

permis aux particuliers d'y déroger. L'article 686 reproduit cette sanction des lois d'ordre public, bien qu'elle fût déjà écrite dans l'article 6 du code. On dirait que le législateur tient à se répéter en cette matière, afin qu'il soit bien prouvé, comme le disait l'Assemblée constituante, que le territoire de la France est libre comme les personnes qui l'habitent (1). Donc toute convention qui reproduirait, sous une apparence quelconque, les servitudes féodales, serait nulle d'une nullité absolue, comme violant la loi fondamentale des sociétés modernes, la liberté.

§ II. Caractères des servitudes réelles.

N° 1. DEUX FONDS.

127. D'après la définition de l'article 637, il faut deux héritages pour qu'il y ait une servitude, un héritage sur lequel la charge est imposée et un héritage pour l'utilité duquel elle est établie. Le mot *héritage* est une expression traditionnelle qui désigne un immeuble advenu par succession, et par suite un immeuble en général; nos anciennes coutumes, de même que les lois romaines, emploient le mot *héritier* pour indiquer le *propriétaire* (2). Mais comme les immeubles et surtout les fonds de terre étaient jadis la propriété par excellence, le mot *héritage* fut limité à la propriété immobilière. Il s'est conservé dans le langage juridique en matière de servitude.

L'immeuble qui doit la servitude est appelé l'héritage *servant*; l'immeuble auquel la servitude est due s'appelle l'héritage *dominant*. Ces expressions, usitées dans la doctrine, ne sont pas légales; le code ne les emploie jamais, l'article 638 est même une espèce de protestation contre l'idée d'un héritage *dominant*; le code dit quelquefois l'hé-

(1) Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, titre I article 2.

(2) La coutume de Lille dit : « L'héritier d'une maison ou héritage ne s'enclôt s'il ne veut. » (Pothier, *Du contrat de société*, n° 234.) Les *Institutes* disent : « *Veteres HÆREDES vRO DOMINIS appellabant.* » (Duvergier sur Toullier, t. II, p. 211, note a).

ritage *assujetti* ou *asservi* (art. 695 et 699). Nous emploierons les expressions traditionnelles; elles ne présentent plus aucun inconvénient, aujourd'hui que nous ne connaissons les abus de la domination féodale que par l'histoire.

128. Il n'y a rien de plus élémentaire que le principe formulé par l'article 637; il est cependant fondamental. Si la loi donne sa sanction aux actes qui créent des servitudes, si elle permet de démembrer, d'amoinrir un héritage, c'est pour augmenter l'utilité d'un autre héritage dont la culture, l'occupation, l'exploitation sont améliorées par l'établissement de la servitude. De là suit que s'il n'y a pas d'héritage à améliorer, il ne peut pas être question de servitude; ni quand on ne peut détacher une utilité quelconque d'un fonds pour en faire jouir un autre fonds. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation; nous préférons d'emprunter les exemples à la jurisprudence que de les chercher, comme on le fait d'habitude, dans les lois romaines. Deux communes limitrophes, situées sur les bords de la mer, se disputaient la possession de deux rochers qui produisaient en assez grande abondance l'herbe connue sous le nom de varech; chacune prétendait avoir un droit exclusif à la récolte de ces herbages. L'une d'elles avait en sa faveur une possession de plusieurs années; elle y fut maintenue. L'autre se pourvut en cassation, et soutint que le droit de recueillir le varech constituait une servitude discontinue, que par suite ce droit ne pouvait être la matière ni d'une prescription (art. 691), ni d'une possession. Il fut jugé que le droit de recueillir le varech sur le rivage de la mer ne constituait pas une servitude, puisqu'il n'y avait ni fonds servant ni fonds dominant, que dès lors l'article 691 était inapplicable (1).

Du principe que deux fonds sont nécessaires pour qu'il y ait une servitude, il ne faut pas conclure que l'on ne peut stipuler une servitude pour une maison que l'on se propose de bâtir, et que l'on ne peut imposer une servitude à une maison que le voisin se propose de construire. Il y a

(1) Arrêt de rejet du 5 juin 1839 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 122). Comparez Pardessus, t. 1^{er}, p. 32. n° 13.

dans l'espèce deux immeubles, bien que sous condition ; la servitude sera conditionnelle, et les servitudes peuvent très-bien s'établir sous condition, comme nous le dirons plus loin (1).

