

l'exploitation des terres l'exigeait. Il demandait à prouver que ledit sentier reliait la route de l'abbaye de Lierre (dite *Cloosterweg*) et celle d'Herenthals à Lierre. Enfin il prétendait que le public aussi avait passé de temps immémorial par le chemin qui était l'objet du litige. Ce dernier point est considérable. Il est certain que s'il s'était agi d'un droit de passage établi en faveur d'un fonds sur un autre fonds, le propriétaire du fonds servant n'aurait pas permis à tout le monde de passer par le sentier dont il conservait la propriété exclusive. Mais cette circonstance pouvait aussi faire naître un autre doute : le sentier n'était-il pas un chemin public, ou du moins une servitude établie au profit de tous sur les fonds par lesquels il était pratiqué? Cette dernière difficulté ne fut pas soulevée. La cour décida que les faits allégués par le défendeur, s'ils étaient prouvés, seraient exclusifs d'un droit de servitude, que l'existence pendant plus de trente ans d'un chemin d'exploitation établi pour la culture des terres faisait présumer un titre conforme à la possession. Il y a toujours dans cette jurisprudence une prétendue présomption qu'un chemin d'exploitation n'est pas une servitude, que c'est une copropriété. Nous regrettons que le législateur n'ait pas établi cette présomption; mais nous ne reconnaissons pas aux tribunaux le droit de présumer qu'un passage est une copropriété plutôt qu'une servitude.

169. La même difficulté se présente pour l'action possessoire. Comme les servitudes discontinues ne peuvent pas s'acquérir par la prescription, la possession seule, à défaut de titre, ne donne pas la complainte possessoire à celui qui est troublé dans sa possession; la loi suppose que cette possession est purement précaire. Tandis que la possession qui conduit à la prescription de la propriété d'un chemin d'exploitation est garantie par une action possessoire, puisqu'elle implique un titre primitif conforme à la possession. Mais comment distinguer l'usage d'un chemin à titre de servitude et l'usage d'un chemin à titre de copropriété? Le juge de paix de Ghistelles décida que le possesseur troublé par un propriétaire voisin ne pouvait être admis à la preuve des faits de possession qu'il allé-

guait, parce que l'enquête devrait porter sur le fond du droit, c'est-à-dire sur la question de savoir si le demandeur était copropriétaire du chemin litigieux. Sur l'appel, le tribunal de Bruges rejeta la demande, par le motif qu'il s'agissait d'une servitude discontinue. C'était mal juger, en toute hypothèse. Il n'y avait pas de titre; dès lors il fallait une enquête pour déterminer le caractère de la possession; avant l'enquête, le tribunal ne pouvait pas savoir s'il y avait possession d'une servitude ou possession d'un terrain à titre de propriétaire, servant de passage. La cour de cassation cassa le jugement; l'arrêt dit très-bien que le juge aurait dû apprécier le caractère de la possession invoquée par le demandeur; en effet celui-ci n'entendait pas exercer une action fondée sur une possession à titre de servitude, il réclamait la copropriété d'un chemin d'exploitation, ou du moins il alléguait la possession à titre de copropriétaire d'un chemin (1). Les termes dont nous nous servons sont plus précis que ceux de l'arrêt, mais ils rendent mieux, nous semble-t-il, la pensée de la cour.

§ IV. Classification des servitudes.

170. Aux termes de l'article 639, il y a trois espèces de servitudes : celles qui dérivent de la situation naturelle des lieux, celles qui sont imposées par la loi et celles qui sont établies par les conventions entre particuliers. Le mot *conventions* dont la loi se sert n'est pas exact, puisque les servitudes peuvent aussi être léguées; il faut donc dire, comme le fait l'intitulé du chapitre III de notre titre, que les servitudes sont établies par le *fait de l'homme*, ou par la *volonté* de l'homme, comme l'article 579 le dit de l'usufruit.

