premier, le silence des copartageans équivaut à une convention de servitude de passage au profit des portions les plus éloignées de la voie publique sur le chemin régnant sur celles qui en sont plus rapprochées, par argument irrécusable de l'article 694, suivant lequel, quand le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe *apparent* de servitude, dispose de l'un d'eux, 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. Or, il en doit être de même en pareille circonstance, quand il s'agit du partage d'un même fonds. ¹ Dans le second cas, il y a également tacite convention entre les copartageans que ce passage sera fourni, sans indemnité, sur les portions qui avoisinent la voie publique, puisque, d'une part, sans ce passage, les autres portions ne pouvaient être exploitées, et, d'autre part, qu'aucun prix n'a été stipulé à ce sujet.

421. Tout ce qui vient d'être dit au sujet du partage d'un fonds, s'appliquerait à l'aliénation de partie de ce fonds par celui qui en était propriétaire en totalité,

¹ On peut aussi invoquer à l'appui de cette décision la loi 23, § 3, ff. *de Servit. præd. rustic.* D'après cette loi, lorsque le fonds auquel est due une servitude vient à être divisé, chacun des copartageans conserve son droit à la servitude; et pour l'exercer, ceux dont les parts n'aboutissent point à l'héritage assujéti, ont le droit, par l'effet du partage, de passer par le lieu qui a été assigné à son exercice sur les autres portions, ou de passer dans un autre endroit, si ceux à qui elles sont échues y consentent. Donc, par une raison au moins égale, le passage nécessaire à l'exploitation des portions qui n'aboutissent pas à la voie publique, est tacitement réservé sur celles qui en sont voisines.

sauf peut-être que, dans le cas où il n'existerait pas de chemin *marqué* dans l'intérieur de l'héritage, le vendeur, qui a conservé la partie qui ne joint pas la voie publique, sans se réserver un passage sur celle qu'il a aliénée, ne pourrait en exiger un de l'acheteur qu'à la charge d'en payer le prix, conformément à l'article 682 ; parce que tout vendeur doit expliquer clairement ce qu'il vend, ce à quoi il s'oblige, et que tout pacte obscur s'interprète contre lui (art. 1602). Au lieu que lorsqu'il y a un signe *apparent* de servitude, un chemin marqué, le doute sur l'intention des parties n'existe plus. Mais à l'égard d'un donateur ou de l'héritier d'un testateur, le doute, s'il existait, s'interpréterait en leur faveur.

422. Au reste, dans le cas où un fonds se trouve enclavé par l'effet d'une force majeure, et non par la volonté de celui qui en est propriétaire, ou de son auteur, le droit d'obtenir un passage ne serait point paralysé par la circonstance que l'héritage du voisin qui, d'après la disposition des lieux, doit le fournir, serait clos de haies ou même de murs, que ce serait un jardin ou même une cour. Mais, d'autre part, ce droit ne peut être exercé arbitrairement.

425. Ainsi, *régulièrement*, le passage doit être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique. (Art. 683.)

Mais ce mot *régulièrement*, employé par le Code, indique clairement que cela n'est vrai qu'en thèse générale, et par conséquent que le principe est susceptible des modifications réclamées par l'équité. La

loi n'a pas voulu, en effet, imposer à un propriétaire l'obligation de dénaturer son fonds pour l'utilité de celui d'un autre, quand il y aurait d'ailleurs pour ce dernier, quoique avec un peu moins de commodité peut-être, le moyen d'obtenir une issue par un autre héritage qui aurait à en éprouver un dommage moins considérable. Il suit de là que si le passage peut être fourni sur les fonds de divers propriétaires, par différens endroits, il doit l'être de préférence par ceux dont les héritages en éprouveraient le moins de préjudice, quand bien même le trajet en serait un peu plus long que par les fonds des autres, et que le réclamant voudrait l'obtenir sur ces derniers. Tel serait le cas où le passage serait réclamé par un enclos, par une cour, ou mieux encore par l'allée d'une maison, quand il pourrait l'être par un terrain ouvert ou moins précieux, quoique le trajet à la voie publique en fût un peu plus long, fût moins en ligne droite. Les tribunaux ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire : dans l'impossibilité d'établir des règles positives sur ce point, la loi s'en repose sur leur sagesse.

424. C'est par l'effet du même principe d'équité qu'elle décide que, bien que le passage doive régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique, il doit néanmoins être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. (Art. 684.)

425. Le principe pourrait même, dans certains cas, mais plus rares, recevoir aussi quelque modification

en faveur de celui qui réclame le passage ; par exemple, si, comme l'observe M. Pardessus, n° 219 de son traité, l'usage du plus court trajet l'obligeait à des dépenses considérables, telles que celles qu'exigeraient la construction d'un pont, ou autres semblables, il pourrait le réclamer par l'endroit où il deviendrait moins coûteux pour lui, et même s'adresser à un autre voisin dont le terrain offrirait un trajet plus long, mais plus commode.

426. Au surplus, la loi n'oblige point à céder la propriété du terrain sur lequel s'exerce le passage, mais seulement le *passage* : elle n'a pu raisonnablement vouloir agrandir la propriété de l'un en diminuant celle de l'autre ; elle a seulement voulu fournir le moyen d'exploiter celle du premier : or, pour cela, le passage suffit. C'est une servitude qu'elle constitue, et voilà tout. Nous allons bientôt déduire les conséquences de ce principe.

427. Quant à l'indemnité, elle se règle à l'amiable, ou, si les parties, ne s'accordent pas, elle se règle judiciairement, au moyen d'une expertise, comme dans le cas où la mitoyenneté d'un mur est réclamée. Tout ce que nous avons dit sur ce cas, au n° 328, est applicable à l'indemnité due pour le passage. Mais la loi des 25 mai 6-juin 1838, *sur les justices de paix*, n'a point placé dans les attributions des juges de paix, l'action pour obtenir le passage dans le cas de l'article 682 du Code civil, ainsi qu'elle l'a fait pour l'action en bornage, pour celle relative à la plantation des arbres et des haies, et à leur élagage, et enfin

pour celles relatives aux constructions et travaux énoncés à l'article 674 du Code, lorsque, dans tous ces cas, la propriété ou la mitoyenneté ne sont pas contestées. On reste donc dans les termes du Droit commun.

428. La base de l'indemnité n'est pas seulement la valeur du terrain sur lequel s'exercera le passage ; c'est aussi le préjudice réel que le propriétaire du fonds en éprouvera (art. 682). Mais l'avantage qu'en peut retirer celui qui le réclame ne doit être que d'une faible considération dans la fixation de l'indemnité, quoiqu'il puisse néanmoins y entrer pour quelque chose, s'il est extraordinaire.

429. L'action pour l'obtenir est prescriptible, comme toute autre action en indemnité : elle l'est par trente ans. (Art. 685-2262.)

Et quoiqu'elle ne soit plus recevable par l'effet de la prescription, le passage n'en doit pas moins être continué. (Même art. 685.)

Il n'y a pas lieu de dire que le passage n'a pu s'acquérir sans que l'indemnité ait été payée ; que l'indemnité et le passage sont choses corrélatives, et que puisque le passage est une servitude discontinuée (art. 688), c'est-à-dire, d'après le Code, une servitude non susceptible de s'acquérir par prescription (art. 691), il n'y a que le paiement de l'indemnité qui ait pu l'attribuer au propriétaire du fonds enclavé ; car on répondrait que c'est la loi, fondée sur la nécessité, qui l'attribue elle-même. A la vérité, elle veut que ce soit moyennant indemnité ; mais cette indemnité n'est

pas la cause du passage : sa cause, c'est l'utilité publique ; et son titre constitutif, c'est la loi ; ce qui rend inapplicable la disposition de l'article 691, puisqu'il ne s'agit point d'acquisition de servitude par le moyen de la prescription, mais bien seulement d'une indemnité. Or, cette indemnité n'est qu'une créance, prescriptible, d'après cela, comme toute autre action ayant pour objet une somme ¹. Un acquéreur prescrit contre l'action du contrat de vente relative au prix, et cependant il n'en conserve pas moins l'objet acheté, par la raison toute simple qu'il l'a reçu et possédé *pro suo* ; de même, le propriétaire du fonds enclavé a aussi reçu et exercé le passage à titre non précaire, puisqu'on ne pouvait le lui refuser. En admettant qu'il n'y ait jamais eu de convention à ce sujet entre les parties, il n'en serait pas moins vrai de dire que la constitution de ce passage a existé : elle a existé par l'effet de la loi ; la loi en est le titre constitutif. Des-lors, il n'y a plus lieu qu'à s'occuper du prix ; et ce prix, comme celui d'une vente, d'un louage, d'une servitude même établie par convention intervenue entre voisins, se prescrit par trente ans à partir du moment où il est devenu exigible, et il l'est devenu du jour où le passage a été exercé ².

¹ Arrêt de cassation cité *suprà*, n° 189, note.

² M. Pardessus enseigne qu'il n'est pas indispensable que l'indemnité soit payée avant l'exercice du passage, que les tribunaux peuvent accorder un délai à celui qui le réclame, attendu que dès que le droit à l'indemnité peut se prescrire, et que le passage n'en doit pas moins être continué, c'est une preuve qu'il peut commencer avant que l'indemnité soit payée. Sans doute, il le peut, mais si celui qui le fournit y consent ou néglige de réclamer de suite le paiement de ce qui lui est dû ; que s'il exige son

450. Tout consiste donc à savoir si ce passage était ou non nécessaire, si c'était ou non le cas de l'article 682. Si celui qui en use prouve qu'il était nécessaire quand il a commencé à l'exercer, et si depuis il s'est écoulé trente ans, non-seulement le passage devra être continué, mais encore l'action en indemnité n'est plus recevable, sans préjudice des suspensions et interruptions de prescription telles que de droit. S'il n'était pas nécessaire, et qu'il ne le soit pas devenu depuis, il ne s'agit plus alors d'action en indemnité, mais d'une simple servitude de passage née du fait de l'homme, et régie, quant à son établissement et ses effets, par les règles du chapitre III du présent titre, notamment par les articles 688 et 691 précités. Enfin, si le passage n'était point nécessaire lorsqu'on a commencé à l'exercer, mais que des changemens dans la disposition des lieux l'aient rendu indispensable, il se continuera également ; et quant à l'action en indemnité, on devra distinguer les époques : si celui qui se sert du passage prouve qu'il y a au moins trente ans qu'il lui est devenu nécessaire, l'action est prescrite, quoiqu'il n'y ait eu aucun règlement touchant l'indemnité ; s'il ne fait pas cette preuve, l'action subsiste encore, du moins dans les cas régis par le Code, et la

paiement de suite, il doit lui être fait. Les principes ne permettraient pas qu'il fût traité plus défavorablement que s'il était forcé de céder sa propriété à l'État ; or, en pareil cas, l'indemnité devrait lui être préalablement payée (art. 545). D'un autre côté, il serait contre les règles qu'un particulier, bien qu'il se fonde également sur l'intérêt public pour obtenir le passage dont il s'agit, jouit, quant au paiement de l'indemnité, d'un terme de faveur que, en thèse générale, l'État lui-même ne pourrait invoquer.

prescription quant à l'indemnité, la seule chose dont nous nous occupons ici, aura commencé son cours à compter du jour où le passage est devenu nécessaire.

Ainsi, comme on le voit, nous faisons reposer sur celui qui se sert du passage l'obligation de prouver qu'il est affranchi de l'indemnité par une jouissance de plus de trente ans depuis que le passage *lui est devenu nécessaire*, en d'autres termes, qu'il est dans le cas prévu par la loi. Mais si, dans le lieu de la situation des fonds, les servitudes de passage pouvaient, avant le Code, s'acquérir par prescription, ainsi que le suppose l'article 691, la possession antérieure à la publication du Code se joindrait à celle qui a eu lieu depuis les changemens qui ont rendu le passage nécessaire, et, de la sorte, l'action en indemnité pourrait se trouver prescrite.

451. Une fois que le passage est accordé, la servitude existe. Auparavant il n'y avait qu'une simple obligation de voisinage de céder le passage, et que le Code a rangée parmi les servitudes légales; maintenant il y a servitude régulière et ordinaire, d'où nous tirons les conséquences suivantes.

452. 1^o Si celui qui a fait la cession n'a cédé que le passage, et non le terrain sur lequel il est établi, parce qu'en effet il n'était point obligé de le céder (n^o 436), le cessionnaire n'étant point propriétaire de ce terrain, il ne le peut faire servir à un autre usage que celui pour lequel il lui a été concédé (art. 702). Il ne peut y bâtir, ni avoir des jours d'aspect à moins de six pieds de distance dudit terrain, puisque, en-

core une fois, ce terrain est le terrain d'autrui, et que l'article 678 consacre cette prohibition de la manière la plus absolue. Il ne peut non plus y creuser un canal pour conduire, par ce moyen, l'eau à son fonds, ni céder lui-même, sans le consentement de celui qui lui a fait la cession, un droit de passage à un tiers par le même endroit. Enfin, il ne peut faire que ce que pourrait faire celui qui a stipulé une servitude de passage : il n'y a de différence entre cette charge et celle qui serait établie par convention, qu'en ce que l'une a sa cause dans la volonté du propriétaire de l'héritage assujetti, tandis que l'autre tire son origine de la loi ; mais leurs effets sont les mêmes, du moins suivant nous.

455. 2° Celui qui a fait la cession dans les termes de la loi, c'est-à-dire du passage seulement, et non du terrain sur lequel il est pratiqué, peut s'en servir pour l'exploitation de son fonds, à la charge de contribuer aux frais d'entretien du chemin. Il peut avoir sur ce terrain des jours d'aspect à moins de six pieds de distance, joignant même ledit terrain ; en établir de nouveaux, comme maintenir ceux qui existaient déjà à l'époque de la cession. En un mot, ses obligations sont écrites dans l'article 701, qui défend au débiteur de toute servitude de rien faire qui puisse en diminuer ou gêner l'usage, mais ses droits sont dans son titre de propriétaire, qui l'autorise à faire tout ce qui ne serait point contraire à la servitude. Or, les actes dont il vient d'être question ne sont point de nature, du moins dans la plupart des cas, à nuire à son exercice. Il

pourrait même, si l'assignation primitive du passage était devenue trop onéreuse pour lui, ou si elle l'empêchait de faire des réparations avantageuses, offrir au voisin un autre endroit aussi commode pour l'exploitation de son fonds, et celui-ci ne pourrait le refuser. L'article 701 précité, qui le décide ainsi en matière de servitude établie par la libre volonté du propriétaire, doit, par une raison au moins égale, et qu'il serait superflu de développer, s'appliquer aussi au cas d'une servitude forcée.

454. 3° Toutefois, quoique cette charge n'ait pas été volontairement consentie, le propriétaire sur le fonds duquel elle est établie n'a pas le droit, comme quelques auteurs l'ont prétendu¹, de fermer le passage au moyen d'une porte ou d'une barrière, en offrant au maître du fonds enclavé une clef pour passer. Le passage doit être libre. Mais il doit l'être aussi pour le concédant; en sorte que le cessionnaire ne pourrait non plus le fermer, même en offrant au premier une clef; le tout, sauf les stipulations contraires qui auraient pu avoir lieu dans l'acte de cession.

455. 4° La circonstance que la nécessité qui a fait accorder le passage viendrait à cesser, soit par l'établissement d'un chemin, soit par la réunion du fonds précédemment enclavé à un héritage communiquant

¹ Notamment Voët, *ad PANDECTAS*, tit. *de Servit. præd. rust.* n° 4, qui cite Grotius et Leeuwen comme étant de ce sentiment. Ces auteurs disent même que, à la différence de celui qui a fait une concession libre, le cédant qui n'en a fait qu'une forcée peut dégrader le chemin : *qualis via ex necessitate ac precario indulgenda, à cæteris in eo distat, quod non claudi tantum per dominum prædii servientis, sed et scindendo vel effodiendo corrumpi possit*; ce qu'on ne saurait admettre.

à la voie publique, n'autoriserait pas le propriétaire qui a fait la cession à en demander la révocation, en offrant de restituer l'indemnité, quoiqu'il eût intérêt à cette révocation. M. Pardessus pense que ce point est laissé à la sagesse des tribunaux, et que c'est d'ailleurs la conséquence de l'article 701. Mais cette conséquence ne se montre nullement à nos yeux. Cet article autorise bien, comme nous venons de le dire, les tribunaux à ordonner, dans certains cas, que la servitude sera exercée dorénavant par une autre partie du fonds que celle par où elle s'exerçait d'abord; mais il ne les autorise pas à prononcer la suppression de la servitude elle-même, ce qui serait bien différent. Qu'importe qu'il s'agisse ici d'une servitude établie par la loi : l'origine de sa constitution est fort indifférent en ce qui touche la question. Or, comme les tribunaux ne sauraient, sans excéder les bornes de leur pouvoir, prononcer la suppression d'une servitude conventionnelle, de même ils ne peuvent ordonner la cessation d'une servitude créée par la loi, qui l'a établie purement et simplement, et non sous une condition résolutoire, ou avec charge de révocation.

456. 5° Enfin, nous ne saurions non plus nous ranger au sentiment du même auteur lorsqu'il dit que, si le propriétaire du fonds originellement enclavé l'a laissé inculte pendant trente ans, sans passer sur l'héritage qui a fourni le passage, en reprenant la culture de son champ, ce propriétaire reprendra le droit de passer tel qu'il l'avait quand il a laissé

son héritage en friche, attendu qu'il usait de la faculté qu'on a de cultiver ou de ne pas cultiver sa propriété, et que les actes de pure faculté ne peuvent être le fondement d'aucune prescription.

Qui ne voit, en effet, que, dans ce système, l'extinction des servitudes par le moyen de la prescription ne serait qu'un vain mot? Car on pourrait toujours dire que, si l'on n'a pas usé de la servitude, l'on n'a fait en cela qu'un acte de pure faculté; que si l'on pouvait, par exemple, exploiter son fonds par tel chemin par lequel s'exerçait une servitude de passage, rien n'empêchait cependant de l'exploiter par un autre chemin exempt de servitude; que, dans le choix que l'on a fait, l'on a simplement usé d'une pure faculté; en sorte que la prescription n'aurait non plus jamais lieu dans ce cas, et autres semblables. Mais précisément ce serait aller contre la disposition formelle des articles 706 et 707, qui portent, le premier, que les servitudes s'éteignent par le non-usage pendant trente ans; le second, que 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* (comme dans l'espèce), ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues. Et ces articles ne distinguent pas, et ne devaient pas en effet distinguer si l'on a ou non joui du fonds même auquel la servitude était due. Incontestablement, si le propriétaire de ce fonds venait à disparaître, et que personne ne cultivât sa propriété à sa place, n'exerçât pour lui la servi-

tude, il ne serait pas écouté à venir dire, après trente ans, qu'en laissant son fonds inculte, et en n'exerçant pas la servitude qui lui était due, il n'a fait qu'un acte de pure faculté : on lui répondrait qu'il fait une fausse application de la règle, *les actes de pure faculté ne fondent aucune prescription*. Cette règle ne s'applique point à un droit constitué et que l'on a négligé de conserver, comme dans le cas dont il s'agit, où la servitude commandée par la loi, et constatée ensuite par un acte, avait les mêmes effets que si elle avait été le résultat de la volonté libre et spontanée des deux parties. Il en serait autrement, sans doute, si un fonds avait été privé d'issue pendant plus de trente ans, et si celui à qui un passage serait demandé alléguait que le droit de l'obtenir est prescrit : alors la règle ci-dessus serait réellement applicable, parce que c'était, en effet, une pure faculté pour le maître de l'héritage enclavé, d'user ou de ne pas user du bénéfice de la loi. Mais une fois le droit exercé, ce droit est sujet à s'éteindre, comme tout autre, par le moyen de la prescription ; sauf, bien entendu, à celui qui l'a perdu, à en exercer un nouveau si son héritage se trouve encore sans issue sur la voie publique, mais alors à la charge de payer l'indemnité corrélative.

457. Au reste, il ne faut pas confondre le passage dont il vient d'être parlé avec les chemins qui servent à l'exploitation d'une suite de fonds de même culture ou de cultures diverses, appartenant à différens propriétaires. Ces chemins, qui aboutissent à la voie publique ou communale, font ordinairement partie des

chemins communaux ou vicinaux, comme dépendance de ces mêmes chemins. Mais quelquefois aussi ils ont une destination plus restreinte que ces derniers : ils sont uniquement consacrés à l'exploitation d'un certain nombre d'héritages, sans être un point de communication entre des bourgs, villages ou hameaux, et alors on les appelle communément *chemins de desserte*. Ils forment une servitude commune entre les divers propriétaires de ces héritages, servitude dont l'établissement est le résultat, la plupart du temps, de la destination du père de famille, ou de concessions formelles, ou enfin de la prescription. Ceux dont l'origine est ancienne ne pourraient être contestés aujourd'hui par les propriétaires des fonds sur lesquels ils règnent, sur le seul fondement que les droits de passage sont des servitudes discontinues (art. 688) qui ne s'établissent plus par la prescription (art. 691), ou du moins qu'il y a lieu à indemnité, si l'on ne prouve pas, ou que la prescription de la servitude était acquise avant le Code, ou que l'indemnité est prescrite, parce que le passage était absolument nécessaire à l'époque où la prescription de cette indemnité a commencé son cours. Car tout porte à croire que de tels chemins ont été établis par l'assentiment exprès ou tacite des divers propriétaires : ces chemins participent des chemins vicinaux par l'utilité dont ils sont à une collection d'individus. Ce ne sont pas, à proprement parler, des *voies privées ordinaires* ; ce qui rend dès-lors inapplicables les principes généraux.

458. Quant au chemin appelé *tour d'échelle*, nous

en avons suffisamment expliqué la nature et les effets en parlant du mur mitoyen, nos 315-316, auxquels nous renvoyons pour éviter d'inutiles répétitions.

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

SOMMAIRE.

439. *Division de la matière des servitudes établies par le fait de l'homme.*

459. Les servitudes établies par le fait de l'homme, et dont nous allons développer les caractères et les effets, sont les servitudes véritables, celles qui sont établies par la loi n'étant, comme nous l'avons dit, que des obligations de voisinage, qui n'empêchent pas les fonds d'être libres.

Pour traiter cette matière avec le plus de clarté possible, nous verrons, dans une première section, la nature, les caractères et les effets généraux des servitudes proprement dites.

Dans une seconde, les diverses divisions que l'on peut faire des servitudes ;

Dans une troisième, les principales servitudes dont peuvent être grevés les héritages ;

Dans une quatrième, par qui elles peuvent être imposées, et par qui elles peuvent être acquises ;

Dans une cinquième, de quelles manières elles peuvent être établies ;

Dans une sixième, le droit du maître du fonds dominant, et les obligations du propriétaire du fonds assujéti ;

Dans une septième, les diverses actions auxquelles peuvent donner lieu les servitudes ;

Enfin, dans une huitième et dernière, on traitera des manières dont elles s'éteignent.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA NATURE, DES CARACTÈRES, ET DES EFFETS GÉNÉRAUX DES SERVITUDES
PROPREMENT DITES.

SOMMAIRE.

440. *En général, on peut établir toute espèce de servitude sur les fonds.*
441. *Principes généraux sur la nature, les caractères et les effets des servitudes proprement dites.*

§ 1^{er}.

Pour qu'il y ait servitude prédiale, il faut deux héritages.

442. *Toute servitude est établie pour l'usage des bâtimens ou des fonds de terre.*
443. *On peut cependant convenir d'une servitude pour l'utilité d'un bâtiment qui n'existe pas encore, et vice versa.*
444. *La convention que le propriétaire du fonds B, quel qu'il soit et sera, sera tenu, à perpétuité, de venir moudre au moulin A, moyennant une certaine rétribution, ne constitue point une servitude.*
445. *Quid de la convention qui accorderait au propriétaire du fonds B la faculté de moudre au moulin A le blé dont il pourrait avoir besoin pour l'exploitation de son fonds ?*
446. *Espèce traitée dans la L. 81, § 1, ff. de Contrahenda emptione, dont la décision dépendrait chez nous des termes de l'acte.*
447. *Opinion divergente des auteurs sur le sens de la L. 8, ff. de Servitutibus; renvoi.*
448. *Il n'y a pas non plus servitude dans la stipulation que je fais d'un passage par votre terrain pour abréger le trajet de la maison que j'occupe à bail à telle place publique.*

470 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPR.

449. *Ni dans la stipulation que le propriétaire du fonds A pourra chasser sur le fonds B : renvoi.*
450. *Ni dans la convention que le propriétaire du fonds B et ses successeurs dans ledit fonds, seront tenus d'aller faire les moissons dans le fonds A.*

§ II.

Pour qu'il y ait servitude, les héritages doivent appartenir à des maîtres différens.

451. *Personne n'a de droit de servitude sur sa chose.*
452. *Conséquence lorsque le propriétaire de deux fonds entre lesquels il existe un signe de servitude apparente, dispose de l'un d'eux.*
453. *Autre conséquence quand les deux fonds dont l'un doit une servitude à l'autre, viennent à être réunis dans la même main.*

§ III.

En général, il faut que les fonds soient contigus.

454. *Cette contiguïté s'entend plus ou moins strictement, selon les diverses espèces de servitudes.*
455. *Application de la règle au cas de la servitude *altiùs non tollendi* ;*
456. *A celle de passage.*
457. *Suite.*
458. *La perpétuité de la cause de la servitude, qui était de l'essence des servitudes dans le Droit romain, n'est que de leur nature dans le nôtre*
459. *Exemples applicables à l'une et à l'autre législation.*
460. *Suite.*
461. *Les jurisconsultes romains ne faisaient pas dériver la perpétuité de la cause des servitudes, de la circonstance que le fait actuel de l'homme n'aurait pas été nécessaire pour leur exercice, ou que l'usage de la servitude eût été sans intermittence : ils la tiraient principalement de la disposition des lieux.*

§ IV.

La servitude consiste, de la part du propriétaire du fonds assujetti, à souffrir ou à ne pas faire quelque chose.

462. *C'est au propriétaire du fonds dominant à faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude.*
463. *Le principe reçoit exception à l'égard d'une espèce de servitude, et, dans les autres, quand il y a disposition contraire dans le titre constitutif, sauf au propriétaire assujetti à abandonner le fonds.*
464. *Suite, et renvoi.*
465. *Quels sont les effets de la clause qui met les travaux à la charge du propriétaire assujetti : renvoi.*

§ V.

Le droit de servitude est indivisible.

406. *Conséquence de ce principe dans le Droit romain quand l'un ou plusieurs des copropriétaires d'un fonds stipulaient une servitude pour ce fonds.*
467. *On déciderait autrement dans notre Droit.*
468. *Quid, dans l'un et l'autre Droit, du cas où l'un des copropriétaires promet une servitude ?*
469. *Le Code ne s'explique pas positivement sur le caractère d'indivisibilité que nous attribuons d'une manière générale aux servitudes.*
470. *Ce caractère résulte néanmoins clairement des dispositions des articles 709 et 710.*
471. *Application du principe, quant à la prescription, au cas où l'un des deux fonds vient à être divisé.*
472. *Le principe de l'indivisibilité des servitudes n'est point contredit par la division dont est susceptible le mode d'exercice d'une prise d'eau.*
473. *Les actions qui naissent des servitudes sont indivisibles.*
474. *Conséquence, en ce qui touche l'indivisibilité, de ce qu'aussi en matière de servitude le droit réel résulte aujourd'hui du seul consentement,*

§ VI.

Les servitudes sont des droits réels.

475. *Les servitudes sont, métaphoriquement parlant, des qualités actives et passives des héritages.*

476. *Conséquence de ce que les servitudes sont des droits réels.*

§ VII.

Les servitudes n'établissent aucune prééminence de l'un des héritages sur l'autre.

477. *On a voulu par là écarter toute idée de féodalité.*

478. *Application du principe.*

479. *Suite.*

§ VIII.

Les servitudes peuvent être établies sous certains modes.

480. *On peut établir une servitude pour commencer ou finir à une certaine époque, ou sous condition, suspensive ou résolutoire.*

481. *On peut aussi en restreindre l'usage à une personne déterminée, et pour finir avec la vie de cette personne.*

482. *L'usage des servitudes peut être alternatif.*

483. *On peut aussi déterminer d'autres manières le mode d'exercice des servitudes.*

440. Le principe général en matière de servitudes dérivant de la volonté de l'homme, c'est qu'il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces servitudes n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue, et à défaut de titre, par les règles expliquées à ce chapitre du Code. (Art. 686.)

441. De ces principes généraux, et de quelques autres qui seront successivement développés, on peut déduire les axiomes suivans :

1^o Pour qu'il y ait servitude prédiale, servitude dans les principes du Code, il doit y avoir deux héritages ;

2^o Les héritages doivent appartenir à des maîtres différens ;

3^o En général il faut que les fonds soient contigus ;

4^o La servitude consiste, de la part du propriétaire de l'héritage assujetti, à souffrir ou à ne pas faire ;

5^o Le droit de servitude est invisible ;

6^o Les servitudes sont des droits réels ;

7^o La servitude n'établit aucune prééminence en faveur de l'un des héritages sur l'autre ;

8^o Les servitudes peuvent être établies sous certains modes.

Chacun de ces axiomes sera expliqué avec ses conséquences dans les huit paragraphes suivans.

§ 1^{er}.

Pour qu'il y ait servitude prédiale, il faut deux héritages.

442. De la définition donnée par l'article 637, il résulte qu'il doit y avoir deux héritages pour qu'il y

ait servitude prédiiale : l'un devant la servitude, l'autre à qui elle soit due ¹.

Toute servitude, en effet, est établie pour l'usage des bâtimens ou pour celui des fonds de terre. (Art. 687.)

445. Toutefois, il n'est pas de rigueur que la maison, par exemple, pour l'utilité de laquelle je stipule un droit de servitude, *putà* un droit de vue, existe déjà : je puis très-bien stipuler la servitude pour une maison que je me propose de bâtir, *insulæ futuræ*. En sens inverse, je puis convenir avec vous que le mur de la maison que vous vous proposez de construire supportera ma galerie, etc. ²

Dans les deux cas, la servitude est établie sous cette tacite condition : si la maison, la galerie, etc., vient à être construite ; or, comme on le verra plus loin, la servitude peut être convenue sous condition.

444. Comme il faut que la servitude soit imposée à un fonds pour l'utilité d'un autre fonds, il s'ensuit que si le propriétaire du moulin A stipulait que le propriétaire du fonds B, quel qu'il soit et sera, sera tenu, à perpétuité, de venir moudre audit moulin, à la charge d'une certaine prestation, cette convention ne constituerait pas une servitude : ce serait là tout au plus une simple obligation personnelle, de l'exécution de laquelle le propriétaire du fonds B pourrait être tenu, ainsi que ses héritiers, détenteurs du fonds, à peine de dommages-intérêts, mais une convention

¹ L. 1, § 1, ff. *Comm. præd. tam urb. quàm rustic.*

² L. 23, § 1, ff. *de Servit. præd. urban.*

qui n'obligerait point les tiers acquéreurs. Le moulin, en effet, n'en devrait retirer aucune utilité comme fonds; ce ne serait point là une charge imposée à un héritage pour l'utilité directe d'un autre héritage, mais seulement une convention pour obtenir des bénéfices au moyen du moulin : un contrat de louage, si les obligations étaient réciproques, ou, dans le cas contraire, une espèce de contrat particulier, et non une servitude.

445. Si c'était le propriétaire du fonds B qui eût stipulé du maître du moulin A qu'il lui serait loisible d'y moudre le blé dont il aurait besoin pour l'exploitation de son fonds, il y aurait, non pas servitude proprement dite, mais une espèce d'usage irrégulier, de la nature de ceux dont nous avons parlé précédemment, n° 34, d'après les lois 5 et 6 ff. *de Servit. præd. rustic.*; et cet usage serait un droit réel, comme s'il y avait servitude proprement dite. Mais comme ce ne serait que le moulin, et non son propriétaire, qui serait obligé, celui-ci ne serait pas tenu de moudre lui-même le blé nécessaire au fonds B; il serait simplement tenu de souffrir que le propriétaire de ce fonds usât du moulin. Et s'il y avait aussi la clause que le maître du moulin fournirait également son travail pour l'opération, il serait bien, ainsi que ses héritiers, tenu de son obligation personnelle; mais quant aux tiers détenteurs, c'est une question plus susceptible de doute, et que nous examinerons ultérieurement en principe.

446. La loi 81, § 1, ff. *de Contrah. empt.*, nous offre

l'exemple d'un cas où il n'y a, suivant cette loi, ni servitude, ni même aucun droit réel quelconque, quoique la convention paraisse cependant imposer une charge à un fonds en faveur d'un autre fonds. Dans l'espèce, Lucius Titius, propriétaire d'un champ, avait promis une certaine quantité de boisseaux de froment de ce champ pour les héritages de Caius Seïus ; ensuite il a vendu ce fonds avec cette clause : *quo jure quaque conditione ea prædia Lucii Titii sunt, ita veniunt, itaque habebuntur*. On a demandé si Caius Seïus pourrait actionner l'acquéreur de l'héritage pour la délivrance du grain qui lui a été promis pour ses fonds ; et le jurisconsulte Scœvola résout la question négativement.

Assurément il ne peut le faire ainsi que parce que le fonds n'était grevé d'aucune servitude, même personnelle, par l'effet de la convention intervenue entre Titius et Seïus ; car s'il y avait eu un droit de servitude quelconque, l'acquéreur eût été obligé d'en souffrir l'exercice. En effet, s'il y avait eu un droit d'usage, même irrégulier, ce droit eût pu s'exercer contre tout détenteur de l'objet sur lequel il aurait résidé, comme dans le cas régi par la L. 6, ff. *de Servit. præd. rust.* que nous avons analysée précédemment ; mais il n'y a eu que la simple convention d'une prestation personnelle, avec indication du fonds où serait prise annuellement la quantité de grains promise. Ce qui indique clairement que ce n'était qu'une prestation personnelle, ce sont ces mots de la loi : *Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua*

PRÆSTARI *prædiis Cui Seii*. Ainsi, c'était Titius qui devait livrer le grain ; tandis qu'il est de la nature des servitudes, même personnelles, comme l'usufruit et l'usage, que le propriétaire du fonds assujetti soit seulement tenu de souffrir l'exercice du droit, sans être obligé de rien faire. Il est aussi dans la nature de ces servitudes que celui à qui elles sont dues puisse prendre lui-même les fruits ¹ ; au lieu que, dans l'espèce, on devait livrer le grain à Seius : celui-ci n'avait pas le droit de le prendre. Enfin, la circonstance que la quantité en était fixée, a pu, jointe aux autres, porter le jurisconsulte à ne voir dans la convention qu'une simple prestation personnelle, et non une servitude quelconque, c'est-à-dire pas même un droit d'usage irrégulier, affectant l'héritage d'un droit réel. La solution de la question, dans notre Droit, dépendrait toutefois beaucoup de l'intention des contractans, des termes dont ils se seraient servis, ainsi que de la certitude de la date de l'acte.

447. Au reste, nonobstant la décision de Cujas, mais d'après celle de Vinnius et de plusieurs autres interprètes, on doit tenir qu'il y a, non pas servitude prédiiale, mais usage irrégulier, droit réel en un mot, dans les cas prévus à la L. 8, ff. *de Servitutibus*, où il est dit : UT POMUM DECERPERE LICEAT, UT SPATIARI, UT COENARE IN ALIENO POSSIMUS, *servitus imponi non potest*. Il n'y a pas servitude prédiiale, puisque le droit n'est point établi au profit d'un fonds, quoiqu'il le soit

¹ Voyez néanmoins ce que nous avons dit à cet égard en parlant de l'usage dans notre droit, *suprà*, nos 27, 89 et 123.

sur un fonds; mais il y a, ou du moins il peut y avoir (si telle a été l'intention des parties) une espèce d'usage irrégulier, dont nous avons précédemment expliqué les effets ¹.

448. Il n'y aurait pas non plus servitude prédiale, avec les effets qui sont attachés aux servitudes, si je stipulais un passage par votre terrain pour abrégé le chemin de la maison que j'occupe à bail à telle place publique, à telle promenade : ce seraient, d'après l'intention des parties, les termes de la convention, ou une simple obligation personnelle de votre part, qui vous soumettrait, vous et vos héritiers, à l'exécuter, à peine de dommages-intérêts, mais sans que j'en pusse réclamer l'exécution des tiers détenteurs dudit terrain ; ou bien une sorte de droit d'usage irrégulier, qui s'exercerait même contre tout détenteur quelconque de ce terrain.

449. Et, comme nous l'avons dit au tome précédent, n° 292, la stipulation que le propriétaire du fonds A, quel qu'il soit et sera, aura le droit de chasse sur le fonds B, ne constituerait non plus aucun droit de servitude, ni aucun droit réel quelconque. Nous en avons donné les raisons.

450. Enfin, il y aurait encore moins servitude réelle, s'il est possible, dans la convention que je ferais avec le propriétaire du fonds B, qu'il sera tenu, ainsi que tout possesseur quelconque dudit fonds, de venir faire les moissons dans mon héritage : ce serait là une simple obligation de *faire*, qui ne serait obli-

¹ Voyez *suprà*, n° 16.

gatoire que pour celui qui s'y serait soumis, avec effet de donner lieu aux dommages-intérêts en cas d'inexécution, et qui prendrait même fin par sa mort, comme louage d'ouvrage, lequel finit par la mort de l'ouvrier (art. 1795); car aucune servitude ne peut être imposée à la *personne*, même en faveur d'un fonds.

On pourrait facilement multiplier les exemples de cas dans lesquels il ne saurait y avoir servitude proprement dite, ni aucun droit quelconque sur la chose même, ce qu'on nomme, dans la doctrine, le droit réel; mais ceux que nous venons de donner suffisent.

§ II.

Pour qu'il y ait servitude, les héritages doivent appartenir à des maîtres différens.

451. Le droit de propriété renfermant la jouissance la plus étendue de la chose qui en est l'objet, il s'ensuit qu'on ne peut avoir sur cette chose un droit de servitude : de là, la règle si connue, *res sua nemini servit*¹, règle érigée en loi dans l'article 637 du Code, qui exige expressément, en effet, pour qu'il y ait servitude, que les fonds appartiennent à différens propriétaires.

452. Ainsi, quoique le maître de deux fonds contigus ait établi sur l'un d'eux un passage ou un canal pour l'exploitation ou l'irrigation de l'autre, il n'y a pas pour cela servitude : la servitude ne pourra commencer que lorsque les deux fonds ne seront plus réunis dans la même main, et alors elle pourra résulter

¹ L. 26, ff. de Servit. præd. urban., L. 5, princip., ff. si Ususf. petatur.

de la destination du père de famille, ou de la volonté expresse ou tacite des contractans. (Art. 692-693-694.)

453. En sens inverse, si deux fonds appartenant à des maîtres différens, et dont l'un doit une servitude à l'autre, se trouvent ensuite appartenir au même propriétaire, la servitude est éteinte. (Art. 705.)

Nous verrons ultérieurement dans quels cas elle renaît lorsque l'un des fonds sort de sa main par l'effet d'une cause forcée, comme dans ceux de réméré, de donation révoquée, d'acquisition rescindée, de délaissement hypothécaire, etc.

§ III.

En général, il faut que les fonds soient contigus.

454. Puisque les servitudes sont établies pour l'utilité des fonds, il faut, pour que ce but puisse être atteint, que les héritages soient contigus¹, qu'il n'y ait pas, par l'existence de fonds intermédiaires appartenant à d'autres propriétaires, d'obstacles à l'exercice de celle qui serait convenue. Mais cette contiguïté s'entend plus ou moins strictement, selon les diverses espèces de servitudes, même dans les principes de la législation romaine, qui quelquefois, en cette matière, sont portés jusqu'à un tel point de subtilité, que l'équité ne permettrait pas de s'y attacher toujours dans notre Droit, plus ami de la simplicité.

455. Ainsi, propriétaire de la maison A, et voulant m'assurer un aspect agréable, je puis très-bien

¹ L. 5, § 1, ff. de *Servitut. præd. rust.*

stipuler du maître du fonds C, qu'il ne bâtira pas sur son terrain, ou qu'il ne bâtira au-delà de telle hauteur, quoique nos héritages soient séparés par le fonds B, appartenant à un tiers, avec lequel cependant je n'ai fait aucune convention. Car la stipulation me sera utile tant que le tiers ne fera pas, en bâtissant, obstacle à ce que je jouisse de l'aspect que j'ai voulu me ménager, ou s'il fait déjà obstacle, lorsque l'obstacle aura cessé, pourvu qu'il ait cessé avant l'extinction de la servitude par le non-usage ¹.

Mais tant qu'il existera, je n'aurai pas le droit d'empêcher celui qui m'a fait la concession, de bâtir sur son terrain, parce que je n'ai pas d'intérêt ²; et telle est la raison pour laquelle je ne puis valablement stipuler que vous ne vous promènerez pas dans votre jardin ³; ou, si votre bâtiment est tellement éloigné du mien, que de l'un on ne puisse voir l'autre, ou s'ils sont séparés par une montagne, je ne puis stipuler aucune espèce de servitude de vue, de *prospect*, et autres semblables ⁴.

456. Mais la servitude de passage au profit du fonds A sur le fonds C ne peut exister réellement si le fonds B est intermédiaire et appartient à un autre propriétaire, à moins que le fonds A n'ait aussi passage sur le fonds B pour l'exercice de cette même servitude ⁵.

On sent que si le fonds intermédiaire était un chemin public, la servitude existerait sans difficulté.

¹ LL. 5 et 6, *princip.*, ff. *si Servit. vindic.*

² *Ibid.*

³ L. 15, *princip.*, ff. *de Servitutibus.*

⁴ L. 38, ff. *de Servit. præd. urban.*

⁵ L. 7, § 1, ff. *de Servit. præd. rust.*

Elle existerait également quoique l'espace intermédiaire fût un cours d'eau, qu'on ne pourrait même traverser ordinairement à cet endroit qu'en bateau. Nous rejeterions, en ce point, la subtilité des lois romaines, qui distinguaient s'il y avait un pont, ou du moins si la rivière était guéable, et qui n'admettaient la validité de la servitude que dans ces cas¹. Cela tenait, comme le dit fort bien Duaren², au principe que la cause de la servitude devait être perpétuelle, c'est-à-dire que le propriétaire dominant devait toujours pouvoir l'exercer sans obstacle, sans retard, sans que la nature s'y opposât; or, dans l'espèce, dit le même auteur, il ne l'aurait pu, puisqu'il n'aurait pu toujours passer la rivière quand il l'aurait voulu, puisqu'il lui aurait fallu un secours étranger pour le faire, du moins le plus ordinairement. Mais cette décision des lois romaines, sur ce cas particulier, ne serait point suivie chez nous.

457. Au surplus, rien ne m'empêche, propriétaire du fonds A, de stipuler, quant à présent, du propriétaire du fonds C, un droit de passage ou de conduite d'eau sur son terrain, quoiqu'il y ait entre ce fonds et le mien le fonds B appartenant à un tiers, et sur lequel je n'ai encore aucun droit de servitude. Celle que je stipule est censée convenue sous cette tacite condition : si je puis obtenir du maître du fonds B ce qui sera nécessaire à son exercice, et si cette condi-

¹ L. 38, ff. de *Servit. præd. rustic.*, combinée avec la L. 17, § 2, ff. de *Aquæ et aquæ pluvi. arcend.*

² Sur la loi 38, de *Servitut. præd. rust.*, ci-dessus citée.

tion se réalise, la servitude s'exercera sans difficulté. C'est comme lorsque je stipule une servitude pour une maison que je me propose de construire, ou sur la maison que mon voisin viendrait à édifier ¹.

458. Quant à la perpétuité de la *cause*, c'est-à-dire que le fonds servant doit pouvoir *servir* le fonds dominant sans discontinuation, lorsqu'il y a lieu à *exercer* la servitude ², elle était essentielle chez les Romains pour qu'il y eût servitude, droit réel ; mais chez nous elle est simplement de la *nature* des servitudes.

459. Ainsi, dans les principes purs de la législation romaine, on n'eût pu valablement avoir la servitude de prise d'eau sur un étang ³, parce qu'un étang est sujet à être desséché par l'effet des chaleurs. Il en eût toutefois été autrement si l'étang eût été alimenté par un ruisseau ou par des sources d'eau vive ⁴. Mais chez nous, nul doute qu'une prise d'eau ne pût être valablement établie soit que l'étang fût ou non alimenté par des sources ou un ruisseau.

460. De même, suivant la L. 28, ff. *de Servit. præd. urban.* précédemment citée, il n'y avait pas servitude dans la convention faite par l'un des voisins avec l'autre, que le premier, par le moyen d'une ouverture

¹ Voyez *suprà*, n° 448.

² Pour les anciens, *perpetuum est quodcumque ex naturali causâ, sed non ex hominis facto oritur, quamvis non sit assiduum : ut ecce aqua pluvia ex naturali causâ oritur, etsi non assidue pluât.* VINNIUS, *INSTIT.*, tit. *de Servit.*, par interprétation de la L. 28, ff. *de Servit. præd. urban.*

³ L. 28, ff. *de Servit. præd. urb.*, précitée.

⁴ Argument de la L. 1, § 5, ff. *de Aquâ quotid. et æstivâ*, et de la L. unique § 4, ff. *de Fonte.* Voyez aussi les professeurs de Louvain, *Recitationes ad PANDECTAS*, tit. *de Servitutibus* n° 9.

pratiquée dans le mur du second, recevrait sur son terrain les eaux de la cuisine de celui-ci¹, à moins que cette eau ne fût mêlée à celle de la pluie ; car autrement, dit le jurisconsulte, *neque perpetuam causam habet quod manu fit*². Il est bien certain qu'on ne ferait pas non plus chez nous cette distinction.

