

par suite de changement de tracé ou d'ouverture d'une route nouvelle. Si l'on part du principe absolu qui met la voie publique hors du commerce, on doit conclure que le domaine public ne peut être démembré, ni par conséquent grevé d'une servitude. Mais c'est ne tenir aucun compte du droit des riverains. Comme l'a très-bien dit le rapporteur de la loi de 1842, M. Renouard, « la raison et la justice ne s'accroissent jamais de ces thèses commodes et partiales où triomphe l'argumentation, et qui, là où existent deux principes, se mettent à l'aise en s'établissant sur un seul et en tenant l'autre pour non avenu (1). » Nous ne contestons pas le droit de l'Etat, mais à côté du droit de l'Etat, il y a le droit des riverains; l'Etat peut supprimer les vues et les issues, si l'intérêt de la voirie l'exige, mais il ne le peut qu'en indemnisant les riverains.

L'opinion contraire, qui n'admet pas que les riverains aient un droit de servitude sur la voie publique, et qui leur donne néanmoins une indemnité, est très-embarrassée pour trouver un fondement à cette indemnité. Il y en a qui reconnaissent un droit aux riverains, mais ils disent que ce n'est pas un droit de servitude, que c'est un droit *sui generis* (2). Qu'est-ce donc que ce droit? et d'où naît-il? Il est impossible de le définir et d'en déterminer les caractères. Au fond, cette opinion ne diffère de la nôtre que par les termes. Nous admettons aussi que les droits de vue et d'issue des riverains sont des servitudes d'une nature particulière; mais au moins nous disons quelle est la nature de ces servitudes, et pourquoi elles n'ont pas tous les caractères des droits qui dérivent du fait de l'homme. Notre doctrine aboutit au même résultat pratique, mais il nous semble qu'elle est plus conforme aux principes. Quant aux auteurs qui, tout en niant que les riverains aient un droit, leur accordent une indemnité, ils sont souverainement inconséquents; il suffit de lire Pardessus pour s'en convain-

(1) Renouard, Rapport, dans Dalloz, au mot *Voirie par terre*, t. XLIV, p. 210, nos 2 et suiv.

(2) Féraud-Giraud, *Des modifications apportées au droit de propriété*, t. II, nos 443 et 586, suivi par Dalloz, au mot *Voirie par terre*, n° 122. En ce sens, Orléans, 5 mars 1869 (Dalloz, 1869, 2, 217).

cre (1). Il invoque la règle d'équité qui ne permet à personne de changer de résolution au préjudice d'autrui. Singulier argument dans la bouche d'un jurisconsulte! L'équité s'adresse au législateur, l'interprète ne peut pas y fonder un droit. A celui qui réclamerait une indemnité au nom de l'équité, la commune ou l'Etat répondrait: J'use de mon droit et je ne lèse aucun droit, donc je ne fais de tort à personne. Les riverains, ajoute Pardessus, ont pour eux la plus puissante des autorités, la foi publique, car c'est sur la foi publique qu'ils ont ouvert des vues et des issues. Cela est bien vague. La foi publique donne-t-elle un droit aux riverains, alors ils peuvent réclamer une indemnité, mais dans ce cas on revient à l'opinion que nous défendons. Que si les riverains n'ont pas de droit, vainement feraient-ils appel à la foi publique: on ne fonde pas d'action civile sur la foi publique!

134 Il y a encore d'autres difficultés dans cette difficile matière. Tout le monde accorde une indemnité aux riverains. Cela veut-il dire que les riverains ont une propriété dont ils ne peuvent être privés que par la voie de l'expropriation pour cause d'utilité publique? Nous avons d'avance répondu à la question. Les riverains n'ont qu'un droit imparfait qui n'apporte aucun obstacle à la libre action de l'autorité administrative; celle-ci peut changer l'état des lieux, comme elle le juge convenable, sans être arrêtée par les droits des riverains. Ceux-ci n'ont qu'un recours en indemnité. Telle est la jurisprudence de la cour de cassation de France; elle a jugé à plusieurs reprises que si un chemin communal est régulièrement supprimé, cette suppression entraîne l'extinction des droits de servitude que les riverains avaient sur ce chemin, sauf à la commune à les indemniser. L'indemnité peut consister soit dans un autre passage, soit dans des dommages-intérêts (2). Il y a encore une fois ici quelque chose qui choquera les partisans des principes absolus: ils demanderont comment les droits de servitude des riverains peuvent s'éteindre par

(1) Pardessus, t. I^{er}, p. 99 et suiv., n° 41.