On a encore critiqué la classification du code sous d'autres rapports. Il distingue des servitudes naturelles et des servitudes légales. On peut admettre avec Domat (2) qu'il y a

(1) Arrêt de cassation du 13 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 354).

(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. XII, sect. I, art. 5.

des servitudes naturelles en ce sens qu'elles sont d'une absolue nécessité; telle est, dit-il, la charge qui pèse sur les fonds inférieurs de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs. Mais la nature seule ne crée pas de servitude, il faut l'intervention de la loi, donc les servitudes dites naturelles sont aussi des servitudes légales. D'un autre côté, il y a, parmi les servitudes dites légales, des charges tout aussi nécessaires, et par conséquent aussi naturelles que celles que le code dit dériver de la *situation des lieux* : tel est le passage en cas d'enclave. Ne peut-on pas dire que cette servitude dérive aussi de la situation des lieux, ainsi que la mitoyenneté? Domat avait donc raison de n'admettre que deux espèces de servitudes, les servitudes naturelles que l'on peut aussi appeler légales, et les servitudes que les hommes établissent pour la commodité de leurs fonds (1). Nous n'insistons pas sur la critique ni sur la justification que l'on a essayé de faire de la classification du code, parce que ce débat n'a aucune importance pratique.

171. On a adressé à la classification du code un reproche plus grave et, en un certain sens, plus mérité. Les prétendues servitudes naturelles ou légales, dit-on, ne sont pas de véritables servitudes (2). Et cela est de toute évidence pour plusieurs dispositions que l'on trouve dans les deux premiers chapitres de notre titre. Quand la loi dit que celui qui a une source dans son fonds en peut user à sa volonté, elle n'établit certes pas une servitude, elle consacre une conséquence du droit de propriété (art. 641). Il en est de même de l'article 646 qui donne à tout propriétaire l'action en bornage, et de l'article 647 qui permet à tout propriétaire de clore son héritage. Là mitoyenneté des murs, des fossés et des haies n'a rien de commun avec les servitudes; cette matière est régie par les principes sur la copropriété. Nous constatons le fait, sans y attacher une grande importance. Malgré les défauts qu'on peut lui reprocher, nous préférons suivre l'ordre du code

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe (t. XI, p. 8, n° 7), qui cherche à justifier la classification du code.

(2) Voyez ces critiques dans Demolombe, t. XI, p. 12, n° 8.

que d'imiter Zachariæ, lequel a si bien bouleversé le code que l'ordre qu'il a adopté ressemble à un vrai désordre. En restant attaché à l'ordre du code, on donne à la jeunesse l'exemple du respect de la loi, même dans ce qu'elle peut avoir de défectueux, et cet avantage-là vaut bien celui d'une meilleure classification. Ce sera au législateur à tenir compte des critiques de la science, quand il procédera à la révision du code civil.

172. La classification du code reste vraie dans le sens que Domat lui donne. Il y a des servitudes nécessaires; elles dérivent de la nature et elles sont consacrées par la loi; elles existent donc indépendamment du fait de l'homme. Tandis que les servitudes établies par contrat ou par testament sont plus ou moins arbitraires. De là suit que si dans un acte de vente il est dit que le fonds est libre de toute servitude, cette clause n'empêche pas que le fonds vendu ne soit grevé des servitudes naturelles ou légales; car il ne dépend pas du vendeur d'affranchir le fonds des charges que la nature ou la loi lui imposent (1). Est-ce à dire que les conventions des parties ne puissent pas déroger aux servitudes naturelles et légales? Il faut distinguer. Il y a des servitudes établies dans un intérêt général: telles sont les servitudes militaires qui grèvent les héritages dans le voisinage des forteresses. On applique à ces charges le principe qui défend de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public. Quant aux servitudes naturelles ou légales dont traite le code civil, elles sont établies dans un intérêt privé; rien n'empêche donc les parties contractantes de les modifier (2). Nous verrons plus loin des applications nombreuses de ce principe.