464. Les jurisconsultes romains ne faisaient toutefois pas dériver la perpétuité de la cause des servitudes uniquement de la circonstance que le fait de l'homme n'aurait pas été nécessaire pour l'exercice du droit, autrement celles de passage, de puisage, de pacage, qui ont toutes besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées, n'auraient pu avoir lieu. Ils ne la faisaient pas non plus dériver de la faculté de pouvoir exercer le droit sans intermittence, sans discontinuation, puisqu'ils avaient, comme on le verra plus bas, des servitudes qui s'exerçaient alternativement de deux jours l'un, ou depuis telle heure jusqu'à telle heure, ou simplement le jour et non la nuit, *aut vice versâ*³. Ils la tiraient principalement de la nature de l'héritage assujéti relativement à l'espèce de servitude qu'on avait voulu établir, et de la disposition respective des

¹ HUBERUS entend différemment le cas de cette loi. Selon lui, l'un des voisins a concédé à l'autre le droit de prendre, par le moyen d'une ouverture pratiquée dans le mur de celui-ci, l'eau qui serait nécessaire pour laver le pavé de sa cuisine.

* Au surplus, rien n'empêchait d'établir la servitude de cloaque, *jus cloacæ*, L. 7, ff. *de Servitutibus*, attendu que les eaux de pluie sont ordinairement reçues dans un cloaque, et que les eaux de pluie ont une cause perpétuelle, quoiqu'il ne pleuve pas continuellement.

³ *Intervalla dierum et horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutæ servitutis*. L. 4, § 2, ff. *de Servitutibus*.

fonds. Ainsi pour eux comme pour nous, une servitude discontinue dans son *exercice*, telles que sont celles de passage, de pacage, de puisage (art. 688), n'avait pas moins une *cause* perpétuelle, si la disposition des lieux ne faisait pas obstacle à son exercice, la nécessité du fait actuel de l'homme pour cet exercice ne détruisant nullement la perpétuité de la *cause*, qui tenait, ainsi que nous l'avons déjà dit, à ce que la nature des choses ou la situation des lieux ne fit pas obstacle à ce que celui à qui la servitude était due pût l'exercer quand il le voudrait, suivant l'espèce de servitude convenue. Tout cela était assez métaphysique, assez subtil. Quoi qu'il en soit, la perpétuité de la *cause*, comme l'entendaient les Romains, n'est, chez nous, que de la *nature* des servitudes, et non de leur *essence*; c'est une circonstance qui a lieu le plus communément, mais qui n'est pas indispensable, et que l'on ne doit point confondre avec ce que nous entendons, dans l'esprit du Code, par la *continuité*, dont nous parlerons à la section suivante.

§ IV.

La servitude consiste, de la part du propriétaire du fonds assujetti, à souffrir ou à ne pas faire quelque chose.

462. Cette proposition, puisée dans la L. 15, § 1, ff. *de Servitutibus*, adoptée par nos auteurs les plus exacts comme axiome certain, est consacrée par le Code aux articles 697-698-699, analysés et combinés. Et en effet, c'est le fonds, et non la personne qui le possède, qui se trouve assujetti : cette personne

n'a entendu obliger que son fonds, et non s'obliger elle-même. Aussi, c'est au propriétaire de l'héritage dominant à faire les travaux, s'il en est besoin, pour exercer la servitude, sauf ce que nous dirons sur ces mêmes articles, quand nous les analyserons d'une manière plus approfondie.

463. Cependant, suivant l'opinion commune des docteurs, le principe, même dans le Droit romain, reçoit exception à l'égard de la servitude *oneris ferendi*, celle par laquelle votre mur doit supporter ma charge. C'est au maître du mur à l'entretenir et à le refaire, s'il y a lieu, pour qu'il puisse supporter la charge. Ulpien, dans la L. 6, § 2, ff. *Si servitus vindicetur*, établit clairement cette exception¹, contre le sentiment d'Aquilius Gallus, qui pensait qu'aucune servitude n'oblige celui qui la doit à *faire*, mais seulement à *souffrir* ou à ne pas *faire*. Il dit que l'avis de Servius a prévalu dans ce cas particulier, sauf au propriétaire du mur à l'abandonner pour se dispenser de le refaire. Cela tenait à cette espèce de servitude, qui ne pouvait être exercée que par l'entretien du mur; d'où l'on a conclu que celui qui s'y était soumis, avait, par cela même, promis ce qui serait nécessaire à l'exercice du droit, d'après cette règle de logique, qui veut la fin, veut les moyens; sauf à lui à abandonner le mur.

464. Chez nous, où les principes sont moins rigoureux, la décision d'Ulpien devrait à plus forte raison être suivie, avec le tempérament résultant de la faculté

¹ Voyez aussi la loi 33, ff. *de Servit. præd. urb.*, qui est dans le même sens.

d'abandonner le mur pour se décharger de l'obligation de l'entretenir ou de le refaire (art. 699). Mais alors, le mur appartenant au voisin, celui qui aurait fait l'abandon n'aurait plus le droit de le faire servir à supporter son bâtiment, à moins que, en vertu de l'article 661, il ne s'en fût ensuite céder la mitoyenneté, moyennant indemnité.

Ainsi, dans l'espèce de servitude dont nous parlons, il y a tacite convention que celui qui la doit entretiendra le mur à ses dépens : dans tous les autres cas, les travaux nécessaires à l'exercice du droit sont à la charge de celui qui veut en user. (Art. 698.)

Ces travaux peuvent toutefois être mis par le titre constitutif à la charge du propriétaire de l'héritage assujetti (*ibid.*), mais avec la faculté de s'affranchir de cette charge en abandonnant le fonds. (Art. 699.)

465. Nous verrons à la section VI, où nous traiterons des droits du maître du fonds auquel la servitude est due, et des obligations du propriétaire du fonds assujetti, quel est l'effet de la clause qui met les travaux à la charge du maître de ce dernier fonds, soit par rapport à ce qui doit être abandonné quand il veut s'en affranchir, soit par rapport aux tiers détenteurs dudit fonds.

§ V.

Le droit de servitude est indivisible.

466. Toute servitude prédiale¹ est indivisible, et

¹ Nous disons *pré diale*, parce que, dans les vrais principes, l'usufruit aussi est une servitude, et n'est point indivisible. Voyez *suprà*, n° 10.

ne peut, en conséquence, s'acquérir ni se perdre pour partie ¹.

De là il suit que l'un des copropriétaires d'un fonds ne pouvait, seul, dans le Droit romain, stipuler valablement une servitude pour ce fonds ; la stipulation eût été nulle : il eût fallu qu'elle eût été faite par tous ². La raison de cela, c'est que la stipulation faite pour autrui, comme toute autre espèce de contrat, était nulle par défaut d'intérêt ³ : or, le stipulant n'aurait eu intérêt à celle dont il s'agit qu'en proportion de sa part dans le fonds pour lequel il l'aurait stipulée, et la servitude n'étant pas susceptible d'être divisée, s'appliquant nécessairement à tout l'héritage, puisqu'il est indivis, la conséquence finale, c'est que la stipulation était nulle. Celle que les autres copropriétaires auraient faite ensuite ne l'aurait même pas rendue valable, puisqu'elle eût été nulle elle-même, comme n'étant pas faite par tous les copropriétaires.

467. Mais comme, dans le Droit moderne, le principe qu'on ne peut stipuler pour autrui ne s'entend pas avec la même rigueur, qu'on y déroge valablement lorsque la stipulation que l'on fait pour un tiers

¹ L. 2, § 2; L. 72, *princip.*, ff. de *Verb. oblig.* — L. 8, § 1; L. 11; L. 17, ff. de *Servit.* — L. 6, § 1, ff. *Communia præd. tam urb. quàm rust.*

Mais, *pro parte servitus retineri potest.* L. 8, § 1, ff. de *Servitut.*; L. 30, § 1, ff. de *Servit. præd. urb.*; d'où cette règle de droit : *Non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit à quo initium capere non potuissent.* L. 85, ff. de *Reg. juris.*

Rien n'empêchait non plus d'affranchir de la servitude une partie déterminée du fonds, par exemple, le côté du midi; de même, on pouvait ne la constituer que sur telle partie seulement, ou pour telle partie du fonds dominant. L. 6, ff. de *Servitut.*

² L. 19, ff. de *Servitut. præd. rust.*

³ L. 11, ff. de *Oblig. et actionib.*

est la condition de celle que l'on fait pour soi-même (art. 1121), nous n'hésitons pas à penser que la convention de servitude faite par l'un des copropriétaires au profit de l'héritage commun ne soit valable ¹, d'autant mieux que chaque associé peut améliorer la chose commune, et qu'il est toujours censé avoir reçu pour cela mandat de ses coassociés.

468. En sens inverse, un des copropriétaires ne peut, sans le concours des autres, grever le fonds commun d'une servitude; et, en principe pur, la promesse eût été nulle dans le Droit romain ², puisque l'associé ne pouvait grever les parts des autres, et que la servitude ne pouvait s'établir pour partie. Cependant, et à la différence du cas précédent, si ces derniers venaient à ratifier en commun, ou successivement, la dernière convention confirmait la première, et la servitude se trouvait établie par l'effet de cette dernière cession ³. Bien mieux, même avant la ratification des autres, celui qui avait fait la première cession ne pouvait empêcher le cessionnaire de jouir de l'espèce de droit qu'il lui avait concédé ⁴. Ces décisions seraient incontestablement suivies dans notre Droit.

469. Toutefois le Code ne s'explique pas positivement sur le caractère d'indivisibilité que nous attribuons aux servitudes, d'après le Droit romain et ses

¹ Tel est aussi le sentiment de Voët, tit. *Communia præd. tam urb. quàm rust.*, n° 10.

² L. 34. ff. *de Servit. præd. rust.*

³ L. 6, § 2, ff. *Comm. præd. tam urban. quàm rust.*; L. 11, ff. *de Servit. præd. rust.*

⁴ Même L. 11. Mais cela n'était admis que par équité, *benignius*, comme dit le jurisconsulte, et non en vertu des principes purs.

interprètes les plus exacts ; mais plusieurs de ses dispositions, notamment celles des articles 709 et 710, n'ont pu être conçues telles qu'elles le sont, que dans la supposition qu'en effet les servitudes sont indivisibles aujourd'hui comme elles l'étaient dans les anciens principes. Les conséquences qui découlent de ces mêmes dispositions démontrent cette vérité avec la dernière évidence.

470. En effet, le premier de ces articles porte que 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.

Et le second, qui n'est, au reste, qu'une conséquence du premier ¹, dispose que, 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.

Or, cela ne peut avoir lieu que par l'effet de la maxime *in indivis, minor majorem relevat* ; car si le droit de servitude n'était pas indivisible, s'il pouvait se perdre pour partie, on ne voit pas pourquoi les majeurs qui n'ont pas su le conserver en l'exerçant, n'en seraient pas déchus par l'effet de la prescription ; et cependant ils l'ont conservé : tellement que si, par suite d'un partage des biens ou de la licitation, le fonds vient à leur appartenir en totalité, ils l'auront avec le

¹ Aussi on aurait pu, à la rigueur, se dispenser de l'insérer dans le Code, puisque l'inaction, supposée ou forcée, du mineur, contre lequel la prescription ne court pas (art. 2252), peut être assimilée, en ce qui touche la prescription, à l'exercice de la servitude par un copropriétaire majeur ; le Code y attache les mêmes effets.

droit de servitude, conservé en entier, à raison de ce que la prescription n'a pas couru, durant l'indivision, contre leur ex-copropriétaire mineur. C'est comme si celui-ci, ou tout autre des copropriétaires, eût réellement exercé la servitude. Peu importe que, par l'effet du partage ou de la licitation, le mineur, dans l'espèce, soit censé n'avoir jamais eu de droit sur cet immeuble, auquel était dû la servitude, et que les autres copropriétaires soient censés y avoir eu seuls des droits à partir du jour où la copropriété s'est établie entr'eux et le mineur (art. 883 et 1872, analysés et combinés); car ce n'est là qu'une fiction établie dans l'intérêt des héritiers, et qui ne saurait être tournée contr'eux. En réalité, quand le partage ou la licitation a eu lieu, la servitude subsistait encore, et le fonds est entré dans le partage ou a été licité *cum sua conditione*. Tandis que, hormis le cas d'indivisibilité, et d'indivisibilité proprement dite, la conservation du droit de l'un des intéressés ne profite pas aux autres : ceux qui ont laissé courir contre eux la prescription ne peuvent se faire un appui de la minorité de leur cointéressé pour être relevés de la déchéance dont ils sont frappés.

Ainsi, dit fort bien Pothier¹, si le droit dû à plusieurs est indivisible *naturâ, aut saltem intellectu*, comme la *créance*² d'un certain *héritage*, et que le créancier

¹ *Traité des Obligations*, n° 647.

² Cela devait être fréquent au temps où écrivait Pothier, où, par exemple, la vente d'un fonds ne constituait qu'une simple *créance*, un simple *jus ad rem, actio in personam*, la tradition étant nécessaire alors pour conférer la propriété; tandis qu'actuellement le seul consentement des parties suffit pour cela (art. 1138), quand celui qui promet de livrer la chose en est propriétaire. Voyez au tome précédent, n° 225 à 231.

meure laissant plusieurs héritiers, les uns majeurs, les autres mineurs, la minorité de ces derniers, pendant laquelle le cours de la prescription est suspendu, n'empêchera pas la prescription de courir contre les majeurs. Il en est autrement, ajoute-t-il, dans le cas d'un droit de servitude.

471. Mais lorsque le fonds dominant vient à être divisé, la servitude, quoique *UNE intellectu et jure*, devient néanmoins alors propre à chacune des parties du fonds¹, en ce sens, toutefois, que ceux qui les possèdent maintenant divisément sont obligés de l'exercer par le même endroit, et sans que la condition du fonds assujetti puisse en être aggravée (art. 700); par conséquent, chacun de ces propriétaires ayant un droit distinct, doit le conserver par ses actes, ou par sa qualité, à peine de déchéance. La maxime précitée cesse alors d'être applicable.

En sens inverse, si c'est le fonds assujetti qui vient à être divisé, la servitude dont le mode d'exercice n'a point été restreint et limité à telle ou telle partie de ce fonds, continue de résider sur toutes comme auparavant; mais si elle cesse d'être exercée sur telle ou telle portion pendant le temps déterminé par la loi pour la prescription, et que la prescription ait pu d'ailleurs courir contre le propriétaire du fonds auquel la servitude est due, cette portion sera désormais affranchie du droit de servitude.

472. Ces principes sur l'indivisibilité des servitudes considérées comme droit affectant les fonds qui

¹ Voyez la L. 23, § 3, ff. de *Servit. præd. rustic.*

en sont grevés, ne sont point contredits par la division que certaines d'entre elles peuvent souffrir dans le mode de leur exercice, lorsque le fonds auquel la servitude est due vient à être divisé.

Ainsi, d'après la L. 19, § 4, ff. *Cumuni dividundo*, une prise d'eau se divise de deux manières : ou en disposant le canal de façon à donner à chacun des intéressés le volume d'eau convenu par le partage du fonds auquel est dû la servitude, ou en fixant le temps pendant lequel chacun d'eux pourra user de l'eau exclusivement ¹.

Mais ce n'est là qu'une division du mode d'exercice de la servitude ; le droit n'en est pas moins indivisible en soi avec cet effet de pouvoir, tant que le fonds dominant ne sera pas partagé, être conservé dans son intégrité, et pour chacune des parties du fonds pour lesquelles il a été assigné, par cela seul que l'un des copropriétaires en aura joui, ou que, à raison de sa qualité, la prescription n'aura pu courir contre lui. A ce cas, comme à toute autre espèce de servitude, s'appliqueraient les articles 709 et 710, qui ne font, en effet, aucune distinction, si ce n'est seulement touchant l'état d'indivision de l'héritage auquel est dû la servitude. Aussi, dans les anciens principes, où les servitudes convenues par acte entre vifs n'étaient, en général ², réellement constituées, imposées au fonds,

¹ Voyez aussi la L. 5, § 1, ff. *de Servitutibus*.

² Nous disons *en général*, parce que les servitudes *negatives*, *altiùs non tollendi*, et autres semblables, étaient imposées, constituées de plein droit, même dans les actes entre vifs, par le seul fait du consentement, comme n'étant, par leur nature, susceptibles d'aucune tradition quelconque.

que par une quasi-tradition ¹, la stipulation d'une prise d'eau ², d'un droit de passage pour tel héritage, n'était pas moins considérée comme indivisible dans ses effets; ensorte que si le stipulant fût venu à mourir avant même que sa *simple créance* eût été transformée en *droit réel* par une quasi-tradition, laissant parmi ses héritiers un mineur, contre lequel la prescription n'avait pu courir, elle n'eût pas non plus couru contre les héritiers majeurs. Il en serait de même dans le Droit actuel, où la servitude se trouve imposée par cela même qu'elle est valablement promise (art. 1138 par argument), ce qui rend applicables les articles 709 et 710 précités, tant que l'héritage pour lequel elle a été stipulée n'est pas divisé.

475. De l'indivisibilité des servitudes il résulte que les actions qu'elles produisent sont elles-mêmes indivisibles. Ainsi, dans l'ancien Droit, si celui qui avait promis une servitude était venu à mourir laissant plusieurs héritiers, chacun d'eux pouvait être actionné pour la délivrer ³: le créancier n'était point obligé de diriger sa poursuite contre tous, sauf au défendeur à mettre en cause ses cohéritiers ⁴. *Vice versa*, chacun

¹ L. 20, ff. de *Servitut.*, et surtout L. 11, analysée et combinée avec la L. 8, § 1, au même titre, et la L. 30, § 1, ff. de *Servit. præd. urban.* — L. 20, Code de *Pactis*, par argument. Voyez au tome précédent, le n° 490, où nous citons le sentiment commun des docteurs par rapport à l'établissement de l'usufruit dans les actes entre vifs.

² La L. 17, ff. de *Servitutibus*, le dit formellement à l'égard de la prise d'eau, *aquæductus*.

³ L. 17, ff. de *Servitutibus*.

⁴ Et cette faculté, consacrée par l'article 1225, et sous la limitation apportée par cet article, était plutôt encore de notre ancienne jurisprudence que du Droit romain.

des héritiers de celui à qui était dû le droit de servitude avait aussi dans sa personne l'action pour le tout ¹.

474. Mais puisque aujourd'hui le droit réel existe dès le principe, chacun des héritiers de celui à qui la servitude a été concédée a bien, il est vrai, l'action pour le tout tant que le fonds pour lequel elle a été établie n'est pas divisé, soit que la servitude ait été exercée ou non ; et il l'a également contre chacun des héritiers de celui qui a promis la servitude, tant qu'ils possèdent par indivis l'héritage qui la doit.

Mais dès que le partage des biens du concessionnaire a eu lieu, l'action n'appartient plus qu'à ceux aux lots desquels le fonds dominant est échu (art. 883) ; car il ne peut plus être question d'exécuter une obligation, celle de constituer ou d'imposer la servitude sur le fonds, puisque cette constitution est résultée de plein droit de l'acte même de concession, par application de l'article 1138. Il ne pourrait plus être question que d'une *maintenue* en jouissance, pour laquelle l'action n'appartiendrait qu'à l'héritier propriétaire exclusif de l'immeuble auquel est dû la servitude ² ; et après le partage des biens de celui qui a fait la concession, l'action ne pourrait être dirigée que contre ceux de ses héritiers au lot desquels serait échu le fonds assujéti, et leurs successeurs quelconques dans la possession de l'immeuble, qui s'opposeraient à l'exercice de la servitude, en admettant, bien entendu, qu'il

¹ Même L. 17.

² L. 2, § 1, ff. *si Servitus vindicetur*.

en était propriétaire lorsqu'il a concédé le droit; autrement tous ses héritiers devraient la garantie, du moins dans les concessions à titre onéreux.

Nous aurons plus d'une fois occasion de revenir sur ces points, surtout quand nous traiterons des obligations *divisibles et indivisibles* au titre des *Contrats et des Obligations conventionnelles en général*, et à celui de la *Prescription* : nous n'avons entendu établir ici que des principes généraux sur l'indivisibilité du droit de servitude.

§ VI.

Les servitudes sont des droits réels.

475. La servitude est un droit dans le fonds même qui en est affecté, et dans celui au profit duquel elle est établie, un *droit réel*, pour employer le langage de la doctrine, et même de la loi : c'est, métaphoriquement parlant, une qualité active et passive des héritages qui en sont l'objet ¹, mais non, comme on le dit quelquefois, un démembrement de la propriété elle-même, qui n'en est pas moins *entière*, quoique son usage soit plus ou moins restreint; car, autre chose est le domaine, autre chose est son exercice : je suis propriétaire absolu de tel fonds, quoique vous y ayez un droit de servitude ²; j'en puis valablement disposer, je puis l'hypothéquer sans votre consentement, et intégralement.

476. Mais comme votre droit est dans la chose même, toute disposition quelconque que je ferai de cette

¹ L. 86, ff. de *Verb. signif.*

² Même L. 86, ff. de *Verb. signif.*

chose, et en quelque main qu'elle passe, n'empêchera pas que ce droit ne puisse s'exercer sur elle comme si elle m'appartenait encore ¹. La transmission de l'immeuble assujetti s'opère, comme en matière d'hypothèque, *cum suâ conditione*; et *vice versâ*, la transmission de l'héritage auquel est dû la servitude aura lieu avec le droit de servitude qui y est attaché. De là, les actions qui naissent des servitudes, et dont nous parlerons ultérieurement.

§ VII.

Les servitudes n'établissent aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.

477. En décidant que la servitude n'établit aucune prééminence en faveur du fonds auquel elle est due, sur l'héritage assujetti (art. 638), les auteurs du Code ont eu en vue d'écarter toutes les conséquences, même les plus éloignées, les plus indirectes, du régime féodal, aboli chez nous dans ses derniers vestiges par les lois de la révolution.

478. Ainsi, le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude n'est pas plus, à raison de la possession de ce fonds, le vassal du maître de l'héritage dominant, qu'il ne l'était chez les Romains : la servitude n'est imposée qu'aux fonds et pour l'utilité d'autres fonds, sans qu'il en puisse résulter aucune prééminence, soit politique, soit même simplement honorifique, en faveur des propriétaires de ceux-ci, sur les propriétaires de ceux-là.

¹ L. 12, *Commun. de præd. tam urb. quàm rust.*; § 2, *de Actionib.*
INSTIT.

479. L'on devrait donc regarder comme contraire aux vrais principes de la matière et du droit de propriété, et en conséquence comme nulle, l'obligation que consentirait le maître du fonds A, par exemple, de ne pouvoir, ainsi que ses successeurs quelconques dans ledit héritage, l'aliéner sans l'assentiment du maître du fonds B, quel qu'il fût, ou sans lui payer une certaine somme pour droit de vente, ainsi que le vassal y était assujetti jadis envers le seigneur.

§ VIII.

Les servitudes peuvent être établies sous certaines modalités.

480. Quoiqu'il soit dans la nature des servitudes d'être perpétuelles, ou du moins de ne s'éteindre que dans les cas prévus par la loi, néanmoins on peut les établir pour ne durer que jusqu'à un certain temps, ou pour cesser par l'arrivée de tel événement. De même, on peut aussi convenir qu'elles ne commenceront qu'à partir d'un jour fixé, ou si tel événement arrive. Les pactes qui n'ont rien de contraire à l'ordre public, et qui ne sont d'ailleurs point opposés à l'essence de l'acte auquel ils sont attachés, doivent être exécutés fidèlement : or, ceux dont il s'agit sont de ce nombre, parce qu'ils ne font que modifier la nature des servitudes, sans être contraires à leur essence ¹.

481. Et quoique aussi les servitudes prédiales

¹ La L. 4, ff. de *Servitutibus*, dit bien, il est vrai, que les servitudes ne peuvent être établies sous les modalités dont nous venons de parler ; mais cette décision n'était portée qu'en principes purs, car, au moyen de l'exception née du pacte, ces conventions recevaient leur effet : *Tamen si hæc adjiciantur, per pacti vel doli exceptio occurreret contra placita servitutum vindicanti.*

soient imposées à des fonds pour l'utilité d'autres fonds, on peut cependant en établir qui seront en quelque sorte personnelles, par la désignation d'une personne qui aura seule le droit d'en user pour tel héritage : cette restriction était adoptée par les lois romaines elles-mêmes¹, absolument étrangères au système féodal, dont les auteurs du Code ont seulement voulu écarter l'application jusque dans ses derniers vestiges, quand ils ont dit (art. 686) que les servitudes ne pourraient être établies *en faveur de la personne, mais seulement en faveur d'un fonds* ; car ils n'ont pas entendu par là interdire des conventions qui n'ont rien de contraire à l'ordre public ni à l'essence du droit de servitude, qu'elles ont simplement pour objet de modifier dans son exercice ou sa durée.

482. L'usage des servitudes peut aussi être alternatif et séparé par le temps ; par exemple, vous aurez le droit de prendre l'eau tel jour de la semaine, et ainsi de suite ; ou vous pourrez la prendre pendant six heures chaque jour² ; ou vous passerez par telle allée pendant le jour, et non la nuit, ce qui est assez

¹ *Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem præstari voluit, emptori vel heredi non eadem præstabitur servitus.* L. 4, ff. de Servit. præd. rust.

La L. 37, au même titre, renferme une semblable décision.

Dans ce cas, la servitude est une espèce d'usage, relatif toutefois à un fonds, qui s'éteindra, comme un usage proprement dit, par la mort de la personne désignée ; mais dans les principes du Droit romain, avec cette différence néanmoins, que l'usage proprement dit eût été éteint de plein droit par la mort de l'usager ; au lieu que, dans l'espèce, comme il y a servitude *prédiale*, quoique restreinte, elle eût cessé de prendre fin seulement *oppositâ doli exceptione*, comme dans le cas où elle avait été concédée jusqu'à telle époque, ou pour finir à l'arrivée de tel événement.

² L. 5, § 1, ff. de Servitut. ; L. 2, ff. de Aquâ quotid. et æstiv.

fréquent dans les villes ¹. Ces modifications à l'exercice du droit ne portent même point atteinte au principe de la perpétuité de la *cause* des servitudes, principe auquel les jurisconsultes romains s'étaient, comme on l'a vu, si fortement attachés.

483. Enfin, l'on peut valablement attribuer un *mode* d'exercice spécial à la servitude ; par exemple, dans la servitude de vue, que vous ne pourrez avoir que des fenêtres de telle dimension, de telle forme ; dans celle de passage, que vous pourrez passer seulement à pied, ou à cheval, ou que vous aurez le droit de faire passer un troupeau, ou des bêtes de somme avec leur charge, ou même des chars ou chariots ² ; que, pendant que telle partie du fonds sera ensemencée, vous passerez sur l'autre, ou bien que vous aurez seulement passage pour sortir la vendange de votre vigne, le foin de votre pré, la pierre de votre carrière, etc., etc.

Dans tous ces cas, l'on devra s'attacher au titre ou à l'usage acquis par la prescription, s'il a pu s'acquérir de cette manière, ce que nous examinerons ultérieurement.

Ces principes généraux suffisent pour faire connaître les caractères et les principaux effets des servitudes.

¹ L. 14, ff. *Communia præd. tam urb. quàm rust.*

² LL. 4 et 5, § 1, ff. *de Servitut.*

SECTION II.

COMMENT L'ON PEUT DIVISER LES SERVITUDES.

SOMMAIRE.

484. *Différentes divisions que l'on peut établir des servitudes.*

§ 1^{er}.

Les servitudes sont urbaines ou rurales.

485. *Texte de l'article 687.*

486. *Cette division n'est d'aucune importance sous le Code.*

§ II.

Les servitudes sont continues ou discontinues.

487. *Quelles sont les servitudes continuës.*

488. *Quelles sont les servitudes discontinues.*

489. *Importance de la distinction en ce qui concerne la prescription à l'effet d'acquérir les servitudes.*

490. *En ce qui concerne aussi l'effet de la possession et des actions possessoires.*

491. *Et encore en ce qui concerne la prescription à l'effet d'éteindre les servitudes.*

492. *Les conduites d'eau dont le mode de jouissance est alternatif, sont-elles aussi des servitudes continues dans l'esprit du Code?*

§ III.

Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

493. *Quelles sont les servitudes de l'une et de l'autre espèce; texte de l'article 689.*

494. *La distinction a la même importance, quant à l'acquisition du droit par le moyen de la prescription, et quant à l'effet de la possession et de l'action possessoire, que pour les servitudes continues ou discontinues.*

495. *Les servitudes apparentes sont continues ou discontinues, mais il en est peu qui soient tout à la fois apparentes et discontinues.*

496. *Y a-t-il lieu de faire, pour l'établissement des servitudes*

par suite de la destination du père de famille, une distinction entre la servitude continue et apparente, et celle qui est apparente aussi, mais discontinuée par renvoi.

§ IV.

Les servitudes sont positives ou négatives.

497. *Démonstration de la proposition par différens exemples.*
498. *Toutes les servitudes négatives n'ont par elles-mêmes aucun signe de leur existence, et ne peuvent dès-lors s'acquérir par prescription.*
499. *Au lieu que les servitudes affirmatives peuvent s'acquérir par prescription lorsqu'elles sont apparentes et continues.*
500. *Importance, dans les anciens principes, de la distinction entre les servitudes positives et négatives, qui n'existe plus aujourd'hui.*

484. Indépendamment de la grande division des servitudes en servitudes prédiales et en servitudes personnelles ¹, qui appartient encore à la doctrine, si elle n'appartient plus à la loi, on peut diviser les servitudes de plusieurs manières, en les considérant sous des points de vue différens.

Ainsi, 1° les servitudes sont urbaines ou rurales ;

2° Elles sont continues ou discontinues ;

3° Apparentes ou non apparentes ;

4° Positives ou négatives.

C'est ce que nous allons expliquer rapidement.

§ I^{er}.

Les servitudes sont urbaines ou rurales.

485. Toutes les servitudes sont établies pour l'usage des bâtimens ou pour celui des fonds de terre.

¹ C'est-à-dire l'usufruit, l'usage, l'habitation. Voyez tome précédent, n° 467.

De là, la division des servitudes en urbaines et rurales.

Les servitudes urbaines sont établies pour l'usage des bâtimens, soit que les bâtimens auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. (Art. 687.)

Les servitudes rurales sont établies pour les fonds de terre. (*Ibid.*)

Et quoique l'on ne soit pas d'accord en cela avec l'étymologie, il faut néanmoins regarder, par extension, comme servitude rurale, celle qui est établie au profit d'un fonds de terre, par exemple d'un enclos, d'un jardin, même situé dans une ville ou dans un faubourg; car n'étant pas constituée au profit d'un bâtiment, elle est nécessairement comprise dans l'autre branche de la division. De même, on ne s'attache pas non plus à l'étymologie des servitudes urbaines, puisqu'on comprend dans cette classe celles qui sont établies au profit des bâtimens même situés à la campagne.

486. Cette division, au reste, n'est aujourd'hui que de pure doctrine, bien qu'elle soit l'objet d'une disposition du Code. C'est un emprunt fait sans nécessité aux commentateurs du Droit romain; car il n'y a aucune différence entre les effets, soit quant aux modes d'établissement des servitudes de l'une et de l'autre classe, soit quant aux modes d'extinction des unes et des autres¹; et toutes s'exercent conformément au titre constitutif.

¹ Mais il était loin d'en être ainsi dans les principes du Droit romain,

Il est vrai que les servitudes urbaines sont, pour la plupart, apparentes et continues, et que celles de cette nature sont susceptibles de s'acquérir par prescription comme par titre ; tandis que les servitudes rurales sont, en général, discontinues et non apparentes, et par conséquent non susceptibles de s'acquérir aujourd'hui par la prescription (art. 691). Mais cette différence n'est pas essentielle ; ce n'est point à la qualité d'*urbaine*, mais bien à celle de *continues et apparentes* qu'est attaché ce mode d'acquisition, puisqu'il est des servitudes de cette classe qui ne sont point apparentes ¹, et d'autres qui ne sont point continues ², lesquelles, d'après cela, ne peuvent s'acquérir de cette manière : comme, en sens inverse, il existe des servitudes rurales apparentes et continues ³, susceptibles, dès-lors, de s'établir par ce mode.

Ainsi, dans les principes du Code, nous ne voyons, sous aucun rapport, l'utilité de la distinction des servitudes en urbaines et rurales. Cependant, dans un ouvrage principalement de doctrine, il n'était pas permis de la passer sous silence, puisque d'ailleurs elle est consacrée par le Code.

surtout de l'ancien, relativement à la manière d'acquérir les servitudes par l'usucapion, et aussi quant à la manière dont celles de l'une ou l'autre classe pouvaient s'éteindre par le non usage. Mais comme cela exigerait de nombreuses explications, sans beaucoup d'utilité, nous nous bornerons ici à cette observation générale. Nous n'en faisons même la remarque que pour les étudiants, qui auront recours aux sources pour s'éclairer sur ce point.

¹ Par exemple, la prohibition de bâtir sur un terrain pour procurer des jours plus agréables à une maison.

² Un droit de passage ou de puisage.

³ *Putà*, une prise d'eau.

§ II.

Les servitudes sont continues ou discontinues.

487. « Les servitudes continues sont celles dont
« l'usage est ¹ ou peut être ² continuuel sans avoir be-
« soin du fait actuel de l'homme : tels sont les con-
« duites d'eau, les égoûts ³, les vues, et autres de
« cette espèce. » (Art. 688.)

Tels sont surtout la prohibition de bâtir sur un terrain, ou de bâtir au-delà de telle hauteur, le droit de faire supporter ma charge par le mur du voisin, de faire avancer ma galerie, mon balcon ou mon toit sur son terrain.

448. « Les servitudes discontinues sont celles qui
« ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exer-
« cées : tels sont les droits de passage, de puisage,
« pacage, et autres semblables. » (Même art.)

489. La distinction est importante sous plusieurs rapports :

1° En ce que les servitudes de la première espèce peuvent, si elles sont en même temps apparentes, s'acquérir par la prescription comme par titre

¹ *Putà*, la prohibition de bâtir sur tel terrain.

² Par exemple un droit de vue, dont on peut jouir sans cesse pour éclairer un appartement, comme on peut n'en jouir que par intervalles, en ouvrant les volets; une prise d'eau, etc.

³ Car, quoiqu'il ne pleuve pas continuellement, la servitude ne s'en exerce pas moins d'une manière continue, puisqu'elle est utile au maître du fonds dominant toutes les fois qu'il a besoin qu'elle soit exercée de fait, et sans que lui-même soit obligé de rien faire pour cela. Voilà pourquoi cette servitude était considérée dans le Droit romain lui-même comme ayant *perpetuam causam*. L. 28, ff. de *Servit. præd. urb.* Voyez *suprà*, n° 468, note.

(art. 690-691); tandis que celles de la seconde ne peuvent s'acquérir que par titre.

490. 2° Aussi les premières, si elles sont en même temps apparentes, peuvent être la matière d'une action possessoire, en ce sens que celui qui les a exercées paisiblement, publiquement, et non à titre précaire, pendant plus d'un an, et qui n'a pas cessé de les exercer depuis plus d'une année, doit être maintenu dans sa jouissance, s'il agit dans l'année du trouble; au lieu que dans les secondes, le propriétaire du fonds sur lequel elles sont prétendues doit toujours, soit en demandant, soit en défendant, si l'adversaire n'a pas de titre, être maintenu dans la jouissance libre de son fonds, ainsi que nous l'expliquerons plus bas, en traitant des actions auxquelles les servitudes peuvent donner lieu.

494. 3° Dans les servitudes continues, la prescription à l'effet de les éteindre ne commence à courir que du jour où il a été fait un acte contraire à l'exercice de la servitude (art. 707) ¹. De ce moment seulement, le maître de l'héritage assujéti commence à prescrire à l'effet de le libérer de la charge; tandis que dans les servitudes discontinues, la prescription commence son cours à partir du jour où l'on a cessé d'en jouir (*ibid.*), quoiqu'il n'ait été fait aucun acte contraire à l'exercice de la servitude.

¹ Nous verrons plus loin, quand nous traiterons de l'extinction des servitudes, si, pour que la prescription éteigne la servitude continue, il est nécessaire que l'acte contraire à l'exercice de la servitude ait été fait sur le fonds assujéti, ou s'il suffit qu'il l'ait été sur le fonds auquel la servitude était due : ce qui n'est pas douteux, au surplus.

492. Ainsi qu'on vient de le voir, l'article 688 donne comme exemple de servitudes *continues* les conduites d'eau, sans aucune distinction. Cependant, il en est de plusieurs sortes : les unes qui s'exercent sans interruption, si ce n'est celle que la nature des choses ou le maître du fonds dominant apporte à sa jouissance ; et il n'y a aucune difficulté à l'égard de celles-là : elles sont évidemment des servitudes continues. Mais d'autres ont un mode d'exercice alternatif : par exemple, avant midi et non le soir, le jour et non la nuit, de deux jours l'un, depuis tel jour de la semaine jusqu'à tel autre, pendant telle saison seulement, etc. ; évidemment dans ces dernières, le fait de l'homme est nécessaire pour rouvrir le canal ou fossé (*aquarum iter*) qui avait été bouché pendant le temps où la servitude ne s'exerçait pas, soit en levant une écluse ou une bonde, soit de toute autre manière. L'article précité porte que la servitude continue est celle dont l'usage *est* ou *peut être* continué sans avoir besoin du fait *actuel* de l'homme ; or, il semble que cette condition ne se rencontre pas dans les servitudes dont il s'agit ; car l'usage n'en est pas continué, puisqu'il est alternatif, interrompu : le *droit* est sans doute continué, comme dans la servitude de passage ; mais l'exercice du droit, l'usage du droit, ne l'est pas. Il n'y a pas lieu non plus de dire qu'il *peut* l'être, puisque ce serait dénaturer la concession, changer l'esprit du titre constitutif.

Néanmoins, tel n'est pas notre sentiment : nous croyons qu'on ne doit, en effet, faire aucune distinc-

tion à l'égard des prises ou conduites d'eau ; qu'elles sont toutes servitudes continues, et par conséquent toutes susceptibles de s'acquérir par prescription, et de donner lieu avec effet à l'action possessoire, si l'on a la possession utile et que l'on y soit troublé.

Sans doute il faut, dans les conduites d'eau dont nous venons de parler en dernier lieu, le fait de l'homme pour pouvoir, après l'interruption de l'exercice, les exercer encore ; mais ce fait n'est pas continuellement exigé, comme dans les servitudes de passage, de puisage, de pacage : il ne l'est que pour faire cesser l'interruption résultant de l'acte de concession ; et une fois que l'exercice a été repris, la servitude s'exerce sans ce fait ; tout de même que celle de vue, dont l'exercice avait été interrompu par la fermeture des volets, et dont on use en les rouvrant. Ces interruptions, qui tiennent tantôt à la nature des choses, tantôt aux dispositions du titre constitutif, n'enlèvent point à la servitude son caractère de continuité ; autrement il faudrait aller jusqu'à dire, par voie de conséquence, et pour ne pas se jeter dans l'arbitraire, que la prise d'eau constituée pour en user alternativement de deux années l'une, ce qui n'est certainement point contraire à la nature des servitudes, n'est elle-même qu'une servitude discontinue ; et cependant elle est, à n'en pas douter, servitude continue. Voilà pourquoi, dans le Droit romain lui-même, suivant lequel, comme on l'a vu plus haut, la perpétuité de la *cause* était exigée avec une rigueur qui allait parfois jusqu'à la subtilité, les servitudes dont il s'agit n'étaient pas

moins censées avoir une *cause* perpétuelle : *intervalladierum et horarum non pertinent ad temporis causam*. L. 4, § *ult.* ff. *de Servit.* Le fait de l'homme était cependant exigé pour faire cesser les interruptions de jouissance, et d'après la L. 28, ff. *de Servit. præd. urb.*, *non habet causam perpetuam quod manu fit, sed quod ex naturali causâ fit*¹ ; mais c'est que, par *fait de l'homme*, on n'entendait pas, et l'on ne doit pas entendre non plus aujourd'hui, le fait qui met en état d'exercer la servitude, comme serait de déboucher un fossé de temps à autre, de lever une bonde ou une écluse, mais le fait par lequel la servitude s'exerce actuellement, fait dans lequel, en un mot, consiste tout son exercice : comme le fait de passer sur un terrain, quand il s'agit d'un droit de passage, et dont la cessation entraîne nécessairement la discontinuation de l'exercice ou de l'usage du droit ; ce qu'on ne peut dire, encore une fois, d'un droit de prise d'eau, quoique alternatif, puisqu'une fois l'écluse lâchée, la servitude s'exerce pendant le repos de l'homme. Ainsi, l'on doit entendre l'article 688 sans aucune distinction, quand il donne d'une manière générale, comme exemple de servitudes *continues*, les *conduites d'eau*.

¹ Nous n'entendons toutefois pas dire par là que la perpétuité de la *cause* et la continuité fussent la même chose ; car une servitude de passage n'était assurément point continue, et elle avait cependant une *cause* perpétuelle, s'il n'existait pas de fonds intermédiaire qui fit obstacle à son exercice, ainsi que nous l'avons dit plus haut, n° 455 ; car la perpétuité de la *cause* s'estimait principalement d'après la possibilité où était le propriétaire du fonds dominant d'exercer la servitude quand bon lui semblait, du moins conformément à son titre ; ce qui s'appliquait aux servitudes dont le mode d'exercice était alternatif comme aux autres.

§ III.

Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

493. « Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aquéduc.

« Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple ¹, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée. » (Art. 689.)

494. Cette distinction a la même importance, quant à l'acquisition du droit par le moyen de la prescription (art. 491), et par rapport à l'effet de la possession et de l'action possessoire, que celle qui existe entre les servitudes continues et les servitudes discontinues; en sorte que ce que nous avons dit à cet égard au paragraphe précédent est applicable ici.

495. Les servitudes apparentes sont continues, ou discontinues : par exemple, une prise ou conduite d'eau est tout à la fois apparente, puisqu'elle s'annonce par un aquéduc, un canal, un fossé; et continue, d'après l'article 688; et un droit de passage qui s'annonce par une porte ou par un chemin bien marqué, est par cela même apparent, et il est discontinu puisque le fait de l'homme est nécessaire pour son exercice. C'est peut-être la seule servitude qui soit tout à la fois

¹ Il en est, en effet, bien d'autres : ainsi celle de pacage, de puisage à un puits ou à une fontaine où d'autres puisent également; la prohibition d'avoir des jours libres à la distance où il serait permis d'en avoir d'après la loi, etc., etc.

apparente et discontinuée, et encore ne l'est-elle pas toujours ; car le passage par un pré pour sortir le foin d'un autre pré contigu, n'est certainement point apparent, du moins généralement.

496. En expliquant les articles 692-693-694 relatifs à l'établissement des servitudes par suite de la destination du père de famille, ou de la tacite volonté de celui qui était propriétaire des deux fonds, et qui a disposé de l'un d'eux, nous verrons s'il importe de faire, sous ce rapport, une distinction entre la servitude continue et apparente, et celle qui est apparente aussi, mais discontinuée.

§ IV.

Les servitudes sont positives ou négatives.

497. Toute servitude consistant, de la part du propriétaire assujéti, à *souffrir*, ou à *ne pas faire*¹, la servitude est positive (ou affirmative) quand ce propriétaire est seulement tenu de *souffrir* quelque chose ; alors l'autre est obligé de faire telle ou telle chose pour exercer le droit : telles sont les servitudes de vue, de passage, de puisage, de pacage, etc., qui toutes, en effet, consistent, quant à leur exercice, dans le fait du maître de l'héritage auquel est dû la servitude.

Au lieu que la servitude est négative quand le propriétaire du fonds assujéti est seulement tenu de ne pas faire certaine chose sur ce fonds, sans être pour cela tenu de souffrir que le maître de l'héritage auquel

¹ L. 15, § 1. de *Servitut.* Voyez *suprà*, n° 462.

est dû la servitude fasse quelque chose sur ce même fonds ; par exemple, la soumission de ne pas bâtir sur tel terrain, ou de ne pas bâtir au-delà de telle hauteur, et autres analogues.

498. Toutes les servitudes négatives n'ont par elles-mêmes aucun signe de leur existence : elles sont toutes non apparentes ; en sorte qu'elles ne peuvent jamais s'acquérir par prescription. D'ailleurs, celui qui prétendrait les avoir acquises de cette manière ne pourrait nullement justifier de sa prétention, puisqu'il n'a rien fait sur le fonds du voisin, n'y a rien possédé : ce dernier, en s'abstenant jusqu'à ce jour de faire ce qu'il veut faire maintenant, par exemple de bâtir, n'a fait qu'user d'une pure faculté, ce qui est exclusif de toute possession et de toute prescription (art. 2232). Il en serait ainsi aujourd'hui¹, encore qu'il s'écoulât plus de trente ans depuis la sommation qui lui serait faite de ne point bâtir ; car cette sommation ne serait pas un titre, et une telle servitude ne peut s'établir que par titre. (Art. 691.)

499. Tandis que les servitudes affirmatives peuvent s'acquérir par prescription comme par titre lorsqu'elles sont apparentes et continues. (Art. 690.)

Avec ces caractères, elles sont susceptibles aussi de s'acquérir par suite de la destination du père de famille ; ce qui n'a pas lieu à l'égard des servitudes négatives.