(2) Arrêts de rejet du 15 juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 234) et du 3 mai 1858 (Dalloz, 1858, 1, 276).

la vente de l'héritage grevé de servitude. C'est que le fonds servant, dans l'espèce, dépend du domaine public; et les riverains n'y avaient de droits que parce que ce domaine était destiné à l'usage des propriétés riveraines; donc du moment où le fonds servant cesse d'appartenir au domaine public, il cesse de servir; c'est dire, en d'autres termes, que les servitudes s'éteignent. Si malgré cela les riverains ont droit à une indemnité, c'est qu'ils avaient un droit de servitude fondé sur une convention tacite, convention qui implique que l'administration, tout en conservant le droit de changer l'état des lieux, ne peut le faire qu'en indemnisant les riverains.

135. L'indemnité suppose un droit lésé. Donc quand les riverains ont fait une entreprise sur la voie publique sans droit, par tolérance, fût-ce même par une concession, ils n'ont droit à aucune indemnité (1). Ici revient dans toute sa force le principe que les voies publiques sont hors du commerce; l'administration peut tolérer ce qui lui paraît compatible avec les nécessités de la communication; mais du moment où des inconvénients se produisent, elle a le droit et le devoir de supprimer les empiétements; elle use de son droit sans léser un droit, donc elle ne doit aucune indemnité; quand même elle aurait accordé une autorisation formelle, elle peut toujours la révoquer, sans être tenue d'indemniser le concessionnaire, car ces concessions ne donnent aucun droit.

Le recours en indemnité est une action en dommages-intérêts; et pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts, il ne suffit pas qu'un droit soit lésé, il faut aussi qu'il y ait un préjudice causé: comment demander la réparation d'un dommage alors qu'on n'a pas souffert de dommage? La commune construit un édifice sur une place publique; elle diminue par là le prospect des riverains; est-ce à dire qu'elle devra les indemniser? C'est une question de préjudice, c'est-à-dire de fait. Si la place publique, quoique restreinte, reste assez grande pour que les riverains y exercent leurs droits de vue, ils ne peuvent pas se plaindre;

(1) Pardessus, t. 1^{er}, p. 102 et suiv., n° 41.

c'est le seul droit que leur donne la convention tacite sur laquelle reposent les servitudes qui leur appartiennent; mais cette même convention réserve tous les droits de la commune; elle ne s'est pas obligée à maintenir à la place publique l'étendue qu'elle avait lors des constructions; elle ne peut donc être tenue à indemnité, quand elle diminue simplement les avantages dont les riverains jouissaient. Sur ce point nous sommes d'accord avec Pardessus (1).

L'indemnité étant une question de dommages-intérêts, le tribunal pourra prendre en considération l'avantage qui résultera pour les riverains des changements dont ils se plaignent. Cela arrivera très-souvent en matière d'alignement. Un riverain construit ou reconstruit en vertu d'un nouvel alignement qui avance toutes les constructions riveraines. Provisoirement ceux qui ne sont pas encore dans le cas de rebâtir souffriront quelque préjudice des constructions par lesquelles leurs vues seront plus ou moins obscurcies et leurs issues entravées. Mais ce désavantage sera compensé par un avantage plus grand qu'ils retireront plus tard de l'alignement. Dans cette espèce, il a été jugé que les riverains n'avaient droit à aucune indemnité (2).

136. Reste à savoir qui doit payer cette indemnité. En principe, c'est la commune par le fait de laquelle la servitude est supprimée. D'ordinaire, la commune, quand elle redresse ou supprime une rue, vend le terrain qui cesse de servir à la circulation publique. Si le contrat de vente ne dit rien des servitudes de vue et d'issue, elles s'éteindront comme nous venons de le dire, sauf le recours en indemnité contre la commune. L'acheteur ne sera pas tenu, car il ne peut être obligé qu'en vertu de son contrat, et nous supposons que le contrat garde le silence (3). Si la commune veut se mettre à l'abri de ce recours, elle doit stipuler dans l'acte de vente ou que l'acheteur sera tenu de

(1) Pardessus, t. 1^{er}, p. 102, n° 41. Proudhon, *Du domaine public*, t. 1^{er}, nos 365 et 366.

(2) Jugement du tribunal de Huy du 20 février 1862 (*Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloes et Bojjean, t. XI, p. 210), avec les observations de M. Cloes.