129. Il faut deux immeubles. Tout immeuble peut-il être grevé d'une servitude ? et peut-on établir une servitude en faveur de tout immeuble ? Le mot *héritage* dont la loi se sert doit être pris dans le sens que la tradition y a attaché ; or, cette expression n'a jamais désigné que les fonds de terre et les bâtiments ; il n'y a donc que ces immeubles-là qui puissent former l'objet d'une servitude. Ce principe est consacré par l'article 687 : « Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. » De là l'antique division des servitudes en *urbaines* et *rurales*. Il s'ensuit que les plantes attachées au sol par la nature, et considérées comme immeubles par nature, ne sont pas susceptibles de servitude ; bien moins encore les objets mobiliers immobilisés par destination. Cela est aussi fondé en raison. Les servitudes, de même que la propriété, sont perpétuelles dans l'intention de ceux qui les établissent ; il faut donc que les immeubles servants et dominants aient une permanence telle, que la perpétuité soit possible ; or, les choses mobilières, telles que les plantes, bien que faisant corps avec le sol, n'ont qu'une existence temporaire, elles sont destinées par la nature même à être détachées du sol. Quant aux meubles immobilisés par destination, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une servitude, parce qu'ils cessent d'être immeubles dès qu'on les considère comme détachés du sol ou comme en étant distincts. Restent les droits immobiliers ; ce sont des immeubles fictifs, auxquels on ne peut appliquer la notion de servitude. De là le vieil adage : *Servitus servitutis esse non potest* (2).

La cour de cassation a fait l'application de ces principes dans une espèce singulière, et l'arrêt est tout aussi singulier. Une barrière séparait deux fonds ; elle jouait sur

(1) Duranton, t. V, p. 487, n° 446.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 69, note 1, et les autorités qui y sont citées.

un gond accroché à un chêne qui appartenait au propriétaire contigu. Celui-ci abat l'arbre ; il est cité en complainte. L'action fut rejetée, par le motif que celui qui est propriétaire de l'arbre peut l'abattre à son gré ; que si un arbre pouvait être l'objet d'une servitude, ce droit n'existerait que pendant que l'arbre serait sur pied, et que le propriétaire ne pourrait être tenu à le remplacer, puisque les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en un tel état que l'on ne peut plus en user. Sur le pourvoi, la cour décida « qu'il s'agissait d'une servitude qui n'avait pas été reconnue avoir été établie par convention, servitude essentiellement périssable avec l'objet, que la main des hommes ne pourrait ni réparer ni perpétuer (1). » La cour admet qu'il y a servitude, ce qui est contraire à l'article 686, lequel ne reconnaît d'autres servitudes que celles qui concernent les bâtiments et les fonds de terre. On pourrait objecter que, dans l'espèce, la servitude était établie pour l'usage d'un fonds de terre, que l'on était donc dans les termes de la loi. Nous répondons que si activement le mot *héritage* signifie un fonds de terre ou un bâtiment, il doit avoir la même signification dans le sens passif ; il faut un héritage servant comme il faut un héritage dominant ; or, un arbre n'est pas un héritage.

130. Faut-il que les immeubles soient dans le commerce ? Au premier abord, on serait tenté de dire que la question ne peut pas même être posée. Les immeubles qui sont hors du commerce ne peuvent pas être vendus (article 1598) ; or, l'établissement d'une servitude est une aliénation partielle. Cela paraît décisif et en théorie cela est incontestable. Mais l'application du principe soulève de grandes difficultés. Il y a des immeubles qui, par leur nature, sont dans le commerce, et qui ont été mis hors du commerce par la destination que l'État ou la commune leur ont donnée. Tels sont notamment les chemins, les routes, les rues, que l'article 538 déclare dépendance du domaine public, comme n'étant pas susceptibles d'une propriété pri-

(1) Arrêt de rejet du 6 avril 1841 (Dalloz, au mot *Action possessoire*, n° 436).

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
D. A. N. LI
CACCIA ALFONSIANA

vée. Il en est de même de tous les immeubles qui font partie de ce qu'on appelle le *domaine public* de l'Etat ou des communes (1). Si ces choses ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, on ne peut pas même leur donner le nom d'*héritage*, puisque cette expression implique l'idée d'une propriété acquise par hérédité; et on ne conçoit pas davantage que l'on détache de ces choses certaines utilités pour en faire jouir d'autres fonds, attendu que les biens du domaine public sont affectés dans leur entier à une destination publique (2).