¹ Nous disons *aujourd'hui*, parce qu'anciennement, en certaines Coutumes, la doctrine contraire paraissait avoir été admise, notamment dans la Coutume du Nivernais, si l'on s'en rapporte à ce qu'a écrit Guy-Coquille, commentateur de cette Coutume, et l'un de nos anciens auteurs les plus estimés.

500. Suivant les anciens principes, les servitudes affirmatives, ou positives, n'étaient réellement constituées, imposées aux fonds dans les actes entre vifs, que par une quasi-tradition, par l'exercice du droit ou un fait quelconque ; jusque-là le droit réel n'existait pas encore. Au lieu que les servitudes négatives n'étant susceptibles d'aucune quasi-tradition, elles étaient constituées par le seul consentement des parties du moins suivant l'opinion commune. Aujourd'hui cette distinction n'a plus lieu, parce que toute servitude régulièrement convenue affecte aussitôt l'héritage.

SECTION III.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

SOMMAIRE.

501. *Énumération des principales servitudes établies par le fait de l'homme.*
 502. *L'étendue de leurs effets se règle par le titre constitutif, et à défaut d'explication dans le titre, par les principes qui vont suivre.*

504. Nous allons expliquer rapidement les effets des principales servitudes, que l'on peut réduire aux suivantes, sans toutefois que nous prétendions dire par là qu'il n'y en ait pas encore quelques autres ; car, aux termes de l'article 686, les propriétaires peuvent établir toutes celles que bon leur semble, pourvu qu'elles soient imposées aux fonds, pour l'utilité d'autres fonds, et non à la personne, ni en faveur de la personne, et qu'elles n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. Mais celles dont il va être

spécialement parlé sont les plus usuelles, et les autres s'y rapportent généralement plus ou moins :

1° Celle de faire supporter une charge par le mur du voisin ;

2° Celle de faire avancer une galerie ou autre objet sur le terrain du voisin ;

3° Celle d'égoût ;

4° Celle de ne pas bâtir sur tel terrain, ou de ne pas bâtir au-delà de telle hauteur ;

5° Celle de vue ;

6° Celle de *prospect* ;

7° Celle de passage ;

8° Celle de pacage ;

9° Celle de puisage et d'abreuvement ;

10° Celle de prise ou conduite d'eau (*aquæductus*).

502. L'étendue de ces diverses servitudes se règle par le titre constitutif ; mais comme il ne s'explique pas toujours d'une manière positive, il faut bien alors s'attacher à la nature de chacune d'elles, telle que les lois romaines, leurs interprètes et la jurisprudence l'ont définie, puisque le Code ne s'explique pas non plus spécialement sur leurs effets particuliers.

§ 1^{er}.

De la servitude de supporter la charge du voisin.

SOMMAIRE.

503. *La servitude oneris ferendi a cela de particulier, que c'est au maître du mur à l'entretenir en état de supporter la charge, s'il n'aime mieux l'abandonner, sauf convention contraire.*

504. *L'enlèvement des poutres, du mur assujéti, ne fait pas seul évanouir la servitude.*

505. *Celui à qui est due la servitude ne peut placer dans le mur du voisin un plus grand nombre de poutres qu'il n'a été convenu, ni les mettre ailleurs qu'à l'endroit indiqué.*

505. Par cette servitude que, dans la doctrine, on nomme *oneris ferendi*, le maître du mur, à moins de stipulation contraire, doit l'entretenir en état de supporter la charge du voisin, ou l'abandonner. Cette décision est une exception à la règle, que c'est le propriétaire de l'héritage dominant qui doit, à moins de convention contraire, faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude (art. 698); la nature particulière de celle dont il s'agit le comporte ainsi. Voilà pourquoi, dans le Droit romain, où le principe de notre article était rigoureusement suivi, le propriétaire du mur était néanmoins tenu de l'entretenir, de le refaire même si cela était nécessaire, ou d'en faire l'abandon ¹. Or, il est invraisemblable qu'on ait entendu s'écarter en ce point de la décision des lois romaines, qui étaient suivies en cela dans l'ancienne jurisprudence. Le mur d'ailleurs sert à son propriétaire, et il ne serait pas juste, dès-lors, que ce fût le maître du fonds auquel est dû la servitude qui dût l'entretenir ou le refaire à ses frais.

504. Si c'est ma poutre ou mes solives que j'ai le droit de faire appuyer dans le mur du voisin ², la servitude ne s'éteindrait point par cela seul que la

¹ L. 6, § 2, ff. *si Servit. vindic.*; L. 33, ff. *de Servit. præd. urb.* Voyez *suprà*, n° 463.

² C'est alors la servitude *tigni immittendi*, qui diffère peu de la précédente. Voyez L. 20, ff. *de præd. urb.*; L. 242, § 1, ff. *de Verb. signif.*

poutre ou les solives auraient besoin d'être changées pour cause de vétusté, ou seraient enlevées pour autre cause; elle subsistera tant que le mur qui la doit, ou celui qui l'aurait remplacé (art. 665), subsistera lui-même, à moins que je n'aie laissé passer le temps de la prescription sans replacer de nouvelles poutres ou de nouvelles solives. J'en puis donc remettre de nouvelles, en même nombre, et à la même place.

505. Si le titre constitutif de la servitude portait simplement que j'aurais le droit de pouvoir placer mes poutres dans votre mur, j'en pourrais placer tant qu'il en faudrait pour soutenir mon bâtiment¹, et même faire des étages autant que la hauteur de votre mur le comporterait. Mais si le nombre des étages avait été déterminé, je ne pourrais, sans une nouvelle concession, y placer des poutres pour soutenir d'autres étages; comme je ne pourrais, si le nombre des poutres ou solives avait été fixé, ou si leur place avait été réglée, en avoir un plus grand nombre, ou les mettre dans un autre endroit.

§ II.

De la servitude de pouvoir faire avancer sa galerie ou autre saillie sur le fonds du voisin.

SOMMAIRE.

506. *En quoi consiste cette servitude.*

506. Cette servitude² consiste dans la faculté de

¹ Voyez, tit. de *Servitut. præd. urb.*, n° 2.

² Qu'on appelle *Servitus projiciendi*.

pouvoir faire avancer sa galerie, son balcon ou toute autre saillie, comme le bord d'un toit ¹, sur le terrain du voisin, mais sans pouvoir l'y appuyer ², à moins de convention contraire.

Comme celui qui a la propriété du sol a aussi la propriété du dessous et du dessus (art. 552), il est besoin d'un droit de servitude pour pouvoir faire ainsi avancer sur le fonds voisin une partie quelconque d'un bâtiment, lors même qu'il n'y aurait à l'endroit sur lequel régnerait l'avancement ni arbres ni constructions quelconques ³.

§ III.

De la servitude d'égoût.

SOMMAIRE.

507. *On déroge, par une convention, à l'article 681, qui veut que l'on ne puisse faire écouler les eaux de son toit chez le voisin.*
508. *L'obligation de recevoir les eaux de ma cour, de mes écuries, est aussi une servitude d'égoût.*
509. *Elle peut être stipulée activement par le voisin.*
- 509 bis. *Ce que comporte la servitude d'égoût d'un toit sur le terrain du voisin.*

507. On a vu ⁴ que, d'après l'article 681, tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie

¹ S'il y a aussi faculté par le titre de pouvoir faire écouler les eaux du toit sur le terrain du voisin, c'est la servitude d'égoût, *stillicidii recipiendi*; si l'on ne doit pas faire tomber les eaux, mais les diriger ailleurs par le moyen d'un conduit, il n'y a que la servitude *projiciendi*.

² L. 2, ff. de *Servitut. præd. urb.*; L. 242, ff. de *Verb. signif.*, combinées.

³ Voyez *suprà*, n° 415.

⁴ *Suprà*, n° 414.

publique, sans pouvoir les faire verser sur le fonds du voisin; mais on déroge licitement à cette disposition de Droit commun par une convention; alors il y a servitude d'égoût, *stillicidii recipiendi*¹, par laquelle le voisin est tenu de souffrir que l'eau de mon toit tombe sur son terrain, et par conséquent que le bord de mon toit y domine suffisamment à cet effet.

508. S'il s'agit de l'obligation, pour le voisin, de recevoir les eaux qui s'écoulent de ma cour, de mes écuries, etc., c'est également une servitude d'égoût².

509. Elle peut être aussi stipulée activement, parce que les eaux peuvent être utiles au voisin : aussi importe-t-il de bien voir dans quels termes a été conçu le titre constitutif, et quelle a pu être l'intention des parties, car les effets sont évidemment très-différens.

509 bis. La servitude d'égoût, suivant ce qui a été dit plus haut, n° 316, emporte le passage nécessaire pour réparer le toit du côté où la servitude a été établie; car, pour que je puisse faire tomber les eaux

¹ C'est quand l'eau tombe *guttatim*.

² Elle s'appelle dans le Droit romain, *fluminis recipiendi*. Il est fait mention de l'une et de l'autre dans la L. 2, ff. de *Servit. præd.*

Les Romains avaient les servitudes contraires, *stillicidii vel fluminis non recipiendi*, mais elles ne sont point en usage dans notre Droit, à cause de la disposition de l'article 681; sauf toutefois que, pour se débarrasser de la servitude légale de l'article 640, le propriétaire inférieur pourrait très-bien convenir avec le propriétaire supérieur, que celui-ci retiendra chez lui les eaux qui découlent naturellement de son fonds. Mais alors, suivant ce qui a été dit précédemment, n° 146, et ailleurs, ce serait plutôt la constitution d'une servitude sur ce dernier fonds, que l'extinction d'une servitude véritable sur le fonds inférieur, car il n'y en avait réellement pas.

de mon toit sur votre terrain, il est nécessaire que j'entretienne le toit lui-même. En m'accordant la servitude dont il s'agit, vous êtes donc censé m'avoir accordé aussi ce qui est nécessaire pour que j'en puisse user, suivant la règle *qui veut la fin, veut les moyens*. Nous convenons, au surplus, que cette servitude, constituée purement et simplement, n'entraîne point le droit de passage sur le terrain du voisin pour un autre objet, même pour les réparations qu'il y aurait à faire au mur du côté duquel elle existe : elle ne comporte virtuellement que le passage pour faire au toit, de ce côté, les réparations nécessaires pour que les eaux de la pluie arrivent jusqu'au bord du toit, pour tomber de là sur le terrain du voisin. Or, pour cela, il faut que le toit soit réparé, quand il a besoin de l'être, autrement l'eau tomberait dans les greniers de la maison, et non sur ce terrain. Et même, en ce qui touche le tour d'échelle proprement dit, c'est-à-dire le passage pour faire les réparations au mur du bâtiment, de ce côté, il y aurait encore à considérer quelle a été l'intention des parties en établissant la servitude d'égoût ; s'il était démontré, par les termes de l'acte, que l'on a aussi eu l'intention d'établir le tour d'échelle pour ces mêmes réparations, il y aurait double servitude. Ce serait donc une question d'interprétation d'acte, qui serait dans le domaine des tribunaux, sans que leur décision, à cet égard, pût être l'objet de la censure de la cour de cassation.

§ IV.

De la prohibition de bâtir sur un terrain, ou de bâtir au-delà de telle hauteur ¹.

SOMMAIRE.

510. *Utilité de la servitude* *altiùs non tollendi*.
 511. *Cette servitude n'empêche pas de planter des arbres sur le terrain assujetti.*
 512. *Elle ne renferme pas la servitude de vue.*
 513. *Mais si les jours existaient déjà lors de la constitution, on pourrait, suivant les circonstances, l'interpréter comme emportant aussi le droit de les maintenir.*
 514. *L'effet de la servitude de ne point bâtir, quant à l'étendue du terrain sur lequel elle règne, est déterminé par le titre.*

510. Cette servitude est ordinairement établie pour que le propriétaire du fonds dominant ait des vues ou un aspect plus agréable; car, sans elle, le maître du fonds assujetti pourrait bâtir jusqu'à la ligne séparative, et à la hauteur que bon lui semblerait, en se conformant toutefois, à cet égard, aux réglemens ². (Art. 552.)

¹ C'est la servitude appelée en droit, *Servitus altiùs non tollendi*. Il en est fait mention dans la L. 2, ff. de *Servit. præd. urb.*, et aux *INSTIT.*, de *Servitutibus*.

On connaissait aussi la servitude *altiùs tollendi*, qui n'était point, comme l'ont cru mal à propos quelques interprètes, notamment Bacchovius, la simple remise de celle *altiùs non tollendi*; car il y aurait eu anomalie d'appeler servitude, l'extinction d'une servitude. Mais elle supposait l'existence d'un statut local portant prohibition d'édifier au-delà de telle hauteur, avec faculté toutefois, pour les voisins, d'y déroger par une convention; et l'on dit qu'il en existait un semblable à Constantinople sous les derniers empereurs. Alors la servitude était *altiùs tollendi quàm statuto permittebatur*. Comme nous n'avons pas de pareils statuts, cette servitude est inconnue dans nos mœurs.

² On ne pourrait, en effet, dans les villes, élever une maison à une hauteur demesurée: la sûreté publique en serait compromise. A Paris, la plus grande élévation permise aux particuliers est, je crois, de 54 pieds non compris la corniche ou l'entablement.

511. Elle n'a pour effet que d'empêcher le voisin de bâtir sur le terrain indiqué, ou de bâtir au-delà de la hauteur convenue, mais non de l'empêcher d'y planter des arbres, d'y avoir des bosquets ¹, ni d'y établir un cloaque, à la différence de la servitude de *prospect*, qui interdirait, non pas absolument de planter des arbres, mais de faire toute chose qui nuirait à la beauté de l'aspect que l'on s'est proposé d'avoir ².

512. Au surplus, elle ne renferme pas la servitude de vue, *luminum*; cette dernière est *affirmative*, tandis que la première est *négative*; elle se borne simplement à empêcher celui qui s'y est soumis, de bâtir, ou de bâtir au-delà de la hauteur convenue.

Ainsi, j'ai ma maison située à 8 ou 10 pieds de la ligne séparative, et pour avoir des vues plus agréables, je conviens avec vous que vous ne bâtirez pas sur votre terrain : je n'aurai pas pour cela, si je veux rapprocher ma maison de la limite des deux fonds, le droit d'avoir des jours d'aspect à moins de 6 pieds de distance.

515. Toutefois, si l'on suppose qu'au moment de l'établissement pur et simple de la servitude dont il s'agit, j'avais déjà, sans droit, des jours à moins de 6 pieds de la ligne séparative, on pourrait, suivant les circonstances, et d'après l'intention présumée des parties, voir, dans la convention, la servitude *ne luminibus officiat* unie à celle *altiùs non tollendi*; en d'autres termes, on pourrait y voir, non-seulement la défense

¹ L. 12, ff. de *Servit. præd. urb.*

² Même loi.

de bâtir, imposée au propriétaire du terrain, mais encore une renonciation de sa part au droit de me forcer à supprimer mes jours ; car il serait assez naturel de penser que je n'ai entendu lui imposer la prohibition de bâtir, qu'afin de pouvoir les conserver dans l'état où ils se trouvaient alors. Ce serait une question d'interprétation d'intention ; mais, en principe, la servitude dont nous parlons n'emporte point celle de vue.

514. L'effet de la servitude de *ne point bâtir*, quant à l'étendue du terrain sur lequel elle règne, est déterminé par le titre constitutif. Si la prohibition est générale et sans réserve, elle s'étend à tout le fonds, à moins que l'intention bien évidente des parties ne voulût une autre interprétation de la généralité des termes dont elles se seraient servies. Si la servitude était établie par vente, le doute devrait s'interpréter contre le vendeur, parce que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre lui. (Art. 1602.)

S V.

De la servitude de vue.

SOMMAIRE.

- 515. *Ce qu'on doit entendre, dans notre Droit, par servitude de vue.*
- 516. *Son étendue se règle par le titre constitutif.*
- 517. *Il pourrait y avoir été dérogé par un mode d'exercice différent suivi pendant le temps requis pour la prescription.*
- 518. *Effet de la clause qui m'autoriserait d'une manière générale à avoir les jours de ma maison sur votre terrain.*
- 519. *La servitude de vue n'emporte point celle de prospect, ni celle alius non tollendi.*
- 520. *A quelle distance de la ligne séparative doit s'interdire*

de bâtir, au-delà de la hauteur des fenêtres, celui qui doit la servitude de vue.

521. *On peut, au contraire, convenir avec le voisin qu'il n'aura pas les jours que la loi l'autorise à avoir.*

515. Nous avons parlé des vues que l'on peut avoir sur la propriété d'autrui en vertu des seules dispositions de la loi ¹ (art. 676-677); il s'agit ici des vues établies par le fait de l'homme, des véritables servitudes de vue, que l'on nomme, dans le langage du Droit, servitudes *luminum* ou *luminis immittendi* ².

Dans notre Droit ³, la servitude de vue consiste à avoir des fenêtres d'aspect ou des jours obliques, mais libres, à une distance moindre de l'héritage du voisin que celle qui est fixée par les articles 678 et 679 : à la distance prescrite, les jours que l'on a, on les a *jure domini*, et non *jure servitutis*.

516. L'étendue de cette espèce de servitude se règle, comme celle des autres servitudes, par le titre constitutif; en sorte que si le nombre, la forme, la dimension et la place des fenêtres ou des ouvertures quelconques ont été déterminés, on suivra le titre.

517. On s'en écarterait cependant si, par suite de la prescription à l'effet d'acquérir les servitudes ou de

¹ Voyez *suprà*, n° 403 et suivans.

² Celle *ne luminibus meis officatur*, dont il est notamment fait mention à la L. 15, ff. *de Servit. præd. urb.*, paraît être la même que celle *luminum* ou *luminis imittendi* : il y aurait seulement entre ces diverses concessions, cette différence, que la dernière ne suppose pas que les jours existent déjà quand elle a lieu; tandis que la première le suppose. Au reste, les docteurs ont beaucoup disputé sur le point de savoir si elles ne constituaient pas diverses servitudes plus ou moins différentes entre elles. Voy. Vinnius sur ce titre aux *INSTITUTES* de Justinien.

³ Car on est loin d'être d'accord sur ce qu'était positivement cette servitude dans le Droit romain. Voy. Vinnius, *loc. cit.*

les éteindre, il avait été apporté des changemens, en plus ou en moins, au mode d'exercice de celle dont il s'agit ; car le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière (art. 708). Nous reviendrons sur ce point.

548. La convention par laquelle il serait dit purement et simplement que je pourrai avoir sur votre terrain les jours de la maison que je me propose de construire, sans autre explication, me donnerait le droit de pratiquer ceux que bon me semblerait, et à chaque étage qu'il me conviendrait de donner à ma maison. Mais la convention par laquelle je serais simplement autorisé à ouvrir des jours pour le service de ma maison déjà existante, ne me donnerait le droit que d'en pratiquer pour les étages qu'elle a maintenant, et non pour ceux que je croirais devoir ajouter par la suite ; à moins que des circonstances ne résultât l'intention contraire des parties. A plus forte raison, si je stipulais le droit d'avoir des jours pour tel ou tel étage de ma maison, qui en a plusieurs, ou pour telle ou telle chambre, ne pourrais-je en pratiquer pour un autre étage ou une autre chambre.

549. La servitude de vue seule n'emporte point celle de *prospect*, dont nous allons parler au paragraphe suivant, et qui est généralement plus étendue¹ ; elle n'emporte pas davantage la prohibition, pour celui qui la doit, de bâtir sur son terrain, pourvu qu'il ne fasse rien de contraire à l'exercice du droit.

Il pourrait ainsi bâtir jusqu'à la hauteur des fenê-

¹ L. 15, ff. de *Servit. præd. urb.*

tres dans toutes les parties de son fonds indistinctement ; car il ne nuirait pas par là aux jours, *quia lumen è Cælo accipitur*, quoiqu'il nuisît à la beauté de l'aspect ; mais il ne doit pas la servitude d'aspect.

520. Quant à la distance à laquelle il devrait s'interdire de bâtir au-delà de la hauteur des fenêtres, lorsqu'il n'y a aucune clause à ce sujet dans le titre constitutif, c'est un point sur lequel le Code ne s'explique pas ; et cependant il ne nous paraît pas vraisemblable qu'après avoir défini, avec tant de précision, la distance à observer pour avoir des jours libres sur l'héritage du voisin sans un titre de servitude, il ait entendu laisser à l'arbitraire du juge de déterminer celle que devrait observer, pour bâtir, celui qui a concédé un endroit de vue sur son terrain. On pourrait donc dire : Celui qui a des jours libres à 6 pieds au moins de la ligne séparative, n'exerce point une servitude sur le fonds du voisin (art. 678) ; et, par argument *è contrario*, le voisin qui doit une servitude de vue n'est pas censé en gêner l'exercice quand il bâtit au moins à 6 pieds ¹. Mais nous croyons que les 6 pieds ne devraient être comptés qu'à partir de la ligne séparative, autrement le droit de servitude se réduirait à presque rien, si la maison où sont les jours était elle-même éloignée de près de 6 pieds de la limite des deux fonds.

521. En sens inverse de la servitude de vue, on peut convenir que le propriétaire d'un bâtiment éloigné de plus de 6 pieds de la ligne séparative n'y ou-

¹ Voyez ce qui a été dit à cet égard, *suprà*, n° 326.

vrira pas de fenêtres, ainsi qu'il a le droit d'en ouvrir, ou qu'il supprimera celles qui y sont. On peut, par la même raison, convenir que celui qui est à moins de 6 pieds de la limite ne pourra pas pratiquer les jours à fer maillé et verre dormant autorisés par les articles 676-677, ou qu'il supprimera ceux qui existent; car, dans ce cas, le voisin peut avoir intérêt à cette suppression ¹.

§ VI.

De la servitude de prospect ².

SOMMAIRE.

522. *En quoi consiste cette servitude.*

522. Cette servitude consiste dans l'obligation où est celui qui la doit de ne rien faire sur son fonds qui puisse nuire à la beauté de l'aspect dont jouit une maison ou une terrasse; par conséquent il ne doit point y bâtir dans les limites déterminées explicitement ou implicitement par le titre.

Aussi, comme nous l'avons dit, la prohibition qu'elle renferme est-elle plus étendue que celle qu'emporte la simple servitude de vue ³. Voilà pourquoi le maî-

¹ Voët, tit. de Servit., n° 10.

² *Servitus prospectus* ou *ne prospectui offendatur*.

³ *Inter servitutes NE LUMINIBUS OFFICIATUR et NE PROSPECTUI OFFENDATUR aliud et aliud observatur: quod in PROSPECTU plus quis habet, ne quid ei officiat ad gratiorem prospectum, et liberum: in LUMINIBUS autem non officere, ne lumina cujusquam obscuriora fiant: quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur; opusque ei novum nunciari potest, si modò sic faciat, ut lumini noceat. L. 15, ff. de Servit. præd. urb.*

LUMEN, id est, ut cælum videatur: et interest inter LUMEN et PROSPECTUM: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est: lumen ex inferiore loco esse non potest. L. 16, eodem tit.

tre du fonds assujetti ne pourrait y planter des arbres qui masqueraient la vue, ni y établir une mare, un cloaque, ou tout autre objet d'un aspect désagréable, du moins tel est le sentiment commun des docteurs; mais l'intention exprimée ou présumée des parties sera toujours la première règle à suivre dans l'appréciation de l'étendue de la prohibition.

§ VII.

De la servitude de passage.

SOMMAIRE.

- 523. *La servitude de passage est une des plus fréquentes.*
- 524. *Comment on peut en varier le mode d'exercice.*
- 525. *On s'attache au titre pour déterminer l'étendue de la servitude, mais il peut y avoir été dérogé.*
- 526. *A moins de convention contraire, le maître du fonds assujetti a le droit de se servir du chemin.*

523. La servitude de passage est une des plus fréquentes : tantôt elle a lieu pour le service d'une maison ou autre bâtiment, afin de fournir une issue ou un trajet plus court à la voix publique; tantôt elle est établie pour l'exploitation d'un fonds de terre. Le mode d'exercice en est aussi très-varié.

524. Quelquefois, en effet, il n'est dû qu'un passage à pied; d'autres fois il est dû pour passer à cheval, ou même avec chars et chariots, ou pour conduire un troupeau à tel ou tel pâturage. En certains cas il ne peut s'exercer que de jour, et non la nuit; dans d'autres, il a lieu seulement en certaine saison de l'année, pour sortir, par exemple, le foin d'un pré, la vendange d'une vigne, etc.; il arrive

même, dans quelques cas, que l'endroit par où il doit s'exercer varie en raison de l'état actuel de culture du fonds qui le doit : ainsi vous passerez par la partie à droite de mon fonds quand celle à gauche sera ensemencée, *et vice versa*.

525. Mais, dans toute les hypothèses, on suit le titre constitutif, sauf les dérogations qui pourraient y avoir été faites par une nouvelle convention, ou même par un usage différent prolongé pendant le temps requis pour la prescription (art. 708), suivant ce qui sera dit ultérieurement¹. Et dans aucun cas le maître du fonds dominant ne peut, sans l'agrément du propriétaire de l'héritage assujéti, faire servir le passage à un autre usage que celui pour lequel il a été concédé, ni, par la même raison, autoriser un tiers à s'en servir.

526. Le propriétaire assujéti peut, à moins de convention contraire, se servir du chemin, puisque le sol sur lequel il règne lui appartient ; mais alors il devra, comme nous l'avons dit en parlant du passage que s'est fait céder celui dont le fonds était enclavé, contribuer à l'entretien du chemin, sauf convention contraire.

§ VIII.

De la servitude de pacage.

SOMMAIRE.

527. *Ce qu'est la servitude de pacage.*

¹ Nous n'entendons point, au reste, préjuger, quant à présent, la question de savoir si le mode d'exercice de cette servitude, qui est discontinue, peut aujourd'hui devenir plus onéreux par l'effet de la prescription, ou même si la servitude n'est pas éteinte par la prescription du premier mode : ce point sera traité à la section V, § 3, *infra*.

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 529

528. *Il en a été précédemment parlé sous plusieurs rapports : renvoi.*

529. *Il ne faut pas la confondre avec le simple droit de parcours, dont parle l'article 648 du Code.*

530. *Le maître du fonds assujéti peut y faire paître son troupeau, mais dans une certaine mesure.*

527. La servitude de pacage est le droit qu'a le propriétaire d'un fonds rural, d'envoyer paître le troupeau attaché à ce fonds, sur l'héritage d'autrui, tantôt sur un terrain déterminé, tantôt sur toute la surface du domaine, selon le titre.

528. En parlant des droits d'usage établis au profit des communes, des droits de pâturage dans les bois et forêts, et du droit de se clore et du parcours, nous avons expliqué les dispositions les plus importantes touchant cette espèce de servitude ¹.

529. Cependant il ne faut pas la confondre avec le simple droit de *parcours*, sur lequel statue l'article 648 du Code; car, dans le cas de cet article, il n'y a réellement pas servitude, mais bien un simple usage local, auquel on peut se soustraire en faisant enclore son terrain (art. 647); au lieu que celui qui doit la servitude de pacage ne pourrait s'en affranchir par la clôture de son fonds: il ne pourrait même se clore si le parcours était dû aux habitans d'une commune, et qu'il fût fondé sur un *titre* ². Mais s'il était dû à un particulier, la clôture pourrait avoir lieu, pourvu qu'elle ne diminuât pas l'usage de la ser-

¹ Voyez *suprà*, sect. 3 du chap. VI, et sect. 3 du chap. VII du titre précédent; et sect. 3 du chap. I du présent titre.

² Voyez *suprà*, n° 265.

servitude : l'article 701 serait le régulateur des prétentions respectives des parties.

550. Le maître du fonds assujéti peut, à moins de convention contraire, faire paître son troupeau, pourvu qu'il ne l'augmente pas outre mesure, de manière à rendre illusoire le droit qu'il a concédé¹. Cette décision est au surplus surbordonnée à l'esprit du titre constitutif de la servitude.

§ IX.

Des servitudes de puisage et d'abreuvement.

SOMMAIRE.

531. *En quoi consiste la servitude de puisage.*

532. *Elle emporte ordinairement la faculté de passer pour le puisage.*

533. *Mais le passage n'est dû que comme accessoire et moyen : conséquence.*

534. *En quoi consiste la servitude d'abreuvement.*

551. La servitude de puisage est le droit de pouvoir puiser au puits, à la fontaine, ou à la citerne d'autrui, l'eau nécessaire à l'habitation d'une maison, à l'arrosement d'un jardin, ou à l'exploitation d'une fabrique dont on est propriétaire.

Car si l'on n'en était que détenteur à titre précaire, par exemple, locataire, il n'y aurait pas droit de servitude, mais bien simple droit d'obligation².

Cette servitude est essentiellement discontinue, parce que le fait actuel de l'homme est absolument nécessaire pour qu'elle puisse s'exercer (art. 688),

¹ Voir. tit. de *Servit. præd. rust.* n° 10.

² Voyez *suprà*, n° 448.

à la différence des conduites d'eau (*ibid.*), dont il a déjà été parlé sous ce rapport ¹, ainsi que sous plusieurs autres.

552. D'après le principe *qui veut la fin, veut les moyens*, celui qui accorde une servitude de puisage est censé accorder aussi le droit de passer pour pouvoir puiser (art. 696), si toutefois le passage est nécessaire pour cela, parce que le fonds dominant ne joindrait pas immédiatement le puits, la fontaine ou la citerne du voisin.

553. Mais, à moins de disposition contraire dans le titre constitutif, ce passage ne constitue pas par lui-même une servitude spéciale : il n'est dû que comme accessoire de celle de puisage, et comme moyen de l'exercer. D'où il suit que la simple remise du droit de puisage, ou son extinction par toute autre cause, entraînerait par cela même celle du passage; et d'où il suit encore que celui à qui le puisage est dû ne pourrait, sans l'agrément du propriétaire assujetti, faire servir le passage à un autre usage.

554. La servitude d'abreuvement ² consiste dans le droit, pour le propriétaire d'une métairie, de pouvoir mener boire son troupeau à la fontaine, à la mare ou à l'étang d'autrui. Elle emporte aussi, comme la précédente, le passage nécessaire à cet effet; et il n'y aurait même que servitude de passage seulement, s'il s'agissait du droit de mener boire, par le terrain d'autrui, le troupeau à un cours d'eau quelconque.

¹ N° 487, et surtout n° 492.

² *Adpulsus pecoris ad aquam.*

§ X.

De la servitude de prise ou conduite d'eau.

SOMMAIRE.

535. *Renvoi pour l'explication de cette espèce de servitude.*

535. En adoptant la division générale du Code sur ce titre, nous avons exposé, dans les explications que nous avons données sur les articles 640 et suivants¹, tout ce qu'il y a de plus important à dire sur ce sujet. Pour éviter d'inutiles répétitions, nous nous bornerons donc à renvoyer à nos observations précédentes.

SECTION IV.

PAR QUI LES SERVITUDES DÉRIVANT DU FAIT DE L'HOMME PEUVENT-ELLES ÊTRE IMPOSÉES, ET PAR QUI PEUVENT-ELLES ÊTRE ACQUISES.

Ce sera l'objet des deux paragraphes suivants :

SOMMAIRE.

§ I^{er}.

Par qui peuvent être imposées les servitudes dérivant du fait de l'homme.

536. *Pour pouvoir imposer des servitudes sur un fonds, il faut en être propriétaire.*

537. *Il faut, de plus, avoir la libre administration de ses biens.*

538. *Application de cette condition aux concessions de servitudes faites par des mineurs ;*

539. *A celles qui auraient été faites par des interdits, ou par un individu mis sous l'assistance d'un conseil judiciaire, sans l'assistance de ce conseil ;*

540. *Enfin à celles qui auraient été faites par des femmes mariées non valablement autorisées.*

¹ Voyez *suprà*, sect. I du chap. I de ce titre, et notamment les nos 152 à 191, et 205 à 244.

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 533

541. *L'usufruitier, le fermier, le mari à l'égard des biens personnels de sa femme, les envoyés en possession provisoire de ceux d'un absent, ne peuvent, en ces qualités, consentir des servitudes.*
542. *L'emphytéote le peut cependant, mais les servitudes cesseront avec sa jouissance.*
543. *Le mari peut également, sous certaines distinctions, imposer des servitudes sur les immeubles de la communauté.*
544. *Un des propriétaires par indivis ne peut constituer des servitudes au préjudice de ses copropriétaires.*
545. *En général, si la propriété vient à se résoudre dans la main de celui qui a consenti les servitudes, elles s'évanouissent avec son droit.*
546. *Les hypothèques ne peuvent souffrir d'atteinte des constitutions de servitudes faites depuis leur établissement : conséquence.*
547. *Il n'y a pas lieu à purger, par l'offre d'un prix, les concessions de servitudes, des hypothèques qui grèvent le fonds, comme lorsqu'il s'agit de la propriété.*

§ II.

Par qui peuvent être acquises les servitudes dérivant du fait de l'homme.

548. *En général, pour acquérir une servitude à un fonds il faut en être propriétaire.*
549. *Ainsi, le fermier, le locataire, n'ont pas qualité à cet effet, quoiqu'ils eussent expressément déclaré qu'ils feraient ratifier par le propriétaire, et que celui-ci ratifiât en effet.*
550. *Il en serait de même de l'usufruitier; mais l'emphytéote peut stipuler des servitudes pour la durée de l'emphytéose.*
551. *Dans les principes du Code, il n'est pas nécessaire d'être seul propriétaire d'un fonds pour lui acquérir une servitude.*
552. *Je puis stipuler une servitude pour un fonds que je me propose d'acquérir.*

534 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPR.

553. *Le simple possesseur peut faire acquérir une servitude au fonds par l'usage qu'il en fait.*
554. *La servitude concédée à un propriétaire dont le droit vient à se résoudre avant qu'elle soit acquise au fonds par l'usage, cesse avec ce droit.*
555. *Application de cette décision aux servitudes concédées à l'acquéreur à réméré.*
556. *Un père, même sans exercer la tutelle, acquiert valablement des servitudes aux héritages de son enfant mineur, et un mari à ceux de sa femme.*
557. *L'annulation des concessions de servitude faites à un incapable ne peut être demandée que par lui.*

§ 1^{er}.

Par qui peuvent être imposées les servitudes dérivant du fait de l'homme.

556. Pour pouvoir imposer des servitudes à un fonds, il faut, en général, être propriétaire de ce fonds, ou avoir reçu à cet effet mandat du propriétaire.

557. Il faut, de plus, que le concédant ait la libre disposition de ses biens, du moins en général; car les services fonciers étant des droits immobiliers, des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent (art. 526), il est clair que, pour pouvoir valablement en constituer, on doit, en principe, être capable de disposer des biens que l'on y voudrait soumettre. Cette condition n'est d'ailleurs rien autre chose que l'application du Droit commun, tel que l'établit l'article 1124, en disant : « Les incapables de contracter sont
« les mineurs, les interdits, les femmes mariées, dans
« les cas déterminés par la loi, et généralement tous
« ceux à qui la loi interdit certains contrats. »

538. Ainsi, les mineurs ne peuvent grever leurs biens de servitudes, à moins que la convention qu'ils feraient à cet égard ne leur causât aucun préjudice, par exemple, parce qu'ils auraient reçu en retour des servitudes plus avantageuses pour leurs fonds, que celles qu'ils ont consenties ne leur seraient onéreuses. Car, d'après l'article 1125, ils ne peuvent attaquer leurs engagements que dans les cas prévus par la loi; et suivant l'article 1305, c'est la simple lésion, dans toutes les conventions quelconques faites par le mineur non émancipé, et, à l'égard du mineur émancipé, dans les actes qui excèdent les bornes de sa capacité, telle qu'elle est déterminée au titre *de la Tutelle*, qui ouvre aux mineurs l'action en rescision de leurs engagements; il faut donc qu'il y ait lésion, autrement cet article 1305 n'aurait aucune application. Mais ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans de plus grands développemens sur ce point; nous le ferons au titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles en général*.

539. Ainsi encore, les interdits, et même ceux qui sont simplement placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité ou de faiblesse d'esprit, ne peuvent grever leurs fonds de servitudes, à moins que ces derniers ne soient assistés du conseil qui leur a été donné. (Art. 502-499 et 513 combinés.)

540. Enfin, les femmes mariées ne peuvent constituer des servitudes sur leurs immeubles qu'avec l'autorisation de leur mari, ou, à défaut de cette autorisation, qu'avec celle de la justice (art. 217-218); et

même lorsqu'il s'agit d'immeubles soumis au régime dotal proprement dit, comme ils sont inaliénables pendant le mariage, sauf quelques cas d'exception (art. 1554), ils ne peuvent, par la même raison, être grevés de servitudes.

541. Puisqu'il faut être propriétaire du fonds que l'on veut soumettre à une servitude pour pouvoir le faire valablement, ou du moins avoir reçu mandat à cet effet du propriétaire, il suit de là que l'usufruitier¹, le locataire, le mari, à l'égard des biens personnels de sa femme, les envoyés en possession provisoire de ceux d'un absent, ne peuvent, en ces seules qualités, imposer des servitudes sur les héritages dont ils jouissent, ou qu'ils administrent; tandis qu'un propriétaire peut, sans le consentement de l'usufruitier, constituer celles qui ne nuiraient point à la jouissance de ce dernier, comme la soumission de ne point bâtir sur tel terrain, ou de n'y point bâtir au-delà de telle hauteur².

542. Cependant l'emphytéote peut en établir sur le fonds³, mais dont la durée sera mesurée sur celle de sa jouissance. Son droit, en effet, est assimilé, sauf la perpétuité, au droit de propriété lui-même : c'est une propriété moins pleine, sans doute, que la propriété ordinaire, mais c'est une propriété.

543. Le mari peut aussi constituer seul des servi-

¹ L. 15, § 7, ff. de *Usufr. et quemad.*

² L. 16, ff. de *Usufr. et quemad.* Voy. tome précéd., n° 583 et 641.

³ Voyez tome précédent, n° 24.

tudes sur les biens de la communauté, mais avec quelques distinctions.

Il le peut sans difficulté, s'il le fait à titre onéreux. (Art. 1421.)

Il le peut également par testament, et alors s'appliquera l'article 1423, c'est-à-dire, que si l'immeuble tombe au lot de ses héritiers, ceux-ci seront tenus de souffrir l'exercice de la servitude¹, et s'il échoit au lot de la femme, et que celle-ci ne consente pas à l'exécution de la disposition, le légataire a droit à une indemnité, qui se prendra sur la part des héritiers du mari dans la communauté, et même sur ses biens personnels. On estimerait ce que peut valoir le droit de servitude, comme on le fait à l'égard de l'immeuble lui-même, quand c'est l'immeuble qui a été légué et qu'il échoit au lot de la femme. Le plus ou moins de difficulté que pourrait présenter cette appréciation, l'impossibilité même de la faire d'une manière exacte, ne seraient point des raisons suffisantes pour priver le légataire de l'avantage que le testateur a entendu lui conférer, et rendre ainsi sans effet la volonté de ce dernier.

Mais, en disant que le mari ne peut seul disposer des immeubles de la communauté par donation entre

¹ Pourvu, bien entendu, s'ils étaient héritiers ayant droit à une réserve, que le testateur n'eût pas disposé au-delà de la quotité disponible. Au surplus, ils pourraient, dans le doute sur le point de savoir si cette quotité n'a pas été dépassée par le legs de la servitude lui-même, user de la faculté que l'article 917 leur donne dans un cas qui a quelque analogie avec celui d'une servitude, dont la valeur est également indéterminée, et, en conséquence, ou exécuter la disposition, ou abandonner la quotité disponible en nature, ou ce qui en resterait.

vifs, si ce n'est pour l'établissement des enfans communs, l'article 1421 précité lui refuse par cela même le droit de les grever, par actes de cette sorte, de servitudes en faveur de tout autre, au préjudice de sa femme ou des héritiers de celle-ci ; car, encore une fois, les services fonciers sont des *immeubles* par l'objet auquel ils s'appliquent ; ils renferment une notable atténuation du droit de propriété. En conséquence, la cession gratuite, et par acte entre vifs, que le mari aurait faite au profit d'un autre qu'un enfant commun, serait subordonnée dans ses effets à la non-acceptation de la communauté par la femme ou ses héritiers, ou, en cas d'acceptation de leur part, à la circonstance que l'immeuble assujetti tomberait au lot du mari ou de ses héritiers. Mais il est clair que durant la communauté, dont le mari a seul la libre administration, la femme ne pourrait s'opposer à l'exercice de la servitude.

544. Du principe qu'il faut être propriétaire du fonds assujetti, ou avoir reçu mandat du propriétaire, pour pouvoir y établir des servitudes, il suit encore que celui qui n'a qu'une part indivise dans le fonds, comme le tiers, le quart, ne peut, sans le consentement de ses copropriétaires, en constituer qui soient obligatoires pour eux ¹. Elles ne le deviendraient que par leur ratification, parce que la ratification équipolle au mandat. Mais il ne pourrait cependant lui-même s'opposer à leur exercice, quoique la ratification n'eût

¹ L. 2, ff. de *Servit.*

pas encore eu lieu : il doit au moins respecter ses actes ¹.

545. La qualité de propriétaire, avec la capacité de contracter ou de disposer, suffit sans doute pour pouvoir constituer valablement des servitudes ; mais pour le faire avec des effets permanens, il faut, de plus, être propriétaire incommutable, du moins généralement ² ; car si la propriété vient à se résoudre dans la main du constituant, par l'effet d'une révocation, d'une rescision ou d'une condition résolutoire, les droits qu'il a lui-même concédés à des tiers s'évanouissent avec le sien, par application de la règle si connue, et érigée en loi dans l'article 2125 relativement aux hypothèques, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Mais nous reviendrons sur ce point quand nous traiterons de l'extinction des servitudes.

546. La circonstance que les biens d'une personne sont grevés d'hypothèques, ne l'empêche sans doute pas de les grever aussi de servitudes, mais elle ne peut néanmoins le faire au détriment des droits de ceux à qui elle a consenti ces hypothèques. Telle servitude, en effet, par exemple la prohibition de bâtir sur un

¹ Voyez *suprà*, n° 468.

² Nous disons *généralement*, parce qu'il y a quelques exceptions, notamment pour le cas où les servitudes auraient été constituées par les envoyés en possession définitive des biens d'un absent, et que l'absent reparaîtrait : il reprendrait ses biens dans l'état où ils se trouveraient alors (art. 132). Il en serait de même si c'était ses enfans ou descendans qui vinnent les réclamer dans les trente ans (art. 133). L'article 958 renferme aussi une modification du principe, au moyen de la distinction qu'il établit entre les actes faits, sur les biens donnés, par le donataire ingrat, antérieurement à l'inscription de la demande en révocation en marge de la transcription de la donation, et ceux qu'il a faits depuis cette inscription.

terrain situé dans une ville, enlèverait au fonds la majeure partie de sa valeur, et diminuerait, dans la même proportion, celle du gage déjà consenti aux créanciers, et sur la foi duquel ils ont contracté : aussi le principe en lui-même n'est-il susceptible d'aucune objection : toute la difficulté consiste dans l'application.

D'abord, supposons qu'au moment où les créances hypothécaires deviennent exigibles les immeubles sont encore dans la main du débiteur : l'expropriation, faute de paiement, peut en être poursuivie par les créanciers, sans égard aux servitudes dont il s'agit. Mais nous croyons qu'il faudrait assigner, avant l'adjudication, ceux au profit desquels elles ont été constituées, pour les faire annuler contradictoirement avec eux, comme ayant été établies en fraude de ces mêmes créanciers : l'article 1167 serait applicable. Il en devrait même être ainsi, encore que la fraude ne fût point prouvée, si le préjudice était réel et de quelque importance ; car le débiteur n'a pu, par son fait, diminuer les sûretés qu'il avait données à ses créanciers, et ceux qui ont reçu de lui les cessions des servitudes n'ont pu les accepter que sous l'obligation de respecter, dans tous leurs effets, les droits qui étaient déjà acquis à d'autres sur les mêmes biens.

Mais si l'adjudication avait eu lieu sans que l'annulation des concessions eût été prononcée contradictoirement avec les parties intéressées, l'adjudicataire serait obligé d'en souffrir l'exercice, puisqu'il serait censé avoir acquis en conséquence ; sauf son recours contre le débiteur pour celles qui n'étaient point ap-

parentes et qui n'auraient pas été déclarées dans le cahier des charges, et même, si ces servitudes étaient tellement onéreuses qu'il serait évident que l'adjudicataire n'aurait pas acquis s'il les avait connues, le droit de demander contre ce dernier la résiliation du contrat d'adjudication, par application de l'article 1638.

Si les immeubles avaient été aliénés depuis la constitution des servitudes, et que l'acquéreur se mît en mesure de purger les hypothèques, en offrant un prix aux créanciers inscrits, nous pensons, si cette offre leur paraissait insuffisante, qu'ils devraient, en surenchérissant dans le délai, et sous les conditions prescrites par la loi, procéder contre les cessionnaires des servitudes comme il vient d'être dit sur le cas où l'expropriation est poursuivie contre le débiteur lui-même; car le prix offert étant moindre en raison de l'existence des servitudes, les créanciers hypothécaires éprouveraient par cela même un préjudice s'ils ne les faisaient annuler, afin de pouvoir faire vendre les immeubles à un prix supérieur. Cela n'a pas besoin d'être plus amplement démontré; et tout ce qui vient d'être dit est applicable quelle que soit l'espèce d'hypothèque au préjudice de laquelle les servitudes auraient été consenties: qu'elle soit légale, judiciaire, ou conventionnelle, n'importe; et, nonobstant le droit de pouvoir en faire prononcer l'annulation, le créancier porteur d'une hypothèque de cette dernière qualité pourrait invoquer l'article 1188, et prétendre que le débiteur est déchu du bénéfice du terme, pour avoir, par son

fait, diminué les sûretés qu'il lui avait données par le contrat ; car, en l'exposant ainsi à un procès dont l'issue est toujours plus ou moins incertaine, et accompagné de difficultés plus ou moins graves, c'est réellement avoir diminué ses sûretés.