(3) Liège, 9 mars 1864 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 352).

souffrir l'exercice des droits de vue et d'issue (1), ou qu'il sera tenu de payer une indemnité. C'est cette dernière clause qui est la plus juridique, car les servitudes sont éteintes de plein droit dès l'instant où la rue cesse de faire partie du domaine public.

137. L'application des principes que nous venons d'établir présente de nouvelles difficultés, et la jurisprudence témoigne combien il reste d'incertitude sur les principes mêmes. On construit un canal; la nouvelle voie navigable doit traverser un domaine; l'Etat achète les terrains de gré à gré, et il est stipulé dans l'acte de vente que l'Etat exécutera quatre ponts sur le canal, que la desserte de la propriété aura lieu par les levées du canal et que l'on fera les rampes nécessaires pour en rendre les abords faciles. Des contestations s'élevèrent entre les propriétaires du domaine et l'administration sur l'étendue et la portée de ces clauses. Devant la cour de cassation, le préfet demandeur soutint, au nom de l'Etat, que la convention et l'arrêt de la cour qui l'étendait à toute la propriété établissaient des servitudes sur des dépendances du domaine public. Il était incontestable qu'il y avait servitude, et il était incontestable également que le canal faisait partie du domaine public de l'Etat. Que décida la cour? Qu'il ne s'agissait pas d'une partie du domaine public ancien et reconnu, dont le caractère fût incontestable; que le canal de Nivernais formait une partie nouvelle et récemment constituée du domaine public; que le domaine, objet du litige, avait été acquis sous des conditions imposées et acceptées par des conventions volontaires et réciproquement obligatoires. La cour conclut qu'il n'y avait pas, dans l'espèce, des servitudes constituées sur le domaine public, mais des servitudes conventionnelles (2). Sans doute la servitude était conventionnelle, mais qu'importe? Est-il moins vrai qu'elle grevait le canal de Nivernais, et ce canal n'était-il pas une dépendance du domaine public? Le canal était nouvellement construit. Eh! qu'importe encore? Faut-il qu'une voie

(1) Liège, 12 décembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 358).

(2) Arrêt de rejet du 17 juillet 1849 (Daloz, 1849, 1, 315).

navigable soit ancienne pour appartenir au domaine public? Ces motifs ne se discutent pas; c'est une de ces décisions qui éludent les vraies difficultés, au lieu de les aborder franchement. Il fallait dire: Oui, c'est une servitude qu'une convention a établie sur le domaine public. Il est vrai que le canal n'est pas dans le commerce, mais la destination publique du canal n'empêche pas qu'il ne soit l'objet de conventions et de droits qui ne portent pas obstacle à cette destination; donc la servitude est légitimement constituée.

138. Peut-on avoir une servitude sur une promenade publique? La question a été décidée négativement par la cour de Poitiers, et Demolombe approuve cette décision. Il est dit dans l'arrêt que la promenade sur laquelle les riverains avaient ouvert des vues était hors du commerce, que le parc était destiné à la promenade et à des fêtes publiques, que les riverains ne pouvaient acquérir de servitude sur un terrain qui était hors du commerce, et qui n'a pas pour destination de procurer aux voisins des vues et des issues (1). Il nous semble que la question a été mal posée. Il s'agit de savoir si une promenade ou toute autre dépendance du domaine public peut être grevée d'une servitude, lorsque cette servitude ne nuit pas à la destination de la chose. Si l'on décide la question affirmativement, comme nous l'avons fait, il faut examiner en fait si les vues des voisins empêchent les habitants de se promener dans le parc. Cela n'est pas discutable. Est-ce que les passants qui flânent dans les rues et les places publiques ne sont pas vus par les riverains? cela les empêche-t-il de passer et de flâner? Ceux qui se promènent dans un parc sont-ils empêchés de se promener parce qu'on les voit des maisons contiguës? N'est-ce pas pour être vus qu'un grand nombre de promeneurs se promènent dans un parc? Nous n'insistons pas; tous ceux qui ont jamais fréquenté un parc quelconque seront de notre avis.