173. Les charges que le code appelle improprement des servitudes légales sont-elles réelles ou personnelles? A s'en tenir au texte de quelques dispositions du code, on pourrait croire que ce sont des droits de créance. L'arti-

(1) Duranton, t. V, p. 136, n° 146. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 226, n° 337.

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

de 1370 dit que « certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. » C'est ce qu'on appelle des quasi-contrats. Le code place parmi ces quasi-contrats « les engagements formés involontairement entre propriétaires voisins. » *Involontairement*, c'est-à-dire sans un concours de volontés, par l'effet de la loi. D'après cela les *servitudes légales* seraient des *quasi-contrats*, et par suite des droits de créance. L'article 651 est conçu dans le même sens : « La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention. » Dans les articles 639 et 652, on retrouve encore ce mot d'*obligations*, qui marque un lien personnel. Comment la loi peut-elle donner à un seul et même droit le nom de servitude et celui d'obligation ?

Il est certain que les expressions d'*obligation*, d'*engagement*, de *quasi-contrat* sont inexactes, car la loi parle de charges réelles qui grèvent le fonds entre les mains de tout possesseur ; et les fonds pour lesquels elles sont établies en profitent aussi dans quelque main qu'ils se trouvent. Cependant ce ne sont pas de vraies servitudes, car la servitude implique un assujettissement qui déroge au droit commun, à la liberté générale ; or, les charges dont il s'agit pèsent sur tous les fonds ; elles forment donc le droit commun des héritages. Il y a dans les lois romaines une expression qui convient mieux à la nature particulière de ces charges ; Ulpien les appelle des *quasi-servitudes* (1). Cela indique que ce sont des charges réelles, sans qu'on puisse dire que ce soient des servitudes véritables. Mais comme nos lois ne se servent pas de cette expression, nous devons nous borner à la recommander au législateur.

174. Il résulte de là qu'il faut appliquer aux servitudes naturelles et légales les principes qui régissent les droits réels. Ceux qui ne sont tenus d'une charge qu'à raison du fonds qu'ils détiennent peuvent s'en affranchir en délaissant le fonds. Le code le dit de la mitoyenneté : le copro-

(1) L. 5, § 10, D., de operis novi nuntiat (XXXIX, 1).

propriétaire du mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions du mur mitoyen, en abandonnant le droit de mitoyenneté (art. 656). Il en est de même de toute charge réelle, donc de toutes servitudes dites légales.

Il suit encore de là que les actions auxquelles donnent lieu les servitudes naturelles ou légales sont des actions réelles immobilières ; elles doivent donc être portées devant le tribunal de la situation des immeubles, tandis que s'il s'agissait d'obligations naissant d'un quasi-contrat, l'action serait personnelle et devrait être intentée devant le tribunal du domicile du défendeur (1).

§ V. Principes d'interprétation.

175. La cour de cassation dit qu'en matière de servitude, tout est de droit étroit (2). On trouve dans l'article 702 une application de ce principe : « Celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier. » Cette règle s'adresse naturellement au juge qui est appelé à décider les contestations entre les propriétaires des fonds dominants et des fonds servants. On sait que les conventions tiennent lieu de loi aux parties contractantes, et cette loi lie aussi le juge, qui a pour mission de les appliquer. Il faut dire la même chose du titre des servitudes ; quel qu'il soit, il oblige les parties intéressées et, partant, le juge. Mais on peut interpréter les lois d'une manière extensive ou restrictive. Pourquoi la cour de cassation pose-t-elle en principe que tout est de droit étroit dans les servitudes ?

Nous avons vu que l'usufruit est vu avec une espèce de défaveur parce qu'il rend la propriété inutile dans les mains du nu propriétaire. Il n'en est pas de même des servitudes

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. 1^{er}, p. 752 et suiv. Demolombe, t. XI, p. 19, nos 10 et 11, et les autorités qu'il cite.