547. Au surplus, dans aucun cas l'acquéreur d'une servitude ne peut, comme l'acquéreur de l'immeuble lui-même, l'affranchir des hypothèques par l'offre d'un prix aux créanciers hypothécaires. La purge des hypothèques n'a point été instituée en faveur des cessions de servitudes, mais en faveur des transmissions de propriété : elle est même incompatible avec la nature du droit de servitude ; car ce droit réside sur un immeuble déterminé, et la translation qui en serait faite sur un autre fonds ne pourrait être que l'extinction de la première servitude et la constitution d'une nouvelle : or, c'est ce que les principes n'admettent pas. Aucun des créanciers hypothécaires auxquels le prix serait offert, même celui qui aurait un fonds joignant l'héritage assujéti, et auquel une semblable servitude pourrait convenir, n'aurait le moyen de surenchérir pour acquérir celle dont il s'agit ; par conséquent, privé de cette faculté, l'offre d'un prix quelconque ne peut lui être valablement faite. Un tiers ne pourrait pas davantage l'acquérir, et telle est la raison pour laquelle les servitudes, quoiqu'elles soient des droits réels immobiliers comme l'usufruit des immeubles, ne peuvent cependant être hypothéquées par elles-mêmes, abstraction faite du fonds au profit duquel elles existent, tandis que l'usufruit

des mêmes biens peut l'être sans difficulté (art. 2118); car une telle hypothèque ne présenterait aucune sûreté à celui qui la recevrait.

§ II.

Par qui peuvent être acquises les servitudes dérivant du fait de l'homme.

548. Comme, en principe, on ne peut stipuler pour autrui (art. 1119), il faut, en général, pour pouvoir attribuer valablement une servitude à un fonds, être propriétaire de ce fonds, ou avoir reçu mandat du propriétaire.

549. Ainsi, le fermier, le locataire, n'ont pas qualité à cet effet, quand même ils se seraient portés forts de faire agréer la convention au propriétaire. On peut bien, en effet, en se portant fort pour un tiers, promettre valablement que ce tiers donnera ou fera quelque chose, parce qu'alors on est moins censé promettre le fait de celui-ci que son propre fait; mais, hormis les cas où la stipulation que l'on fait pour un tiers est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre (art. 1121), on ne stipule pas valablement pour autrui, même en se portant fort que le tiers ratifiera; car s'il en était autrement, le principe ne signifierait rien, puisqu'il faut bien supposer, pour qu'il y ait lieu à la question, que le tiers veut profiter de la stipulation, et par conséquent qu'il ratifie; or, la loi dit qu'on ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-

même ¹, et elle ne fait exception, quant à la promesse, que pour le cas où celui qui la consent se porte fort que le tiers ratifiera, et quant à la stipulation, que pour les deux cas ci-dessus rappelés. En un mot, le défaut d'intérêt, et par suite le défaut de lien, n'existe pas moins quoique celui qui a fait la stipulation pour le tiers ait promis la ratification de ce dernier : cette promesse, nécessairement sous-entendue dans la convention, n'ajoute rien à sa force intrinsèque, et ne supplée en rien le défaut d'intérêt et par conséquent le défaut de lien. La stipulation du fermier, du locataire, aurait sans doute son effet comme toute convention qui n'est pas contraire aux lois et aux bonnes mœurs, mais elle ne produirait le droit réel, ni sur le fonds de celui qui aurait fait la promesse, ni en faveur du fonds affermé ou loué : il n'y aurait qu'un simple droit d'obligation, dont l'effet ne serait relatif qu'aux contractans, et cesserait à l'expiration du bail : au-delà le fermier ou le locataire est sans intérêt, et c'est ce qui répond parfaitement au raisonnement de quelques auteurs, qui ont cru voir dans l'article 1121 précité la confirmation de la convention comme servitude, parce que, selon eux, elle était la condition de la stipulation que le fermier ou le locataire faisait pour lui-même. Cet article est inapplicable à la question, parce que le principal, la constitution de servitude, ne pouvait être stipulé par lui à cause du défaut de qualité, et

¹ Ce principe est consacré par une foule de lois romaines, notamment par la L. 11, ff. de *Obligat. et Actionib.*

qu'il serait contraire aux principes que ce fût une convention, dont l'effet n'est que très-secondaire comparativement, qui validât ce qui ne pouvait avoir lieu pour cette cause.

550. Il en serait de même de la stipulation de servitude faite par l'usufruitier. Cependant, suivant le Droit romain, dont la disposition à cet égard devrait être suivie chez nous, l'emphytéote peut valablement stipuler des servitudes au profit du fonds, non pas, il est vrai, d'après les principes du Droit civil, mais d'après ceux du Droit prétorien¹, qui maintenait les servitudes pendant la durée de l'emphytéose.

551. Mais, comme nous l'avons dit plus haut², il ne serait pas nécessaire, dans les principes du Code, d'être propriétaire en totalité d'un immeuble pour stipuler valablement une servitude au profit de cet immeuble. Celui qui n'en aurait qu'une portion par indivis devrait être considéré comme ayant reçu pouvoir de ses copropriétaires d'améliorer la chose commune, d'après les principes généraux de la société; sa stipulation, en ce qui concernerait l'intérêt des associés, devrait d'ailleurs être regardée comme la condition de celle qu'il a faite pour lui-même, ce qui rendrait applicable l'article 1121. Tel est aussi la sentiment de Voët³, qui enseigne que le Droit moderne, moins rigoureux que le Droit romain sur l'effet de la stipulation au profit des tiers, s'éloi-

¹ L. 1, ff. de *Superf.* Voy. au tome précéd. n° 24, et *suprà*, n° 542.

² Voyez *suprà*, n° 467.

³ Tit. *Communia præd. tam urb. quàm rust.*, n° 9 et 10.

gne en ce point des principes de cette dernière législation.

552. Au reste, je puis très-bien stipuler une servitude pour un fonds que je n'ai pas encore, mais que je me propose d'acquérir ¹; car la stipulation est censée faite sous cette condition : *si j'acquiers le fonds*. Ce cas est semblable à celui où je stipule une servitude pour une maison que je me propose de construire sur mon terrain, *insula futura* ².

553. Bien mieux, le simple possesseur d'un fonds, même de mauvaise foi, peut lui faire acquérir une servitude par l'usage qu'il en fait. Ce n'est pas là stipuler pour autrui sans mandat; c'est plutôt le fonds qui acquiert la servitude, que la personne elle-même. Tel serait le cas où, au moment de la possession, la servitude s'exerçait déjà depuis un certain temps; tel serait aussi le cas où le possesseur aurait commencé à l'exercer lui-même, et que la prescription, qui n'a pu courir relativement à l'acquisition du fonds possédé, à cause, par exemple, de la minorité du propriétaire ³, a pu cependant courir contre le maître de l'héritage sur lequel la servitude a été exercée. Nous reviendrons sur ce point, *infra*, n° 591.

554. La servitude concédée à quelqu'un dont le droit sur le fonds vient à se résoudre avant qu'elle soit

¹ L. 25, § 10, ff. *Famil. ercisc.*; L. 10, ff. *de Servit. præd. rust.* Voyez, tit. *de Servit.*, n° 2.

² Voyez *suprà*, n° 443.

³ Ce qu'il faut supposer pour que la question puisse s'élever dans ce cas, car autrement le possesseur serait propriétaire, et non pas seulement possesseur.

acquise au fonds par l'usage, doit, selon nous, et d'après les principes qui viennent d'être exposés, cesser avec le droit de celui à qui elle a été concédée. Par exemple, la servitude acquise par un donataire dont la donation est ensuite révoquée pour survenance d'enfants, doit cesser par l'effet de la révocation, à moins qu'elle ne fût du nombre de celles qui peuvent s'acquérir par l'usage, et que le temps de la prescription ne fût révolu, comme il vient d'être dit au n° précédent : autrement la servitude doit s'évanouir. En effet, le donateur, qui ne serait point obligé de souffrir celle que ce donataire aurait imposée sur le fonds, parce qu'il le reprend dans l'état où il était lors de la donation (art. 963), ne doit point, par la même raison, invoquer la cession faite au donataire, bien que les servitudes soient attachées au fonds. Reprenant son immeuble *ex jure antiquo*, ce qui s'est fait pendant que cet immeuble était dans la main du donataire, est, à son égard, de lui donateur, *res inter alios acta, quæ aliis nec nocet nec prodest*.

555. Nous en disons autant de la servitude acquise par l'acheteur avec pacte de réméré, si le vendeur usait de la faculté de rachat. La servitude, par exemple, qui aurait été léguée à cet acheteur, ne devrait point profiter au vendeur, auquel le testateur n'a nullement songé. Il en aurait été sans doute autrement en Droit romain, mais par l'effet d'un principe qui n'a pas été admis dans notre législation. Chez nous, le pacte de réméré a des effets réels, et peut, en conséquence, être exercé contre tout détenteur quelconque (art.

1664); au lieu que, suivant le Droit romain, il obligeait seulement l'acheteur à revendre la chose au vendeur, ce qui était une simple action personnelle; la propriété pleine et absolue n'en passait pas moins à l'acheteur par la tradition de la chose, à moins que le vendeur ne lui eût livré qu'une possession précaire : ensorte que, hormis ce cas, le pacte ne s'exerçait point contre les tiers. D'après cela, il n'est pas étonnant que si l'acheteur eût accepté des cessions de servitudes pendant que le fonds était encore dans sa main, ces servitudes ne suivissent l'héritage dans celle du vendeur : ce n'était là que l'application des principes ordinaires. Mais, dans notre Droit, l'acheteur à réméré n'est pas propriétaire incommutable tant que le délai pour le rachat n'est pas expiré : il n'a, jusque-là, qu'une propriété résoluble, et l'effet de cette résolution est de le faire considérer comme n'ayant jamais été propriétaire de l'immeuble : d'où il suit que tout ce qu'il a fait relativement à cet immeuble est censé, par rapport au vendeur, avoir été fait par un tiers, sans intérêt, ou dont l'intérêt du moins était résoluble; ce qui rend également inapplicable l'article 1121, lors même que celui qui reprend l'immeuble, soit dans le cas de donation, soit dans celui de vente à réméré, aurait déclaré, avant toute protestation de la part du propriétaire du fonds assujéti, vouloir profiter de la stipulation faite par le donataire ou l'acheteur. En un mot, dans tous ces cas, la cession de la servitude est censée avoir été faite sous la même condition résolutoire, expresse ou tacite, que

celle dont était affectée la transmission de la propriété du fonds. On ne peut même raisonnablement supposer que le donataire, ou l'acheteur avec pacte de rachat, ou tout autre dont le droit était révocable, résoluble, ou rescindable, ait pu vouloir autre chose en acceptant cette cession, puisqu'il était sans intérêt à ce qu'elle produisît encore des effets après la résolution quelconque de son droit. Nous croyons fermement que tels sont les vrais principes de la matière, quoique nous n'ignorions pas que quelques personnes aient avancé le contraire.

556. Bien qu'il faille être propriétaire du fonds pour lequel on stipule une servitude, afin de la stipuler valablement, rien n'empêche néanmoins qu'un père ne puisse en acquérir une en faveur de l'héritage de son enfant mineur, lors même qu'il ne serait point tuteur de ce dernier, soit parce que la tutelle ne serait pas encore ouverte, la mère vivant encore, soit pour d'autres causes. (Art. 935, par argument).

Il en est de même du mari à l'égard de celle qu'il stipulerait pour les biens de sa femme. Il y a pouvoir suffisant à cet effet dans le père ou dans le mari, pouvoir que leur seule qualité fait présumer, et qui existe presque toujours réellement, parce que l'un et l'autre sont chargés par la loi de faire ce qui peut améliorer les biens de la personne placée sous leur protection. Le concédant ne serait donc pas fondé à prétendre ensuite, contre le mineur ou la femme, que la convention n'a été faite que par un tiers sans mandat, et qu'elle pèche en conséquence par défaut de lien.

557. Et dans tous les cas où ce serait un incapable lui-même qui aurait accepté la concession d'une servitude, comme un mineur, un interdit, une femme mariée non autorisée, le concédant ne pourrait se prévaloir de l'incapacité de celui avec lequel il a traité, pour faire annuler cette concession : l'article 1125 s'y opposerait formellement. L'annulation de l'acte ne pourrait être invoquée que par l'incapable, ou son héritier.

SECTION V.

DE QUELLES MANIÈRES PEUVENT ÊTRE ÉTABLIES LES SERVITUDES DÉRIVANT DU FAIT DE L'HOMME.

SOMMAIRE.

558. *Manières générales dont s'établissent les servitudes dérivant du fait de l'homme.*

§ 1^{er}.

De l'établissement des servitudes par titre, ou volonté expresse.

559. *Les servitudes peuvent être établies à titre gratuit ou à titre onéreux : exemple d'une servitude établie par testament.*
560. *Exemple d'une servitude concédée par donātion entre vifs : en quelle forme l'acte doit avoir lieu.*
561. *La transcription de l'acte emportant donation de la servitude n'est pas nécessaire.*
562. *Divers actes à titre onéreux par lesquels on peut établir des servitudes.*
563. *Quand la concession a lieu par acte sous signature privée, l'acte doit être fait en double original.*
564. *En principe, si l'acte n'a pas acquis date certaine antérieurement à l'époque où un tiers aurait reçu un droit sur l'immeuble, il ne peut être opposé au tiers.*
565. *Comment on peut remplacer le titre constitutif d'une servitude : rapprochement des articles 695 et 2263, et différence des deux cas.*

§ II.

De l'établissement des servitudes par tacite volonté, ou destination du père de famille.

566. *Ce qu'on entend par destination du père de famille.*
567. *Suite.*
568. *Pour qu'il y ait servitude par suite de la destination du père de famille, il faut que l'un des fonds, ou partie du fonds, s'il n'y en a qu'un, sorte de la main du propriétaire.*
569. *Dispositions des articles 692-693-694, relatives à la destination du père de famille, ou à l'établissement de la servitude par tacite volonté du propriétaire des deux fonds.*
570. *Différence des conditions exigées par les deux premiers de ces articles, et de celles que veut simplement le dernier.*
571. *Diverses opinions sur la manière de les concilier quant au résultat définitif touchant l'existence de la servitude.*
572. *Réfutation de ces différentes opinions.*
573. *Résumé de la difficulté.*
574. *D'après l'analyse exacte des articles précités, la question de savoir comment peut se faire la preuve que les deux fonds ont appartenu au même, et que les choses ont été mises par lui dans l'état où elles se trouvent, n'a pas une grande importance.*

§ III.

De l'établissement des servitudes par la prescription.

575. *D'après le Code, il n'y a que les servitudes tout à la fois continues et apparentes qui puissent s'établir par prescription.*
576. *La servitude *altius non tollendi* ne peut et n'a jamais pu s'établir de cette manière, parce que d'ailleurs c'est une servitude négative.*
577. *Ainsi encore, un droit de passage ne peut aujourd'hui s'acquérir par prescription.*
578. *Motifs qui ont déterminé les rédacteurs du Code à rejeter la prescription, comme moyen d'établir les servitudes, à*

552 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIC. DE LA PROPR.

l'égard de celles qui sont non apparentes, ou discontinues, apparentes ou non.

579. *Le Code n'a porté aucune atteinte aux droits acquis par prescription lors de la publication de la loi sur les Servitudes, dans les pays où ils pouvaient s'acquérir de cette manière.*
580. *Ce serait à celui qui prétendrait qu'un tel droit lui était alors acquis, à en faire la preuve : bientôt cette preuve ne pourra plus se faire par témoins ; quelles sont les règles à observer pour qu'elle puisse se faire aujourd'hui.*
581. *Précaution que l'on peut prendre dès à présent pour assurer la conservation du droit.*
582. *La prescription ne pourrait être fondée sur une jouissance uniquement autorisée par un un statut local.*
- 582 bis. *C'est la loi du 10 juin 1793 qui régit le droit des communes quant aux servitudes, même discontinues, en la possession desquelles elles se trouvent.*
583. *Conditions générales requises pour la prescription à l'effet d'acquérir les servitudes.*
584. *Il faut que la possession soit paisible : conséquence.*
585. *Il faut qu'elle soit publique : exemples.*
586. *Il faut qu'elle ne soit point équivoque : application du principe.*
587. *Il faut aussi qu'elle ne soit pas à titre précaire ; dans tous les cas, le vice de la possession ne peut être opposé qu'autant qu'il existe par rapport à l'adversaire de celui qui invoque la prescription.*
588. *Les actes de pure faculté ne fondent ni possession ni prescription : caractères de ces actes.*
589. *Ceux de pure tolérance ne fondent non plus aucune prescription.*
590. *Il est bien moins important aujourd'hui qu'anciennement, en matière de servitudes, de connaître si la jouissance a été ou non l'effet d'une simple tolérance.*
591. *Il n'est pas nécessaire que ce soit le maître de l'héritage dominant qui exerce la servitude pour qu'elle puisse s'établir par prescription.*
592. *Il faut que la possession ait eu la durée voulue par la loi, et qu'elle n'ait pas été interrompue ; cette durée est en général de trente ans.*

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 553

593. *Avec titre émané d'un tiers, et bonne foi, la servitude pourrait cependant s'acquérir par dix ans entre présents et vingt ans entre absents : controversé.*
594. *Diverses manières dont on peut interrompre la possession ou jouissance de la servitude.*
595. *Effet de l'interruption à l'égard de l'un des propriétaires du fonds dominant.*
596. *Dans tous les cas où il y a eu interruption, le temps antérieur n'est jamais compté.*
597. *Celui qui exerce aujourd'hui la servitude et prouve l'avoir anciennement exercée, est présumé en avoir joui dans le temps intermédiaire, sauf preuve contraire.*
598. *Pour compléter la prescription de la servitude, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé.*
599. *Pas plus en matière de servitude qu'en matière de propriété, la prescription ne court contre les mineurs et les interdits.*
600. *Elle ne court pas non plus entre époux.*
601. *Mais, en thèse générale, elle court contre la femme mariée, au profit des tiers.*
602. *Il faut que le fonds soit aliénable : ainsi aucune servitude ne peut s'acquérir par prescription sur les immeubles dotaux proprement dits pendant le mariage, à moins qu'elle n'eût commencé auparavant, ou qu'il n'y ait eu séparation de biens.*
603. *Les particuliers peuvent acquérir par prescription des droits de servitude sur les biens de l'État ou des communes qui ne sont point affectés à un usage public ou communal.*
604. *Peut-on en acquérir sur des biens grevés de substitution?*
605. *Le mode d'exercice de la servitude peut se prescrire aussi bien en faveur du propriétaire du fonds dominant, qu'en faveur du maître du fonds assujéti.*
606. *Mais cependant cela n'est vrai que sous certaines distinctions.*
607. *Suite.*
608. *Si le changement de mode a eu lieu d'un commun accord, ces distinctions n'ont plus d'application.*
609. *L'ancien mode peut se trouver éteint par l'effet de la*

prescription, sans que le nouveau ait pu s'acquiescer de cette manière, à cause de la minorité ou de l'interdiction du propriétaire du fonds assujéti.

558. Les servitudes dérivant du fait de l'homme peuvent être établies,

Par titre, ou volonté expresse ;

Par tacite volonté, ou destination du père de famille, dans certains cas ;

Par prescription, mais sous certaines distinctions.

C'est ce que nous allons successivement développer.

§ 1^{er}.

De l'établissement des servitudes par titre, ou volonté expresse.

559. Comme l'usufruit, les servitudes peuvent être établies à titre gratuit ou à titre onéreux.

A titre gratuit : par testament ou par donation entre vifs.

Ainsi, je lègue à Paul un droit de prise d'eau à la source qui est dans mon fonds ; ou bien je lui lègue le fonds, mais sous la réserve que mon héritier y aura une prise d'eau, ou un passage, etc.

560. Ainsi encore, je donne à Paul, qui l'accepte, le droit d'avoir des jours d'aspect sur mon terrain à moins de six pieds de distance de la ligne séparative de nos fonds. Comme il n'y a aucun prix quelconque, que ce n'est point là un arrangement entre voisins, ni un don manuel, ni une remise de dette, mais bien une donation régulière, destinée à produire un droit et une action pour en assurer l'exécution, l'acte, pour être obligatoire et capable de produire cette action

contre moi ou mes héritiers, devrait être fait dans la forme des actes emportant donation entre vifs, avec acceptation expresse; autrement la concession pourrait être attaquée comme n'ayant d'autre cause que la volonté de conférer une libéralité, pour la validité de laquelle les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées. Cela ne surprendra pas, si l'on songe que les donations d'effets mobiliers, même faites et acceptées par actes authentiques, sont nulles, s'il n'a pas été joint à l'acte un état estimatif des objets, signé du donateur et du donataire, ou de celui qui a accepté pour lui (art. 968), et une servitude peut quelquefois ôter à un fonds une grande partie de sa valeur.

561. Mais comme les servitudes ne sont point par elles-mêmes susceptibles d'hypothèque (art. 2118), et que l'article 939 ne prescrit la transcription des actes de donation qu'autant que les biens peuvent être hypothéqués, il n'y aurait aucune nécessité de faire transcrire l'acte portant donation d'une servitude.

562. *A titre onéreux* : par titre onéreux nous entendons le titre intéressé de part et d'autre, le titre commutatif.

Ainsi les servitudes s'établissent par des actes de vente; comme lorsque je vous vends, moyennant tant, un droit de prise d'eau sur mon fonds, ou qu'en vous vendant le fonds, je m'y réserve une prise d'eau, ou vous accorde le droit d'en exercer une sur un autre fonds qui m'appartient également.

Elles s'établissent aussi par échange, par arrangement entre voisins, qui se cèdent réciproquement une servitude sur leurs fonds ; par cessions, transactions, et plus fréquemment encore par des actes de partage.

565. Mais si la constitution a lieu par acte sous seing privé, il doit être fait en double original, et chaque original doit contenir la mention du nombre d'originaux qui en sont faits. Cependant, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles ne pourrait être opposé par celui qui aurait exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. (Art. 1325.)

564. Si l'acte constitutif n'avait point encore acquis une date certaine de l'une des manières exprimées à l'article 1328, au moment où un tiers viendrait à acquérir des droits sur le fonds assujéti, par vente, échange, cession ou abandon, ou des droits d'usufruit ou d'hypothèque, sans que cet acte de transmission contînt aucune clause relative à la servitude, le tiers ne serait point forcé d'en reconnaître l'existence, puisqu'elle a pu être concédée seulement depuis l'aliénation du fonds à son profit, ou l'acquisition de tout autre droit, et que les actes qui n'ont pas de date certaine ne peuvent être opposés aux tiers. Cette décision pourrait toutefois n'être pas applicable au cas où la servitude s'exercerait déjà publiquement au moment de l'établissement des droits dont il vient d'être parlé, que des travaux auraient déjà été faits à ce sujet ; la possession publique en laquelle serait celui à qui elle a été cédée attestant alors que son titre n'est

point frauduleux, elle devrait le protéger, du moins généralement.

565. L'article 695 porte : « Le titre constitutif de
« la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'ac-
« quérir par la prescription, ne peut être remplacé
« que par un titre récongnitif de la servitude, et émané
« du propriétaire du fonds asservi. »

Ces mots, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne veulent pas dire, *à contrario*, que le titre constitutif des servitudes qui peuvent s'acquérir par prescription peut être remplacé par un autre titre qu'un titre récongnitif, ou émané d'un autre que le propriétaire de l'héritage assujetti ; car tout titre qui a pour objet d'en remplacer un autre, ne peut être qu'un titre récongnitif, et ce titre doit nécessairement émaner de la partie intéressée. Ces mots ne sont donc employés, dans l'article, que *simpliciter*, seulement pour faire entendre que la prescription, à l'égard des servitudes qui peuvent s'acquérir de cette manière, remplace le titre constitutif, en tient lieu, dispense d'en produire un ; tandis que lorsqu'il s'agit de servitudes qui ne peuvent s'acquérir que par titre, il faut, à toute époque, produire celui de la constitution, ou bien un titre récongnitif, émané du propriétaire du fonds asservi, ou de son prédécesseur. Or, sans cela, le maître du fonds pourrait soutenir qu'il n'y a jamais eu de constitution de servitude et que l'exercice de celle qui est prétendue, n'a été que l'exercice d'une servitude non susceptible de s'acquérir par prescription. Mais la production du titre constitutif, quelque an-

cien qu'il soit, quand d'ailleurs la servitude n'a pas cessé d'être exercée depuis trente ans, justifie pleinement du droit, ainsi conservé par l'exercice de la servitude. En cela, il y a une différence notable des servitudes d'avec les rentes. Ceci mérite quelque explication.

Quand il s'agit d'une rente, le créancier aurait beau produire le contrat constitutif de la rente, si ce contrat avait plus de trente ans de date, et si le créancier n'avait pas eu la précaution de donner, par acte public, quittance de quelque paiement qui lui a été fait des arrérages dans les trente dernières années, ou d'en retirer quelque reconnaissance du débiteur, celui-ci pourrait lui opposer la prescription, en alléguant qu'il n'a rien payé depuis trente ans, et par conséquent qu'il est libéré en vertu de l'article 2262, portant que toutes les actions, tant réelles que personnelles, se prescrivent par trente ans. Or, il n'est pas d'usage de donner des quittances d'arrérages de rente par acte public, ni de retirer des contre-quittances des quittances sous signature privée qui sont remises au débiteur : le droit du créancier de la rente serait donc fort exposé, malgré la diligence de celui-ci à se faire payer régulièrement les arrérages de la rente. C'est pour prévenir cet inconvénient, que l'article suivant, 2263, autorise le créancier d'une rente à exiger du débiteur, et aux frais de celui-ci, un titre nouvel, après vingt-huit ans, à compter de la date du dernier titre. Mais quand il s'agit de servitudes, même non susceptibles de s'acquérir par prescription, l'exercice de ces servitudes, joint au titre qui les a établies, conserve par-

faitement le droit, puisque celui qui les doit ne peut pas dire comme le débiteur d'une rente : il n'y a rien eu de fait, rien de payé depuis trente ans, et par conséquent, prescription. On lui prouverait, au contraire, que le droit de servitude a été exercé, et par cela même conservé, et cette preuve pourrait se faire même par témoins, puisqu'il ne s'agirait que de prouver de simples faits de possession. Un titre récongnitif n'est donc nécessaire en pareil cas, qu'autant que, par quelque circonstance extraordinaire, celui qui a droit à la servitude ne jugerait pas à propos de l'exercer ; autrement, le titre constitutif lui conserve pleinement son droit, et il n'a pas besoin, comme le créancier d'une rente, d'un titre nouvel.

C'est ce que fait clairement entendre Pothier dans son commentaire *sur la Coutume d'Orléans*, tit. 13, n° 18.

« Le titre récongnitif de la servitude que celui à qui elle est due se ferait passer par celui qui la doit, dit-il, *tient lieu d'usage de la servitude*, et empêche la prescription de courir. Il est très-utile de faire passer ces reconnaissances pour prévenir le cas auquel le fait de l'usage de la servitude pourrait être contesté. » Et Pothier raisonne ici au sujet des servitudes *rustiques*, telles que celles de passage, de pâturage, de puisage, etc., qui ne sont point susceptibles, du moins aujourd'hui, de s'acquérir par prescription. Ainsi, c'est parce que l'usage de la servitude pourrait être contesté, que Pothier trouve utile de faire passer ces reconnaissances. Mais on peut, par un usage suivi de la servi-

tude, se mettre facilement à l'abri de cette contestation. De cette importante différence entre le cas de servitude et celui de rente, il faut conclure que celui à qui une servitude est due n'a pas le droit d'exiger, tous les vingt-huit ans, comme le créancier d'une rente, un titre nouvel, puisqu'il peut parfaitement conserver son droit en conservant son titre constitutif, et en faisant usage de la servitude.

En un mot, dans le cas de rente, il s'agit de prescription libératoire d'obligations personnelles, et dans le cas de servitude, il s'agit de la libération du fonds *par le non usage*; or, il ne tient qu'à celui à qui la servitude est due, d'en user; s'il ne le fait pas, tant pis pour lui. Après des explications aussi simples, il est inutile d'entrer dans les discussions qui se sont élevées à ce sujet entre plusieurs interprètes du Code civil, lesquels n'ont même pas tous compris le véritable point de la question. Au surplus, dans le cas où celui à qui est dû la servitude viendrait à perdre ou à égarer son titre, n'ayant pas d'ailleurs cessé d'exercer la servitude depuis trente ans, il pourrait demander un titre nouvel, mais à ses frais. Et si le droit de servitude lui était alors contesté, il pourrait prouver, même par témoins, que son titre a été perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. (Art. 1348.)

§ II.

De l'établissement des servitudes par tacite volonté, ou destination du père de famille.

§66. On entend par *destination du père de famille*,

les dispositions que le propriétaire d'un ou plusieurs fonds a faites, au moyen de certains travaux, pour l'usage plus avantageux de ces mêmes fonds, ou de l'un d'eux, ou des diverses parties de celui qu'il possède, s'il n'en a qu'un seul. Par exemple, si, dans le cas d'un pré, le propriétaire d'une terre a établi sur cette terre des canaux d'irrigation aboutissant au pré, qui lui appartient également; ou si le propriétaire d'un bâtiment y a pratiqué des jours d'aspect donnant sur un terrain qui lui appartient aussi; etc., etc.

567. Et il faut que ces dispositions, cet arrangement du père de famille, ne soient pas momentanés, qu'ils ne soient pas seulement le résultat de quelques circonstances passagères, mais bien, au contraire, pour durer toujours. En un mot, ce doit être une *destination*, pour pouvoir produire les effets que la loi y a attachés; et cette destination ne saurait exister si les changemens opérés l'ont été par un fermier, un locataire, un métayer ou colon partiaire, un usufruitier, etc., sans l'aveu du propriétaire, à moins toutefois que celui-ci n'eût ensuite approuvé ce qui a été fait, et que cela ne fût prouvé en cas de contestation; car alors il se serait approprié ces mêmes changemens.

568. On sent, au surplus, que, tant que le même restera seul propriétaire du fonds ou des fonds, il n'y aura pas servitude, puisque *res sua nemini servit* (art. 637); mais si, dans les cas donnés ci-dessus comme exemples, et autres semblables, les deux fonds cessent d'appartenir au même maître, alors la servitude commence, et elle est le résultat de l'arrangement que le

propriétaire de l'un et de l'autre héritages avait fait pour l'utilité et l'exploitation de l'un d'eux, l'effet de sa volonté tacite que les choses continueraient de subsister dans le même état.

559. Voici les dispositions du Code à cet égard ; elles ont donné lieu à quelque difficulté pour les concilier entre elles :

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

« 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. » (Art. 693.)

Enfin, l'article 694¹ porte : « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude dispose de l'un des héritages, sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister² activement et passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. »

570. Ainsi, suivant les deux premiers articles, pour qu'il y ait destination du père de famille, il faut :

¹ La L. 36, ff. de *Servit. præd. rust.*, renferme une disposition à peu près semblable.

² Cette expression n'est pas exacte, car pour que la servitude pût continuer d'exister, il faudrait qu'elle existât déjà lors de la disposition de l'un des fonds : or, d'après l'article 637, et la règle *res sua nemini servit*, elle n'existait pas encore.

1° Qu'il s'agisse d'une servitude tout à la fois continue et apparente ;

Et 2°, que les choses aient été mises dans l'état où elles se trouvent par le même propriétaire, et que cela soit prouvé : alors, la destination du père de famille tient lieu de titre, c'est-à-dire qu'elle dispense d'en produire un, soit qu'il n'y en ait réellement pas eu quand les deux fonds ont cessé d'être dans la même main, soit qu'il y en ait eu un, mais dans lequel on a omis de faire mention du maintien des choses dans l'état où elles se trouvent actuellement.

Tandis que, d'après le dernier de ces articles, la servitude, en l'absence de toute clause contraire dans l'acte de disposition de l'un des deux fonds, aura lieu s'il s'agit d'une servitude seulement apparente, dont le signe existait déjà lors du contrat, et ce, quand bien même les choses n'auraient pas été mises en cet état par le même propriétaire.

Deux conditions sont donc exigées par les articles 692 et 693, qui ne le sont point par l'article 694 : tellement qu'une servitude de passage, qui est discontinue (art. 688), ne résulterait point de la destination du père de famille, telle que la définissent les articles précités, quand bien même elle serait apparente, parce qu'elle s'annoncerait, par exemple, par une porte et un chemin conduisant de l'un des fonds dans l'autre ; et tellement aussi, en prenant ces articles 692 et 693 rigoureusement à la lettre, que, lors même qu'il s'agirait d'une servitude continue et apparente tout à la fois, comme des fenêtres ouvrantes,

elle ne résulterait pas non plus de la destination du père de famille, si ce n'était pas le même propriétaire qui eût mis les choses en cet état, quoiqu'il les y eût trouvées lorsque les deux fonds se sont réunis dans sa main, et qu'il les eût maintenues depuis telles qu'elles étaient alors ; tandis que, d'après l'article 694, la servitude, sans le moindre doute, aurait lieu dans l'une et l'autre hypothèse, s'il n'y avait rien de contraire dans l'acte de disposition de l'un des deux fonds.

Cependant, il est bien évident que, pour qu'il y ait lieu à savoir s'il existe une servitude par suite de la destination du père de famille, il faut nécessairement que les deux fonds ne soient plus dans la même main, qu'il y ait eu disposition de l'un d'eux, ou un acte de partage après la mort du propriétaire, ce qui revient au même. Mais alors on se trouve précisément dans les termes de l'article 694, qui statue sur le cas de cette disposition, de quelque manière qu'elle ait eu lieu ; car il porte : « Si le propriétaire de deux héritages « entre lesquels il existe un signe apparent de servi-
« tude, dispose de l'un des héritages, etc. » ; et par conséquent on ne sait si c'est ce dernier article qui doit être appliqué, ou bien si ce sont les deux précédents.

De là sont nés plusieurs systèmes sur la manière de les interpréter et de les concilier entre eux.

574. Quelques personnes, notamment M. Delvincourt, ont pensé que l'article 694 n'est qu'un développement, ou, pour mieux dire, qu'une application des deux précédents ; en conséquence, qu'il doit s'entendre du cas seulement où la servitude est tout à la fois con-

tinue et apparente : tellement que si le propriétaire de deux maisons avait établi un passage pour communiquer de l'une à l'autre, et qu'il disposât de l'une d'elles, sans que l'acte contînt aucune clause relative à ce passage, il ne continuerait pas d'exister, ni en vertu des articles 692 et 693, ni en vertu de l'article 694, quoiqu'il s'annonçât par un signe de servitude apparente, comme une porte de cour, etc. Elles conviennent, au reste, quand la servitude est tout à la fois continue et apparente, qu'il n'est pas nécessaire que les choses aient été mises par le même propriétaire dans l'état où elles se trouvent actuellement ; qu'il suffit, s'il les a trouvées déjà existantes, qu'il les ait maintenues dans cet état depuis que les deux fonds ont été réunis dans sa main, et qu'il soit prouvé qu'elles existaient dans ce même état lors de la disposition de l'un des deux fonds. Certainement ce dernier point ne saurait souffrir de difficulté.

D'autres, comme M. Pardessus, dans son traité *des Servitudes*, ont pensé qu'il y avait une distinction à faire entre les diverses espèces d'actes qui ont fait cesser la réunion, dans la même main, des divers héritages. Selon eux, quand l'acte invoqué à ce sujet est un acte de partage entre héritiers ou autres copropriétaires, il faut, en l'absence de toute convention relative à la servitude, 1° que celle qui est prétendue soit tout à la fois continue et apparente ; 2° qu'il soit prouvé que les divers fonds ont appartenu au même ; 3° qu'il soit prouvé aussi que c'est par lui que les choses ont été mises en l'état où elles se trouvent : en

un mot, on applique les articles 692 et 693 suivant leur teneur. Mais si l'acte qui a fait cesser la réunion est un acte de *disposition* de l'un des héritages par vente, cession, échange, donation, ou autre titre, on n'exige rien autre chose, si ce n'est, 1° que la servitude soit apparente ; 2° qu'il n'y ait pas, dans l'acte, de clause qui soit contraire à son maintien ; par conséquent, il n'y aurait pas nécessité de prouver que les choses ont été mises dans l'état où elles se trouvent par celui qui a possédé les deux fonds ; il suffirait d'établir qu'elles existaient dans cet état lors de la disposition de l'un de ces fonds.

D'autres enfin, et c'est l'interprétation qui nous paraît la meilleure, disent que, dans le cas de l'article 694, un acte de disposition de l'un des deux fonds est produit, ce qui n'a pas lieu ou du moins ce qui peut n'avoir pas lieu dans le cas des articles 692 et 693 ; et ils en concluent que la loi a bien pu exiger, dans ce dernier cas, que la servitude fût continue et apparente, et se contenter, dans le premier, qu'elle fût simplement apparente. Mais on objecte à cela que, puisqu'on suppose que, dans celui de la destination du père de famille, il y a eu aussi *disposition* de l'un des héritages, probablement cette disposition sera prouvée par des actes, du moins généralement ; que d'ailleurs, dès qu'elle est prouvée par les autres moyens de droit, les raisons sur lesquelles est fondé l'article 694 devraient également s'appliquer, soit que la servitude fût simplement apparente, soit que les choses, au lieu d'avoir été mises dans l'état où elles se trou-

vent par celui auquel les deux fonds ont appartenu, aient simplement été conservées par lui dans cet état.

572. Pour nous, nous croyons que la véritable destination du père de famille valant titre exige bien, il est vrai, le concours des circonstances et conditions exprimées aux articles 692 et 693, puisque la loi est formelle à cet égard, mais que l'article 694 consacre aussi une autre manière d'établir les servitudes, par l'effet de la tacite volonté du propriétaire des deux fonds, ou des copropriétaires, et résultant de la production d'un acte de disposition de l'un des fonds, ou d'un acte de partage, avec la circonstance que, lors de l'acte, il existait un signe apparent de servitude, et qu'il n'a rien été dit, dans l'acte, de contraire au maintien des choses; ce qui indique suffisamment qu'ils ont entendu qu'elles continueraient de subsister, soit en faveur du fonds aliéné ou du fonds conservé, soit au profit des parts de tels des copartageans sur celles des autres. Nous n'exigeons pas pour cela que les choses aient été mises dans l'état où elles se trouvent par le même propriétaire; leur existence au jour du contrat ou de l'acte de partage, suffit. Les ayant conservées en cet état, celui qui aliène actuellement l'un des fonds s'approprie, en l'approuvant, ce qu'ont fait ses prédécesseurs, et il en est de même dans le cas de partage.

Mais c'est parce que la servitude, dans le cas dont il s'agit, résulte seulement de la volonté présumée des contractans, que nous conviendrons sans peine que l'article 694 n'est pas applicable indistinctement

à tous les cas où il existerait entre deux héritages un signe de servitude simplement apparente. Ainsi, dans celui dont il a été parlé plus haut, où le propriétaire de deux maisons, qui avait établi un passage par une cour, pour communiquer de l'une à l'autre, a disposé de l'une de ces maisons, sans que l'acte contienne aucune convention relative au passage, il nous paraît raisonnable de dire que ce passage ne doit plus subsister; car il avait été établi plutôt pour la commodité du propriétaire, tant qu'il posséderait l'une et l'autre maisons, que pour l'utilité des maisons elles-mêmes, puisqu'il n'était point nécessaire à leur exploitation, on le suppose. L'aliénation de l'une d'elles devant faire cesser cette utilité, elle a dû, par cela même, faire cesser le passage: chacun des contractans a vraisemblablement entendu, lors du contrat, qu'il en serait ainsi, et par conséquent la présomption sur laquelle est fondé l'article 694 n'existant pas, il n'y a point de raison d'en appliquer la disposition. Mais si, au lieu d'un passage servant uniquement de moyen de communication d'une maison à l'autre, qui ont d'ailleurs toutes deux les sorties nécessaires à leur usage, on suppose un passage nécessaire à l'exploitation de l'un des deux fonds, alors, quoiqu'il s'agisse d'un signe de servitude seulement apparente, on devra décider que le maintien de ce passage a été dans l'intention des contractans, par cela seul qu'ils n'ont rien dit dans l'acte pour le supprimer: on appliquera l'article précité, soit que les choses aient été mises en cet état par le propriétaire actuel, ou l'un de

ses prédécesseurs, également propriétaire des deux fonds, soit qu'elles aient commencé lorsque les deux héritages appartenait à différens maîtres. Ainsi, propriétaire d'un terrain partie en vigne, partie en terre labourable, sur laquelle terre règne un chemin qui conduit de la voie publique à la vigne, pour son exploitation, je vends l'une de ces parties (n'importe laquelle) sans faire mention du chemin dans l'acte : il est clair, dans ce cas, que le chemin doit subsister ; car si c'est la vigne qui a été vendue, on ne peut raisonnablement croire, surtout si elle n'a pas d'autre issue, que l'acquéreur a entendu acheter, non pas avec le droit de passage, mais en vue de pouvoir ensuite s'en faire céder un moyennant indemnité, en vertu de l'article 682 : une telle supposition serait tout-à-fait invraisemblable. Le doute, d'ailleurs, s'il y en avait, devrait s'interpréter contre moi vendeur (art. 1602), et, de plus, la vente d'une chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel (art. 1615). Tous les principes, en pareil cas, militeraient donc en faveur de l'acheteur de la vigne. Or, quoiqu'ils soient moins nombreux en faveur du vendeur, on doit néanmoins décider que si j'avais vendu la terre et gardé la vigne, je serais également censé m'être réservé le passage dont il s'agit, par la raison que mon intention ne saurait non plus être douteuse, et que l'article 694 veut que la servitude *apparente* existe sur le fonds aliéné, en faveur du fonds réservé, comme sur le fonds réservé, en faveur du fonds aliéné.

Quant à la distinction rappelée plus haut, entre les actes de partage et ceux de disposition de l'un des héritages, elle ne repose sur rien de solide; elle est même combattue formellement par les principes de la matière, notamment par la L. 23, § 3, ff. *de Servit. præd. rust.*

D'après cette loi, que nous avons déjà eu occasion de citer sous un autre rapport ¹, lorsque l'on partage un fonds auquel il est dû un droit de passage, sans en faire mention dans l'acte de partage, le passage est dû à chacun des copartageans, qui, pour l'exercer, devront passer tous sur la partie du fonds partagé par où l'on passait avant la division pour arriver au chemin dû par le fonds voisin. Par la même raison, le passage qui n'existe que sur le fonds partagé, et qui est nécessaire à l'exploitation des différentes parties de ce fonds, est-il censé maintenu par le partage, quand il n'y a dans l'acte aucune clause à ce contraire.

575. En résumé, dans le cas prévu aux articles 692 et 693, il y aurait véritable destination du père de famille valant titre constitutif de servitude, mais à la charge de faire les preuves qu'ils exigent. Dans celui prévu à l'article 694, il y aura également servitude, mais servitude résultant de l'intention des contractans ou des copartageans, intention manifestée par un acte de *disposition* de l'un des héritages, ou par un acte de partage, lorsque l'acte produit ne contiendra aucune clause contraire au maintien des choses dans l'état où elles se trouvaient au jour de l'acte;

¹ Voyez *suprà*, n° 420, dans une des notes sur ce numéro.

et ce sera à celui qui réclamera la servitude, à prouver qu'effectivement elles étaient dans cet état à cette époque. Du reste, les deux modes dérivent de la même cause, la volonté du propriétaire ou des copropriétaires, de laisser les choses dans l'état où elles se trouvent quand la réunion vient à cesser.

574. Après cette explication sur les articles 692, 693 et 694, il ne reste plus qu'à examiner comment, dans le cas de la véritable destination du père de famille valant titre, doit se faire la preuve que les deux fonds ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état où elles se trouvent, ou du moins qu'elles étaient dans cet état quand les deux fonds étaient dans sa main; et comment, dans celui de l'article 694, où un acte de disposition de l'un des deux fonds est produit, doit se faire la preuve que les choses d'où résulte un signe apparent de servitude, existaient en cet état au moment de l'acte de disposition de l'un de ces deux fonds.