139. Notre opinion a été consacrée par la cour de

(1) Poitiers, 31 janvier 1837 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 67). Demolombe, t. XII, p. 199, n° 698.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
D. A. N. LI

Nancy dans une espèce plus sérieuse. Les murs des places de guerre font partie du domaine public, donc ils sont hors du commerce. Or, le mur, objet du litige, fut construit en 1701, en exécution du traité de Riswick, pour compléter l'enceinte de la ville de Nancy; il était donc, à ce titre, hors du commerce; de plus, il servait à assurer la levée des droits d'octroi et l'exécution des mesures de police que peut exiger la sûreté publique. Cependant un propriétaire pratiqua des ouvertures dans le mur de la ville, et il ouvrit des jours dans le mur de sa maison, construit au-dessus du mur de la ville; double servitude, dit le tribunal de Nancy, contre laquelle réclamait la destination du mur. La cour d'appel décida qu'à la vérité le mur de la ville était hors du commerce, mais que tout ce qui en résultait, c'est que le propriétaire de la maison contiguë n'y pouvait faire aucune entreprise contraire à la destination de la chose: telles étaient évidemment les ouvertures qu'il avait pratiquées dans le mur de la ville. Mais en quoi les vues ouvertes dans son propre mur gênaient-elles les employés de l'octroi? car la défense de la ville n'était pas en cause. Ces vues, dit très-bien la cour, loin d'entraver les mesures de police et de surveillance que le mur est destiné à protéger, rendent, au contraire, la fraude plus difficile. C'était donc le cas d'appliquer le principe qui permet de constituer des servitudes sur une chose du domaine public, pourvu que l'on ne porte pas obstacle à la destination de la chose (1).

140. Les églises, ayant une destination publique, sont placées hors du commerce; elles appartiennent au domaine public municipal. Il a été jugé que les propriétaires contigus ne pouvaient pas acquérir la mitoyenneté du mur de l'église. La décision est juridique et conforme à l'ancienne jurisprudence, avec une restriction toutefois; les termes des arrêts sont tellement généraux qu'ils semblent proscrire toute espèce de servitude sur une église (2). Cela est

(1) Nancy, 31 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 76).

(2) Toulouse, 13 mai 1831, et arrêt de cassation du 5 mai 1838 Dalloz, au mot *Servitude*, n° 451). Comparez Dalloz, au mot *Domaine public*, nos 58 et 59.

trop absolu; il faut appliquer aux églises le principe général qui régit les biens placés hors du commerce. Il y a donc lieu de distinguer; si la servitude est incompatible avec le service du culte, avec la décence qu'il exige, elle ne pourra pas être établie, et l'on pourra toujours en demander la suppression. Mais si la servitude ne gêne en rien la destination de l'église, il n'y a pas de raison pour faire une exception aux principes généraux: telle serait la servitude qui consisterait à supporter la charge du voisin. C'est l'avis de Troplong, et nous croyons que c'est le bon (1).

La cour de Gand a appliqué le même principe aux cimetières. Tant qu'ils conservent leur destination publique, ils sont hors du commerce. La cour constate néanmoins que dans la Flandre il existe des passages publics pour les piétons sur presque tous les cimetières qui entourent les églises des communes rurales. C'est que le passage n'empêche pas que le cimetière ne serve à l'ensevelissement, car on ne fait pas d'inhumation sur la partie qui est réservée aux piétons (2).

141. Il ne faut pas confondre le domaine privé de l'Etat avec le domaine public. Le premier est dans le commerce; il peut donc être grevé de servitudes. Chose remarquable et qui vient à l'appui de notre doctrine, dans l'ancien droit, toutes les parties du domaine de l'Etat étaient frappées d'inaliénabilité et par suite elles étaient imprescriptibles. Mais l'inaliénabilité n'empêchait pas l'établissement de servitudes. Cela paraît peu logique, et une dérogation à la rigueur du droit. A vrai dire, il n'y avait pas inconvénient, car les motifs qui ont fait établir l'inaliénabilité du domaine de la couronne n'ont rien de commun avec les servitudes. D'après notre droit moderne, les biens de l'Etat sont aliénables et prescriptibles; ils sont donc aussi soumis au droit commun en matière de servitudes. Il a été jugé, par application de ce principe, que le droit de passage pour cause d'enclave peut être acquis par prescription sur

(1) Troplong, *De la prescription*, n° 173. En sens contraire, Dalloz, au mot *Domaine public*, n° 59.

(2) Gand, 8 mai 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 175).

un immeuble dépendant du domaine privé de l'Etat (1). Nous examinerons plus loin si ce passage peut s'acquérir par prescription. Il a encore été jugé, conformément au même principe, que l'article 671 s'applique aux bois de l'Etat comme aux bois des particuliers (2). Nous reviendrons sur cette disposition.