Mais ce dernier point est-il bien exact? Est-il vrai, d'une manière absolue, que les choses placées hors du commerce sont affectées à l'usage de tous, en ce sens qu'aucune utilité n'en peut être détachée au profit des particuliers? La question, encore une fois, semble être décidée par le texte du code. En effet, aux termes de l'article 1128, « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. » Ce que la loi dit des conventions, la doctrine le dit des legs. Donc une chose qui est hors du commerce ne peut faire l'objet d'une servitude, puisque les servitudes se constituent par contrat ou par testament. Mais l'article 1128 est-il aussi absolu qu'il en a l'air? Quand un terrain est mis hors du commerce parce qu'il forme une rue, un chemin, une place publique, c'est que, par suite de sa nouvelle destination, il sert à l'usage de tous. Naît donc la question de savoir si l'usage de tous est compatible avec l'usage qui serait accordé à quelques uns. L'affirmative est certaine. Au titre des *Obligations*, nous dirons que l'article 1128 n'empêche pas que les choses publiques ne fassent l'objet d'un bail, pourvu que le bail ne porte pas obstacle à la destination publique de la chose. Pourquoi n'en serait-il pas de même des servitudes?

Il y a des servitudes auxquelles la nature elle-même soumet les voies publiques aussi bien que les propriétés

1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 84, n° 62 et suiv.

(2) C'est le principe du droit romain (Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 13, p. 123). Voyez, en ce sens, arrêt de rejet du 13 février 1828 (Daloz, au mot *Prescription*, n° 188, 2°); Liège, 9 mars 1864 (*Pasicrisie*, 1838, 2. 353). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 69 et note 2.

particulières. Telle est la charge qui pèse sur les fonds inférieurs, assujettis à recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs. C'est une loi de la nature, dont aucun fonds ne peut s'affranchir; les eaux s'arrêteront-elles devant une route, par la raison qu'une terre a été convertie en chemin public? Vainement dit-on que la destination publique des chemins empêche l'exercice de toute servitude. Il va sans dire que l'administration peut faire tels travaux qu'elle juge convenables pour maintenir la libre circulation des voies de communication, mais il ne lui est pas permis de refouler les eaux sur les fonds supérieurs. Donc la voie publique est grevée de la même servitude que les fonds appartenant aux particuliers (1).

Il y a une autre servitude légale qui intéresse tous les riverains. L'article 681, placé au chapitre des servitudes légales, porte que tout propriétaire doit établir les toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la *voie publique*. C'est donc un droit pour les propriétaires de faire verser les eaux pluviales sur un fonds qui est hors du commerce; donc les rues et les chemins servent à l'usage des propriétés riveraines. Inutile d'insister; les rues sont précisément destinées à l'usage des riverains; c'est sur les rues qu'ils ouvrent leurs portes et leurs fenêtres; sans les rues, on ne conçoit pas de maisons agglomérées. Bien loin que l'ouverture de fenêtres et de portes soit en opposition avec l'usage que le public en peut faire, il faut dire que les rues ont pour destination de servir aux propriétés riveraines.

131. Est-ce à dire que tout usage que les riverains font des rues soit une servitude? Et toute espèce d'usage leur est-il permis? La première question est controversée et elle est douteuse. Il faut d'abord supposer que les héritages riverains retirent quelque utilité des rues, car sans héritage il ne peut être question de servitude. Quand un propriétaire ouvre des fenêtres donnant sur la rue, en résulte-t-il une servitude de vue (2)? Quand il pratique une

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 8 et notes 2 et 3, et les autorités qui y sont citées.