(2) Arrêt de cassation du 16 mai 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1161, 1°).

réelles ; le propriétaire du fonds servant conserve la disposition et la jouissance de sa chose ; seulement son droit d'user et de jouir n'est plus illimité, et les restrictions qu'il reçoit entravent plus ou moins son droit de disposition. Toujours est-il que les servitudes sont vues avec faveur par la loi plutôt qu'avec défaveur. Il y en a qui sont établies dans un intérêt général ; et certes celles-là sont favorables, puisque l'intérêt public l'emporte toujours sur l'intérêt privé. L'orateur du Tribunal dit que parmi les services fonciers qui existent entre particuliers, il en est dont l'objet le plus direct est l'intérêt de l'agriculture ou du commerce (1). Albisson fait la même remarque ; le rapporteur du Tribunal démontre que si les servitudes modifient et atténuent en quelque sorte le droit de propriété dans le fonds assujéti, elles l'améliorent dans celui auquel la servitude est due (2) ; la culture des terres serait parfois impossible sans les servitudes de passage, de puisage, d'aqueduc ou de pacage. Et qu'y a-t-il de plus favorable que l'agriculture ?

Ce n'est donc pas dans la défaveur qui s'attache aux servitudes qu'il faut chercher le fondement du principe d'interprétation consacré par la cour de cassation. La cour n'a fait qu'appliquer aux servitudes une règle générale que le code établit en matière d'obligations conventionnelles. « Dans le doute, dit l'article 1162, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. » Pourquoi ? Parce que la loi favorise toujours la liberté, et l'obligation est une restriction à la liberté. Or, les servitudes restreignent aussi la liberté du fonds assujéti, que le code appelle le *débiteur de la servitude* ; il faut donc, dans le doute, se prononcer pour le fonds servant, c'est-à-dire restreindre la charge ; on ne peut jamais l'étendre.

176. Faut-il faire une exception à ce principe pour les servitudes qui dérivent de la situation des lieux ? On dit que ces servitudes étant l'œuvre de la nature, les magis-

(1) Gillet, Discours, n° 3 (Loché, t. IV, p. 193).

(2) Albisson, Rapport fait au Tribunal, n° 2 (Loché, t. IV, p. 184)

tra sont, en général, un pouvoir d'interprétation plus large qu'en ce qui concerne les servitudes établies par la loi (1). Cela nous paraît inadmissible. Ni les unes ni les autres ne sont des servitudes véritables ; il faudrait donc poser comme règle que le principe d'interprétation consacré par la cour de cassation ne doit pas être appliqué en cette matière. En effet, en tant que les servitudes dites naturelles ou légales sont des conséquences du droit de propriété, il n'y a pas lieu d'invoquer un principe qui ne concerne que les servitudes. Mais parmi ces servitudes, il y a aussi des charges que le code appelle des obligations entre voisins ; ces charges participent de la nature des servitudes, parce qu'elles pèsent sur le fonds et qu'elles restreignent le libre usage de la propriété. En ce sens, il faut les assimiler aux servitudes et les interpréter restrictivement, comme toute dette soit d'une personne, soit d'un fonds.

177. Il y a une question plus générale qui est commune aux servitudes naturelles et aux servitudes légales. Le code commence par traiter des servitudes qui dérivent de la situation des lieux, et des servitudes imposées par la loi ; puis il établit les règles qui régissent les servitudes proprement dites, celles qui dérivent du fait de l'homme. Ces règles s'appliquent-elles aussi aux servitudes dites naturelles ou légales ? On enseigne l'affirmative, mais en y ajoutant une restriction qui détruit le principe : les dispositions du chapitre III, dit-on, ne sont plus applicables aux servitudes légales ou naturelles, lorsqu'elles ne sont pas en harmonie avec les principes que le code contient sur ces servitudes (2). L'exception est si large qu'elle absorbe la règle. En effet, la plupart de ces servitudes naturelles ou légales sont des conséquences de la propriété ; or, la propriété est le droit commun, tandis que la servitude est la restriction au droit commun ; dès lors il est impossible d'appliquer les mêmes règles à deux ordres de choses tout à fait différents. Nous aimerions mieux de poser comme règle que les dispositions du chapitre III sont spé-

(1) Demolombe, t. XI, p. 11, n° 7.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 2 et suiv., et note 7, et les autorités qu'ils citent.

ciales aux servitudes qui dérivent du fait de l'homme, sauf à les appliquer par analogie quand il y a analogie, comme nous venons de le faire en ce qui concerne l'interprétation restrictive que reçoit toute charge ou dette qui grève un fonds.

