

testation aucune, bien que sans règlement, il n'y a plus d'usurpation, puisque la servitude a son principe dans la loi, et le silence du propriétaire intéressé vaut consentement; l'équité est donc d'accord avec le droit.

107. Il se peut que le passage s'exerce par plusieurs fonds appartenant à différents propriétaires. Y aura-t-il autant de prescriptions diverses de l'action en indemnité qu'il y a d'héritages divers? L'affirmative nous paraît certaine. En effet chaque propriétaire a un droit à lui, naissant du dommage que la servitude lui occasionne. Donc le droit de l'un est tout à fait indépendant du droit de l'autre. On a invoqué devant la cour de cassation le principe de l'indivisibilité des servitudes pour en conclure que la prescription, suspendue à l'égard de l'un des propriétaires assujettis, était par cela même suspendue à l'égard des autres. La cour a rejeté cette opinion qui repose sur une vraie confusion d'idées. On lit dans l'arrêt que le principe d'indivisibilité doit s'appliquer lorsque le fonds asservi appartient au même propriétaire, que c'est en ce sens que la servitude de passage ne peut se prescrire par fraction (1). Il fallait dire mieux, c'est que, dans le cas d'enclave, il n'est pas question de prescrire la servitude de passage, puisque la servitude existe en vertu de la loi. C'est l'action en indemnité qui se prescrit, action purement personnelle, qui n'a rien de commun avec l'indivisibilité des servitudes.

107 bis. Les principes que nous venons d'exposer supposent qu'il y a enclave, dans le sens légal du mot, telle que nous l'avons définie d'après la doctrine et la jurisprudence. Si le propriétaire n'est pas enclavé, il n'a pas droit à un passage pour cause d'enclave. Par suite, il se trouve sous l'empire des principes généraux qui régissent l'acquisition des servitudes. C'est dire qu'il ne pourra pas réclamer de passage en vertu de l'article 682, et comme le passage est une servitude discontinue, il ne pourra invoquer la possession pour établir son droit; il lui faudra un titre. La destination du père de famille ne suffirait pas, puisqu'elle exige aussi la continuité de la servitude. Il suit de là que

(1) Arrêt de rejet du 31 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 376).

s'il n'y a pas d'enclave, il ne peut plus s'agir de la prescription de l'action en indemnité; car cette action suppose l'existence d'un passage fondé sur l'enclave. Donc la première question que les tribunaux auront à examiner en cette matière sera s'il y a ou non enclave. Si le fonds n'est pas enclavé, quelque longue qu'ait été la possession, elle ne donnera aucun droit à celui qui a exercé le passage, ni à celui par le fonds duquel il a été pratiqué: ce sera un passage de pure tolérance, ce qui exclut tout ensemble l'idée d'une servitude et le droit à une indemnité (1).

N° 3. EFFETS DE LA SERVITUDE DE PASSAGE.

108. Le passage que le propriétaire enclavé exerce est une servitude. Il faut donc appliquer les principes généraux qui régissent les droits et les obligations des propriétaires du fonds dominant et du fonds servant. Le propriétaire enclavé ne peut pas demander que le voisin lui cède la propriété du terrain par lequel le passage doit s'exercer; car il ne s'agit pas d'une expropriation. Par la même raison, le voisin ne peut pas forcer le propriétaire enclavé à acheter le terrain par lequel il passe; l'article 682 dit quels sont ses droits: il doit être indemnisé du dommage que l'exercice du passage lui occasionne.

Le passage étant une servitude, le propriétaire enclavé n'a que les droits qui appartiennent à celui qui jouit d'une servitude de passage. Il ne peut bâtir sur le fonds servant, cela va sans dire; il ne peut y avoir des jours et des vues que sous les conditions déterminées par la loi, puisque ces jours et ces vues donneraient sur la propriété d'autrui. Il ne peut céder le passage à un tiers, car les servitudes sont attachées au fonds; il en est surtout ainsi du passage en cas d'enclave, puisqu'il n'est accordé au propriétaire qu'à raison de l'enclave (2).

(1) Demante, t. II, p. 634, n° 539 bis I. Lyon, 18 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 888); Nancy, 28 janvier 1833 (Dalloz, *ibid.*, n° 819, 3°), Besançon, 16 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 2, 130).

(2) Duranton, t. V, p. 472, n° 432. Demolombe, t. XII, p. 119, nos 636, 637.