Sur le premier cas, M. Pardessus, dont l'avis n'a généralement point été adopté par les auteurs qu'il cite dans son traité *des Servitudes*, n° 291, a écrit que, pour pouvoir prouver par témoins que les deux fonds ont appartenu au même maître, il est besoin d'un commencement de preuve par écrit. Il ne paraît pas exiger, au surplus, ce commencement de preuve pour pouvoir prouver par témoins que les choses ont été mises par le même propriétaire dans l'état où elles se trouvent actuellement. Mais nous ne sommes

même pas de son avis sur la nécessité d'un commencement de preuve par écrit pour pouvoir prouver par témoins simplement le fait que les deux fonds ont anciennement appartenu au même propriétaire : les articles 692 et 693 n'exigent point ce commencement de preuve par écrit, et il serait bien difficile, dans la plupart des cas, d'en produire un. Il n'a pas toujours dépendu de celui qui réclame la servitude dont il s'agit, de se procurer une preuve écrite de son existence ; la loi elle-même le suppose si bien, qu'elle le dispense de produire un titre constitutif de la servitude, et même un acte quelconque attestant que les deux fonds ont précédemment appartenu au même propriétaire ; il suffit qu'il fasse la preuve de ce fait par tous moyens de preuve admissibles ; or, la preuve testimoniale est admissible, même sans commencement de preuve par écrit, lorsque celui qui l'invoque n'a pu se procurer une preuve écrite du fait qu'il allègue (art. 1348). D'ailleurs il ne s'agit ici que de prouver un simple fait, le fait de possession des deux héritages par une même personne, avant l'acquisition que le réclamant a faite de l'un d'eux ; or, les faits de simple possession se prouvent parfaitement par témoins, sauf la preuve contraire. A plus forte raison le commencement de preuve par écrit ne serait-il pas exigé pour pouvoir prouver par témoins que les choses d'où résulte la servitude prétendue ont été mises dans l'état où elles se trouvent par l'ancien propriétaire des deux fonds, ou qu'elles ont été maintenues par lui en cet état pendant qu'il était pro-

priétaire de l'un et de l'autre, s'il les avait trouvées déjà établies quand il l'est devenu. Nous décidons la même chose dans le cas de l'article 694 : cet article suppose si peu la nécessité d'un commencement de preuve par écrit pour pouvoir prouver par témoins l'existence du *signe apparent de servitude* au moment de la disposition de l'un des fonds par celui qui était propriétaire de tous deux, qu'il statue dans l'hypothèse où il n'a rien été dit à cet égard dans l'acte de disposition. D'où pourrait donc, en effet, venir ce commencement de preuve par écrit ? Assurément l'application de ces articles 692, 693 et 694, serait bien rare si la preuve des cas et des faits sur lesquels ils statuent ne pouvait se faire par témoins qu'à l'aide d'un commencement de preuve par écrit ; ce ne serait pour ainsi dire que des dispositions illusoires, ce qu'on ne doit pas admettre.

§ III.

De l'établissement des servitudes par la prescription.

575. Suivant l'article 691, les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titre.

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

La prescription n'a donc lieu aujourd'hui que pour

les servitudes qui sont tout à la fois continues et apparentes.

576. Ainsi, la servitude *altius non tollendi*, ou celle de ne pas bâtir du tout sur tel terrain, quoique nécessairement continue, puisqu'elle n'a pas besoin du fait actuel de l'homme pour être exercée, ne peut et n'a jamais pu s'acquérir par prescription, parce qu'elle est négative, qu'elle n'est point apparente (art. 689), et qu'ainsi le réclamant n'a rien pu posséder. Rien n'indiquerait, en effet, que si le voisin n'a pas élevé davantage son bâtiment, ou n'a pas bâti sur son terrain, ce n'est que parce qu'il se l'était interdit; car il a pu ne l'avoir pas fait parce qu'il ne lui convenait pas de le faire: c'était une pure faculté de sa part; par conséquent, son inaction n'a pu fonder, au profit du réclamant, aucune possession valable, aucune prescription (art. 2232). La notification que celui-ci lui aurait faite de ne point bâtir, suivie de son inaction pendant le temps requis pour la prescription, aurait pu jadis, en certains pays, servir de base à l'établissement de la servitude de cette manière, du moins quelques auteurs le prétendaient, parce qu'elle faisait, disaient-ils, supposer l'existence d'un titre, et que n'étant point contredite pendant tout le temps requis pour la prescription, cette supposition se transformait en présomption de Droit; mais le Code ne dit rien de semblable, et cette notification serait certainement inefficace aujourd'hui pour fonder la prescription, attendu que la loi actuelle n'en parle pas, qu'elle n'est point un titre, puisqu'on ne peut pas se faire à

soi-même un titre, et que le Code dit indistinctement que les servitudes non apparentes ne peuvent s'acquérir que par titre. Pourquoi voudrait-on, en effet, obliger un propriétaire à se jeter dans les embarras d'un procès, pour éviter les conséquences qui pouvaient jadis résulter de cette notification ?

577. Ainsi encore, un droit de passage, lors même qu'il s'annonçait par un signe extérieur, comme une porte, un chemin bien établi, non-seulement sur l'héritage prétendu assujéti, mais encore sur celui ¹ en faveur duquel on réclamerait la servitude, et faisant suite, ne saurait non plus s'acquérir aujourd'hui par le moyen de la prescription, parce qu'une telle servitude est essentiellement discontinuée (art. 688). A plus forte raison en serait-il de même si le passage ne s'annonçait par aucun signe extérieur, comme serait le droit de sortir le foin d'un pré par un autre pré, puisqu'alors la servitude serait tout à la fois non apparente et discontinuée.

578. Le motif qui a déterminé les rédacteurs du Code à rejeter l'établissement, par le moyen de la prescription, des servitudes dont il vient d'être parlé, c'est parce que la possession, dans ces sortes de servitudes, ne peut avoir le caractère de publicité, et surtout de continuité nécessaire pour constituer une possession parfaite ². Sans doute la possession acquise

¹ Car si ce n'était que sur le fonds prétendu assujéti, il n'indiquerait pas nécessairement l'existence du passage comme servitude, puisqu'il aurait pu n'avoir été pratiqué que pour l'utilité de ce fonds seulement.

² Voyez ce que nous avons dit à ce sujet, *suprà*, n° 7.

ne se perd pas par cela seul que l'on ne fait pas constamment, pour la conserver, des actes de propriétaire ; car si elle ne s'acquiert que *corpore aut facto et animo simul*¹, elle se conserve néanmoins *animo tantum*² ; mais du moins faut-il, pour l'acquérir avec effet de pouvoir fonder la prescription, qu'elle ait les caractères propres à attester que l'on a joui du droit comme si on l'avait acquis par titre : or, en matière de servitudes non apparentes, et de servitudes discontinues, apparentes ou non, ces caractères ne se rencontrent pas dans l'exercice du droit, parce que réellement on ne le possède pas quand on ne l'exerce pas³. On peut supposer d'ailleurs, et nous croyons que c'est la raison qui a principalement déterminé les rédacteurs du Code à rejeter la prescription quant aux servitudes dont il s'agit ; on peut supposer, disons-

¹ L. 3, § 1, ff. de *Acquirend. vel amitt. possess.*

² Même loi, § 7, et L. 6 au même titre.

³ *Servitutes prædiorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt : et idèd usu non capiuntur : vel idèd, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem ; nemo enim tam perpetuè, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* L. 14, ff. de *Servitut.*

Cette décision était conforme à la loi *Scirbonia*, qui avait rejeté l'usucapion comme moyen d'acquérir les servitudes rurales, lesquelles, auparavant, s'acquerraient par le même laps de temps que les immeubles eux-mêmes. Mais on n'a jamais été bien d'accord sur les effets de cette loi.

Au surplus, dans la suite, les servitudes ont pu s'acquérir, non pas par usucapion, mais par prescription, savoir, par l'usage pendant dix ans, au vu et au su du propriétaire ou possesseur de l'héritage sur lequel on les exerçait sans titre ; ou par dix ans entre présents, et vingt ans entre absents, quand on avait un titre émané à *non domino prædii servientis*. L. 10, ff. *si Servit. vindicetur* ; L. 1, § 23, ff. de *Aquæ et Aquæ pluv. arcend.* ; LL. 1 et 2, Cod. de *Servi. et Aquæ* ; et L. ult., Cod. de *Prescr. longi temp.* Vinnius, ad *INSTIT.*, § 4, de *Servitut.*, n° 4 ; Voët, ad *PANDECTAS*, tit. *Comm. præd. tam urban. quam rust.*, n° 3, in *finè*.

nous, que celui qui a souffert des actes isolés, plus ou moins répétés, ne l'a fait que par pure tolérance, par familiarité et rapports de bon voisinage, plutôt que comme obligé à les souffrir; la solution de cette question, plutôt de fait que de droit, ne reposant que sur des conjectures et de simples probabilités plus ou moins graves, suivant les circonstances du fait, les auteurs du Code ont sagement pensé, afin de prévenir les usurpations, et les nombreux procès qui en étaient anciennement la suite, qu'il valait mieux ne point admettre la prescription comme moyen d'établir les servitudes de cette espèce.

579. Mais religieusement attachés au principe conservateur, la loi n'a pas d'effet rétroactif (art. 2), ils ont maintenu celles qui étaient déjà acquises lors de la publication de la loi sur les Servitudes, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière (art. 691). D'où il suit que celles à l'égard desquelles le temps¹ requis pour la prescription n'était

¹ Dans quelques pays le temps pour acquérir les servitudes continues et apparentes était de dix années, dans d'autres de vingt, et enfin, dans quelques autres, de trente.

Il y avait des pays où la prescription ne faisait jamais acquérir les servitudes, même continues et apparentes, et là on disait : *Nulle servitude sans titre*. La Coutume de Paris, notamment (art. 186), avait admis cette règle, à tel point qu'une servitude ne s'acquerrait même pas par cent ans d'exercice.

Plusieurs Coutumes faisaient, ainsi que le Code, une distinction entre les diverses espèces de servitudes, et n'admettaient la prescription que pour celles qui étaient tout à la fois continues et apparentes.

Dans d'autres Coutumes on admettait bien la prescription pour les servitudes discontinues, apparentes ou non, mais c'était généralement la prescription immémoriale, et l'on regardait, en général, comme telle, une jouissance paisible, publique et non interrompue pendant quarante ans.

point encore totalement écoulé, n'ont pu s'acquérir depuis, lors même qu'il n'aurait manqué à la prescription que quelques jours, même un seul; car la jouissance du droit postérieurement à la publication de la loi n'a plus eu les caractères d'une possession valable, et par conséquent le temps qui manquait alors à la prescription manquerait encore aujourd'hui. Peu importe que, d'après l'article 2281, et en conformité de l'article 2, les prescriptions commencées lors de la publication du titre de la *Prescription* soient réglées conformément aux lois anciennes, avec cette modification toutefois, que celles pour lesquelles il fallait encore, suivant ces lois, plus de trente ans à compter de la même époque, seront accomplies par ce laps de temps, car la loi nouvelle a bien pu ne pas reconnaître aux faits passés sous son empire, les caractères nécessaires pour constituer une possession valable, quoique les lois anciennes, du moins celles de certains pays, attachassent ces caractères aux mêmes faits : elle n'a pas pour cela porté atteinte à des droits acquis, puisqu'il n'y en avait pas encore; elle a seulement empêché qu'il pût s'en acquérir par la suite en pareil cas; dès-lors sa disposition a plutôt porté sur l'avenir que sur le passé; elle est moins une

Mais dans certaines Coutumes, la possession immémoriale devait remonter bien plus haut; il y avait des pays où elle devait être de cent ans.

Comme tout cela est transitoire, nous éviterons de nous jeter dans les immenses développemens qu'exigerait l'explication de ce sujet : il nous faudrait faire, pour ainsi dire, autant de chapitres sur ce point qu'il y avait de coutumes, d'usages locaux, de réglemens particuliers, et nous ne sortirions jamais de ce dédale : notre travail présenterait nécessairement des lacunes.

dérégation au principe, qu'une modification des effets qu'il aurait pu produire sans elle ¹.

580. Celui qui prétend que, lors de la publication de la loi sur *les Servitudes*, il avait déjà acquis par la prescription une de celles que le Code déclare ne pouvoir s'acquérir désormais de cette manière, peut, sans contredit, prouver sa possession par témoins, comme dans tous les autres cas où il ne s'agit que de prouver un fait de possession ; mais le temps n'est pas éloigné, s'il n'est déjà arrivé, où ce genre de preuve ne pourra plus, de fait, être administré, à cause de la mort des personnes qui auraient pu déposer de la possession ; alors les propriétaires qui ont droit à ces servitudes, et qui sont dépourvus de titre, seront exposés à se les voir contester avec succès, s'ils ne prennent au plus tôt les précautions nécessaires pour s'en assurer la conservation.

Sans doute, lorsqu'il s'agira d'un passage, et que ce passage sera reconnu nécessaire, et avoir été nécessaire depuis plus de trente ans, parce qu'autrement le fonds se serait trouvé enclavé et sans issue sur la voie publique, le droit, par cela même, sera hors de toute atteinte, d'après ce que nous avons dit précédemment ². Aucune indemnité ne pourra même être exigée de celui qui l'exercera (art. 685). Mais, hormis ce cas, si le propriétaire du fonds qui doit le passage s'oppose à son exercice, s'il intente à ce sujet

¹ C'est ainsi que nous avons envisagé la chose au tome I, n° 71, en appliquant à la prescription ce principe, que la loi n'a pas d'effet rétroactif.

² N° 429 et suiv.

l'action en complainte¹, comme la possession annale, quoique paisible, publique et à titre non précaire, ne suffit point pour faire *maintenir* celui qui réclame une servitude de cette nature, suivant ce que nous démontrerons en parlant des actions auxquelles peuvent donner lieu les servitudes, section VII, ce dernier devra succomber, s'il ne prouve ensuite, au pétitoire, que le droit lui était déjà acquis lors de la publication de la loi sur *les Servitudes*; mais peut-être cette preuve, qui pouvait se faire hier, ne pourra plus se faire demain.

Et nous ne pensons pas que l'on dût entendre, comme témoins, des personnes qui, d'après les anciennes règles sur la procédure, n'auraient pu, à raison de leur jeunesse, déposer d'une possession continuée pendant quarante ans antérieurement au Code civil, ou pendant trente ans, dans les pays, très-rares, où les prescriptions pour les servitudes dont il s'agit pouvaient s'acquérir par ce laps de temps. Or, l'âge auquel un témoin faisait foi d'après l'ordonnance de 1667, était quatorze ans : par conséquent, le témoin qui serait entendu aujourd'hui devait donc avoir, lors de la publication de la loi sur *les Servitudes*, au moins cinquante-quatre ans, ou quarante-quatre ans, d'après la distinction ci-dessus. Comment, en effet, ajouter foi à la déclaration d'un témoin déposant de faits qui se seraient passés pendant sa plus tendre enfance, avant même qu'il fût né? Évidemment cela serait déraisonnable. Et il ne servirait de rien qu'il

¹ C'est-à-dire en trouble de jouissance.

déclarât qu'il a entendu dire par ses parens ou par les voisins que la possession dont il s'agit subsistait déjà depuis long-temps lorsqu'il est parvenu à l'âge où il a pu en avoir connaissance par lui-même ; car il ne s'agit pas ici d'une enquête par commune renommée, mais d'une déposition de ce que le témoin sait par lui-même, de ce qu'il a vu et connu personnellement. Or, il ne peut déposer de faits qui se seraient passés dans un temps où il n'avait pas encore le discernement assez formé pour pouvoir les apprécier, quoiqu'il en déposât aujourd'hui dans la plénitude de sa raison ¹. Et comme il ne suffirait pas de déposer d'une possession qui n'avait point encore, avant la publication du Code, la durée exigée par la Coutume, le sta-

¹ La question a été jugée en ce sens par arrêt de la cour de Pau, du 15 mars 1834 (Sirey 34, II, 666). Cet arrêt a jugé qu'en matière de servitude discontinue, la possession immémoriale, propre à l'acquérir, ne peut se prouver que par le témoignage d'individus pouvant déposer *de visu*, depuis qu'ils ont atteint l'âge de quatorze ans, d'une possession de quarante ans accomplis avant la promulgation du Code civil.

La même chose avait été jugée par la cour d'Agen, le 8 janvier 1833. (Sirey, 33, II, 254). Cette cour a décidé que, du principe que, sous l'ancienne jurisprudence, les témoins produits pour établir une possession immémoriale devaient déposer de faits dont ils avaient une *connaissance personnelle et remontant à plus de quarante ans*, et du principe aussi que leur témoignage ne pouvait être admis avant l'âge de quatorze ans, il résultait qu'aujourd'hui la preuve d'une possession immémoriale antérieure au Code civil, dans les matières à l'égard desquelles cette possession a été conservée, ne peut résulter que des dépositions de témoins qui, lors de la publication du Code civil, étaient âgés au moins de cinquante-quatre ans.

Cependant nous devons dire que la cour de Bordeaux a, au contraire, jugé que la preuve de la possession immémoriale antérieure au Code civil, autorisée par l'article 691 de ce Code, pour l'acquisition des servitudes discontinues, ne doit pas *nécessairement* être faite suivant les règles ou usages anciennement admis pour prouver cette espèce de possession, et en conséquence, que l'on peut admettre le témoignage de personnes qui ne déposeraient pas *de visu* de toute la durée de cette possession. Et sur le pourvoi formé contre cette décision, est intervenue arrêt de rejet, en

tut local, ou l'usage suivi dans le pays, nous avons raison de dire que la preuve dont il s'agit ne pourra bientôt plus se faire pour la conservation des servitudes déjà acquises lors de la publication du Code, dans les pays où elles pouvaient cependant s'acquérir par le moyen de la prescription.

584. Pour obvier à cet inconvénient, le propriétaire qui a droit à la servitude doit d'abord en demander à l'amiable une reconnaissance volontaire, à ses frais, au maître de l'héritage assujéti. Si celui-ci s'y refuse, le premier est bien fondé à le sommer de lui délivrer cette reconnaissance, et s'il se refuse encore à la donner, à l'assigner en reconnaissance du droit ¹, comme un créancier hypothécaire assigne le tiers-détenteur de l'immeuble en déclaration d'hypothèque. Et alors, si le défendeur conteste et succombe, il doit supporter les dépens, suivant la règle générale (art. 130, Cod. de procéd.), tout comme si c'était sur une opposition de sa part à l'exercice de la servitude qu'il eût été assigné et qu'il eût succombé. Mais s'il déclare, sur les premières poursuites, qu'il reconnaît le droit, les frais de l'instance ne doivent être à sa charge qu'autant qu'il a d'abord été sommé de le reconnaître, et, en outre, qu'autant que, d'après les cir-

date du 20 novembre 1837. (Sirey, 38, I, 272.) La même cour a jugé la même chose dans une autre affaire, et il y a eu pareillement rejet du pourvoi formé contre sa décision, le 1^{er} juillet 1839. (Sirey, 39, I, 649.)

Mais nous préférons de beaucoup les premières décisions ; elles nous paraissent bien plus conformes aux principes.

¹ En observant le préliminaire de conciliation, s'il y a lieu de l'employer, parce qu'on ne serait pas dans un des cas d'exception. (Art. 48 et 49, Cod. de procéd.)

constances de la cause, il n'avait aucune juste raison de douter de son existence, ce qui serait laissé à la sagesse du tribunal. Bien mieux, dans le cas où il aurait déclaré s'en rapporter à la preuve qui serait faite par le demandeur, et que cette preuve aurait eu lieu, les frais pourraient encore être laissés à la charge de ce dernier, si le tribunal reconnaissait qu'il y a eu bonne foi de la part du défendeur, qui ne voulait pas *contester* un droit acquis, mais s'assurer de son existence avant de le reconnaître ; à la différence du cas où, s'opposant à l'exercice de la servitude, il succomberait ensuite dans sa prétention ; car il y aurait alors lieu d'appliquer le principe général, que celui qui succombe dans une contestation doit supporter les dépens du procès. Au surplus, le coût de la sommation, dans tous les cas où il n'y a pas eu d'opposition à l'exercice de la servitude, doit rester à la charge de celui qui l'a fait faire, puisqu'elle n'était que dans son seul intérêt, pour acquérir un titre qui lui manquait.

582. La prescription ne pourrait, au reste, être invoquée avec succès, si celui qui l'invoquerait comme moyen d'acquisition de la servitude n'avait fait qu'user d'un droit attribué à la propriété par un statut local ¹, comme dans le cas dont nous avons parlé plus haut, n° 395, où un statut autorisait le propriétaire d'un arbre, dans certains lieux, à en laisser les branches s'étendre sur le fonds du voisin.

Mais on a jugé qu'une commune en possession d'un droit de servitude même discontinue, notamment d'un

¹ Arrêt de cassation du 31 décembre 1810. Sirey, 1811, I, 81.

droit de pacage sur un terrain situé dans le territoire d'une commune voisine, doit, aux termes de la loi du 10 juin 1793, sect. 4, article 2, être maintenue dans sa possession. Que vainement on lui opposerait que, d'après le Code civil, les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir que par titre, attendu que cette disposition n'a porté aucune atteinte à la législation sur les droits des communes résultant de la loi de 1793. Arrêt de rejet du 6 août 1832 : Sirey, 32, I, 488.

§ 83. Voyons maintenant ce qui est relatif à la prescription pour les servitudes qui peuvent s'acquérir de cette manière, d'après le Code. Pour pouvoir fonder la prescription et faire acquérir les servitudes qui peuvent s'établir de cette manière, la possession doit réunir les conditions suivantes :

Il faut qu'elle soit paisible,

Publique,

Non équivoque,

A titre non précaire (art. 2229), et non le résultat d'actes de pure faculté ou de simple tolérance de la part de celui contre qui la prescription est invoquée, (Art. 2232.)

Elle doit avoir eu la durée déterminée par la loi, et n'avoir pas été interrompue. (Art. 2219-2242.)

Il faut, en outre, pour que la prescription ait lieu, qu'elle ait pu courir contre la personne à qui on l'oppose, et que le fonds sur lequel on réclame la servitude eût pu lui-même s'acquérir par ce mode.

Toutes ces propositions vont être successivement développées.

584. Il faut que la possession soit *paisible*, car la violence ne peut fonder qu'une possession réprouvée par les lois comme par les bonnes mœurs : la possession utile ne commencerait que lorsque la violence aurait cessé ; mais elle commencerait dès cette époque, nonobstant le vice de son principe : il a été purgé. (Art. 2233 analysé.)

585. Il faut qu'elle soit *publique* : par exemple, si vous creusiez un souterrain sous ma maison qui est voisine de la vôtre, pour y établir une fosse d'aisance, sans que je pusse m'en apercevoir, une telle possession ne fonderait aucune prescription. En disant que la propriété d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui peut s'acquérir par la prescription, l'article 553 suppose que le propriétaire du bâtiment a pu connaître la possession, ce qui est une question de fait et non de droit. Pareillement, si un propriétaire inférieur venait clandestinement, la nuit, par exemple, prendre l'eau dans le fonds supérieur pour la conduire chez lui, comme cela se voit si fréquemment, de tels actes, quelque multipliés qu'ils pussent être, et quel que fût le temps depuis lequel ils auraient été pratiqués, ne fonderaient aucune possession efficace, et par conséquent aucune prescription.

586. Il faut qu'elle ne soit point *équivoque*. Ainsi le fermier d'un fonds voisin d'un champ qui lui appartient a établi une conduite d'eau du fonds affermé à celui qui lui est propre ; comme il a renouvelé plusieurs fois son bail (lui ou son successeur), l'eau a passé pendant plus de trente ans du fonds affermé dans

le sien ; le propriétaire aurait pu s'y opposer, sans doute, ou faire des actes de protestation, des actes conservatoires, mais il a négligé d'en faire : en pareil cas, la possession ou jouissance de l'eau n'est pas valable, parce qu'elle est équivoque ; car on ne peut dire avec certitude si le fermier, en envoyant cette eau sur son fonds, en a joui comme ayant un droit de servitude sur l'héritage affermé, ou s'il en a simplement fait, comme fermier, et par conséquent à titre précaire, l'usage qui lui a paru le plus utile. Il aurait donc fallu de sa part une notification, au propriétaire, de son droit prétendu, ou, si celui-ci s'était opposé à ce mode de jouissance, une contradiction à cette opposition. - A partir de l'époque où aurait eu lieu cette notification ou cette contradiction, la prescription aurait pu commencer son cours : sans cela, la possession aurait toujours eu un caractère équivoque.

587. Il faut enfin qu'elle ne soit pas à titre *précaire*. Dans l'espèce précédente, elle présentait aussi ce caractère (art. 2236). Si donc je produisais un écrit quelconque par lequel vous me demandiez de vous laisser faire tel ou tel acte sur mon fonds tant que bon me semblerait, cet acte attesterait que votre possession n'a eu d'autre base qu'un titre précaire, une pure tolérance de ma part.

Au reste, le vice de violence ou de clandestinité ne peut être allégué par l'adversaire de celui qui invoque la prescription, qu'autant que c'est à son égard ou à l'égard de son auteur, que le possesseur a eu une

possession entachée de ce vice : peu importerait qu'elle eût eu ce caractère à l'égard de tout autre ¹.

588. Il convient de déterminer les caractères des actes de pure faculté et de ceux de simple tolérance, puisque, lorsque la possession est fondée sur de tels actes, elle ne peut produire la prescription tant que leur nature n'a pas changé ; et c'est surtout en matière de servitude qu'il importe de bien se fixer sur la qualité et les caractères de ces actes, parce que très-souvent de simples relations de bon voisinage ont été la cause d'une usurpation, ou le prétexte d'une prétention injuste.

Ainsi, de ce que j'ai laissé écouler plus de trente ans depuis la construction de mon bâtiment sans y pratiquer les jours autorisés par l'article 676, ou, s'il est éloigné de plus de 6 pieds de la ligne séparative, sans y ouvrir des vues d'aspect (art. 678), il ne faut pas conclure que vous avez acquis contre moi la servitude *luminis non aperiendi*, à l'effet de pouvoir m'empêcher maintenant d'avoir ces jours. En laissant les choses en cet état, je n'ai fait qu'user d'une pure faculté. Il y a encore une autre raison : vous réclameriez par là contre moi une servitude *négative*, c'est-

¹ Le § 4, INSTIT., de *Interdictis*, s'exprime ainsi : *Si modò, nec vi, nec clàm, nec precariò nactus fuerat AB ADVERSARIO possessionem : etiamsi aliùm vi expulerat, aut clàm arripuerat alienam possessionem, aut precariò rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret.*

Mais, au titre de la *Prescription*, nous décidons le contraire en ce qui touche le vice de *précaire*, parce qu'il n'y a pas de *possession* dans ce cas, mais une simple détention, et que pour pouvoir prescrire, il faut *posséder*... Si le paragraphe ci-dessus aux *Institutes* parle aussi du cas de *précaire*, c'est qu'il ne s'agit dans ce paragraphe que des *interdits*, et non de la prescription.

à-dire une servitude essentiellement non apparente; or, une telle servitude ne peut s'acquérir par prescription.

Ainsi encore, de ce que j'ai négligé jusqu'à présent de me servir des eaux pluviales qui coulent devant mon fonds, et dont, à mon défaut, vous vous êtes servi jusqu'à ce moment, vous ne pouvez prétendre que j'ai perdu tout droit à ces eaux, et que vous avez acquis celui de les prendre par préférence à moi; car je puis dire que si je ne m'en suis pas servi, c'est parce que je ne les jugeais point utiles à mon héritage: en cela je n'ai fait qu'un acte de pure faculté¹. Par la même raison, si je construis un puits après plus de trente ans depuis que celui de mon voisin existe, et que par là je coupe la veine d'eau qui alimentait ce dernier puits, mon voisin ne pourra prétendre qu'il a acquis par prescription le droit d'avoir l'eau comme auparavant, et que j'ai perdu celui de faire chez moi aucun acte capable de nuire à l'exercice du sien². On multiplierait facilement les exemples, mais ceux-là suffisent.

En un mot, les actes de pure faculté s'entendent d'un droit qui a pour cause unique l'utilité ou la volonté de la personne qui agit ou qui n'agit pas, et qui supposent qu'un autre n'est point obligé envers elle, ou ne possède rien de ce qui lui appartient, un droit qui vient seulement de la loi ou de la Coutume, et non d'une autre source.

En effet, c'est bien de ma part une faculté que de poursuivre ou de ne pas poursuivre mon débiteur dont

¹ Voyez *suprà*, n° 157 et suiv. ² *Ibid.*, n° 156.

la dette est échue ; c'est aussi une faculté que j'ai, que de poursuivre ou de ne pas poursuivre celui qui est détenteur de ma chose ; mais mon inaction ne sera cependant pas considérée comme un acte de pure faculté, parce que cette qualification, appliquée aussi aux obligations et aux droits de revendication, rendrait la prescription un vain mot, tandis que ces droits sont, au contraire, très-prescriptibles. Jamais elle n'aurait lieu, puisque celui à qui on l'opposerait ne manquerait pas d'alléguer qu'il a usé d'une simple faculté en ne poursuivant pas son débiteur jusqu'au moment actuel, ou en ne réclamant pas sa chose : ce qui serait absurde. Les actes de pure faculté s'appliquent donc à des droits qui nous viennent de la nature ou de la loi, et qui se renouvellent sans cesse : la nature des choses ou la loi les garantissant, mon inaction ne doit être réputée qu'un acte de pure faculté, un acte *négalif*, bien entendu. Et toutes les fois qu'à raison de cette garantie, mon inaction ne pourra me causer un grave préjudice, qu'on pourra surtout supposer que je n'avais pas d'intérêt à faire l'acte *affirmatif*, je serai censé avoir simplement usé d'une pure faculté dans le parti que j'aurai pris en n'agissant pas, et la prescription n'aura point couru contre moi. La question dépend donc généralement des circonstances du fait.

589. Quant aux actes de simple tolérance, il ne faut pas les confondre avec ceux de pure faculté. Les uns et les autres ne constituent, il est vrai, aucune possession valable, et, par conséquent ils ne fondent

aucune prescription ; mais les premiers diffèrent des seconds, en ce que, dans ceux-ci, la personne contre laquelle on veut invoquer aujourd'hui la prescription a pu agir, jouir ou ne pas jouir, user ou ne pas user de la chose qui est l'objet du litige ; tandis que, dans ceux-là, elle n'a pas joui, elle n'a pas usé, du moins exclusivement, et c'est celui qui invoque la prescription qui a joui, qui a usé de la chose, puisque autrement il n'y aurait pas lieu de dire qu'on l'a *toléré*.

Ces actes de simple tolérance ne sont donc rien autre chose que des actes de pur précaire, de familiarité, de bon voisinage ¹. Pour les apprécier et les juger, il faut apprécier les circonstances elles-mêmes dans lesquelles ils sont intervenus. Toutes les fois que celui qui prétendra n'avoir usé que d'une simple tolérance en laissant le voisin faire tel ou tel acte, ne devait pas éprouver, de ce fait, un préjudice tant soit peu considérable, ni une incommodité un peu grave, on devra raisonnablement penser que le tiers n'a en effet agi que par suite de tolérance. Par exemple, si, après que ma récolte est enlevée, je laisse mon voisin passer sur mon terrain pour sortir le foin de son pré, afin d'abrèger le trajet à la voie publique ; ou si je le laisse venir pendant le jour puiser de l'eau à mon puits, il est clair que ce n'est là de ma part qu'un acte de pure tolérance, incapable de fonder une possession valable, et de conduire à la prescription, quelque répétés qu'aient été les faits dont il s'agit, et autres semblables.

¹ *Precibus conceduntur, vel à familiaritate aut vicinitate profuunt* ; les Docteurs.

590. Mais comme les actes de familiarité, d'amitié, de bon voisinage, de simple tolérance, en un mot, ne s'appliquent guère qu'à une jouissance qui constituerait seulement des servitudes discontinues, et qu'aujourd'hui ces sortes de servitudes ne sont pas susceptibles de s'établir par prescription, l'appréciation exacte, et en même temps assez délicate, assez difficile en certains cas, de ces sortes d'actes, est infiniment moins importante qu'elle ne l'était anciennement en certaines localités, si ce n'est encore à l'égard des servitudes de cette espèce que l'on prétendrait avoir été déjà établies lors de la publication du Code, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir par ce mode. Il vaut toujours mieux, même aujourd'hui, retirer une reconnaissance de celui à qui l'on permet ces actes de voisinage ; on peut par là prévenir un procès, quoique mal fondé.

591. Il n'est pas nécessaire, pour que la servitude puisse s'établir par le moyen de la prescription, que ce soit le propriétaire du fonds dominant qui l'exerce : le fermier, le locataire, ou tout autre qu'il aurait placé dans le fonds ; bien mieux, le simple possesseur, de bonne ou mauvaise foi n'importe, pourraient la faire acquérir au fonds par leur jouissance. Cela ne saurait être douteux à l'égard du fermier ou de tout autre mis dans l'héritage par le propriétaire, puisque celui-ci possède par leur ministère (art. 2228) ; mais cela est vrai aussi à l'égard du simple possesseur, parce que, dans les fictions du droit de la matière, c'est moins lui que le fonds qui a exercé la servitude ; il a été le

moyen par lequel elle a été acquise au fonds. C'est le fonds qui est censé avoir joui, puisque la loi nous dit que les servitudes sont établies pour l'utilité des héritages¹. (Art. 637.)

592. Il faut aussi que la possession ait eu la durée déterminée par la loi, et qu'elle n'ait pas été interrompue.

Quand celui qui invoque la prescription n'a aucun titre émané d'un tiers, sa possession doit être de trente ans, attendu qu'aucune disposition ne limite à un moindre laps de temps la durée de la prescription en pareil cas, et dès-lors qu'il y a lieu d'appliquer la règle générale de l'article 2262.

Il en serait de même s'il avait un titre d'acquisition, mais qu'il fût de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il connaissait, lors de la concession de la servitude, que celui qui la lui concédait n'était pas propriétaire de l'héritage assujéti.

593. Mais dans le cas où celui qui invoque la prescription aurait reçu de bonne foi, du non-propriétaire², la servitude dont il s'agit³, et en aurait joui

¹ Nous faisons, à cet égard, une différence entre la simple stipulation de servitude par un tiers, et l'acquisition par la prescription elle-même opérée par son moyen. Au premier cas, nous appliquons l'article 1119, qui déclare nulle la stipulation pour autrui, du moins en général. Voyez, au surplus, ce qui a été dit *suprà*, n° 549 et 553; et en ce qui concerne la conservation de la servitude par le moyen d'un tiers possesseur, voyez, la L. 12, ff. *Quemad. servit. amitt.*

² Car si c'était du propriétaire, il n'y aurait pas lieu à la question, puisque la servitude aurait été pleinement établie par l'effet du titre seul, en supposant ce propriétaire capable de disposer de ses droits.

³ Car s'il s'agissait d'une servitude discontinuée ou non apparente, il n'y aurait pas plus de prescription de dix ou vingt ans, que de prescription trentenaire, puisqu'il n'y aurait pas eu de possession légale, ou utile, pour prescrire.

pendant dix ans entre présens et vingt ans entre absens (par rapport au maître de l'héritage), nous pensons ¹ qu'il peut valablement prétendre l'avoir acquise, comme il aurait, d'après les articles 2265 et 2266, acquis la propriété de l'immeuble lui-même, si c'eût été l'immeuble qui lui eût été vendu, donné, légué ou cédé. Qui peut le plus peut le moins. On ne voit pas pourquoi le législateur aurait eu égard au titre émané d'un tiers quand il s'agit de l'acquisition de la propriété, en ce sens qu'alors la prescription s'accomplit par une jouissance d'une bien moindre durée, tandis que ce titre serait regardé comme non venu lorsqu'il s'agirait seulement d'un droit de servitude.

On fait toutefois trois objections : la première est fondée sur ce que le Code ne fait pas cette distinction.

La seconde, qui n'est que le développement de la première, est puisée dans l'article 2265 lui-même, qui admet bien, il est vrai, l'acquisition d'un immeuble par la possession ou jouissance pendant dix ans entre présens et vingt ans entre absens ; mais la servitude, dit-on, n'est pas un immeuble, c'est simplement un droit immobilier ; et comme cette prescription est une exception au principe général sur la durée du temps requis pour pouvoir acquérir par ce mode, une prescription de faveur, il n'y a que ceux qui se trouvent dans le cas spécialement prévu par la loi qui aient le droit de l'invoquer.

Enfin la troisième objection consiste à dire que

¹ Cette opinion est controversée : elle est adoptée par M. Delvincourt, et rejetée par M. Pardessus.

l'admission de la prescription de dix et vingt ans présenterait de graves inconvénients, qu'elle serait pleine de dangers pour les propriétaires qui ne cultivent pas par eux-mêmes leurs héritages, qui demeurent quelquefois à de grandes distances du lieu où ils sont situés : un fermier, un colon partiaire, ou tout autre détenteur à précaire, pourrait facilement, à l'insu du maître, fournir à un voisin un titre qui serait pour lui le moyen d'acquiescer promptement la servitude.

Il est vrai que le Code, en parlant de l'établissement des servitudes, se borne à dire qu'elles s'acquièrent (sous certaines distinctions) par titre et par prescription (art. 690), et, en ce qui touche la prescription elle-même, il ne distingue pas entre le cas où celui qui réclame la servitude s'appuie sur un titre émané d'un tiers, et le cas où il n'a pas de titre du tout : d'où il semblerait que, dans tous les cas, sa jouissance devrait être de trente années, puisqu'il n'a pas été fixé un laps de temps plus court. Mais on répond que si le Code, au titre *des Servitudes*, ne consacre pas la distinction, d'autre part il ne l'exclut pas non plus ; en conséquence il y a lieu à l'application des principes du Droit commun : or, la prescription de dix et vingt ans, avec titre et bonne foi, est dans les termes du Droit commun.

Quant à la seconde objection, il nous semble qu'on peut y répondre avec succès. L'article 526 dit positivement que les services fonciers, comme l'usufruit des immeubles, sont eux-mêmes des *immeubles* par l'objet auquel ils s'appliquent : dès-lors l'article 2265 ne leur est donc point étranger. Cet article, qui pré-

terait son appui à celui qui aurait acheté le fonds assujéti et réclamerait ainsi la propriété elle-même, doit, par une raison au moins égale, le lui prêter quand il ne réclame qu'une servitude, une simple modification de la propriété. C'est ainsi qu'on a jugé en cassation¹ que celui qui avait acheté de bonne foi à *non domino* un droit d'usufruit sur un immeuble, a pu le prescrire par dix ans entre présents et vingt ans entre absents, quoique le Code n'ait pas même parlé de l'acquisition d'un droit d'usufruit par le moyen de la prescription. Or, la raison est la même pour les servitudes. Tous ces droits sont, si l'on veut, simplement des *droits* immobiliers; mais enfin le Code lui-même dit positivement que ce sont des *immeubles* par l'objet auquel ils s'appliquent.

La troisième objection, selon nous, n'est pas mieux fondée, parce qu'elle s'appliquerait également au cas où le fermier, par exemple, au lieu de conférer au voisin un titre de servitude, lui aurait conféré un titre de propriété, et d'après l'article 2238, combiné avec l'article 2265, ce voisin pourrait très-bien prescrire par dix ans entre présents et vingt ans entre absents. Remarquons d'ailleurs que nous exigeons en lui la bonne foi, que nous voulons qu'il crût, lors de la concession, que le concédant n'était pas un fermier, mais bien un propriétaire. D'après cela, il n'y a pas plus d'inconvéniens à craindre en ce qui touche la servitude qu'en ce qui concerne la propriété elle-même, surtout si

¹ Le 17 juillet 1816 (Sirey, 1817, I, 152). Voyez au tome précédent, n° 502, *suprà*, n° 7.

l'on songe que le propriétaire aurait une action en dommages-intérêts contre le fermier qui aurait ainsi porté atteinte à ses droits ; ce qui est une garantie de plus contre les abus que l'on pourrait redouter.

Au surplus, si celui qui a concédé sur l'héritage d'autrui un droit de servitude sans l'aveu du propriétaire, devenait lui-même propriétaire du fonds assujetti, soit par prescription, soit de toute autre manière, la servitude se trouverait établie à l'instant même, comme si le maître d'alors avait ratifié la concession. En sorte que, quand bien même ce fonds sortirait de sa main avant le temps ordinaire de la prescription pour l'acquisition de la servitude, le cessionnaire exercerait la servitude vis-à-vis du nouveau propriétaire, comme il pouvait, auparavant, l'exercer vis-à-vis de celui qui lui fait cette concession. L'exception qui résultait, contre ce dernier, de l'acte fait par lui, s'élèverait également contre son successeur quelconque.

594. Il faut que la prescription n'ait pas été interrompue, et elle peut l'avoir été de deux manières, naturellement ou civilement. (Art. 2242.)

Il y aurait eu interruption naturelle si celui qui a joui de la servitude avait été privé, pendant plus d'un an, de sa jouissance, soit par le propriétaire, soit même par un tiers. (Art. 2243.)

Une citation en justice forme l'interruption civile. (Art. 2244)¹.

¹ Cet article dit aussi qu'un commandement et une saisie signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment une interruption civile. Mais on n'aperçoit guère comment un *commandement*, qui ne peut gêné-

La citation en conciliation devant le bureau de paix interrompt aussi la prescription du jour de sa date, lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice donnée dans les délais de droit (art. 2245); et ces délais sont d'un mois à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation. (Art. 57, Cod. proc.)

Si l'assignation est nulle par défaut de forme, si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmier l'instance, ou si sa demande est rejetée, l'interruption est regardée comme non avenue. (Art. 2247).

Mais la citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, n'en est pas moins interruptive de prescription. (Art. 2246.)

Il y a encore interruption quand celui au profit duquel courait la prescription a reconnu le droit de celui contre lequel il prescrivait. (Art. 2248).

593. Si le fonds au profit duquel est exercée la servitude qu'il s'agit d'acquérir par le moyen de la prescription, appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de ce fonds par l'un d'eux seulement suffit bien, d'après ce qui précède, pour faire acquérir à cet héritage le droit de servitude, si elle a été exercée pendant le temps voulu par la loi; mais, d'un autre côté, l'interruption de prescription dirigée contre lui seulement, ou contre tout autre des copropriétaires, ou sa reconnaissance du défaut de droit, aurait effet aussi à l'égard de tous les autres. Car il n'est pas possible d'interrompre la prescription pour partie seulement

ralement être fait qu'à un *débiteur*, et une saisie, pourraient s'appliquer à un cas de servitude, pour en interrompre la prescription.

dans une chose absolument indivisible, dans une chose qui n'est pas susceptible de parties. Voilà pourquoi l'article 2249, appliquant ce principe, dit que l'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire, ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, quand même la créance serait hypothécaire, *si l'obligation n'est indivisible*. Donc, lorsque l'obligation ou le droit est indivisible, il en est autrement ; aussi y aurait-il pareillement interruption à l'égard de tous les copropriétaires de l'héritage, par l'interruption faite par l'un des copropriétaires seulement du fonds sur lequel la servitude est exercée, si ce fonds était possédé par plusieurs par indivis.

596. Dans tous les cas où il y a eu interruption, le temps antérieur n'est jamais compté : la prescription n'a pu commencer que par un nouveau cours. C'est une notable différence d'avec la simple suspension de prescription, comme dans le cas de minorité. Dans ce dernier cas, le temps antérieur à la suspension se joint à celui qui s'est écoulé depuis qu'elle a cessé.

597. Au reste, celui qui exerce aujourd'hui la servitude, et prouve l'avoir anciennement exercée, est présumé l'avoir exercée dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire. (Art. 2234.)

598. Et pour compléter la prescription de la servitude, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux. (Art. 2235.)

599. Pas plus en matière de servitude qu'en matière de propriété, la prescription ne court contre les mineurs et les interdits. L'article 2252 ne fait, en effet, aucune distinction ; il porte, de la manière la plus absolue, qu'elle ne court point contre ces personnes. En sorte que si, parmi ceux qui possèdent par indivis un fonds sur lequel un tiers exerce un droit de servitude, il se trouve un mineur ou un interdit, la prescription n'aura couru contre aucun des copropriétaires, par la raison que la servitude étant indivisible, elle ne peut s'acquérir pour partie. Si l'état de mineur ou d'interdit de l'un des propriétaires par indivis d'un fonds auquel il est dû une servitude, suffit pour conserver le droit des autres, en empêchant de courir contre eux la prescription à l'effet d'éteindre la servitude (art. 710), par une raison au moins égale, cet état suffit pour conserver la franchise d'un héritage possédé par le mineur avec d'autres propriétaires, tant que cet héritage demeurera indivisé.

600. La prescription à l'effet d'acquérir les servitudes ne court point non plus entre époux. (Art. 2253.)

601. Mais elle court, en thèse générale, contre la femme au profit des tiers, même dans le cas où le mari aurait l'administration des biens sur lesquels s'exerceraient les servitudes¹, sauf, dans ce même cas, le recours de la femme contre lui. (Art. 2254.)

Mais il en est autrement dans les cas où l'action de

¹ Ce n'est pas, en effet, dans tous les cas, qu'il a l'administration des biens de la femme. Il ne l'a point dans celui de séparation, contractuelle ou judiciaire, ni, sous le régime dotal, à l'égard des paraphernaux.

la femme contre les tiers réfléchirait contre le mari, parce que, par exemple, il aurait vendu un droit de servitude sur les biens de celle-ci, et serait garant de la vente (art. 2256). La loi suppose, en pareil cas, qu'il fait usage de son ascendant sur elle pour l'empêcher d'agir contre le tiers; ce qui n'est, à la vérité, qu'un empêchement de fait, puisqu'elle eût pu se faire autoriser par justice, mais cependant ce qui a paru suffisant pour suspendre, en sa faveur, le cours de la prescription.

602. Enfin il est nécessaire, pour que la servitude puisse s'acquérir par prescription, que le fonds lui-même sur lequel elle serait exercée soit prescriptible; et comme, en principe, les immeubles frappés du caractère dotal proprement dit ne peuvent être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage (art. 1554), et en conséquence, que la prescription, à leur égard, ne peut *commencer* tant qu'il subsiste (à moins cependant que la séparation de biens ne vint à être prononcée, auquel cas ils deviendraient prescriptibles, quelle que fût l'époque où la possession ¹ aurait commencé (art. 1561), pareillement aucune servitude ne peut, dans la même hypothèse, s'acquérir sur ces mêmes biens, ni par titre ni par prescription.