142. L'article 637 dit que les deux héritages doivent appartenir à des propriétaires différents. C'est l'application du vieil adage que personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose. Le propriétaire de deux fonds peut bien faire servir l'un de ces fonds à l'autre, mais cet usage est l'exercice de son droit de propriété; c'est donc l'exercice de la liberté et non d'un droit de servitude. Nous verrons plus loin sous quelles conditions une servitude peut naître de cette destination du père de famille.

143. Les deux héritages doivent-ils être contigus? Il y a des lois romaines qui semblent exiger la contiguïté, tout en admettant des exceptions à la règle. Duranton a reproduit cette doctrine (3); puisque, dit-il, les servitudes sont établies pour l'utilité des fonds, il faut, pour que ce but puisse être atteint, que les héritages soient contigus. Dumoulin, au contraire, soutenait que cette opinion était erronée (4), et c'est son avis qui a été consacré implicitement par les auteurs du code civil. L'article 637, dans le projet adopté par le conseil d'Etat, portait que les héritages devaient être *voisins*. Le Tribunal proposa de supprimer le mot *voisins*. « Il peut y avoir, disait-il, des héritages intermédiaires entre l'héritage à qui la servitude est due et celui qui la doit. » On lit dans le rapport fait au Tribunal par Albisson, que « la condition du voisinage n'est pas tellement essentielle, qu'elle soit indispensable dans une bonne définition (5). »

(1) Arrêt de rejet du 19 janvier 1848 (Daloz, 1848, 1, 5).

(2) Arrêt de cassation du 13 mars 1850 (Daloz, 1850, 1, 89). Comparez le tome VIII de mes *Principes*, n° 92.

(3) Ce n'est pas la théorie romaine; les jurisconsultes exigent le *voisinage*, mais non la *contiguïté* (Elvers, *Die Servitutentehre*, p. 166, § 18).

(4) Duranton, t. V, p. 492, n° 454. Dumoulin, *Tractatus de dividuis et individuis*, 3^e partie, n° 359 (t. III, p. 252).

(5) Observations du Tribunal, n° 1 (Locré, t. IV, p. 173). Rapport d'Albisson, n° 3 (*ibid.*, p. 185).

Il résulte de là que la *contiguïté* n'est pas une condition requise pour la validité de la servitude. On conçoit, en effet, qu'un fonds non contigu puisse rendre un service à un autre fonds. Deux fonds ne sont pas contigus quand ils sont séparés par un fonds intermédiaire; or, l'existence de ce fonds intermédiaire peut ne pas être un obstacle à l'exercice de la servitude: tel serait un chemin public; ou l'obstacle peut n'être que partiel ou temporaire. On voit que la question est de fait plutôt que de droit. Il en est même ainsi du *voisinage*. En général, les fonds doivent être voisins pour que l'un procure un avantage à l'autre. Puis-je stipuler le droit de puiser de l'eau à une fontaine, alors que je n'ai pas de fonds dans le voisinage de la fontaine? La servitude me serait inutile; or, les servitudes n'ont été établies que pour l'utilité des héritages. Cependant le Tribunal a eu raison de ne pas considérer le voisinage comme une condition essentielle de l'établissement des servitudes. Il se peut, en effet, que quelque éloignés que soient les deux fonds, la charge imposée à l'un procure une utilité à l'autre. Le droit de puiser de l'eau, fût-ce à une grande distance, peut être d'une grande utilité, si dans le voisinage il n'y en a pas. Le législateur a bien fait de s'en rapporter à cet égard aux parties intéressées; elles n'auront garde de stipuler, c'est-à-dire de payer des droits inutiles. C'est pour ce motif que nous n'insistons pas sur des questions que l'on discute à l'école et que la pratique ignore (1).

N° 2. UNE CHARGE OU UN SERVICE.

144. L'article 686 dit que la servitude doit être établie *pour un fonds*, ce qui signifie, d'après l'article 637, qu'une charge est imposée à un héritage pour l'*usage* et l'*utilité* d'un autre héritage. C'est un caractère essentiel de la servitude; si le législateur a admis ces restrictions au droit de propriété, c'est parce qu'elles procurent un avantage à un autre fonds: l'un est diminué, l'autre est aug-

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 63, notes 11 et 12, et les autorités qui y sont citées.