(2) La question est la même quand la vue est ouverte sur une rivière ou

porte donnant sur la voie publique, acquiert-il une servitude de passage? Il y a une question plus générale qui domine celle-ci. Les riverains qui bâtissent sur la voie publique agissent-ils à titre de droit ou par simple tolérance? On prétend qu'il n'y a que simple tolérance, parce que la commune n'a pas le droit d'aliéner, fût-ce partiellement, une rue tant qu'elle appartient au domaine public; et elle ne peut pas davantage grever la rue de servitudes qui l'empêcheraient plus tard de la supprimer, si elle voulait vendre le terrain (1). Cette argumentation n'est pas sérieuse. Lorsqu'un propriétaire bâtit, il use de son droit; or, l'exercice de ce droit serait impossible s'il ne pouvait pratiquer des fenêtres et des portes dans le mur qui donne sur la voie publique. Il faut donc admettre qu'il agit à titre de droit. Cela n'empêchera pas la commune de supprimer la rue et de vendre le terrain, mais elle ne pourra le faire qu'en indemnisant les riverains. Ce droit qui appartient aux riverains ne leur est pas accordé gratuitement, ils se soumettent à l'alignement et à toutes les charges communales. Il y a donc là une convention tacite en vertu de laquelle la commune permet aux riverains de bâtir aux conditions établies par les règlements. Cette convention donne naissance à une servitude. Cela est certain dès que l'on admet que c'est à titre de droit que les riverains agissent; en effet, ils ouvrent des rues sur un terrain appartenant à autrui; voilà bien le caractère essentiel de la servitude: la rue, propriété de la ville, sert à l'utilité des héritages riverains. On objecte que la rue est du domaine public plutôt que dans le domaine de la commune, c'est-à-dire que les riverains s'en servent comme habitants de la ville, qu'ils se servent donc d'une chose qui appartient en commun à tous, ce qui exclut toute idée de servitude (2). Nous répondons que la rue est si bien dans le domaine de la commune, que le terrain dont elle est formée a été acheté

un canal (Liège, 9 mars 1870 dans la *Pasicrisie*, 1870, 2, 208). Sur le droit des riverains d'ouvrir des fenêtres, voyez le tome VIII de mes *Principes*, n° 47.

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. Ier, nos 363, 370. Toullier, t. III, nos 479, 480 Favard, *Répertoire*, au mot *Servitude*, p. 136.

(2) Grenoble, 15 juillet 1824 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 65).

par la commune, et qu'elle pourra le revendre si la rue est supprimée. Nous sommes donc dans les termes de l'article 637: un droit de vue ou de passage est imposé sur un fonds appartenant à la commune, pour l'usage et l'utilité des propriétaires riverains (1).

On objecte encore que l'usage que les riverains font de la rue n'en diminue en rien l'utilité, au préjudice du propriétaire de la rue; qu'il n'en résulte donc pas un démembrement de la propriété, ce qui est le caractère distinctif des servitudes. En définitive, dit-on, ce prétendu droit de servitude des riverains n'est que l'usage de la chose conformément à sa destination (2). Il y a du vrai dans cette objection, mais elle n'est pas aussi décisive qu'elle en a l'air. La servitude est une charge, donc elle diminue, en général, la valeur du fonds servant; mais cela n'est pas de l'essence de la servitude. Si j'ai un chemin de passage par mon fonds et si je concède à des tiers le droit de passer par ce chemin, il se peut très-bien que ma propriété n'en éprouve aucune diminution de valeur; il est vrai aussi que la destination de ce chemin est de servir au passage. Cela n'empêche pas qu'il n'y ait servitude. Il y a donc aussi servitude quand une rue sert aux riverains, car un fonds rend service à un autre fonds, et c'est là le caractère essentiel de la servitude.

132. On fait une autre objection qui nous conduira à examiner la nature particulière des servitudes établies sur un fonds du domaine public. Ceux-là mêmes qui soutiennent que les droits exercés par les propriétaires riverains sur la voie publique sont des servitudes, avouent qu'elles n'ont pas tous les caractères que présentent les servitudes en général (3). Mais où est la ligne de démarcation? Et si ces droits ne réunissent pas tous les caractères qui distinguent les servitudes, n'en faut-il pas conclure que ce ne sont pas de vraies servitudes? Ici est le nœud de la diffi-

(1) Besançon, 29 avril 1841 (Daloz, au mot *Propriété*, n° 166, 1°); Liège, 24 juin et 12 décembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 261 et 358); Aubry et Rau, t. III, p. 70 et note 5, et les autorités qu'ils citent.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 196, note 2.