605. Cependant, quoique les biens appartenant à l'État ne puissent être aliénés qu'en vertu d'une loi,

¹ Il y a dans l'article 1561 : « Quelle que soit l'époque à laquelle la *prescription* a commencé ; » mais c'est une inexactitude de rédaction puisque l'on venait de dire qu'elle ne pouvait commencer pendant le mariage, et qu'il est bien certain que le mariage n'interrompt ni ne suspend le cours de celle qui aurait commencé auparavant.

et que ceux des communes ne le puissent, même aujourd'hui, que sous les conditions et d'après les formalités que nous avons expliquées au tome précédent, quand nous avons traité de ces sortes de biens, néanmoins rien n'empêche qu'un particulier n'acquière par la prescription un droit de servitude sur ceux de ces biens qui ne sont point affectés à un usage public ou communal ¹; car la prescription court contre l'État et les communes comme contre les particuliers. (Art. 2227.)

604. Anciennement plusieurs auteurs ² soutenaient qu'aucun droit de servitude, ou autre, ne pouvait être acquis par prescription sur des biens grevés de substitution, par le motif, disaient-ils, que, tant que la substitution n'était pas ouverte, les appelés ne pouvaient agir pour interrompre la prescription, et par conséquent que c'était le cas d'appliquer la règle *contra non valentem agere, non currit præscriptio*; d'autant mieux qu'à l'empêchement de droit (en le supposant réel), se joint ordinairement, en pareil cas, l'empêchement de fait; car il est possible que les appelés soient mineurs, qu'ils ne soient même pas encore nés. Et nous avons entendu enseigner cette doctrine aussi par rapport aux biens grevés de substitution en vertu des dispositions du Code civil; mais nous ne saurions y

¹ Voyez, au sujet de cette restriction, ce qui a été dit *suprà*, n° 295 et suivans.

² Mais d'autres, d'une autorité tout au moins aussi imposante, admettaient, au contraire, la prescription à l'égard des biens substitués, comme à l'égard des autres biens; sans préjudice, bien entendu, des suspensions et interruptions telles que de droit. C'est un point que nous discutons avec étendue au titre *de la Prescription*, tome XXI, n° 180.

donner notre assentiment. Le principe général, en matière de prescription, c'est que tous les biens, tous les droits sont susceptibles de s'acquérir et de se perdre par ce mode (art. 2262). Il y a des exceptions sans doute, mais nous n'en voyons aucune dans le Code relativement aux biens grevés de substitution, comme nous en voyons une en faveur des immeubles dotaux. On ne peut nier que le droit des appelés ne soit un droit conditionnel, dépendant de la circonstance qu'ils survivront au grevé : or, quiconque a un droit conditionnel peut faire tous les actes nécessaires ou utiles à sa conservation (art. 1180). Ainsi, il n'y a pas d'empêchement de droit à l'interruption de la prescription; et comme, hormis les cas où la loi a fait d'un simple empêchement de *fait* une cause de suspension de son cours, il n'y a pas lieu d'invoquer, pour prétendre qu'elle n'a pas couru, la maxime précitée, on doit tenir qu'en effet, dans les principes du Code, la prescription n'a point été suspendue par la circonstance seule que la substitution n'était point encore ouverte; sauf, bien entendu, la suspension pour cause de minorité des appelés, et, par la même raison, s'ils n'étaient pas encore nés, et sauf aussi leur action en dommages-intérêts contre les héritiers du grevé qui a laissé déperir les biens, dans le cas où ils ne le seraient point eux-mêmes ¹.

605. Nous avons jusqu'à présent expliqué les cas où les servitudes peuvent s'acquérir par prescription,

¹ Car s'ils se portaient ses héritiers purs et simples, cela les soumettrait à la garantie, et il se ferait confusion.

et ceux où elles ne le peuvent pas ; maintenant il importe de voir si l'on peut, de cette manière, acquérir un nouveau mode d'exercice de la servitude que l'on a déjà.

L'article 708 dit bien que le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière ; mais cet article est placé sous la section qui traite de l'extinction des servitudes, tandis que nous ne nous occupons en ce moment que de ce qui est relatif à leur acquisition.

Le point en question n'est, au surplus, pas douteux, mais il est besoin de faire quelques distinctions.

606. Le nouveau mode d'exercice de la servitude peut être plus avantageux ou moins avantageux au maître du fonds dominant, que ne l'était le mode primitif, et augmenter ou diminuer ainsi l'étendue de la servitude, sans cependant en constituer une nouvelle, même de l'espèce de celle dont il s'agit.

Ou bien le nouveau mode en constituerait une nouvelle, sinon quant à l'espèce, du moins quant à l'être moral, à l'individu intellectuel.

Dans la première hypothèse, et quand le nouveau mode serait plus avantageux au maître du fonds dominant, il faut distinguer : s'il s'agissait d'une servitude qui ne serait pas susceptible de s'acquérir par prescription, le nouveau mode ne pourrait non plus s'acquérir de cette manière. Par exemple, j'avais, en vertu d'un titre, le droit de passer à pied par votre fonds ; je passe par le même endroit pendant plus de trente ans à cheval ou avec voiture : dans ce cas, je

conserve simplement mon droit de passage à pied, parce que, en passant à cheval ou en voiture, j'ai implicitement usé du droit de sentier, d'après la règle *minus majori inest*¹; mais je n'ai pas acquis le nouveau mode, qui est plus ample, car il constituerait une servitude qui n'est plus susceptible aujourd'hui de s'acquérir par prescription, puisqu'elle est essentiellement discontinue (art. 688-691). Que s'il s'agissait d'un nouveau mode de servitude susceptible de s'acquérir de cette manière : par exemple, j'avais simplement le droit d'avoir sur votre terrain des vues au moyen de fenêtres ouvrantes de trois pieds de hauteur sur deux et demi de largeur, et depuis plus de trente ans j'en ai pratiqué de six pieds de haut sur quatre de large ; ou bien j'avais le droit d'avoir une conduite d'eau qui devait m'en donner vingt-quatre pouces cubes, et j'ai eu depuis plus de trente ans un canal qui m'en a donné quarante-huit pouces : dans ces cas, et autres semblables, le nouveau mode d'exercice a définitivement remplacé l'ancien.

Toujours dans la première hypothèse, mais lorsque le nouveau mode est moins avantageux au propriétaire du fonds dominant, par conséquent qu'il a diminué la charge du fonds assujéti, il n'y a pas la même distinction à faire à raison des diverses espèces de servitudes : dans tous les cas, l'ancien mode sera éteint et remplacé par le nouveau. Ainsi, ayant eu d'abord le droit d'avoir des fenêtres de six pieds de

¹ L. 21, ff. de Regul. juris.; L. 2, ff. Quemad. servit. amit. par à fortiori.

hauteur, ou quarante-huit pouces cubes d'eau, ma fenêtre n'a eu pendant trente ans que quatre pieds, ou je n'ai pris que vingt-quatre pouces d'eau seulement ; ou bien ayant eu le droit de passer avec des chars ou charrettes, je n'ai passé qu'à pied, mais par le même endroit : il me sera interdit de revenir au mode primitif, puisqu'il est prescrit (art. 708), mais je conserve mon droit de servitude avec le nouveau ; autrement ce ne serait pas seulement son mode d'exercice qui serait éteint par la prescription, comme le dit l'article précité, ce serait la servitude elle-même ¹.

607. Dans la seconde hypothèse, où le nouveau mode constituerait une nouvelle servitude, sinon quant à l'espèce, du moins quant à l'être moral, on doit faire la même distinction que dans la première, et voir si ce nouveau mode s'applique à une servitude susceptible de s'acquérir aujourd'hui par prescription, ou s'il ne s'y applique pas.

S'il s'y applique : par exemple, ayant eu d'abord le droit d'avoir une fenêtre d'aspect donnant sur telle partie de votre fonds, j'en ai eu une pendant plus de trente ans sur une autre partie ; ou bien, ayant eu le droit d'avoir une fenêtre d'aspect, j'en ai simplement pratiqué une à jour oblique, ou *vice versa* : dans ces cas, j'ai perdu l'ancien mode, il est vrai, mais j'ai acquis le nouveau, qu'il me soit plus avantageux ou moins avantageux, n'importe.

Si le nouveau mode ne s'applique pas à une servi-

¹ La L. 2, ff. *Quemad. servit. amitt.* précitée, confirme cette décision à l'égard de la servitude de passage.

tude susceptible de s'acquérir aujourd'hui par prescription ; *putâ*, ayant eu le droit de passer sur telle partie bien déterminée de votre fonds, j'ai constamment passé depuis plus de trente ans sur la partie opposée, on peut soutenir que l'ancien mode est éteint par le non-usage, et que le nouveau n'est pas acquis par la prescription. Ce dernier point est incontestable, puisque la servitude de passage est discontinuë. Ce qui est seul susceptible de difficulté, c'est le point de savoir si au moins la servitude n'a pas été conservée, à la charge de l'exercer désormais d'après l'ancien mode, dans le cas où le maître du fonds assujetti voudrait s'opposer à ce que le nouveau fût encore suivi. Mais on doit tenir pour la négative, précisément parce que la loi porte expressément que le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière (art. 708), c'est-à-dire par le non-usage. Or, on n'a point usé de ce mode depuis plus de trente ans, on le suppose. La L. 10, § 1, ff. *Quemad. serv. amitt.*, renferme une décision absolument conforme. Suivant cette loi, celui qui, ayant le droit de prendre l'eau pendant la nuit, ne s'en est servi que pendant le jour (*vel vice versâ*) durant le temps requis pour l'extinction des servitudes par le non-usage, a perdu le droit de s'en servir d'après le mode primitif; et comme, dans notre Droit actuel, on ne peut pas plus acquérir par prescription un mode de servitude discontinuë, qu'on ne pourrait acquérir la servitude elle-même, la conséquence nécessaire, c'est que la servitude est éteinte.

608. Il en serait autrement, sans doute, s'il était établi que le changement de mode a eu lieu d'un commun accord entre les parties; mais ce serait au maître du fonds dominant, menacé de perdre son droit, à prouver qu'en effet cet accord a existé, et qu'il s'est fait ainsi un changement de la servitude elle-même.

609. De ces principes l'on doit encore tirer la conséquence que si, même à l'égard des servitudes continues et apparentes, le propriétaire de l'héritage assujéti est un mineur ou un interdit, l'ancienne servitude ou l'ancien mode d'exercice aura bien été éteint pour avoir été abandonné pendant tout le temps requis pour la prescription à l'effet de libérer l'héritage, si d'ailleurs la prescription elle-même a pu courir contre le propriétaire du fonds dominant, mais qu'il n'aura point été remplacé par une nouvelle servitude ou par un mode nouveau plus ou moins étendu que l'ancien, puisque la prescription, qui serait ici la seule cause de cette novation, n'a pu courir contre le mineur ou l'interdit. Mais nous raisonnons, quant à ce point, dans la supposition faite plus haut, d'un nouveau mode d'exercice qui aurait fait, ou une servitude différente de celle qui avait été établie primitivement, ou qui n'aurait pas, à la vérité, changé la servitude, quant à son espèce, mais qui en aurait changé l'individualité, si l'on peut parler ainsi. Car si, par exemple, celui à qui était dû la servitude n'avait que le droit d'avoir vingt-quatre pouces d'eau, ou des fenêtres de quatre pieds de hauteur, et que depuis plus de trente ans il

ait pris quarante-huit pouces d'eau, ou qu'il ait eu des fenêtres de six pieds de haut, le mineur, propriétaire du fonds assujetti, pourra bien le forcer à revenir au mode primitif, mais il ne pourra pas prétendre que la servitude est absolument éteinte par la prescription; tandis qu'il le pourrait, suivant nous, si, au lieu d'user de la servitude de prise d'eau, celui à qui elle avait été concédée avait usé de toute autre servitude, même apparente, ou même s'il avait usé d'une prise d'eau pour un autre de ses fonds, bien mieux, pour le même fonds, mais par un endroit du fonds assujetti, différent de celui qui avait été expressément convenu dans le titre constitutif; car ce serait là véritablement une autre servitude, quoique de même sorte que celle qui avait été primitivement constituée. A plus forte raison en serait-il ainsi du cas où il s'agirait d'une servitude discontinuée, si celui à qui elle était due avait, pendant plus de trente ans, fait autre chose que ce qu'il avait le droit de faire d'après le titre constitutif; par exemple, s'il avait usé du droit de passage pour un autre fonds que celui indiqué dans le titre, ou même s'il avait passé sur une autre partie du fonds assujetti que celle qui avait été expressément convenue.

SECTION VI.

DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS DOMINANT QUANT A L'EXERCICE DE LA SERVITUDE, ET DES OBLIGATIONS DU MAÎTRE DU FONDS ASSUJETTI.

SOMMAIRE:

§ I^{er}.

Droits du propriétaire du fonds dominant quant à l'exercice de la servitude.

- 610. *Comment doit user de la servitude celui à qui elle a été concédée.*
- 610 bis. *Par le seul fait de la constitution de servitude, le maître du fonds dominant peut faire tout ce qui est nécessaire pour en user et la conserver.*
- 611. *Il peut faire tous les travaux nécessaires à cet effet.*
- 612. *Ces travaux sont à sa charge.*
- 613. *Ils peuvent cependant être mis à la charge du propriétaire du fonds assujetti, et cette charge est réelle : conséquence.*
- 614. *Le propriétaire du fonds assujetti, quel qu'il soit, même celui qui a concédé la servitude, peut toujours s'affranchir de la charge de faire les travaux en abandonnant le fonds.*
- 615. *Ce qu'on doit entendre en ce cas par fonds assujetti.*
- 616. *Le maître du fonds dominant ne peut rien faire qui aggrave la condition de l'autre fonds.*
- 617. *Application de la règle au cas d'un droit de passage;*
- 618. *Et au cas d'un droit de prise d'eau.*

§ II.

Obligations du propriétaire du fonds assujetti.

- 619. *Dans les servitudes affirmatives, il doit souffrir que le maître du fonds dominant fasse ce qui est nécessaire à l'exercice du droit.*
- 620. *Dans les servitudes négatives, il doit s'abstenir de faire ce qu'il s'est interdit.*
- 621. *Et généralement, dans toute servitude, il ne doit rien faire qui tendrait à en diminuer l'usage, ou qui le rendrait moins commode.*

622. *Il peut cependant, en certains cas, demander et obtenir un changement quant au lieu de l'exercice du droit.*

623. *Manière de procéder en cas de contestation sur la sincérité des motifs qui font demander ce changement.*

623 bis. *Diverses applications du principe.*

623 ter. *Le propriétaire auquel est dû la servitude n'a pas le droit de demander en justice le changement d'assiette de son exercice.*

§ 1^{er}.

Droits du propriétaire du fonds dominant quant à l'exercice de la servitude.

640. Celui à qui une servitude a été accordée peut en user dans toute la plénitude de la destination qui lui a été donnée, mais il ne peut rien faire au-delà. Ainsi, s'il s'agit d'une prise ou conduite d'eau, il ne peut faire servir l'eau qu'au fonds pour lequel cette servitude lui a été accordée, et non pour un autre fonds qu'il posséderait dans le voisinage, ni même pour une autre partie du même fonds que celle pour laquelle le droit lui a été concédé. L. 6, ff. *de Servit.* Par la même raison, il ne peut pas la faire servir à des parties de fonds qu'il aurait ajoutées à son fonds primitif, postérieurement à la constitution de la servitude. Mais les parties accrues par alluvion sont censées faire partie du fonds primitif. M. Pardessus pense que la servitude peut s'étendre à de nouvelles parties de fonds échangées avec des parties du fonds dans le premier état. Cela n'eût certainement pas été admis dans le Droit romain, et nous ne pensons pas qu'on dût l'admettre dans le nôtre.

S'il s'agit d'une servitude de passage à pied, celui à qui elle est due ne pourra passer avec des chars ou

charriots, même simplement à cheval. S'il s'agit d'une servitude de pacage pour les bestiaux de tel domaine, il ne pourra envoyer paître sur le fonds assujetti, ceux d'un autre domaine, ni même ceux qu'il tiendrait dans le même domaine pour autre chose que sa culture, par exemple, comme objet de commerce. Le titre constitutif déterminerait, au surplus, l'étendue de la servitude en pareil cas, et toutes les fois qu'il y aurait obscurité ou doute, l'interprétation devrait se faire pour la charge la moins onéreuse, par conséquent en faveur du maître du fonds assujetti. Si, dans une servitude de vue, le nombre de fenêtres a été déterminé ainsi que leur dimension, et l'emplacement qu'elles devraient occuper, il faudra se conformer au titre, etc., etc.

640 bis. Par le seul fait de la constitution de servitude, le propriétaire du fonds dominant a le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour en user et la conserver. (Art. 696-697.)

Ce droit lui est tacitement concédé par le constituant lui-même, suivant cette règle de logique, *qui veut la fin, veut les moyens*. Voilà pourquoi la concession d'un droit de puisage à la fontaine d'autrui, sans autre explication, renferme le passage nécessaire pour aller à la fontaine et en revenir. (Même art. 696.)

644. Le propriétaire du fonds dominant peut donc faire sur le fonds assujetti tous les travaux nécessaires pour user de la servitude et la conserver : par exemple, creuser un béal, s'il s'agit d'une prise d'eau ; pratiquer un chemin, s'il s'agit d'un passage, en se con-

formant toutefois au titre, s'il a réglé la nature et l'étendue des travaux.

612. Mais ces travaux sont à sa charge, et non à celle du propriétaire du fonds assujetti (art. 698), parce qu'il n'est pas dans la nature du droit de servitude, que celui qui la doit soit tenu de faire quelque chose, mais bien seulement de *souffrir* ou de *ne pas faire*¹.

615. Cependant on a pu convenir² que les travaux nécessaires à l'exercice du droit seraient à la charge du maître du fonds assujetti (*ibid.*); et, dans ce cas, la charge n'est pas seulement personnelle, de manière que le constituant et ses héritiers en seraient seuls tenus, et non les simples successeurs à la chose; elle est réelle, à l'imitation de celle qui naît de la constitution d'hypothèque. Sur le cas de la servitude dite *oneris ferendi*, qui avait, et qui a encore, selon nous du moins³, cela de particulier, que le maître du mur était tenu de l'entretenir en état de supporter la charge du voisin, la L. 6, § 2, ff. *si Servit. vindicetur*, dit que ce n'en est pas moins le fonds, plutôt que la personne, qui doit la servitude, même sous ce rapport : *Hanc servitutem non hominem debere, sed rem* Or, notre ar-

¹ L. 15, § 1, ff. *de Servitutibus*.

² L'article 698 porte : « Ces ouvrages sont à ses frais, à moins que le « titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire; » mais il est bien évident qu'il en serait de même si c'était par un acte *postérieur* que les travaux eussent été mis à la charge du maître du fonds assujetti; car cet acte, en confirmant ainsi la constitution, vaudrait, par cela même, titre d'établissement de la servitude. Ces mots sont donc simplement explicatifs.

³ Voyez *suprà*, n° 503.

ticle 698 consacre d'une manière générale ce que cette loi décide pour la servitude *oneris ferendi*.

644. Et puisque la charge est réelle, il s'ensuit que celui qui a concédé la servitude, ainsi que tout successeur quelconque à l'héritage, peut toujours, en abandonnant le fonds assujetti au maître du fonds dominant, se libérer de la charge de faire les travaux. (Art. 699.)

645. Ici toutefois se présente une question, sur laquelle on a élevé une controverse, celle de savoir s'il serait obligé d'abandonner le fonds en totalité, ou s'il lui suffirait d'abandonner seulement la partie sur laquelle s'exerce la servitude : par exemple, dans celle de passage, le terrain sur lequel règne le chemin ; dans celle de conduite d'eau, la partie sur laquelle est creusé le canal.

Quelques personnes ont prétendu que la charge du propriétaire du fonds assujetti, de faire les travaux, étant réelle, comme celle d'un détenteur hypothécaire, elle subsiste en totalité sur chaque partie du fonds, et par conséquent que ce propriétaire ne peut s'en affranchir que de la même manière dont pourrait s'affranchir le détenteur hypothécaire. Or, celui-ci serait tenu de payer toutes les dettes, à quelque somme qu'elles pussent monter, ou de délaisser l'immeuble en totalité. (Art. 2114 et 2168 combinés.)

On ajoute que l'abandon de la seule partie sur laquelle s'exerce la servitude serait parfois un sacrifice illusoire, pour l'affranchissement d'une charge qui n'a peut-être été consentie que moyennant un prix plus

ou moins considérable : tel serait le cas où il s'agirait de la servitude de supporter une terrasse, que le propriétaire du fonds assujéti se serait soumis à entretenir en bon état, et dont il voudrait maintenant abandonner le sol, devenu à jamais inutile pour lui par la construction de la terrasse qui le couvre.

Enfin, l'on dit que l'article 699 parle expressément de l'abandon du *fonds assujéti*, et non pas seulement d'une partie de ce fonds.

Sans contester absolument la justesse de l'assimilation de la charge, pour le propriétaire du fonds assujéti qui s'y est soumis, de faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude, à l'obligation d'un détenteur hypothécaire, nous ne saurions néanmoins adopter la conséquence qu'on en tire.

Oui, sans doute, il y a charge réelle pour ce propriétaire, mais seulement quant à ce qui est affecté de la servitude; car c'est là véritablement le fonds assujéti; et l'article précité n'a pu vouloir parler d'autre chose. Ce ne serait que par une équivoque, qu'on entendrait ces mots *fonds assujéti*, de tout le fonds, tel qu'il était lors de la constitution de la servitude, de manière que les parties, par exemple, qui en auraient été détachées, seraient encore affectées du droit, quand bien même il resterait encore mille fois plus de terrain qu'il n'en faudrait pour son exercice. Mais cette équivoque disparaîtrait devant l'analyse des principes de la matière et l'interprétation de la volonté présumée des contractans.

D'abord, il est incontestable qu'ils ont bien pu n'é-

tablir la servitude que sur telle ou telle partie du fonds seulement, et en pareil cas il est clair que tout le surplus n'en est point affecté¹. Or, quand un lieu a été spécialement désigné dans le titre constitutif pour l'exercice du droit, par exemple, lorsque, propriétaire d'un champ d'une étendue plus ou moins considérable, *putà*, de cent arpens, je vous concède un passage sur l'un des bords de ce champ, par tel endroit désigné, n'est-il pas évident que je n'entends point par là grever la totalité de mon terrain, mais bien seulement la partie indiquée pour fournir le passage, celle, en un mot, sur laquelle le chemin devra être pratiqué? Le simple bon sens, d'accord avec les principes de la matière, ne permet pas une autre interprétation de mon intention. Jamais je n'ai pu vouloir, par une telle concession, affecter de la servitude les parties de mon champ qui sont à l'autre extrémité, et sur lesquelles, d'après le titre lui-même, vous n'auriez pas le droit de passer, puisque le passage ne vous a été accordé que sur la région opposée, et, dans la plupart des cas, cette assignation spéciale se trouvera dans le titre constitutif² : alors elle sera la loi des parties ; par conséquent, l'abandon de la portion sur laquelle uniquement la servitude est

¹ La L. 6, ff. *de Servit.*, dit positivement qu'on peut établir la servitude pour une partie seulement du fonds dominant, *ad certam partem fundi*. Par une raison au moins égale, peut-on ne l'établir que sur une portion seulement du fonds assujéti.

² C'est assez ce que suppose l'article 701 en disant : « Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. »

assise, sera, dans l'esprit de l'article 699 lui-même, l'abandon du fonds assujetti, et affranchira le maître de ce fonds, de l'obligation de faire les travaux, à laquelle lui ou son auteur s'était soumis.

Que l'on suppose aussi que j'ai simplement concédé le passage sur mon champ, sans autre explication, sans indication spéciale du lieu par où il s'exercerait : ce cas est prévu à la Loi 9, ff. *de Servitutibus*, et le jurisconsulte Celse y décide, en principe, 1° que le concessionnaire peut choisir le lieu qui lui conviendra pour exercer la servitude ; mais, 2° qu'il doit le faire *civiliter*, de manière à ne pas nuire au maître du fonds assujetti, par exemple qu'il ne doit pas passer à travers les vignes, ou par la maison de la métairie, s'il y en a une, quand il peut passer ailleurs sans grande incommodité¹ ; 3° enfin, qu'une fois qu'il a fait son choix, il ne peut plus exercer la servitude par un autre endroit, et tout cela, ajoute Celse, est applicable à la servitude de conduite d'eau.

Ainsi, même dans le dernier cas, une fois que le lieu du passage a été fixé, le propriétaire du fonds dominant a épuisé son droit quant au choix de la partie par où doit s'exercer la servitude, et il ne peut plus l'exercer par un autre endroit : donc les autres parties du fonds sont libres, puisqu'il ne peut maintenant les faire servir à l'exercice de cette servitude ;

¹ Notre article 701, dernière disposition, est conçu dans le même esprit ; il va même plus loin encore, puisqu'il autorise, dans les cas qu'il prévoit, le maître de l'héritage assujetti à demander le changement du lieu par où s'exerçait déjà la servitude, n'importe le temps depuis lequel les choses se trouveraient en cet état.

donc celle-là seulement sur laquelle s'exerce le passage est réellement affectée, et forme le fonds assujéti. Les autres pourraient tout au plus en être tenus subsidiairement, pour le cas où, par un événement de force majeure, comme l'enlèvement d'une partie de terrain par une rivière ou un torrent, un éboulement, etc., elle deviendrait impropre à l'usage du droit, ce que nous ne contestons rigoureusement pas dans l'hypothèse actuelle, mais ce qui ne combat point notre sentiment, puisque cet événement n'a pas eu lieu; par conséquent encore, en abandonnant cette partie, celui qui doit la servitude abandonne le fonds assujéti dans le sens naturel et légal de l'article 699.

Entendre autrement cet article, c'est rendre illusoire la faculté qu'il accorde au propriétaire du fonds assujéti, ou plutôt le droit qu'il lui reconnaît, et qui est tellement inhérent à la nature des servitudes, qu'on n'aurait assurément pas, sans ce droit, admis la convention par laquelle ce propriétaire a pris sur lui les travaux nécessaires à l'exercice ou à la conservation de celle qui a été établie; car, dans presque tous les cas, on préférerait faire ces travaux plutôt que d'abandonner le fonds en totalité. Et s'il peut s'en présenter quelques-uns où l'abandon de la seule partie sur laquelle s'exerce le droit n'offrirait qu'un faible dédommagement au maître du fonds dominant, tel que celui que nous avons donné d'abord comme exemple, ils seront si rares comparativement, qu'il est permis de croire que le législateur n'y a eu aucun égard. D'ailleurs, il y a toujours, pour le maître du

fonds dominant, acquisition de la propriété du terrain sur lequel il n'avait auparavant qu'un simple droit de servitude : il pourra maintenant en faire ce que bon lui semblera, bâtir tout contre, planter des arbres à haute tige, en observant la distance prescrite, etc., et cela suffit pour justifier notre décision, si l'on s'attache aux principes de la matière.

616. Le propriétaire a bien, comme nous venons de le dire, le droit de faire les travaux nécessaires à l'exercice ou à la conservation de la servitude, mais il ne doit rien faire, ni dans son fonds, ni dans le fonds assujetti, qui puisse aggraver la condition de ce dernier : il ne peut user du droit que suivant son titre, et sans pouvoir faire des changemens préjudiciables à l'autre propriétaire. (Art. 702.) Voyez *suprà* n° 610.

617. S'il s'agit d'un droit de passage, et que le fonds dominant vienne à être divisé, la servitude reste due sans doute pour chaque portion, mais tous les propriétaires ¹ sont obligés de l'exercer par le même endroit (art. 700); et il en serait ainsi, par la même raison, s'ils possédaient encore le fonds en commun.

618. S'agit-il d'une prise d'eau, les divers propriétaires du fonds dominant, que nous supposons avoir été divisé, s'en distribueront le volume comme ils l'entendront, *temporibus aut mensurâ*, sans pouvoir en

¹ L'article dit tous les *copropriétaires*; mais c'est une rédaction inexacte, puisque, lorsque le fonds est divisé, ceux qui en possèdent les diverses portions ne sont plus copropriétaires, mais bien propriétaires, chacun séparément.

exiger un plus considérable que lorsque le fonds n'était point encore partagé.

§ II.

Obligations du propriétaire du fonds assujéti.

619. Dans les servitudes affirmatives, le maître du fonds assujéti est tenu de souffrir que l'autre propriétaire fasse tous les travaux nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude, suivant ce qui a été explicitement ou implicitement convenu, et même de faire les travaux, s'ils ont été spécialement mis à sa charge par le titre constitutif (art. 699), ou par un acte postérieur¹; sauf à lui, comme il vient d'être dit, à faire l'abandon du fonds assujéti pour s'affranchir de cette charge.

620. Dans les servitudes négatives, comme la prohibition de bâtir sur tel terrain, ou de bâtir au-delà de telle hauteur, etc., il doit s'abstenir de faire ce qu'il s'est interdit par l'acte constitutif de la servitude.

624. Et généralement il ne doit rien faire qui tendrait à diminuer l'usage de la servitude, quelle qu'elle soit, ou qui le rendrait moins commode. (Art. 701.)

Ainsi il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. (*Ibid.*)

622. Cependant, comme l'équité veut que nous fassions le bien d'autrui quand nous n'en éprouvons aucun dommage notable, si l'assignation primitive de la

¹ Voyez *suprà*, n° 612, note.

servitude était devenu plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser. (*Ibid.*) Mais ce serait à lui à faire à ses frais les travaux que nécessiterait le changement.

625. S'il y avait contestation sur la sincérité des motifs du changement demandé, le tribunal, après avoir pris l'avis d'experts nommés à cet effet, ou même après avoir ordonné et fait une descente de lieux, ce qui vaut généralement mieux encore, statuerait en conséquence.

625 *bis*. La disposition de notre article 701, qui donne au propriétaire du fonds assujetti, le droit de demander le changement du lieu où s'exerce la servitude, lorsque par l'effet de cette situation, la servitude est devenue plus onéreuse pour lui, ou qu'elle l'empêche de faire des changemens avantageux, à la charge par lui d'offrir à l'autre propriétaire un endroit aussi commode ; cette disposition, disons-nous, est applicable au cas aussi où, dans un acte de partage de prairies, il a été convenu que lesdites prairies continueraient d'être arrosées comme par le passé et qu'il ne pourrait être fait aucun changement aux fossés et rigoles servant à conduire les eaux : celui sur le fonds duquel se trouve un aquéduc destiné à cet usage, peut le déplacer si cela lui est avantageux, et s'il ne résulte de ce déplacement aucun préjudice pour les autres. Car la convention avait seulement pour

objet de prévenir tout déplacement préjudiciable à ceux-ci ¹.

Et la jouissance commune établie par convention, tant des eaux servant à l'irrigation des propriétés riveraines, que des issues d'arrosement, constitue une véritable servitude réciproque; et, en conséquence, si l'assignation primitive du lieu où s'exerce la prise d'eau commune était devenue plus onéreuse à l'un des communistes, ou l'empêchait de faire des changements avantageux, il pourrait offrir un autre endroit aussi commode pour l'exercice de leurs droits, et ceux-ci ne pourraient le refuser ².

625 *ter*. Mais la faculté de demander le changement de l'assiette primitive d'une servitude n'est accordée par la loi qu'au propriétaire du fonds assujéti, et non au propriétaire du fonds dominant, encore qu'il fût allégué et même prouvé, qu'il n'en résulterait aucun préjudice pour le propriétaire du premier fonds. Ce serait grever de servitude une partie de ce fonds qui n'y a point été soumise. La cour de Montpellier avait jugé le contraire, mais sa décision a été cassée, le 16 mai 1838. Sirey 38, I, 570. Cela confirme pleinement la justesse des observations que nous avons faites sur l'étendue des droits de celui auquel la servitude est due, *suprà* n° 610.

¹ Ainsi jugé, et avec beaucoup de raison, par la cour de Pau, le 3 juin 1831. Sirey, 31, II, 234.

² Voyez, en ce sens, l'arrêt de la même cour et celui de rejet du pourvoi en date du 24 janvier 1838 : Sirey, 38, I, 759.

SECTION VII.

DES DIVERSES ACTIONS AUXQUELLES PEUVENT DONNER LIEU LES SERVITUDES.

SOMMAIRE.

624. *L'action appelée confessoire compète à celui qui a un droit de servitude et qui est troublé dans sa jouissance.*
625. *Cette action est réelle.*
626. *Elle est immobilière, et se porte au tribunal de la situation de l'immeuble assujéti.*
627. *Elle est indivisible : conséquence.*
628. *Suite.*
629. *Suite.*
630. *C'est une espèce de revendication, appliquée à une chose incorporelle.*
631. *Indépendamment de l'action confessoire, celui qui est troublé dans l'exercice de la servitude qui lui est due, a, sous certaines conditions et distinctions, l'action possessoire, ou la plainte.*
632. *Exposition de ces conditions.*
633. *En outre, la servitude doit être de nature à s'acquérir par prescription.*
634. *Le juge de paix compétent pour connaître de la plainte est celui de la situation de l'immeuble assujéti.*
635. *Quand la servitude n'est pas du nombre de celles qui s'acquièrent par prescription, le maître du fonds sur lequel elle s'exerce doit l'emporter au possessoire, soit en demandant, soit en défendant.*
636. *Et cela, quand même la servitude eût pu s'acquérir, avant le Code, par prescription, et que la possession aurait commencé avant le Code et se serait continuée depuis.*
637. *Bien mieux, lors même que la possession antérieure au Code aurait suffi pour l'acquisition du droit par prescription, sauf alors l'action au pétitoire.*
638. *Mais lorsqu'à la possession annale actuelle, celui qui l'invoque joint un titre non précaire, le juge de paix peut le maintenir en jouissance, quoique la servitude ne soit pas du nombre de celles qui s'acquièrent par prescription.*

639. *Cela ne devrait pas être, si le titre produit était sous signature privée non reconnue, ni tenue pour reconnue.*
640. *En principe pur, cette dernière décision devrait même s'appliquer à tous les cas où le titre produit est contesté sous d'autres rapports; motifs de la jurisprudence contraire.*
641. *Celui qui a la possession annale régulière d'une servitude susceptible de s'acquérir par prescription n'a rien plus à prouver pour pouvoir continuer d'en jouir, sauf à l'autre partie à prouver que le droit n'est pas acquis: controversé.*
642. *Celui sur le fonds duquel un autre exerce mal à propos un droit de servitude, a contre lui l'action négatoire, et la plainte si la possession n'est pas annale, ou si, étant annale, la servitude n'est pas susceptible de s'acquérir par prescription et que le défendeur n'ait pas de titre.*
643. *Celui qui a gagné au possesseur et qui a succombé au pétitoire, ne doit pas pour cela être condamné aux dépens du possesseur; sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu.*
644. *Le jugement au pétitoire est sujet à appel, à moins que le fonds prétendu assujéti ne fût pas d'un revenu déterminé de plus de 60 fr. en rentes ou par prix de bail. Il y a également lieu à appel du jugement rendu au possesseur.*
645. *Peu importerait qu'on eût joint à la plainte une demande en dommages-intérêts n'excédant pas le taux de la compétence des juges de paix jugeant en dernier ressort en matière personnelle et mobilière.*
646. *Il en serait autrement si, dans ce cas, la propriété ou la possession annale n'était pas contestée par le défendeur.*

624. Celui qui a un droit de servitude a, pour le faire reconnaître par celui qui le lui conteste, l'action qu'on appelle dans la doctrine, action *confessoire* ¹.

¹ Dont il est parlé au § 2, *INSTIT. de Actionibus*, et ainsi nommée parce que le défendeur est assigné pour reconnaître et *confesser* l'existence de la servitude, pour avouer que son héritage est assujéti envers celui du demandeur. *Voy.* aussi le titre *si Servit. vindic. ff.*

625. Comme on l'a dit plus haut ¹, cette action est réelle, puisqu'elle est le moyen d'exercer un droit réel : elle peut donc s'intenter contre tout détenteur quelconque du fonds assujéti.

626. Elle est immobilière, et par conséquent elle doit, ainsi que toutes celles qui sont relatives aux servitudes, être portée au tribunal de la situation de l'immeuble prétendu assujéti. (Art. 59, Cod. de procéd.)

627. Elle est indivisible ², c'est-à-dire que chacun des copropriétaires de l'héritage dominant, ou, après la mort de celui qui le possédait seul, chacun de ses héritiers, avant le partage de ses biens, a qualité pour l'exercer seul (art. 1224), parce qu'il ne peut pas demander pour une partie ce qui n'est pas susceptible de parties. Mais après le partage, l'action appartient seulement à celui ou à ceux au lot desquels est échu l'immeuble, ou à qui cet immeuble a été adjugé sur licitation ³. (Art. 883.)

628. Le défendeur peut, au surplus, quand il n'y a pas encore eu partage du fonds auquel est dû la servitude, et qu'il est poursuivi par un ou plusieurs des intéressés seulement, demander au tribunal un délai pour que les autres soient mis en cause, afin qu'il n'ait pas à redouter leur tierce-opposition, s'il venait à être renvoyé de la demande. Mais il n'en serait pas de ce cas comme de celui où un acquéreur à réméré

¹ N° 475 et suivant.

² L. 2, § 2; L. 72, *princip.*, ff. de *Verb. oblig.*; et L. 4, § 3, ff. *si Servit. vindic.* Voyez *suprà*, n° 473.

³ Voyez *suprà*, n°s 470 et 474, et L. 1, ff. *si Servit. vindic.*

est assigné pour l'exercice du rachat par un ou plusieurs des héritiers du vendeur : cet acquéreur peut exiger que les autres héritiers soient mis en cause, afin de s'accorder sur la reprise de l'immeuble en entier, et s'ils ne s'accordent pas, il est renvoyé de la demande (art. 1670) : dans ce cas, la mise en cause des cohéritiers a évidemment lieu par l'héritier demandeur ; tandis que, dans le cas de la servitude, elle a lieu à la poursuite du défendeur, qui la réclame dans son intérêt et vis-à-vis de celui qui avait le droit de lui demander le total de la chose, puisqu'il n'en pouvait demander une partie seulement.

629. *Vice versâ*, l'action peut être intentée contre chacun des copropriétaires du fonds assujéti, et, après la mort de celui à qui il appartenait en totalité, contre chacun de ses héritiers (art. 1225), sauf au défendeur à demander un délai pour mettre en cause ses copropriétaires. Néanmoins, si le partage du fonds avait déjà eu lieu, celui au lot duquel il serait échu, et qui serait assigné pour se voir condamner à reconnaître l'existence de la servitude et à en souffrir l'exercice, n'aurait pas cette faculté, de demander un délai pour mettre en cause ses ci-devant copropriétaires. (*Ibid.*)

630. L'action confessoire est une espèce de revendication ¹ appliquée à une chose incorporelle, et qui a cela de particulier, qu'elle est ouverte non-seulement à celui qui n'est point actuellement en exercice du droit de servitude, mais encore à celui qui l'exerce

¹ Voyez le titre *si Servit. vindicetur*, etc., ff.

réellement et qui est troublé dans sa jouissance¹ ; au lieu que lorsque la revendication a pour objet la restitution de la chose quant à la propriété, l'action ne peut être ouverte à celui qui est en possession, quoiqu'il fût troublé dans sa jouissance ; car il ne pourrait demander la restitution de ce qu'il a déjà ; il pourrait seulement exercer une action possessoire, la complainte, pour faire cesser le trouble dont il aurait à se plaindre.

651. Indépendamment de l'action confessoire, celui qui a un droit de servitude peut, mais sous certaines conditions et distinctions, intenter une action possessoire, s'il est troublé dans la jouissance de son droit. Toutefois cette action ne dérive pas du droit de servitude lui-même, mais bien du fait de possession ou exercice de ce droit : la servitude prétendue en est seulement la plupart du temps la cause occasionnelle. Voici, quant à cette action, les règles à suivre.

652. D'abord, pour que l'action possessoire puisse avoir lieu avec succès, il faut le concours des circonstances suivantes :

1° Que celui qui prétend être en possession d'un droit de servitude exerce ce droit, par lui ou ses auteurs, depuis une année au moins (art. 23, Cod. de procéd.) ;

2° Que sa jouissance soit à titre de *droit*, et non précaire, ni violente, ni clandestine² (*ibid*) ; mais la présomption de possession pour soi, et de possession

¹ Voyez le § 2, aux INSTIT., titre de *Actionibus*.

² Par rapport à l'adversaire ou l'auteur de celui-ci, *ab adversario*. Voy. *suprà*, n° 587.

paisible, serait en sa faveur, sauf preuve contraire (art. 2230-2268);

3° L'action, pour être recevable, devrait être intentée dans l'année du trouble. (Même art. 23.)

653. Avec le concours de ces conditions, et si la servitude est de nature à pouvoir s'acquérir par prescription, c'est-à-dire, si elle est tout à la fois continue et apparente (art. 690-691 combinés), l'action possessoire peut être utilement intentée, et le juge de paix, qui en connaît (art. 3, Cod. de proc., et loi des 25 mai-6 juin 1838), doit maintenir en jouissance celui qui exerce la servitude, et faire défense à l'autre partie de l'y troubler; sauf à celle-ci à se pourvoir ensuite au pétitoire, si elle prétend que le droit de servitude n'existe pas¹.

654. Le juge de paix compétent est celui de la situation de l'immeuble sur lequel s'exerce la servitude. (Même art. 3, Cod. de procéd.)

655. Mais lorsque la servitude n'est pas du nombre de celles qui peuvent s'acquérir par prescription, parce qu'elle est non apparente, ou discontinuë, apparente ou non, n'importe, il n'y a point de jouissance qui puisse *seule* fonder l'action possessoire au profit de celui qui allègue cette jouissance; son action serait non recevable; et dans tous les cas où il serait attaqué par l'autre partie, comme troublant la jouissance de celle-ci, il devrait succomber au posses-

¹ Voyez les arrêts du 24 février 1808 (Sirey, 1808, I, 493); du 16 juin 1810 (Sirey, 1811, I, 164); et enfin celui du 1^{er} mars 1815 (Sirey, 1815, I, 120).

soire ; sauf à lui à se pourvoir au pétitoire, s'il croyait avoir acquis le droit de servitude.

En effet, à quoi aboutirait la possession annale, lors même qu'elle serait avouée, puisque la possession trentenaire elle-même ne signifierait rien, qu'elle ne dispenserait pas de produire un titre constitutif de la servitude, selon le vœu des articles 690 et 691 précités ? Or, si l'action possessoire a pour objet de forcer l'adversaire à reconnaître et respecter la possession quand elle existe réellement, c'est parce qu'elle est un droit, une chose utile pour celui qui peut l'invoquer en sa faveur, qu'elle peut le conduire à l'acquisition de la chose ou du droit par le moyen de la prescription, et qu'elle le dispense, en un mot, de prouver sa prétention ; toutes choses qui n'existent point quand il s'agit de servitudes non susceptibles de s'acquérir par prescription ¹.

656. Il en serait de même à l'égard d'une servitude susceptible d'avoir pu s'acquérir avant le Code par prescription, dans le pays où elle s'exercerait, si, depuis le Code, elle n'a pu s'acquérir de cette manière : la complainte ou action possessoire ne serait point recevable en faveur de celui qui invoquerait simplement la possession appliquée à une telle servitude, quoique la possession annale eût existé avant le Code, et qu'elle eût été continuée depuis ². Il n'y a pas là

¹ Telle est la jurisprudence : entre autres arrêts, voyez celui de cassation, du 28 février 1814. Sirey, 1814, I, 124.

² Arrêts de cassation, du 13 août 1810 (Sirey, 1810, I, 138), et du 3 octob. 1814 (Sirey, 1815, I, 145).

d'effet rétroactif donné à l'article 691, car cette possession, quoique continuée sous le Code, ne pouvant conduire à l'acquisition de la servitude, ce n'est pas enlever un droit à celui qui l'a eue et qui l'a encore, puisqu'elle serait pour lui sans utilité réelle¹.

657. Bien mieux, lors même, que de fait, la possession antérieure au Code aurait été suffisante pour l'accomplissement de la prescription et l'acquisition du droit par ce moyen, le juge de paix ne serait pas davantage compétent pour connaître de l'action en complainte intentée par celui qui a eu cette possession, quoiqu'elle n'eût pas été discontinuée sous le Code, ni auparavant; car, d'après les principes ci-dessus exposés, et que la cour suprême a constamment reconnus, la complainte, dans ce cas, ne pourrait avoir d'autre base que le droit acquis par la prescription, et ce serait ainsi cumuler le pétitoire et le possessoire, contre la disposition formelle de la loi (art. 25, Cod. de procéd.). C'est ce que dit clairement l'arrêt du 3 octobre 1814 précité. Ce serait donc au tribunal de première instance à décider, sur le *pétitoire*, si la prescription était ou non déjà acquise

¹ M. Delvincourt a toutefois écrit le contraire. Suivant lui, celui qui avait, avant le Code civil, la jouissance annale d'une servitude que ce Code ne permet pas d'acquérir par prescription, mais dans un lieu où elle pouvait jadis s'acquérir de cette manière, et qui n'a point cessé de posséder pendant un an, doit être admis à intenter l'action possessoire, et s'il fait sa preuve, il doit être maintenu; sauf à l'adversaire à établir au pétitoire que le temps de la prescription ne s'était pas écoulé avant le Code. Ce système est insoutenable, et il a été presque universellement rejeté. Il aurait pour résultat, à peu près certain, de faire prévaloir des prétentions de servitudes qui n'ont jamais été établies, bien qu'elles fussent exercées depuis plus ou moins de temps, sans aucun titre, avant la publication du Code.

lors de la promulgation de l'article 691 ; et pour cela, la question de possession annale actuelle étant indifférente dans ses résultats, elle ne peut être soumise avec effet au juge du simple possessoire. Le propriétaire du fonds sur lequel est prétendue la servitude devrait toujours, en pareil cas, soit qu'il fût demandeur, soit qu'il fût défendeur, être maintenu dans la libre jouissance de son fonds, sauf à l'autre partie à se pourvoir au pétitoire, si elle croyait avoir acquis la servitude avant le Code.