—*—

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

SECTION I. — Des cours d'eau.

§ 1^{er}. Propriété des cours d'eau.

N^o 1. DES SOURCES.

I. Propriété des sources.

178. L'article 641 dit que celui qui a une source dans son fonds peut en user à volonté. Voilà une disposition qui certes ne consacre pas de servitude ; c'est une conséquence du droit de propriété, lequel comprend la propriété du dessus du sol et du dessous (art. 552). En ce sens les lois romaines disent que la source est une partie du champ (1). Mais quel est le vrai propriétaire de la source ? Voici la difficulté. La source jaillit dans un fonds. D'ordinaire les veines alimentaires de la source se trouveront dans ce fonds, et alors il n'y a pas doute, puisqu'il n'y a aucun conflit de droits. Mais si, par suite de travaux faits dans un fonds supérieur, la source venait à y jaillir, ce serait au propriétaire de ce fonds qu'elle appartiendrait, car c'est dans ce fonds que sont les veines alimentaires qui constituent la source ; peu importe qu'elle ait surgi dans un autre fonds, il n'en est pas moins vrai qu'avant d'y prendre naissance, elle avait son cours souterrain ailleurs ; or, c'est ce

(1) L. 2, D., *quod vi aut clam* (XLIII, 24).

fait qui décide la question de propriété (1). Si donc les deux terrains étaient expropriés pour cause d'utilité publique, l'indemnité allouée pour la source serait due au propriétaire dans le fonds duquel la source avait son cours souterrain avant de jaillir ailleurs (2).

179. La propriété d'une source est une propriété absolue, comme l'est, en général, toute propriété. Il n'en est pas de même des eaux courantes. Celles-ci sont soumises au pouvoir réglementaire de l'administration, comme nous le dirons plus loin, et le code accorde aussi aux tribunaux le droit d'en régler l'usage quand il s'élève des contestations entre les propriétaires riverains (art. 645). En France, l'administration, en vahissant de sa nature, a prétendu que les lois lui attribuant, en termes généraux, le droit de réglementer les cours d'eau, elle pouvait, dans l'intérêt des propriétaires inférieurs, fixer les prises d'eau que le propriétaire de la source peut faire, afin de garantir les usines construites en aval contre une transmission des eaux qui leur serait nuisible. Mais le conseil d'Etat a réprimé ces entreprises, en annulant les décisions des préfets et des ministres qui les approuvaient. Les lois invoquées par l'administration concernent les cours d'eau ou, comme dit le code civil (art. 644), les eaux courantes. Or, les sources sont régies par des principes tout différents. Le code Napoléon donne au propriétaire de la source le droit d'en user à sa volonté, ce qui implique un droit absolu de propriété, tandis que l'article 644 accorde seulement aux riverains le droit de s'en servir à leur passage pour l'irrigation de leurs propriétés. Quand il s'agit de rivières, il y a des droits divers en conflit ; l'on conçoit donc que les tribunaux et l'administration interviennent pour en régler l'usage ; tandis qu'il n'y a rien à réglementer là où il y a une propriété absolue. Vainement l'administration objecte-t-elle que les sources donnent naissance aux rivières, et qu'ayant pouvoir sur les rivières, elle a par cela même pouvoir sur les sources. Le législateur aurait pu admettre ce système,

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 33 et notes 2 et 3. Ducaurroy, Bonnier et Ronstain, t. II, p. 77, n^o 63.

(2) Arrêt de rejet du 4 décembre 1860 (Daloz, 1861, 1, 150).