(3) Demolombe, t. XII, p. 203, n° 699. Comparez Pardessus, t. Ier, p. 97, n° 40; Aubry et Rau, t. III, p. 69 et note 4.

culté. Il n'y a rien d'absolu en fait de servitudes. Le code lui-même donne ce nom à des charges et à des obligations dérivant de la situation des lieux, ou attachées au voisinage, bien que ces charges et ces obligations diffèrent, sous beaucoup de rapports, des servitudes établies par le fait de l'homme. Cela est si vrai que les auteurs nient que ce soient des servitudes. Il y a donc des servitudes de diverses espèces. Eh bien, celles qui grèvent les fonds du domaine public forment une espèce particulière, à raison de la nature de l'héritage servant. Cet héritage a une destination publique qui le place hors du commerce. De là une première conséquence sur laquelle tout le monde est d'accord (1). Les droits exercés par les riverains dans l'intérêt de leurs héritages ne peuvent pas compromettre la destination publique des rues. Il y a plus, l'autorité communale ne peut pas même concéder de pareilles servitudes, car il ne lui est pas permis de disposer, au profit exclusif de quelques-uns, d'une voie publique qui doit servir à tous; ses concessions, si elle en fait, ne sont que des actes de pure tolérance; elle peut toujours les révoquer. Ainsi elle a souffert un empiétement sur une rue, provenant d'un balcon, d'une cave; elle peut supprimer ce qu'elle a toléré.

Une autre conséquence découle du même principe. Les voies publiques, quoique établies dans un esprit de perpétuité, ne sont pas perpétuelles; c'est le droit et le devoir de l'administration de les redresser et même de les supprimer quand un intérêt public l'exige: tel serait un motif de salubrité, ou l'avantage du commerce et de l'industrie, ou même l'embellissement de la ville, car cela aussi est d'intérêt public, comme le dit le vieux d'Argentré (2). Il va sans dire que la commune ne peut jamais aliéner un droit qui est en même temps un devoir. Donc quand elle consent tacitement à ce que les riverains ouvrent des fe-

(1) Demolombe, t. XII, p. 198, n° 698, et Aubry et Rau, t. III, p. 69, note 3, et les autorités qu'ils citent.

(2) « *Quia publicorum usus non solum ex commodo sed ex ornatu etiam et facie aestimantur.* » (D'Argentré, sur la coutume de Bretagne, art. 226, chap. XXIII, p. 1136).

nêtres et des portes dans leurs murs de devant, elle ne s'oblige pas, comme la loi le dit des servitudes ordinaires, « à ne rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude ou à la rendre plus incommode » (article 701). La commune, à la différence des propriétaires des fonds servants, en général, peut changer l'état des lieux; c'est ce qu'elle fait quand elle redresse une rue ou qu'elle la supprime. C'est son droit inaliénable. Voilà certes une grande différence entre les servitudes qui grèvent la voie publique et les servitudes qui grèvent des propriétés particulières. En conclura-t-on que ce ne sont pas des servitudes? La conclusion serait peu juridique; en effet, les conventions des parties intéressées peuvent modifier les droits du propriétaire dominant, aggraver ou diminuer la charge de l'héritage assujéti, sans que la servitude cesse d'être une servitude. Eh bien, la modification, qui peut être stipulée par des conventions, résulte, dans l'espèce, de la nature du fonds servant.

133. Qu'est-ce qu'un droit, dira-t-on, que le propriétaire du fonds assujéti peut détruire? et qu'est-ce qu'une charge dont on peut se décharger à volonté? Nous répondons que si l'administration supprime les jours et les issues en changeant l'état des lieux, elle sera tenue d'indemniser les propriétaires riverains. Chose remarquable! Tout le monde s'accorde à reconnaître que les riverains peuvent réclamer une indemnité, même ceux qui nient qu'ils aient une servitude (1); et la jurisprudence aussi, quoique fort divisée sur le principe, s'est prononcée en faveur des riverains (2). Dans notre opinion, le droit des riverains est évident; il découle logiquement du principe que nous venons d'établir. Si les riverains ont une servitude de vue et d'issue sur la voie publique, l'administration ne peut pas leur enlever ce droit sans les indemniser. On a soutenu le contraire en France, lors de la discussion de la loi du 24 mai 1842 sur les portions de routes royales délaissées

(1) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Voirie par terre*, n° 122.

(2) Cela est si bien reçu que les cours ne donnent pas même de motifs; elles admettent le droit comme un axiome. (Arrêt de cassation du 5 juillet 1836; Dalloz, au mot *Propriété*, n° 151).

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
D. A. N. LI
CACCIA ALFONSIANA