658. Mais lorsqu'à l'appui de la possession annale actuelle, alléguée en matière de servitude non susceptible de s'acquérir par prescription, celui qui peut l'invoquer en sa faveur, et qui est troublé, produit aussi un titre non précaire, la cour de cassation décide que sa plainte est recevable, et que le juge de paix est compétent pour discuter le mérite et l'application du titre, bien qu'il fût contesté¹ ; qu'appliquer le titre en pareil cas, ce n'est point cumuler le pétitoire et le possessoire².

659. Cela, selon nous, ne serait point applicable au cas où le titre produit serait sous signature privée, non reconnue ni tenue pour reconnue ; car alors

¹ Voyez l'arrêt du 17 mai 1820 (Sirey, 1820, I, 324) : la cour a dit qu'en tel cas, le juge de paix est tenu d'examiner le titre, et d'accueillir ou rejeter l'action possessoire, selon que le titre contesté fait ou ne fait pas cesser la présomption de précaire.

Mais par un autre arrêt, du même jour, elle a décidé que si, dans le cas dont il s'agit, le juge de paix peut renvoyer les parties à se pourvoir au pétitoire, il n'y est cependant pas obligé. Nous préférons cette dernière décision. (Sirey, *ibid.*)

² Voy. l'arrêt de la même cour, du 6 juillet 1812. Sirey, 1813, I, 81.

ce titre n'en serait point un tant qu'il ne serait pas déclaré émaner de celui à qui on l'opposerait, ou de son auteur (art. 1322 analysé). Et le juge de paix ne serait pas plus compétent, en pareil cas, pour faire procéder devant lui à la vérification, que ne le serait, en matière commerciale, un tribunal de commerce, qui doit, aux termes de l'article 427 du Code de procédure, renvoyer, sur ce point, les parties devant le tribunal civil. Le titre n'étant point constant, et s'agissant d'une servitude non susceptible de s'acquérir par prescription, il y aurait lieu, comme lorsqu'il n'en est produit aucun, de déclarer l'action possessoire non recevable, du moins telle est notre opinion.

640. En principe, il en devrait même être ainsi toutes les fois que le titre produit est contesté sous d'autres rapports : comme sous celui du vice de précaire, incapacité de celui qui l'a consenti, etc, etc. ; car le juge de paix n'est pas compétent pour juger une semblable question. Mais la jurisprudence, qui est contraire à cette doctrine, peut se justifier par l'avantage de prévenir, autant que possible, les difficultés mal fondées de la part de celui qui a fourni un titre réel ; d'autant mieux que tous ses droits lui demeurent réservés pour faire apprécier au pétitoire ce titre à sa juste valeur, si, en effet, le juge de paix l'a lui-même mal apprécié en en faisant le motif d'après lequel il a accueilli, comme recevable, l'action possessoire. Il peut d'ailleurs interjeter appel du jugement rendu par le juge de paix.

641. Mais quel sera l'effet de la maintenue en pos-

session au profit de celui qui exerce la servitude sans titre, dans le cas où il s'agirait de l'une de celles qui peuvent s'acquérir par prescription ? L'affranchira-t-elle de l'obligation de prouver, au pétitoire, s'il est ensuite attaqué par cette voie, qu'il a acquis le droit par titre ou par prescription, comme il serait affranchi de toute preuve s'il s'agissait de la propriété ? Sera-t-il présumé avoir acquis la servitude, sauf preuve contraire ; ou cette possession n'engendrera-t-elle en sa faveur aucune présomption de Droit ?

Cette importante question, très-controversée anciennement ¹, l'a encore été depuis la publication du Code ².

Elle paraît cependant clairement décidée par la L. 8, § 3, ff. *si Servit. vindic.* Le jurisconsulte Ulpien, dans cette loi, se demande quelle est celle des deux parties qui doit remplir le rôle de défendeur, c'est-à-dire être affranchie de l'obligation de faire aucune preuve à l'appui de sa prétention ; car le défendeur n'a rien à prouver tant que son adversaire lui-même n'a point établi la sienne ³. Seulement, si celui-ci a justifié de sa demande, le défendeur prouve son exception, s'il en invoque une, suivant la règle, *reus excipiendo fit actor* ; mais, encore une fois, tant que le

¹ Brunemann, sur la L. 9, Cod. *de Servit. et aqua* ; Mascardus, *de Probationibus*, n° 1306, la décidaient, ainsi que la Glose, en faveur du propriétaire du fonds prétendu assujéti. Heineccius, *Elementa Juris*, n° 1137, tout en professant l'opinion contraire en principe, dit toutefois que l'autorité de la Glose l'a emporté dans la pratique.

² MM. Delvincourt et Pardessus décident que la possession fait présumer l'existence de la servitude, sauf preuve contraire. M. Toullier pense différemment.

³ L. *ult.*, Cod. *de Rei vindic.* ; L. 23, Cod. *de Probat.*

demandeur n'a point prouvé l'existence de son droit, le défendeur, soit dans les actions réelles ¹, soit dans les actions personnelles, n'a lui-même rien à prouver pour être renvoyé de la demande. Or, dans l'espèce de cette loi, où la contestation roule sur la servitude *tigni immittendi*, le jurisconsulte décide la question par une distinction. Il dit que si les poutres résident déjà dans le mur, en d'autres termes s'il y a déjà exercice du droit, *possession*, il dit que le possesseur remplira simplement le rôle de défendeur, c'est-à-dire qu'il sera affranchi de l'obligation de faire la preuve de son droit de servitude; que si, au contraire, les poutres ne reposent point encore dans le mur, celui qui prétend au droit de les y avoir, doit, soit en demandant, soit en défendant (ainsi que tous les bons interprètes ont toujours entendu ce texte), prouver que le droit de servitude existe réellement.

A quoi servirait, en effet, la possession, si celui qui l'a en sa faveur était ensuite obligé de prouver qu'il a acquis la servitude? L'adversaire serait sans doute forcé, pour détruire l'effet de la maintenue, de se pourvoir au pétitoire, d'intenter l'action appelée *negatoire*; mais, on le répète, si, sur cette action, celui qui a été reconnu possesseur du droit par le juge compétent pour connaître de la possession, et qui a été maintenu dans sa jouissance, doit prouver, par titre ou prescription, l'existence de ce droit, la possession n'a aucun effet qui ne puisse être ainsi rendu illusoire; et dès-

¹ Sauf ce que nous allons dire tout à l'heure au sujet de l'action *negatoire*, qui est cependant réelle.

lors, on ne concevrait pas le motif qui aurait porté le législateur à expliquer avec tant de soin, aussi bien en matière de servitude qu'en matière de propriété (car la loi ne distingue pas), les conditions requises pour qu'on doive être déclaré possesseur; on ne comprendrait pas l'utilité réelle, efficace des actions possessoires en pareil cas. On peut, à la vérité, objecter qu'il y a une différence sensible entre la revendication appliquée à la propriété, et la revendication d'un simple droit de servitude : celui qui défend à l'action en revendication proprement dite n'est point obligé de dire, et encore moins de prouver, qu'il est propriétaire de l'objet revendiqué, ni comment il l'est devenu : il possède, cela suffit; c'est au demandeur à justifier lui-même de sa propriété, s'il est réellement propriétaire; en sorte qu'il n'aurait encore rien fait en prouvant que le défendeur ne l'est point ¹, puisqu'il ne résulterait pas de cette preuve qu'il l'est lui-même, condition cependant nécessaire pour que la chose doive lui être restituée. Tel est le grand avantage de la possession, et voilà pourquoi on se la dispute avec une ardeur qui va quelquefois jusqu'à la violence ². Au lieu que lorsqu'il s'agit d'un droit de servitude, il ne suffit pas au défendeur qui l'exerce, de se renfermer dans un silence absolu, d'attendre que le demandeur ait lui-même fait sa preuve touchant la franchise de son fonds; car les héritages étant de droit présumés libres, la preuve du demandeur est toute faite. Aussi

¹ *L. ult. Cod. de Rei vindic.*, précitée.

² Voyez tome précédent, n° 243.

est-il dit au § 2, INSTIT., *de Actionibus*, que, dans l'action *negatoire*, il y a cela de particulier, que le demandeur n'est point tenu de prouver sa prétention, de prouver que son héritage est libre ; au contraire, c'est au défendeur à prouver que cet héritage est assujéti envers le sien. Il serait incontestablement tenu de faire cette preuve s'il n'avait pas la possession annale, tandis que s'il s'agissait de la propriété du fonds, et qu'il fût en possession, quoique ce fût depuis moins d'une année, il n'aurait rien à prouver tant que le demandeur au pétitoire n'aurait pas lui-même fait sa preuve. Or, peut-on dire, la loi ne fait pas résulter la servitude de la simple possession annale ; elle n'a même nulle part attaché à cette possession la simple présomption d'existence de la servitude : elle est muette sur ce point ; par conséquent la présomption contraire, celle que les héritages sont censés libres, exerce toute sa force nonobstant la possession.

On peut encore ajouter que ce serait imposer au maître du fonds assujéti l'obligation de prouver une négation, c'est-à-dire que son fonds ne doit pas la servitude : or, une telle obligation répugne aux vrais principes¹, à raison de l'impossibilité de la remplir, du moins généralement.

Cependant tel n'est pas notre sentiment. Ce système rendrait sans effet réel l'avantage de la possession, et il est mille fois improbable que la loi ait été conçue dans cet esprit. L'article 3 du Code de procé-

¹ L. 23, Cod. *de Probat.*, déjà citée.

de, d'accord avec la loi du 24 août 1790, met dans les attributions des juges de paix les usurpations commises dans l'année sur les cours d'eau, et toutes les autres actions possessoires. Ces attributions ont été confirmées par la loi des 25 mai et 5 juin 1838, *sur les justices de paix*; et ce sont là des faits le plus souvent relatifs à la matière des servitudes. Et lorsque, au lieu d'être des actes mal fondés, ce sont des actes légitimes, ces actes ne sont rien autre chose que l'exercice d'un droit de servitude véritable. Or, puisque la loi veut que celui qui les a faits paisiblement, à titre non précaire, depuis une année au moins, et qui n'a pas cessé de les faire depuis plus d'un an (art. 23, Cod. de proc.), soit maintenu dans sa jouissance et possession, c'est bien certainement parce qu'elle présume qu'il avait le droit de les faire. Elle n'a donc pu vouloir n'attacher à la possession qui réunit tous ces caractères, qu'un effet momentané et pour ainsi dire illusoire, insignifiant, comme il le serait évidemment dans le système combattu.

Quant à l'objection tirée de ce qu'on réduit ainsi le demandeur au pétitoire, à l'obligation de prouver une négation, on y répond facilement. La négation, dans l'espèce, n'est point de celles qui ne tombent point en preuve; car elle peut très-bien se transformer en affirmation d'un fait positif contraire à la prétention du défendeur. Par exemple, si le demandeur rapportait une pièce par laquelle celui-là a reconnu que ce n'était que par pure tolérance de la part de celui-ci qu'il a fait les actes de possession à raison desquels il a été maintenu

au possessoire, pièce qu'alors le demandeur n'a point produite parce qu'elle était adirée, ou pour autre cause, la preuve du demandeur serait bien facile à faire. D'ailleurs, comme le défendeur n'invoque aucun titre, il est clair que la servitude ne peut résulter que de la destination du père de famille, qui vaut titre, ou de la prescription. Or, dans beaucoup de cas, le demandeur ne serait point réduit à l'impossibilité de prouver que la prescription n'a pu avoir lieu : par exemple, s'il s'agissait d'une servitude de vue, il prouverait facilement que le bâtiment pour lequel on la réclame a moins de trente ans d'existence ; si c'était la destination du père de famille qu'invoquât le défendeur (que nous supposons toujours avoir la possession annale), le demandeur ne serait point non plus placé dans une impuissance de fait, de prouver que les conditions requises par la loi n'ont pu être remplies, etc., etc. Tenons donc pour certain que celui qui a la possession annale, reconnue ou justifiée, d'une servitude susceptible de s'acquérir par la prescription, n'a rien à prouver, même au pétitoire, pour être maintenu. C'est aux propriétaires à être bien attentifs à ne pas laisser acquérir une telle possession quand il s'agit de servitudes de cette sorte.

642. Nous venons de dire que celui sur le fonds duquel un autre exerce mal à propos une servitude a l'action *négatoire* pour s'y opposer ; et s'il y a moins d'un an que la servitude s'exerce, ou s'il s'agit de l'une de celles qui ne peuvent s'acquérir sans titre, il peut intenter simplement l'action en complainte pour

faire cesser le trouble, et se plaindre du nouvel œuvre, s'il y en a eu ¹.

645. Celui qui a gagné au possessoire, mais qui a succombé au pétitoire, doit-il être aussi condamné aux dépens du possessoire ?

Le possessoire et le pétitoire sont deux instances différentes ; ils ne doivent pas être cumulés. On a pu avoir raison de défendre ou d'attaquer au possessoire, parce qu'on avait la possession, et tort d'avoir défendu ou attaqué au pétitoire, parce qu'on n'avait pas le droit : dès-lors, les dépens du possessoire ne doivent pas être adjugés, au pétitoire, à celui qui a succombé dans la première instance, quoiqu'il ait triomphé dans l'autre ; sauf à lui à réclamer des dommages-intérêts, s'il y a lieu, et qui pourront compenser le montant des dépens auxquels il a pu être condamné.

644. Non-seulement il y a lieu d'interjeter appel du jugement rendu au pétitoire, quelque peu importante que fût la servitude prétendue, parce que la valeur en est indéterminée ² ; mais on peut aussi inter-

¹ Au sujet de l'action appelée *dénonciation de nouvel œuvre* (*novi operis nunciatio*), dont il est fréquemment fait mention dans nos anciens auteurs, et même dans la pratique, mais dont nos lois modernes, jusqu'à celle du 6 juin 1838, ne parlaient pas, voyez la *Compétence des juges de paix*, par M. Henrion de Pansey, page 386 et suiv. :

² A moins toutefois que le fonds sur lequel elle serait réclamée eût pu être lui-même l'objet d'une décision en dernier ressort, parce qu'il ne serait pas de plus de soixante francs de revenu déterminé, soit en rentes, soit par prix de bail. Loi du 11 avril 1838, art. 1^{er}. Car alors la question de servitude devrait être jugée aussi en dernier ressort. En effet, bien qu'une servitude soit quelque chose d'indéterminée dans sa valeur, néanmoins, dans l'hypothèse, elle est au moins déterminée par la valeur de l'héritage lui-même ; car il serait absurde de dire qu'elle peut valoir plus que lui. Or, jusqu'à cette valeur, les tribunaux de première instance jugent en dernier ressort.

jeter appel du jugement rendu au possessoire (art. 6 de la loi des 25 mai-6 juin 1838), et cet appel se porte au tribunal de première instance.

645. Et il y aurait également lieu à appel du jugement rendu au possessoire, encore que le demandeur eût conclu aussi à des dommages-intérêts pour une somme n'excédant pas le taux de la compétence des juges de paix jugeant en dernier ressort en matière personnelle et mobilière (aujourd'hui cent francs, art. 1^{er} de la loi du 6 juin 1838, précitée). Ce point, si long-temps et si vivement controversé, jugé même si souvent en sens contraires par la cour suprême elle-même, ne fait plus de doute aujourd'hui¹. Les juges de paix, il est vrai, jugent en dernier ressort jusqu'à concurrence aujourd'hui de cent francs, mais l'objet de la plainte, la maintenue en possession, la possession controversée entre les parties, n'est pas moins d'une valeur indéterminée, du moins généralement, quoique à cette plainte on ait joint une demande en dommages-intérêts qui n'excède pas cette somme. L'addition de cette demande à l'action possessoire ne peut évidemment qu'augmenter la valeur du litige, et circonscrire davantage la compétence du juge de paix en ce qui touche le point de savoir s'il doit juger en dernier ou bien en premier ressort seulement.

646. Il en serait autrement, sans doute, si la propriété du fonds sur lequel a été commis le trouble, ainsi que la possession annale, n'étaient pas contes-

¹ Voyez l'arrêt du 22 mai 1822, rendu sections réunies. Sirey, 1822, 1, 375.

tées par le défendeur, et que la demande en dommages-intérêts n'excédât pas cent francs : alors le juge de paix devrait juger en dernier ressort, comme l'a très-bien décidé la cour suprême, par deux arrêts de cassation du 15 décembre 1824 ¹. Mais toutes les fois que la propriété du fonds, et même la simple possession annale, sont contestées par le défendeur, la demande en dommages-intérêts pour le préjudice souffert par le nouvel œuvre, ou pour le simple exercice d'une servitude sans nouvel œuvre, devient indifférente sous le rapport dont il s'agit, quand bien même le demandeur ne conclurait pas nommément à la destruction de certains travaux, mais à la simple cessation du trouble.

SECTION VIII.

DE QUELLES MANIÈRES S'ÉTEIGNENT LES SERVITUDES.

SOMMAIRE.

647. *Manières générales dont s'éteignent les servitudes, et division de la section.*

§ 1^{er}.

Extinction des servitudes par la remise qui en est faite.

648. *Une servitude s'éteint par la remise qui en est faite par le propriétaire capable à cet effet.*

649. *La remise faite par l'un des copropriétaires du fonds dominant, sans l'aveu des autres, ne leur nuit point ; mais elle peut toujours être opposée à celui qui l'a faite.*

650. *La remise faite à l'un des copropriétaires du fonds assujetti affranchit sa portion, et même tout le fonds, s'il vient à lui échoir en totalité.*

¹ Sirey, 1825, 1, 215.

TITRE IV.— DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS. 641

651. *La remise peut être expresse ou tacite : exemple d'une remise tacite.*
652. *La remise d'une servitude n'entraîne pas celle d'une autre servitude : exemple.*
653. *La remise d'une servitude établie au profit d'un fonds hypothéqué ne nuit point aux créanciers hypothécaires.*

§ II.

Extinction des servitudes par suite de changemens survenus dans l'état des fonds.

654. *Les servitudes cessent quand les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.*
655. *Elles revivent si les choses sont rétablies de manière à ce qu'on puisse user du droit, pourvu que ce soit avant trente ans.*
656. *Il en est autrement de l'usufruit ; une fois éteint par la perte totale de la chose, il ne revit plus : raison de la différence.*
657. *La perte de la partie seulement sur laquelle s'exerçait la servitude peut, suivant les circonstances, entraîner l'extinction absolue du droit.*

§ III.

Extinction des servitudes par la confusion.

658. *La réunion des deux fonds dans la même main opère confusion et extinction de la servitude.*
659. *Conséquence.*
660. *Espèce traitée dans la L. 31, ff. de Servit. præd. rust., où il n'y a pas eu confusion quoiqu'il y ait eu réunion.*
661. *Suite.*
662. *Il n'y a pas non plus confusion lorsque j'acquiers une portion par indivis d'un fonds qui doit une servitude à celui que je possède en propre ;*
663. *Ni dans le cas où vous et moi achetons en commun un fonds qui en doit une à chacun de nos fonds en particulier.*
664. *Secus si la servitude est été due à un fonds que nous avons aussi en commun, pour des parts semblables à celles que nous avons dans le nouveau.*

642 LIVRE II.— DES BIENS, ET DES MODIFIG. DE LA PROPR.

665. *L'acquisition, par le propriétaire de l'héritage dominant, de la partie du fonds assujéti sur laquelle s'exerce la servitude, en opère aussi l'extinction.*
666. *Pour que la confusion opère irrévocablement l'extinction de la servitude, il faut que la réunion résulte d'une acquisition irrévocable de la propriété du fonds dominant ou assujéti.*
667. *Ainsi, dans le cas du délaissement par hypothèque, la servitude revit.*
668. *Il en est de même dans celui de réméré ;*
669. *Ou d'une donation révoquée ;*
670. *A l'égard aussi de la servitude qui existait au profit de l'immeuble d'un testateur qui l'a légué à un tiers sous condition suspensive, et sur le fonds de l'héritier, aut vice versà, si la condition vient à s'accomplir ;*
671. *Et aussi dans tous les cas de restitution en entier, d'annulation ou de rescision du contrat d'acquisition de l'un des immeubles.*

§ IV.

Extinction de la servitude par la résolution du droit de celui qui l'a concédée.

672. *Celui qui n'avait qu'un droit de propriété temporaire, résoluble, révocable, rescindable, n'a pu constituer une servitude qu'affectée des mêmes chances de résolution.*
673. *Exemple tiré de celle qui a été établie par un emphytéote, ou par un grevé de substitution ;*
674. *Ou par un acquéreur à réméré, ou dont l'acquisition est rescindée pour cause de lésion ;*
675. *Ou par un donataire dont le titre a été révoqué ;*
676. *Ou lorsque le contrat du constituant a été rescindé ou annulé pour incapacité ou autre cause.*
677. *La règle resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis, ne s'applique généralement point au cas où c'est celui qui a concédé la servitude qui a obtenu l'annulation de son titre de propriété ;*
678. *Ni aux cas prévus aux articles 132, 133 et 958 du Code.*
679. *Si c'est le droit de propriété de celui à qui la servitude a été concédée qui vient à se résoudre, avant que la ser-*

vitute soit acquise au fonds par l'usage, le propriétaire qui rentre dans le fonds ne peut, en thèse générale, la réclamer.

§ V.

Extinction de la servitude par l'arrivée du jour ou de l'événement qui doit, d'après le titre, mettre fin à son exercice.

680. *Si la servitude a été établie sous telle ou telle modalité, ainsi qu'elle a pu l'être, elle prend fin par l'arrivée de l'événement prévu dans le titre, même dans les principes du Droit romain.*

681. *Suite.*

§ VI.

Extinction des servitudes par le non-usage.

682. *Les servitudes s'éteignent par le non-usage pendant trente ans.*

683. *C'est là une prescription ordinaire : conséquences.*

684. *A partir de quelle époque commencent à courir les trente ans à l'égard des servitudes discontinues.*

685. *Et à l'égard des servitudes continues.*

686. *Distinction du Droit romain, relativement au doublement du temps requis, dans certains cas, que nous n'avons point du tout admise.*

687. *Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude elle-même, et de la même manière ; renvoi quant à la question de savoir si le nouveau mode a pu s'acquérir par prescription.*

688. *Tant que l'héritage dominant n'est pas divisé, la jouissance de l'un des propriétaires, ou sa qualité de mineur, empêche aussi la prescription de courir contre les autres.*

689. *Après le partage, chacun doit conserver son droit pour sa part.*

690. *Et après la division du fonds assujetti, les parts sur lesquelles la servitude ne serait point exercée en seraient affranchies par la prescription.*

691. *Le tiers acquéreur de bonne foi prescrit, par dix ans entre présents et vingt ans entre absents, la propriété pleine de l'immeuble, même à l'égard de la servitude qui n'a*

point été exercée pendant ce laps de temps ; mais il doit remplir aussi les conditions de la prescription vis-à-vis du maître de l'héritage dominant : très-controversé et même jugé en sens contraire.

647. Les servitudes prennent fin :

- 1° Par la remise ;
- 2° Lorsque les choses sont dans un état tel que la servitude ne peut plus s'exercer ;
- 3° Par la confusion, ou la réunion des deux héritages dans la même main ;
- 4° Généralement, par la résolution du droit de celui qui a concédé la servitude, et même de celui à qui elle a été concédée ;
- 5° Par l'événement de la condition résolutoire, ou autre fait prévu ;
- 6° Et par le non-usage pendant le temps requis par la loi.

Ce sera l'objet des six paragraphes suivans, par lesquels nous terminerons l'explication de l'importante matière des servitudes, et du second livre du Code.

§ 1^{er}.

Extinction des servitudes par la remise qui en est faite.

648. Les servitudes s'éteignent par la remise qui en est faite par le propriétaire, capable de disposer de ses droits. A cet égard on se conforme, pour les conditions de la remise, à l'acte qui l'a établie.

649. Si le fonds dominant appartient à plusieurs par indivis, la remise faite par l'un deux seulement,

sans le consentement des autres, ne nuit point à ceux-ci, par la raison que l'un des associés ne peut nuire à la chose commune ¹. En sorte que, sous ce rapport, la servitude existe encore, parce qu'étant une chose indivisible, elle ne peut pas plus être remise pour partie que constituée pour partie ². Mais le propriétaire de l'héritage assujéti pourra toujours opposer la remise à celui qui la lui a faite ³; tellement que si le fonds vient à être adjugé à celui-ci sur licitation, ou s'il en devient autrement seul propriétaire, la servitude alors sera tout-à-fait éteinte. Et si le fonds vient à être partagé, il ne pourra l'exercer pour la part qui tombera dans son lot, de même que si la remise avait eu lieu après le partage, cas dans lequel évidemment cette part, qui forme maintenant un nouveau fonds ⁴, n'aurait plus à prétendre à la servitude.

650. En sens inverse, si le fonds assujéti venait à être divisé, et que la servitude fût ensuite remise à l'un des copartageans, sa part en serait affranchie ⁵. Si ce fonds appartenait à plusieurs par indivis au moment de la remise faite à l'un deux seulement par

¹ L. 34, ff. de *Servit. præd. rustic.* Voyez *suprà*, n° 468.

² Même loi 34.

³ Argument de la L. 11, ff. de *Servit. præd. rustic.*, qui décide que lorsque l'un des copropriétaires d'un fonds a concédé une servitude sans le consentement des autres, la servitude, à la vérité, n'existe pas, parce qu'elle ne peut être établie pour partie, mais que celui qui l'a consentie peut être écarté par l'exception de dol, s'il veut s'opposer à ce que le voisin fasse ce qu'il lui a permis de faire. Par une raison au moins égale, il en doit être de même quand il s'agit de la remise, qui est plus digne de faveur.

⁴ L. 6, § 1, ff. *Quemad. servit. amitt.*; argument de la L. 6, § 1, ff. *Communia servit. tam urb. quam rust.* Voët, sur ce titre.

⁵ L. 6, ff. de *Servit.*; Voët, *loco citato*.

le propriétaire unique du fonds dominant, et qu'il vint à appartenir ensuite en totalité à celui à qui la remise a été faite, la servitude serait éteinte absolument, surtout si c'était par partage ou licitation qu'il eût obtenu les parts de ses copropriétaires, parce qu'alors, aux termes de l'article 883, il serait censé avoir été seul propriétaire dès le principe, et par conséquent la remise s'appliquerait à tout le fonds. Durant même l'indivision, elle produirait effet au profit des autres copropriétaires, si elle avait eu lieu à titre onéreux, sans réserve à l'égard de ces derniers : celui qui l'aurait stipulée serait sensé en avoir fait la condition de la stipulation qu'il a faite pour lui-même, conformément à l'article 1121 et à ce que nous avons dit plus haut, n° 467, pour le cas où l'un des copropriétaires stipule seul une servitude au profit du fonds commun ; car s'il peut l'améliorer par la stipulation d'une servitude, ainsi que le décide très-bien Voët¹ dans les principes du Droit moderne, à plus forte raison peut-il aussi l'améliorer par l'affranchissement d'une servitude qui le grève. Mais la remise peut avoir eu lieu par testament ou autre acte à titre purement gratuit, et uniquement en faveur de celui qui a été dénommé dans l'acte ; elle peut même n'avoir eu lieu par acte à titre onéreux, qu'avec réserve de tous droits à l'égard des autres copropriétaires, et à ces cas s'applique ce qui vient d'être dit, c'est-à-dire que la servitude se conservera jusqu'à ce que

¹ Tit. *Communia servit. præd. tam urb. quàm. rust.*, nos 9 et 10.

celui à qui la remise a été faite devienne propriétaire exclusif du fonds assujetti.

651. La remise peut être expresse ou tacite.

Expresse, elle se règle par l'acte qui la contient et qui en détermine les conditions et les effets.

Tacite, lorsque le propriétaire du fonds dominant a autorisé le maître du fonds assujetti à faire quelque chose qui est un obstacle, non passager ¹, mais perpétuel à l'exercice de la servitude : par exemple, lorsqu'ayant le droit de faire écouler mes eaux sur votre terrain, ou un droit de passage, je vous autorise à bâtir sur l'endroit même où s'exerce la servitude ². Mais ce que je fais moi-même sur mon fonds, et qui est contraire à la servitude, n'en fait présumer la remise qu'après trente ans, à moins que quelques autres circonstances n'indiquassent clairement qu'il y a eu renonciation, abandon du droit ; car le non-usage doit avoir cette durée pour que la servitude soit éteinte. (Art. 707.)

652. Si j'avais tout à la fois sur votre bâtiment la servitude *altiùs non tollendi* et celle d'égoût de mon toit, la simple autorisation que je vous accorderais d'élever davantage votre bâtiment n'entraînerait pas remise de la servitude d'égoût ; vous ne pourriez toujours élever votre maison qu'à une hauteur qui ne ferait point obstacle à l'écoulement des eaux de mon toit ³.

¹ Si ce n'était qu'un obstacle passager, il n'y aurait pas lieu d'en induire remise de la servitude. L. 17, ff. *Commun. servit. præd. tam urb. quam rust.* ; ce serait là un simple précaire.

² L. 8, ff. *Quemad. servit. amitt.*

³ L. 21, ff. *de Servit. præd. urb.*

653. La remise de la servitude établie au profit d'un fonds hypothéqué, sans l'assentiment des créanciers hypothécaires, ne peut nuire à leur droit. Il faudrait même le décider ainsi, encore que la servitude n'eût été établie que depuis les constitutions d'hypothèques; car le droit hypothécaire s'est étendu à cette amélioration de l'héritage. (Art. 2133.)

§ II.

Extinction des servitudes par suite de changemens survenus dans l'état des fonds.

654. Puisqu'il faut deux héritages pour qu'une servitude puisse exister, il s'ensuit que dès que l'un des fonds vient à périr, la servitude est éteinte. C'est ce que porte l'article 703, en ces termes : « Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user. »

Tel serait le cas où le débordement d'un fleuve aurait détruit l'un des deux fonds, celui où la source qui était grevée d'un droit de puisage serait venue à se tarir tout-à-fait, ou bien que la maison au profit de laquelle existait un droit de vue a été démolie ou incendiée.

655. Mais, suivant l'article 704, la servitude revit « si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707 »; c'est-à-dire, à moins qu'il ne se soit écoulé trente ans sans jouissance du droit.

Ainsi ; dans le cas où une maison au profit de laquelle existait un droit de servitude vient à être démolie, ou détruite par force majeure, la servitude renaît ¹ si l'on reconstruit la maison avant trente ans. L'art. 665 porte une semblable disposition, en disant : « Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent « à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, « sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et « pourvu que la reconstruction se fasse avant que la « prescription soit acquise. »

656. C'est une notable différence d'avec le droit d'usufruit, qui est définitivement éteint par la destruction du bâtiment sur lequel seulement il résidait, quand bien même un autre édifice serait reconstruit de suite à la même place, et en tout point semblable au premier ². L'article 624 ne dit pas, en effet, comme l'art 665, que le droit revit si le bâtiment vient à être rétabli ; il prononce l'extinction pure et simple de l'usufruit par suite de la destruction du bâtiment : l'usufruit ne subsiste ni sur le sol ni sur les matériaux, *quàmvis arca pars est ædificii*, comme on va le voir plus bas.

Cette différence est puisée dans les principes du Droit romain sur l'une et l'autre matière. D'après la L. 10, § 1, ff. *Quibus modis ususf. amittitur*, l'usufruit établi sur une maison s'éteint absolument par la démolition de la maison, quand bien même elle serait

¹ La L. 20, § 2, ff. *de Servit. præd. urb.*, décide également que si la maison est rétablie, la servitude renaîtra ; mais il faut pour cela que les choses soient remises dans le même état qu'auparavant.

² Voyez tome précédent, n° 679.

ensuite rétablie. Au lieu que, suivant la L. 20, § 2, ff. *de Servit. præd. urb.*, la servitude établie au profit d'un bâtiment, comme celle d'égoût, et éteinte par la destruction de ce bâtiment, renaît par le rétablissement de l'édifice, pourvu qu'il soit de la même sorte et à la même place : *Ut idem intelligatur*.

Mais cela n'a été admis que par faveur, par motif d'utilité, et non d'après la pureté des principes : *Si sublatum sit ædificium, ex quo STILLCIDIUM cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, UTILITAS exigit ut idem intelligatur : nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur. Et ideò, sublato ædificio, USUSFRUCTUS, interit, quamvis area pars est ædificii*.

La substance de la chose qui était l'objet de l'usufruit a réellement été éteinte, et la reconstruction du bâtiment serait réellement une autre chose ; tandis que, pour les servitudes, qui sont seulement des qualités actives et passives des héritages¹, on a cru devoir considérer fictivement la nouvelle maison comme la première : elle la remplace.

657. La perte de la partie seulement sur laquelle s'exerçait la servitude pourrait, suivant les circonstances, ou restreindre le mode de son exercice, ou donner simplement lieu à en changer la place, ou même entraîner l'extinction de la servitude ; sauf son rétablissement, si les choses étaient elles-mêmes rétablies dans les trente ans : cela dépendrait des termes dans lesquels la constitution a été conçue ; car si le

¹ L. 86, ff. *de Verb. signif.* Voyez *suprà*, n° 475.

lieu de l'exercice de la servitude avait été bien marqué et limité dans le titre, le droit ne résiderait que sur cette partie du fonds ¹; et si elle venait à être détruite, la servitude elle-même serait éteinte.

Et il faut bien remarquer que, hormis le cas de la servitude *oneris ferendi*, et où, comme nous l'avons dit précédemment, le maître du mur assujetti est tenu de l'entretenir en état de supporter les poutres, les solives ou toute autre charge du voisin, sauf à s'en décharger en abandonnant le mur, pourvu, encore qu'il ne soutînt pas un bâtiment qui lui appartiendrait; il faut bien remarquer, disons-nous, que, hors ce cas, le propriétaire du fonds assujetti n'est point tenu de reconstruire les choses détruites, pour que le voisin puisse exercer son droit de servitude, ni de les réparer lorsqu'elles sont hors d'état de servir. Il est seulement tenu de souffrir que celui à qui la servitude est due, les répare; sauf le cas où il a pris sur lui la charge des travaux nécessaires à l'exercice de la servitude, mais c'est un cas hors du Droit commun.

§ III.

Extinction de la servitude par la confusion.

658. Comme on ne peut avoir de servitude sur son propre fonds, il y a extinction de celle qui existe

¹ *Ad certam partem fundi tam remitti, quam constitui potest.* L. 6, ff. *de Servit.*; par la même raison, on peut ne l'établir que sur telle partie du fonds assujetti. Voyez aussi la L. 6, § 1, ff. *Quemad. servit. amitt.*, qui parle du cas où le lieu de l'exercice de la servitude de passage a été déterminé, et qui donne pour ce cas une solution différente que pour celui où la servitude règne indistinctement sur tout le fonds.

lorsque les deux héritages se trouvent réunis dans la même main (art. 705). Il se fait confusion de droits.

Il n'y a aucune différence, à cet égard, entre le cas où c'est le maître du fonds dominant qui acquiert le fonds assujéti, et le cas inverse.

Mais il faut, comme nous allons le dire avec plus de développemens, que l'acquisition soit de la totalité du fonds, ou au moins de la partie pour laquelle ou sur laquelle a été établie la servitude ¹.

659. Du principe que la réunion des deux fonds dans la même main fait cesser la servitude, il suit que si j'achète l'héritage sur lequel j'en exerce une, et que je le revende ensuite, il passera libre à l'acquéreur ², à moins que je ne fasse des réserves à cet égard, où à moins que, lors de la revente, le signe de cette servitude (ou de toute autre) ne subsistât encore; auquel cas, s'il n'y avait pas de clause contraire dans l'acte, la servitude existerait en faveur du fonds revendu, comme elle existerait en faveur de celui que j'ai conservé, si c'eût été à son profit qu'elle eût été établie, conformément à l'article 694 et à ce que nous avons dit n° 570 et suivans.

660. Trois fonds contigus appartiennent à divers maîtres, et le propriétaire de celui qui est inférieur stipule une prise d'eau du propriétaire de celui qui est le plus élevé, par le moyen d'un canal pratiqué sur le fonds intermédiaire, dont le propriétaire consent à

¹ La loi 6, ff. de *Servit.*, déjà citée plusieurs fois, dit en effet qu'on peut acquérir la servitude pour une partie déterminée du fonds, *ad certam partem fundi*, c'est-à-dire pour tel ou tel côté seulement.

² L. 30, princip., ff. de *Servit. præd. urb.*

l'exercice de la servitude. Ensuite, le maître du fonds inférieur achète l'héritage supérieur, et puis vend le premier de ces fonds : Julien, dans la loi 31, ff. *de Servit. præd. rust.*, se demande s'il n'y a pas eu confusion, et par conséquent extinction de la servitude. Mais il décide la question négativement, parce que le fonds intermédiaire, également grevé, appartenait à un tiers à l'époque où les deux autres étaient dans la même main, et a fait ainsi obstacle à la confusion, en conservant sur lui la servitude.

664. Il en serait de même, dans l'espèce, si, au lieu de supposer que les trois fonds appartenaient d'abord à différens maîtres, on supposait que l'intermédiaire et le supérieur étaient au même : l'acquisition que le maître du fonds inférieur ferait du supérieur n'opérerait point confusion, la servitude continuant sur le fonds intermédiaire ; et par conséquent l'aliénation qu'il ferait ensuite du fonds inférieur, sans aucune mention contraire à son maintien, donnerait à l'acquéreur le droit d'en jouir ; comme il en jouirait lui-même si c'était le fonds supérieur qu'il eût aliéné : parce que, dans l'un comme dans l'autre cas, elle aurait continué de résider sur le fonds intermédiaire. C'est ce que décide clairement Javolenus, dans la L. 15, ff. *Quemad. servit. amitt.*, où il suppose qu'un droit de passage a été établi par trois fonds appartenant à trois différens maîtres, et que le propriétaire dominant acquiert celui du milieu : la servitude, dit-il, continue de subsister sur les deux autres fonds, attendu qu'elle n'est éteinte par confusion que dans

les seuls cas où on ne peut plus en user comme d'une servitude, c'est-à-dire, d'après la règle *res sua nemini servit*, lorsqu'on devient aussi propriétaire de tous les fonds qui la doivent : *Totiens servitus confunditur, quotiens uti eâ is ad quem pertinet, non potest.*

Et en effet, suivant la L. 18, ff. de *Servit. præd. rust.*, la servitude de passage par plusieurs fonds (et il en serait de même de celle de conduite d'eau), ne forme qu'une seule servitude ¹; dès-lors s'applique le double principe : *Servitus pro parte amitti nequit* ²; *pro parte servitus retineri potest* ³. Donc, en conservant la servitude sur un fonds, on l'a conservée sur les autres, puisqu'elle est indivisible.

662. Voilà pourquoi lorsque j'acquiers une partie par indivis du fonds qui en doit une à un de mes héritages, ou auquel un de mes héritages en doit une, par exemple la moitié, il n'y a point confusion ⁴, *quia pro parte servitus retinetur*; non pas sans doute en ce sens, que l'on retient une partie de la servitude en elle-même, et abstraction faite du fonds, car cela ne serait pas possible, mais en ce sens que la servitude continue de subsister, et que l'on y a intellectuelle-

¹ Nous croyons néanmoins que cela n'est vrai que dans le cas où ces divers fonds appartenant au même constituant. C'est ce que nous avons déjà fait entendre précédemment, n° 186; et Ulpien, dans cette loi 18, ne suppose pas, comme Julien dans la loi 31 au même titre, précitée, que les divers fonds assujettis appartiennent à différens maîtres; circonstance, au surplus, qui n'a point empêché Julien de décider que la confusion, dans l'espèce qu'il traite, ne s'est point opérée; qu'il aurait fallu, pour cela, la réunion des trois fonds dans la même main.

² L. 11, ff. de *Servit.*; L. 10, princip., ff. *Quemadm. servit. amitt.*, art. 709 et 710.

³ L. 8, § 1, ff. de *Servit.*; L. 30, § 1, ff. de *Servit. præd. urban.*

⁴ Même L. 30, § 1, ff. de *Servit. præd. urb.*

ment un droit proportionné aux parts que l'on a respectivement dans les divers fonds auxquels elle s'applique.

663. Il n'y aurait pas non plus confusion et extinction de la servitude dans le cas où vous et moi achèterions en commun le fonds qui en doit une à l'héritage particulier de chacun de nous, attendu que rien n'empêche qu'un fonds commun à deux, ou à un plus grand nombre, ne soit assujetti envers un fonds qui est propre à l'un des associés seulement ¹. Ainsi, lorsque je deviens héritier pour partie de celui dont le fonds doit au mien une servitude, je conserve mon droit sur le fonds de la succession, tant que, par le partage des biens ou par l'effet d'une licitation, ou autrement, je n'en deviendrai pas seul propriétaire.

664. Au lieu que si nous achetions en commun le fonds qui doit une servitude à celui que nous avons aussi en commun, il y aurait confusion absolue et extinction de la servitude ². Il faudrait toutefois, pour cela, que nos parts fussent les mêmes dans l'un et l'autre fonds; car si vous n'aviez que le quart, par exemple, dans celui qui est assujetti, et les trois quarts dans l'autre, il est clair que vous auriez intérêt au maintien de la servitude, et elle continuerait, en effet, de subsister avec des avantages proportionnés à vos droits dans l'un et l'autre héritages.

665. Au surplus, comme nous l'avons dit, dans le cas où le mode d'exercice de la servitude aurait été

¹ L. 27, ff. de *Servit. præd. rust.*

² Même loi 27, ff. de *Servit. præd. rust.*

déterminé sur telle partie du fonds assujéti, comme dans celle de passage, de puisage, de conduite d'eau, et que le propriétaire du fonds dominant se rendrait acquéreur de cette partie (*pro regione, pro diviso*), la confusion serait complète, et la servitude entièrement éteinte. De même, si la servitude était seulement établie pour une partie du fonds dominant, *ad certam partem fundi*, comme dit la L. 6, ff. *de Servitut.*, l'acquisition que ferait de cette partie le maître du fonds assujéti, opérerait l'extinction absolue de la servitude.

666. Mais pour que la confusion opère l'affranchissement du fonds asservi, il est nécessaire que la réunion résulte d'une translation irrévocable et incommutable de la propriété du fonds acquis : autrement, si l'acquisition est révoquée, annulée, ou rescindée par quelque cause que ce soit ; en un mot, si son effet est détruit, celui de la confusion l'est pareillement, et la servitude qui avait été éteinte, renaît aussitôt telle qu'elle était auparavant.

667. Tel est le cas où le propriétaire de l'un des héritages entre lesquels existe la servitude, se rend acquéreur de l'autre, et fait ensuite le délaissement aux créanciers hypothécaires, ou est dépossédé par suite d'une surenchère intervenue sur la purge qu'il a tentée, ou a subi l'expropriation : la servitude éteinte par la confusion renaît au profit de son fonds ou sur son fonds, comme elle existait avant la réunion. (Art. 2177).

668. Il en est de même si c'est par suite de l'action

en réméré, exercée dans le délai convenu ¹, ou de l'action en rescision pour vilité du prix, qu'il restitue l'immeuble, encore bien que, dans ce dernier cas, il eût pu le conserver, en payant un supplément de prix. (Art. 1681.)

669. La même décision est applicable aux cas aussi de donation révoquée pour survenance d'enfans, ou inexécution des charges, ou par l'effet de la stipulation du droit de retour, ou l'accomplissement de toute autre condition résolutoire.

670. Mais si la donation ou toute autre aliénation a eu lieu sous une condition suspensive, la confusion ne s'étant point encore opérée tant que la condition n'était point accomplie, il n'y a pas lieu, jusque là, d'en rescinder les effets, et de faire revivre la servitude, puisqu'elle n'a point été éteinte.

Il en est autrement du cas où un testateur ayant une servitude sur un fonds appartenant à son héritier, lègue, sous une condition suspensive, son héritage à un tiers, et que la condition vient ensuite à s'accomplir : dans l'intervalle qui s'est écoulé depuis la mort du testateur jusqu'à l'accomplissement de la condition, le fonds de l'héritier était affranchi de la servitude, parce que cet héritier était propriétaire aussi de l'héritage dominant ². Mais il y a lieu à la rétablir par suite de la résolution de la propriété de

¹ Car après ce serait une véritable revente, soumise à de nouveaux droits de mutation, et l'immeuble ne reviendrait au premier vendeur qu'affecté de toutes les charges dont l'aurait grevé l'acquéreur à réméré, vendeur à son tour. La confusion de la servitude aurait donc eu lieu.

² L. 12, § 2, ff. *Famil. ercis.*; L. 66, ff. *de Rei vindic.*

l'héritier en faveur du légataire, opérée par l'événement de la condition du legs.

Il en serait de même, *vice versâ*, si la servitude avait été établie au profit du fonds de l'héritier sur celui du défunt : il y a parité de raison. Le testateur n'a entendu le léguer que tel qu'il était dans sa main ¹.

674. Si le contrat d'acquisition de l'un des fonds est rescindé ou annulé pour cause de minorité, interdiction ou autre incapacité de la part de celui qui avait aliéné, la restitution est *in integrum*, et par conséquent les choses, de part et d'autres, sont remises au même état qu'auparavant : la servitude revit donc, comme elle revivrait également si le contrat était annulé pour dol, erreur, violence ou autre cause ; comme elle revivrait enfin si un héritier se faisait, en vertu de l'article 783, relever de son acceptation ², qui avait opéré l'extinction de celle qui existait entre son immeuble et celui du défunt. On multiplierait facilement les exemples ; mais ceux que nous venons de donner suffisent.

§ IV.

Extinction de la servitude par la résolution du droit de celui qui l'a concédée.

672. D'après la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, et qui est consacrée par l'article 2125 relativement aux hypothèques, et relativement à la propriété par l'article 2182, parce qu'en

¹ Voyez L. 18, ff. de Servitut.

² Pure et simple, car celle qui a lieu sous bénéfice d'inventaire n'opère point confusion. (Art. 803.)

effet, *nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet*¹, la servitude concédée par celui qui n'avait sur l'immeuble qu'il a assujetti, qu'un droit de propriété temporaire, résoluble, révocable, rescindable, ou sujet à annulation, cesse avec le droit du constituant; à la différence du cas où son droit prend seulement fin par la disposition qu'il en a faite, par l'aliénation du fonds; car alors, loin que la servitude prenne fin aussi, elle suit l'immeuble en toute main, contre tout détenteur quelconque².

673. Ainsi, la servitude établie par l'emphytéote, dont le droit de *propriété*³ n'était que *temporaire*, cesse avec l'emphytéose, suivant ce qui a été dit plus haut, n° 550.

Il en est de même des servitudes imposées sur les biens grevés de substitution par le grevé, dans le cas où la substitution vient à s'ouvrir, et que les appelés ne sont point héritiers purs et simples du grevé.

674. Ainsi encore, la servitude établie par l'acquéreur à réméré, ou par tout autre acquéreur sous condition résolutoire⁴, s'évanouit par suite de l'exercice du réméré (art. 1673), ou de l'événement prévu. (Art. 1183.)

675. Il en est de même de celle qui a été établie par un donataire dont le droit est révoqué pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles la dona-

¹ L. 54, ff. de *Regul. juris*. Voyez *suprà*, n° 545.

² L. 12, ff. *Comm. præd. tam urb. quàm rust.* Voyez *suprà*, n° 476.

³ *Moins pleine*. Voyez tome précédent, n° 265.

⁴ Car la stipulation du réméré n'est rien autre chose qu'une condition résolutoire, mais *potestative* de la part du vendeur.

tion a été faite (art. 954), ou pour survenance d'enfans (art. 963), ou par l'effet de la stipulation du droit de retour (art. 952), ou même enfin pour cause d'ingratitude, si toutefois, dans ce dernier cas, la servitude n'a été établie que depuis l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription de l'acte de donation. (Art. 958.)

676. Enfin, dans tous les cas où le contrat d'acquisition de celui qui a imposé la servitude vient à être rescindé pour minorité, interdiction ou autre incapacité dans celui qui avait aliéné, ou bien pour dol, erreur, violence ou lésion, ou pour vice de formes, la servitude s'évanouit, parce que le demandeur en rescision ou en nullité reprend son héritage franc et quitte de toutes les charges réelles que lui a imposées l'acquéreur; sauf au cessionnaire de la servitude à intervenir dans l'instance pour la conservation de ses droits, et même à attaquer le jugement par tierce-opposition, s'il prétendait que la rescision ou l'annulation ne devait pas être prononcée. Mais ce n'est pas le moment d'entrer dans l'explication de ce point; nous le ferons quand nous parlerons de l'effet que peut produire un jugement à l'égard des tiers, au titre *des Obligations conventionnelles en général*, en traitant de l'autorité de *la chose jugée*.

677. Nous nous bornerons seulement à faire observer que si c'était sur la demande de celui qui a concédé la servitude, que son contrat d'acquisition fût rescindé ou annulé, quand d'ailleurs c'était en

état de capacité qu'il l'avait concédée, la servitude ne serait point éteinte; la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, ne serait point applicable à ce cas, sauf à l'autre partie à ne pas recevoir l'immeuble tant qu'il ne serait pas affranchi de la servitude. Mais s'il le reprend en cet état, il est obligé de la souffrir, sous la réserve de son recours en indemnité contre celui qui l'a établie. Cette doctrine résulte, 1^o de l'article 2125, qui ne prononce la résolution des hypothèques que dans les seuls cas où ceux qui les ont constituées n'avaient sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision : or, le droit de celui dont il s'agit n'était point de cette nature, puisque s'il n'eût pas lui-même, comme nous le supposons, demandé l'annulation ou la rescision de son contrat, il jouirait encore de l'immeuble, et la servitude s'exercerait sans difficulté; et ce qui est décidé pour les hypothèques, s'applique, par parité de raison, aux constitutions de servitudes. 2^o D'après les LL. 4, *princip.*, ff. *Quib. mod. pignus solvitur*, et 43, § 8, ff. *de Ædil. edicto*, celui qui a acheté une chose entachée d'un vice redhibitoire, et qui l'a ensuite affectée d'un droit de gage, ne peut, il est vrai, et ainsi que nous l'avons dit nous-même quant à la servitude, forcer le vendeur à la reprendre tant qu'elle n'est pas rendue libre; mais si ce dernier la reprend, il la reprend avec le droit de gage. Il ne doit pas, en effet, dépendre de l'acheteur de faire évanouir à sa volonté, le droit qu'il a concédé à un tiers. Ainsi, la maxime

précitée n'est généralement point applicable aux cas où la résolution n'a eu lieu que sur la demande de celui qui a établi un droit réel sur la chose, mais aux cas où elle a été forcée à son égard.

678. On ne l'applique pas non plus au cas où la servitude a été constituée par les envoyés en possession définitive, et que l'absent reparût ou que ses descendans se présentent dans les trente ans. Ils reprennent les biens dans l'état où ils se trouvent (art. 132 et 133), suivant ce qui a été dit précédemment, n° 545. Au lieu que si la servitude avait été établie durant l'envoi en possession provisoire, elle s'évanouirait par le retour de l'absent, effectué durant cet envoi ¹, attendu que, pendant son cours, la possession n'était qu'un dépôt dans la main des envoyés. (Art. 125.)

On ne l'applique pas non plus au cas où les servitudes ont été établies par un donataire dont le titre a été révoqué pour cause d'ingratitude, pourvu que les servitudes aient été établies antérieurement à l'inscription de la demande en révocation de la donation en marge de l'acte de transcription des biens donnés (art. 958). Les tiers, en effet, ne peuvent être victimes de l'ingratitude du donataire envers son bienfaiteur, ingratitude qu'ils ne pouvaient moralement prévoir.

679. En sens inverse, si le droit de propriété de celui qui a stipulé la servitude, ou à qui elle a été

¹ Nous disons *durant cet envoi*, parce que si ce n'était, dans le même cas, qu'après l'envoi définitif que reparût l'absent, on pourrait soutenir que ce qui a été fait sur les biens par les envoyés en possession provisoire a été confirmé et validé par l'effet de l'envoi en possession définitive, puisqu'alors ils pouvaient le faire.

donnée ou léguée, vient à être résolu, rescindé ou annulé, avant que la servitude, susceptible de s'acquérir par prescription, soit acquise au fonds par l'usage, nous pensons que le propriétaire qui rentre ainsi dans le fonds ne peut s'en prévaloir. La stipulation faite par le tiers, ou la libéralité faite à son profit, est, à l'égard de ce propriétaire, *res inter alios acta, quæ aliis nec nocet nec prodest*. C'est encore ce que nous avons établi plus haut, n° 554 et suivant. M. Delvincourt enseignait le contraire, mais son opinion à ce sujet s'éloignait réellement des vrais principes.

§ V.

Extinction de la servitude par l'arrivée du jour ou de l'événement qui doit, d'après le titre, mettre fin à son exercice.

680. On a vu plus haut ¹ qu'en principe, les servitudes sont constituées à perpétuité, et uniquement pour les fonds, sans égard à leurs possesseurs, mais cependant que l'on peut convenir que celle qui est concédée ne durera que jusqu'à telle époque, qu'elle prendra fin par l'arrivée de tel événement, ou qu'elle ne pourra être exercée que par le propriétaire actuel de l'héritage dominant, ou seulement tant que vivra le maître du fonds assujetti. Toutes ces modifications, que n'admettait pas, il est vrai, le Droit civil des Romains, étaient néanmoins consacrées par le droit du Préteur, qui protégeait les clauses insérées à cet effet dans les actes constitutifs des servitudes ².

681. Comme nous nous attachons au moins autant

¹ N° 480 et suivant.

² L. 4, ff. de *Servitut.*

à la volonté des contractans qu'on le faisait dans la législation romaine ; que tout ce qui a été convenu, et qui ne blesse nullement l'ordre public, est une loi que les parties doivent observer (art. 1134), il n'est point douteux que si une servitude a été établie sous l'une ou l'autre de ces modalités, elle ne doit prendre fin par l'événement de la condition ou de la circonstance qui devait, d'après le titre, mettre un terme à son existence.

§ VI.

Extinction des servitudes par le non-usage.

682. Les servitudes s'éteignent enfin par le non-usage pendant trente ans. (Art. 706.)

683. C'est là une prescription ordinaire : dès-lors, elle ne court pas contre les mineurs ni les interdits (art. 2252) ; et, à l'égard des servitudes dues à des immeubles dotaux proprement dits, elle ne peut commencer pendant le mariage, à moins qu'il n'y ait eu séparation de biens, auquel cas elle pourrait commencer après la séparation (art. 1561 et 2255 combinés). Sous les autres régimes, elle court contre la femme pendant le mariage (art. 2254), même à l'égard de servitudes établies au profit de biens dont le mari aurait l'administration ; sauf, dans ce cas, l'indemnité due à la femme par le mari. La prescription ne court toutefois pas pendant le mariage dans le cas où le mari serait garant de l'extinction de la servitude due à la femme, et que celle-ci a négligé d'exercer, ainsi que dans tous les autres cas où l'action de

la femme contre les tiers, au sujet desdites servitudes, réfléchirait contre le mari (art. 2256). Et cet article porte aussi que la prescription ne court point contre la femme, pendant le mariage, lorsque l'action qu'elle aurait à exercer ne pourrait l'être qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté. Ce n'est pas le moment d'entrer dans des explications sur ce point ; cela nous détournerait trop de notre sujet. En un mot, ce que nous avons dit ¹ au sujet de l'acquisition, par la prescription, des servitudes sur les biens des incapables, s'applique, en général, à l'affranchissement, par le même moyen, des fonds de ceux qui leur en doivent.

684. Les trente ans commencent à courir selon les diverses espèces de servitudes.

Lorsqu'elles sont discontinues, c'est à partir du jour où l'on a cessé d'en jouir (art. 707), c'est le mode d'extinction *non utendo*, dont il est fait si souvent mention dans les lois romaines. Et le temps de non-jouissance par un propriétaire est valablement opposé à son successeur ², si toutefois, ainsi qu'il vient d'être dit, la prescription a pu courir contre lui, parce qu'il n'était ni mineur ni interdit.

Mais on jouit des servitudes, comme on l'a dit précédemment ³, par son fermier, son locataire et tout autre détenteur à titre précaire, par l'usufruitier, l'emphytéote (art. 2228), et même par un tiers pos-

¹ N 599.

² L. 18, § 1, ff. *Quemad. servit. amitt.*

³ Voyez n° 591.

possession du fonds, de bonne ou mauvaise foi, n'importe¹; car en exerçant la servitude, ce possesseur prête son ministère au fonds, qui est supposé l'exercer, et qui la conserve par ce moyen. Il suffit qu'il l'exerce *nomine predii*².

685. Quand il s'agit de servitudes continues, les trente ans commencent à courir du jour seulement où il a été fait un acte contraire à l'exercice de la servitude (même art. 707); par exemple, en bâtissant sur le terrain sur lequel on s'était interdit de bâtir.

Il importe peu, au reste, que cet acte ait été fait par un autre que le propriétaire du fonds assujéti, ou par lui-même : fait par un emphytéote, un usufruitier, un fermier, locataire ou colon, enfin par un possesseur quelconque, il opérerait le même effet; car, dans tous les cas, il serait vrai de dire que la servitude n'a point été exercée, et par conséquent qu'elle s'est éteinte par le non-usage. Si le fait émanait du propriétaire du fonds dominant, qui a, par exemple, bouché les fenêtres au moyen desquelles il exerçait un droit de vue, la présomption de remise de la servitude sur laquelle est fondée la prescription serait même encore plus grave, mais cela n'ajouterait rien à l'effet résultant du non-usage du droit pendant le temps déterminé par la loi. Ainsi, nous ne faisons aucune distinction, quant au point de départ de la prescription, entre les actes faits par le propriétaire de l'héritage dominant, et qui sont contraires à l'exercice de la

¹ LL. 5, 6 *princip.*, 12, 20 *et sequent.*, ff. *Quemad. servit. amit.*

² L. 25, ff. *Quemad. servit. amit.*

servitude, et les actes de même sorte faits par le maître de l'héritage assujetti, parce qu'il est vrai de dire, dans tous les cas, que la servitude n'a point été exercée¹. Aussi l'article 707 n'en fait-il point, il dit simplement : *du jour où il a été fait un acte contraire à l'exercice de la servitude*. Dans le cas où c'est le maître du fonds assujetti qui a fait les actes, c'est une protestation de sa part contre la servitude. Quand c'est le maître de l'héritage au profit duquel elle s'exerçait, c'est, ou un aveu de sa part qu'elle n'était pas due, ou une renonciation. Voilà toute la différence. Mais on ne peut inférer cet aveu ou cette renonciation, que du non-usage de la servitude pendant trente ans. (Art. 706.)

686. Le Droit romain faisait, quant à l'extinction des servitudes par le non-usage, une distinction entre les servitudes dont le mode de jouissance est alternatif, et les autres; et par rapport aux premières, il sous-distinguait.

D'après la L. 7, ff. *Quemqd. servit. amitt.*, la servitude de conduite d'eau ou de passage qui ne devait être exercée que pendant l'été, et non l'hiver (*aut vice versâ*), ou bien de deux années l'une, ou de deux mois l'un (car ces sortes de servitudes, plus ou moins bizarres, étaient aussi dans les mœurs des Romains), ne s'éteignait par le non-usage qu'après un temps double de celui qu'il fallait dans les cas ordinaires² : *duplicato*

¹ Voy. toutefois la L. 6, ff. *de Servit. præd. urb.*

² Ce temps a varié. Avant Justinien, il était de deux ans pour les servitudes rurales, sans distinction du cas d'absence et du cas de présence du

tempore constituto hæc servitus amittitur. Tandis que, pour celle qui devait s'exercer de deux jours l'un, ou la nuit et non le jour (*vel vice versâ*), le temps n'était pas doublé, pas plus qu'il ne l'était à l'égard de celle qui avait été établie pour en jouir de deux heures l'une, ou pendant le jour, ou seulement à une certaine heure de la journée; attendu, dit le jurisconsulte Paul, que, dans ces cas, il n'y a qu'une seule servitude : *quia una servitus est.* Au lieu que, dans les premières, *tempus non est continuum, quo, cum uti non potest, non sit usus.*

Mais, comme nous l'avons dit précédemment, n° 492, quelles que soient les modalités dont une servitude de conduite d'eau ait pu être affectée relativement à son exercice, elle n'en est pas moins, d'après le Code, qui ne distingue pas, une servitude *continue* (art. 688), quoique le temps de son exercice fût lui-même discontinu. Il l'est d'ailleurs dans la servitude *alternis diebus*, comme dans celle *mensibus alternis* : la durée de l'interruption de jouissance ne fait rien à la chose. Dans l'un comme dans l'autre cas, le fait de l'homme, pour faire cesser l'interruption de jouissance, par exemple, pour rouvrir le canal, n'est pas

maître du fonds dominant. Quant aux servitudes urbaines, comme elles n'avaient, en général, pas besoin du fait de l'homme pour être exercées, puisqu'elles l'étaient par le fonds dominant lui-même, le temps, qui était également de deux années, ne commençait à courir que du jour où il avait été fait un acte essentiellement contraire à la servitude, et par le maître du fonds assujéti. L. 6, ff. *de Servit. præd. urb.* précitée.

Justinien a étendu le temps de la prescription, pour l'extinction des unes et des autres, à dix années entre présents, et vingt ans entre absents, et étaient considérés comme *présens* ceux qui avaient, l'un et l'autre, leur domicile dans la même province, n'importe le lieu de la situation des biens. L. ult., Cod. *de Præscript. long. temp.*

moins nécessaire, seulement il est plus répété dans un cas que dans l'autre; mais dans tous deux, une fois l'opération faite, la servitude s'exerce sans le fait de l'homme, et pendant son repos; ce qui n'est pas dans les véritables servitudes discontinues, telles que celles de passage, de puisage et autres semblables.

La distinction de la loi romaine reposait uniquement sur ce que, pour les anciens, ce qui pouvait se faire tous les jours, chaque jour, était censé avoir le caractère de continuité, tandis que dans notre Droit, la continuité ou la discontinuité de la servitude dépend uniquement de la circonstance que le fait *actuel* de l'homme est ou n'est pas nécessaire pour son exercice. Il y aurait donc, d'après cela, plus de raison de regarder, chez nous, comme continue, la servitude de prise d'eau qui doit s'exercer de deux années l'une, que celle qui doit s'exercer de deux jours l'un; car le fait de l'homme serait bien moins souvent nécessaire que pour cette dernière. Mais il est plus vrai de dire qu'elles sont toutes deux continues.

Au surplus, le temps de la prescription n'est jamais doublé dans notre législation, et nous ne connaissons d'autres règles à cet égard que celles qui sont tracées par l'article 707, dont nous venons d'expliquer les dispositions.

687. Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude elle-même, et de la même manière¹. (Art. 708.)

Et le nouveau mode ne sera acquis que suivant les

¹ Voyez L. 10, § 1, et L. 18, § 1, ff. *Quemad. servit. amitt.*

distinctions que nous avons précédemment établies, en parlant de l'acquisition des servitudes par la prescription, n° 605 et suivans.

688. Tant que l'héritage en faveur duquel est établie la servitude est possédé par plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous. (Art. 709.)

Par conséquent, 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 ¹. (Art. 710.)

Tel est l'effet de l'indivisibilité du droit de servitude.

689. Mais quand l'héritage dominant vient à être divisé, c'est comme s'il avait été d'abord établi une servitude pour autant de fonds que le fonds divisé forme maintenant d'héritages distincts ²; et, d'après cela, ceux qui auront usé du droit, ou contre lesquels la prescription n'aura pu courir, l'auront seuls conservé; il sera éteint à l'égard des autres ³.

690. *Vice versâ*, si c'est le fonds assujéti qui vient à être divisé, les parts sur lesquelles la servitude ne sera point du tout exercée pendant le temps requis pour la prescription, en seront affranchies, et les autres demeureront assujéties ⁴.

¹ L. 10, *princip.*, ff. *Quemad. servit. amitt.*

² L. 6, ff. *Quemad. servit. amitt.*

³ Même loi. *Voyez aussi supra*, n° 470 et suivans.

⁴ *Ibid.* Mais cette loi 6 établit, au sujet de l'extinction de la servitude de passage par le non-usage, quand le fonds assujéti vient à être divisé, quelques distinctions qui sont plutôt fondées sur de pures subtilités, que sur de véritables motifs. Nous nous dispenserons, pour cette raison, de les expliquer.

694. Nous terminerons l'explication de cette matière par la question de savoir si la servitude ne pourrait pas également s'éteindre par le non-usage pendant dix ans entre présents, et vingt ans entre absents, au profit de celui qui a acquis par juste titre l'immeuble assujetti, et qui, en acquérant, ignorait l'existence de la servitude.

Selon nous, cette question, quoique très-délicate, à raison des termes généraux de l'article 706, et très-controversée, doit cependant être résolue affirmativement¹ ; car ce n'est point là une prescription à l'effet de se libérer, puisque le tiers détenteur ne doit rien au sujet de cette servitude ; c'est simplement une prescription à l'effet d'acquérir la propriété pleine et absolue de l'immeuble assujetti, en vertu de l'article 2265 ; ce qui rend inapplicable cet article 706 dans sa disposition générale, que les servitudes s'éteignent par le non-usage pendant *trente ans*.

En effet, le Code lui-même consacre bien, relativement aux hypothèques, cette distinction entre le tiers acquéreur et le débiteur personnel ou son héritier. Suivant l'article 2180, la prescription est acquise au premier contre les créanciers hypothécaires, par le même laps de temps que celui qui lui serait nécessaire pour acquérir la propriété de l'immeuble à son profit, s'il avait besoin de cette prescription, avec cette restriction toutefois que, lorsque la prescription suppose un titre, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de celle de

¹ Nous avons décidé la même chose relativement à l'usufruit, tome précédent, n° 673.

dix et vingt ans, elle ne commence son cours qu'à partir de la transcription du contrat d'acquisition; parce qu'il était juste que les créanciers pussent être avertis que l'immeuble a changé de main, qu'ils sont maintenant exposés à une prescription d'une plus courte durée, et par conséquent qu'ils aient à faire les actes nécessaires à la conservation de leurs droits. Mais leurs inscriptions n'interrompent nullement le cours de la prescription établie en faveur du tiers détenteur, et du débiteur lui-même.

Au lieu qu'à l'égard de ce dernier, la prescription de l'hypothèque ou du privilège est absolument ¹ mesurée sur celle de l'action personnelle d'où dérive le privilège ou l'hypothèque.

D'où cette différence peut-elle résulter, si ce n'est de ce que le tiers détenteur prescrit à l'effet d'acquiescer l'immeuble avec propriété pleine et entière, sans charges hypothécaires? Or, comme les servitudes sont, aussi bien que les hypothèques et les privilèges, des droits réels, ce qui est établi en faveur de l'acquéreur, relativement au droit hypothécaire, doit également avoir lieu par rapport au droit de servitude: autre-

¹ Aujourd'hui, car anciennement, dans les hypothèques conventionnelles, ou résultant des contrats, elle était de quarante ans par rapport au débiteur ou à son héritier, encore détenteur de l'immeuble hypothéqué, quoique celle de l'action personnelle ne fût, comme actuellement, que de trente années; et c'est à un de ces points de l'ancien Droit que fait allusion l'article 2281, en disant: « Les prescriptions commencées à l'époque de la publication du présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes. Néanmoins, les prescriptions alors commencées, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les lois anciennes, plus de trente ans à compter de la même époque, seront accomplies par ce laps de trente ans. » Nous expliquerons dans la suite, au titre *des hypothèques*, et à celui de la *prescription*, ce point avec plus de développemens.

ment la loi est inconséquente, sans harmonie dans ses effets. Dans l'un comme dans l'autre cas, celui qui a prescrit l'immeuble, l'a prescrit dans son entier, sans diminution du droit de propriété. Ainsi, selon nous, l'article 706 doit s'entendre généralement de la prescription invoquée par celui qui a constitué la servitude, ou par son héritier; quant à celle qui est établie en faveur des tiers acquéreurs de bonne foi, elle a son siège dans le titre même *de la Prescription*, principalement dans les articles 2265 et suivans, et l'on n'avait point à s'en occuper au titre *des Servitudes*. Les dispositions de ce titre ne dérogent point au Droit commun sur la matière des prescriptions¹ : or, le Droit commun veut que celui qui acquiert de bonne foi, et par juste titre, un immeuble, en devienne pleinement propriétaire par une jouissance de dix ans entre présens et de vingt ans entre absens, calculée par rapport à celui contre lequel la prescription est invoquée. Aussi, quant à la servitude elle-même, faudrait-il une jouissance libre du fonds pendant tout ce temps, quand bien même il ne serait pas nécessaire qu'elle eût eu la même durée par rapport à l'acquisition de la propriété, parce que le propriétaire (en supposant que ce ne fût

¹ On prétend toutefois, notamment M. Toullier, que l'article 2264, en disant que les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre, sont expliqués dans les titres qui leur sont propres, rend sans application à la matière des servitudes toute autre prescription que celle de trente ans, soit pour leur acquisition, soit pour leur extinction seulement, puisqu'il n'est question au titre *des Servitudes*, que de cette prescription. Mais si ce raisonnement était fondé, pourquoi ne l'appliquerait-on pas également en ce qui concerne les causes de suspension pour minorité, etc., et on ne l'a pas fait, témoin l'article 710 du titre *des Servitudes* lui-même. Cette argumentation est donc tout-à-fait frivole.

pas lui qui eût transmis le fonds, ni aucun autre en vertu de son mandat, car autrement la prescription se-rait superflue) a été présent, tandis que celui à qui était due la servitude, et qui ne l'a point exercée vis-à-vis de l'acquéreur, a été absent¹; sans préjudice encore des causes de suspension de prescription pour minorité ou interdiction, qui aurait pu exister en sa personne.

Vainement dirait-on qu'il pourra arriver que le maître de l'héritage dominant ignore si le possesseur actuel du fonds assujéti est un acquéreur, ou simplement un fermier, et qu'ainsi la négligence qu'il mettra peut-être à exercer la servitude, dans la pensée qu'elle ne doit s'éteindre que par le non-usage pendant trente ans, ou parce qu'il n'exploiterait pas par lui-même l'immeuble, lui deviendra funeste; qu'il n'est pas averti, comme les créanciers hypothécaires, par la transcription du contrat d'acquisition, seul point de départ de la prescription de dix et vingt ans contre ces derniers. Car on répondrait qu'un propriétaire pourrait alléguer à peu près les mêmes raisons : il ne sait pas non plus, ou du moins il peut ne pas savoir si celui qui possède son fonds a ou n'a pas un titre, ni de quelle nature est ce titre; et cependant la loi n'en a pas moins établi la prescription

¹ Mais, *vice versa*, si la prescription de la propriété du fonds assujéti, n'avait pu avoir lieu contre le propriétaire, parce qu'il était mineur ou interdit, la servitude subsisterait encore, quand bien même le détenteur de ce fonds en aurait joui librement, vis-à-vis de celui à qui était due la servitude, pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents : seulement ce temps de non-jouissance pourrait profiter, suivant les différents cas, au maître du fonds dominant.

contre lui, la prescription de dix et vingt ans, au profit de l'acquéreur de bonne foi. Et quant à l'objection tirée de ce que cette prescription ne court du moins contre les créanciers hypothécaires, qu'à partir de la transcription du contrat de l'acquéreur, et qu'ainsi ils sont suffisamment avertis, on y répond en disant que les motifs ne sont pas les mêmes à l'égard d'un propriétaire dont l'héritage est voisin de celui qui lui doit la servitude, tandis que les créanciers sont souvent très-éloignés du fonds qui leur est hypothéqué. D'ailleurs, presque toujours la transcription est effectuée, et pour ce cas du moins on ne saurait récuser la similitude que nous établissons, sous ce rapport, entre eux et le propriétaire qui a négligé d'exercer son droit de servitude, d'autant mieux encore que la plupart des servitudes n'ayant pas besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées, s'exerçant, pour ainsi dire, d'elles-mêmes, par la disposition des héritages et des travaux qui ont été faits, la prescription de dix et vingt ans aura des inconvénients bien moins graves qu'on ne pourrait le craindre.

Il n'y a d'objection solide à faire à cette décision que la disposition expresse du Code en ce qui touche les hypothèques, et son silence relativement aux servitudes; mais quand les raisons sont les mêmes, et que la loi n'est pas formellement contraire, on doit adopter la décision qu'elle porte sur le cas semblable, d'après la maxime *ubi eadem ratio, idem jus esse debet*. Or, elle n'est point contraire, parce que l'article 706 statue en général, sans supposer qu'un tiers acquéreur

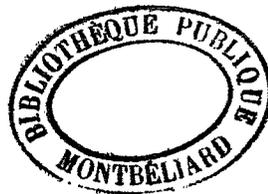
de bonne foi, qui a joui du fonds comme libre, en a prescrit la propriété, et l'a ainsi acquis sans restriction, sans modification.

Justinien, par sa constitution, qui est la loi dernière au Code, tit. *de Præscript. longi temporis*, avait bien décidé que celui qui avait reçu un immeuble grevé d'un droit d'usufruit au profit d'un tiers, ou d'un droit de servitude, pourrait opposer à l'usufruitier, ou à celui qui avait la servitude, la prescription de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents, faute par ceux-ci d'avoir exercé leur droit pendant cet espace de temps. Il a encore décidé la même chose quant à l'usufruit, dans la loi 16, au Code, § 1, *de Usufructu et habit.*, où il dit que l'usufruitier peut faire valoir son droit contre un tiers possesseur du fonds soumis à l'usufruit, à moins que ce possesseur ne fût dans le cas de l'écarter, si, au lieu de réclamer simplement l'usufruit, l'usufruitier se présentait comme propriétaire et revendiquait le fonds lui-même : *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ, etiamsi dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere*. Il lui avait en effet paru bizarre, et il avait, selon nous, cent fois raison, que celui qui pourrait être écarté par une prescription quelconque, s'il venait revendiquer la pleine propriété d'un immeuble, ne dût cependant pas l'être quand il viendrait seulement réclamer ce qu'on est convenu d'appeler un simple démembrement de cette même propriété. En un mot, il sera toujours fort extraordinaire que le droit le plus puissant, celui qui renferme tous les autres, puisqu'on peut les en

faire sortir tous, soit exposé à des chances de perte et d'extinction dans la main de son maître, que n'ont point à redouter des droits bien inférieurs. L'article 25 de la loi du 11 brumaire an VII, voulait que « les droits de passage, droits de vue, et les autres « services fonciers occultes, même ceux patens, dont « l'exercice n'est point continu, » fussent prescrits par dix ans, si, dans le cas d'une expropriation forcée de l'héritage assujetti, ces droits n'avaient point été réservés dans l'état des charges de l'adjudication. Et dans plusieurs Coutumes qui rejetaient l'acquisition des servitudes par la prescription, on admettait néanmoins que l'acquéreur d'un héritage assujetti à des droits de servitude, en acquerrait l'affranchissement par le laps de dix ans, lorsqu'elles ne lui avaient pas été déclarées, et que l'usage en avait cessé pendant ce temps. La question est fort controversée parmi les auteurs qui ont écrit sur le Code, et nous devons même dire qu'elle a été jugée contrairement à notre décision par plusieurs arrêts ¹. Mais ces arrêts n'ont point ébranlé notre conviction.

¹ Voyez le recueil de Sirey, tome 35, II, 134; 36, II, 5; 37, I, 145; 37, I, 506, etc.

FIN DU CINQUIÈME VOLUME, DU TITRE DES SERVITUDES
ET DU SECOND LIVRE DU CODE CIVIL.



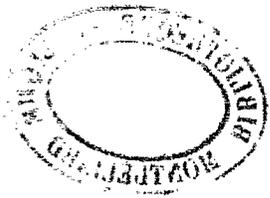


TABLE DES MATIÈRES.

SUITE DU TITRE III.

CHAPITRE VI.

Des droits d'usage et d'habitation. Pag. 1

SECTION PREMIÈRE.

Du droit d'usage appartenant à un particulier sur les biens d'un
autre particulier. 2
§ I^{er}. Comment s'établit le droit d'usage de particulier à particulier. 6
§ II. De la nature et de l'étendue du droit d'usage. 19
§ III. Des obligations de l'usager. 52
§ IV. De l'extinction du droit d'usage. 56

SECTION II.

Du droit d'habitation. 58

SECTION III.

De l'usage appartenant à une commune ou communauté d'habitans
sur les terres vaines et vagues, les prés ou marais situés dans son
territoire. 63

CHAPITRE VII.

Des droits d'usage dans les bois et forêts. 82

SECTION PREMIÈRE.

Des affectations à titre particulier dans les bois de l'État. 90

SECTION II.

Des droits d'usage en bois dans les bois et forêts en général. . . 95
§ I^{er}. Des droits d'usage en bois dans les bois et forêts de l'État. . 98
§ II. Des droits d'usage dans les bois de la couronne. 108

§ III. Des droits d'usage en bois sur les bois et forêts possédés à titre d'apanage ou de majorats réversibles à l'État.	109
§ IV. De l'exercice des droits des communes et établissemens publics sur leurs bois et forêts	110
§ V. Des droits d'usage en bois dans les bois des particuliers. . . .	115

SECTION III.

Des droits de pacage et de parcours dans les bois et forêts en général.	117
---	-----

TITRE IV.

Des Servitudes ou Services fonciers.

Observations préliminaires.	123
-------------------------------------	-----

CHAPITRE PREMIER.

Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.	135
--	-----

SECTION PREMIÈRE.

§ I ^{er} . De l'assujettissement des fonds inférieurs, de recevoir les eaux pluviales et de source qui découlent naturellement des fonds supérieurs	142
§ II. Du droit qu'a celui qui a dans son fonds une source, d'en user à sa volonté.	157
§ III. Des eaux dépendant du domaine public	177
§ IV. De l'usage aux eaux qui bordent ou traversent un héritage. . . .	190

SECTION II.

Du bornage.	223
---------------------	-----

SECTION III.

Du droit de se clore et du parcours.	236
--	-----

CHAPITRE II.

Des servitudes établies par la loi.	243
---	-----

SECTION PREMIÈRE.

Des servitudes établies par la loi, et ayant pour objet l'utilité publique ou communale.	244
--	-----

TABLE DES MATIÈRES.		681
§ I ^{er} . Du marche-pied ou chemin de halage.		247
§ II. De la servitude légale concernant la construction ou la réparation des chemins ou autres ouvrages publics ou communaux.		250
§ III. Dispositions établies pour la conservation des bois et forêts de l'État et autres bois soumis au régime forestier.		260
§ IV. De la prohibition de bâtir dans un certain rayon autour des places de guerre ou forteresses et des murs d'enceinte de la ville de Paris, et de la distance à observer pour les constructions qui avoisinent les cimetières.		265
§ V. Quelle est la nature et quels sont les effets du droit qu'ont les particuliers d'user des choses publiques ou communales pour l'utilité de leurs propriétés.		272
 SECTION II. 		
Des servitudes légales ayant pour objet l'utilité des propriétaires.		281
§ I ^{er} . Des murs, mitoyens ou non, et de tout ce qui y est relatif.		284
§ II. Du cas où les divers étages d'un bâtiment appartiennent à plusieurs divisément.		374
§ III. Des fossés, mitoyens ou non.		380
§ IV. Des haies, mitoyennes ou non.		393
§ V. De la distance à observer dans la plantation des arbres.		411
§ VI. De la distance à observer et des travaux intermédiaires requis dans certaines constructions.		434
§ VII. Des vues sur la propriété du voisin sans une constitution de servitude.		437
§ VIII. De l'égoût des toits.		447
§ IX. Du droit d'exiger un passage sur le fonds d'autrui dans un certain cas.		448
 CHAPITRE III. 		
Des servitudes établies par le fait de l'homme.		468
 SECTION PREMIÈRE. 		
De la nature, des caractères et des effets généraux des servitudes proprement dites.		469
§ I ^{er} . Pour qu'il y ait servitude prédiale, il faut deux héritages.		473
§ II. Pour qu'il y ait servitude, les héritages doivent appartenir à des maîtres différens.		479
§ III. En général, il faut que les fonds soient contigus.		480
§ IV. La servitude consiste, de la part du propriétaire du fonds assujetti, à souffrir ou à ne pas faire quelque chose.		485

§ V. Le droit de servitude est indivisible.	487
§ VI. Les servitudes sont des droits réels	496
§ VII. Les servitudes n'établissent aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.	497
§ VIII. Les servitudes peuvent être établies sous certaines modalités.	498

SECTION II.

Comment l'on peut diviser les servitudes.	501
§ I ^{er} . Les servitudes sont urbaines ou rurales.	502
§ II. Les servitudes sont continues ou discontinues.	505
§ III. Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.	510
§ IV. Les servitudes sont positives ou négatives.	511

SECTION III.

Des diverses espèces de servitudes établies par le fait de l'homme.	513
§ I ^{er} . De la servitude de supporter la charge du voisin.	514
§ II. De la servitude de pouvoir faire avancer sa galerie ou autre saillie sur le fonds du voisin.	516
§ III. De la servitude d'égoût.	517
§ IV. De la prohibition de bâtir sur un terrain ou de bâtir au-delà de telle hauteur.	520
§ V. De la servitude de vue	522
§ VI. De la servitude de prospect.	526
§ VII. De la servitude de passage.	527
§ VIII. De la servitude de pacage.	528
§ IX. Des servitudes de puisage et d'abreuvement.	530
§ X. De la servitude de prise ou conduite d'eau.	532

SECTION IV.

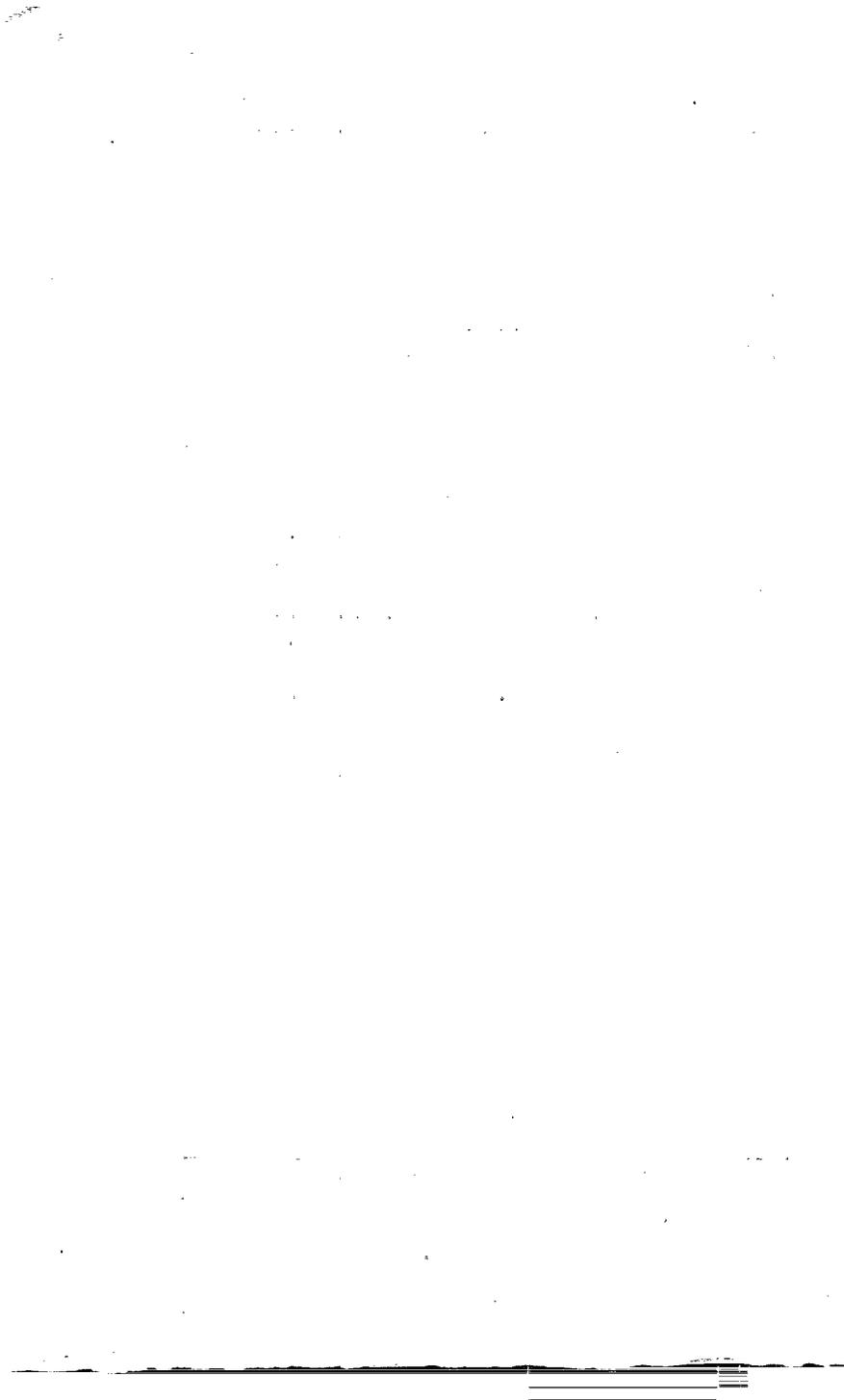
Par qui les servitudes dérivant du fait de l'homme peuvent-elles être imposées, et par qui peuvent-elles être acquises.	<i>ibid.</i>
§ I ^{er} . Par qui peuvent être imposées les servitudes dérivant du fait de l'homme.	534
§ II. Par qui peuvent être acquises les servitudes dérivant du fait de l'homme.	543

SECTION V.

De quelles manières peuvent être établies les servitudes dérivant du fait de l'homme.	550
§ I ^{er} . De l'établissement des servitudes par titre, ou volonté expresse.	554

TABLE DES MATIÈRES.	683
§ II. De l'établissement des servitudes par tacite volonté, ou destination du père de famille.	560
§ III. De l'établissement des servitudes par la prescription.	573
SECTION VI.	
Des droits du propriétaire du fonds dominant quant à l'exercice de la servitude, et des obligations du maître du fonds assujéti. . .	609
§ I ^{er} . Des droits du propriétaire du fonds dominant quant à l'exercice de la servitude.	610
§ II. Obligations du propriétaire du fonds assujéti	619
SECTION VII.	
Des diverses actions auxquelles peuvent donner lieu les servitudes.	622
SECTION VIII.	
De quelles manières s'éteignent les servitudes	640
§ I ^{er} . Extinction des servitudes par la remise qui en est faite. . .	644
§ II. Extinction des servitudes par suite de changemens survenus dans l'état des fonds.	648
§ III. Extinction de la servitude par la confusion.	651
§ IV. Extinction de la servitude par la résolution du droit de celui qui l'a concédée.	658
§ V. Extinction de la servitude par l'arrivée du jour ou de l'événement qui doit, d'après le titre, mettre fin à son exercice.	663
§ VI. Extinction des servitudes par le non-usage.	664

FIN DE LA TABLE.



LIVRES DE FONDS.

Commentaire sur le Code pénal, contenant la manière d'en faire une juste application, l'indication des améliorations dont il est susceptible, et des dissertations sur les questions les plus importantes qui peuvent s'y rattacher, par le même; seconde édition, d'après le dernier texte du Code pénal; 2 vol. in-4°. 36 fr.

Traité de la législation criminelle en France, par M. Le Graverend, 3^e édit., revue et corrigée sur les notes manuscrites de l'auteur et d'après les changements survenus dans la législation et la jurisprudence, par M. DUVERGIER, directeur des affaires civiles au ministère de la justice; 2 vol. in-4°. 36 fr.

Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle, par M. MANGIN, conseiller à la Cour de cassation; 2 vol. in-8°. 18 fr.

Traité des procès-verbaux en matière de délits et de contraventions, par le même, précédé d'une introduction par M. FAUSTIN HÉLIE; 1 vol. in-8°. 8 fr.

Cette réunion d'ouvrages sur l'ensemble de notre droit criminel forme la bibliothèque la plus complète que l'on puisse désirer sur cette matière importante.

Institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France et de quelques autres états anciens et modernes, par M. J. REX (Grenoble), conseiller à la Cour royale de Grenoble, 2^e édition entièrement refondue; 1839, 2 vol. in-8°. 12 fr.

Cours de procédure civile et de droit criminel, par M. BERRIAT-SAINTE-PRIX, professeur à la Faculté de Paris, 6^e édit., entièrement refondue; 3 vol. in-8°. 18 fr. 50 c.

Institutes du droit administratif français, ou Éléments du Code administratif, par M. DE GERANDO, pair de France, professeur à la Faculté de droit de Paris, 2^e édit.; 4 vol. in-8°. 36 fr.

Codes français (les) conformes aux textes officiels, avec la conférence des articles entre eux; par M. C. BOURGUIGNON, nouvelle édition entièrement refondue, contenant: l'indication de la *législation intermédiaire*, les lois, décrets, ordonnances, avis du conseil d'état, circulaires qui expliquent, complètent, modifient ou abrogent certaines dispositions des Codes; les lois de la presse, les tarifs en matière civile et criminelle, les lois sur l'organisation et la discipline judiciaires, l'enregistrement, le timbre, les hypothèques, les droits de greffe, etc., etc., spécialement tous les textes donnés comme matières de thèses par la Faculté de droit de Paris; précédée d'une table chronologique, et suivie d'une table-alphabétique, par M. P. ROYER-COLLARD, avocat à la Cour royale de Paris, professeur à la Faculté de droit; 1 vol. grand in-8° de 1,500 pages imprimé sur papier vélin collé. 10 fr., et relié 12 fr.

Lettres sur la profession d'avocat, par MM. CAMUS et DUPIN aîné, 5^e édit., entièrement refondue et considérablement augmentée; 2 gros vol. in-8°. 87 fr.

Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État, contenant le précis des observations faites sur chaque article et les motifs de la décision du Conseil, les observations pour les concilier et en faciliter l'intelligence, par M. MALEVILLE, l'un des rédacteurs du Code civil, 3^e édit. 4 vol. in-8°. 20 fr.

Cet ouvrage est le meilleur résumé qui existe des travaux préparatoires sur le code civil.

Corbeil, imp. de C. 676.

Duranton, Alexandre
Cours de droit français suivant le 5



* 2 8 0 5 1 *