109. Le propriétaire du fonds assujetti a les droits qui appartiennent à ceux dont les fonds sont grevés d'une servitude de passage. Il peut ouvrir, sur le terrain qui sert de chemin de passage, des fenêtres d'aspect, puisqu'il lui appartient. A certains égards, ses droits sont plus étendus que d'après le droit commun. Ce n'est pas une servitude volontaire, c'est une servitude forcée. Il est dans l'esprit de la loi que l'on concilie les droits du propriétaire assujetti avec les droits du propriétaire enclavé. On a jugé par application de ces principes que le propriétaire du fonds servant pouvait chaque année assigner l'endroit le moins dommageable pour l'exercice du droit de passage (n° 94). C'est d'après le même principe qu'il faut décider la question de savoir s'il peut se clore. Nous avons dit ailleurs que l'article 647 n'est pas un obstacle à l'exercice de ce droit (1). Bien entendu que la clôture doit être telle, qu'elle n'entrave pas le droit de passage. Duranton enseigne, contrairement à l'opinion de Voet, que le propriétaire assujetti ne pourrait pas fermer le passage au moyen d'une porte ou d'une barrière, en offrant au maître du fonds enclavé une clef pour passer (2). Cela nous paraît d'une rigueur extrême. Quand il s'agit d'une servitude ordinaire, on peut invoquer l'article 701, qui défend au propriétaire du fonds assujetti de rien faire qui tende à rendre la servitude plus *incommode*. Mais le passage en cas d'enclave, bien qu'étant une servitude, doit être interprété dans un autre esprit que le droit rigoureux qui naît d'une convention. Un passage ordinaire est stipulé pour des raisons de commodité; on conçoit donc qu'il ne puisse être rendu moins commode, ce serait manquer à la loi du contrat. Tandis que, en cas d'enclave, le passage est établi pour cause de nécessité. Dès qu'il est satisfait à cette nécessité, le propriétaire enclavé n'a plus le droit de se plaindre. Il y a un arrêt en ce sens (3).

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 499, n° 441.

(2) Duranton, t. V, p. 473, n° 434. Comparez Demolombe, t. XII, p. 121, n° 638.

(3) Bruxelles, 3 mai 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 301). Le même arrêt se trouve encore une fois, 1855, 2, 48. En sens contraire, Bruxelles, 26 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 316).

N° 4. EXTINCTION DE LA SERVITUDE.

110. La servitude de passage s'éteint-elle lorsque l'enclave vient à cesser? Cette question est très-controversée; elle divise les auteurs ainsi que la jurisprudence (1). Si l'on tient compte, comme nous l'avons fait, de la nature particulière de la servitude d'enclave, il n'y a guère de doute. Le passage, en cas d'enclave, est établi par la loi pour des motifs d'utilité publique; dès que la société n'est plus intéressée à ce qu'il y ait un passage forcé, la servitude n'a plus de raison d'être: conçoit-on un passage exercé à titre d'enclave, alors qu'il n'y a plus d'enclave? Vainement dit-on que toute servitude est établie dans un esprit de perpétuité (2). Cela est vrai des servitudes en général. Si je stipule aujourd'hui un passage pour l'utilité de mon héritage, il est probable que ce passage ne cessera jamais d'être avantageux au propriétaire du fonds dominant. Mais si j'exerce aujourd'hui un passage parce que je suis enclavé, la cause de la servitude est temporaire, car demain je puis acquérir un fonds qui me donne issue sur la voie publique. Il est si vrai que le passage, en cas d'enclave, n'est pas perpétuel, que tout y est variable; la servitude n'a rien d'arrêté, d'immuable; elle peut s'exercer chaque année sur une partie différente du fonds (n° 94), elle peut augmenter d'étendue si le propriétaire du fonds enclavé étend son exploitation; elle peut aussi diminuer si les nécessités diminuent; partant si les besoins cessent entièrement, la servitude aussi doit cesser (3). Quand la cause unique qui donne naissance à un droit vient à cesser, le droit s'éteint également; c'est le cas d'appliquer le vieil adage: *cessante causa, cessat effectus* (4).

(1) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. III, p. 32, note 34; Dalloz, au mot *Servitude*, nos 877, 878; Demolombe, t. XII, p. 124, n° 642.

(2) Demolombe, t. XII, p. 125, n° 642.

(3) Rouen, 13 décembre 1862 (Dalloz, 1864, 2, 33).

(4) Agen, 14 août 1834 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 878). Liège, 30 novembre 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 183). Ces arrêts se rapprochent le plus de notre opinion. Elle a été consacrée formellement par un arrêt de la cour de Bruxelles du 14 mars 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 228).

111. Toutefois les objections ne manquent pas, et elles sont sérieuses. Duranton dit que, dans notre opinion, la servitude est conditionnelle, ou du moins à terme, tandis que la loi l'établit purement et simplement (1). Il nous semble que le texte de la loi répond suffisamment à cette argumentation. A qui le passage est-il accordé? Au « propriétaire dont les fonds sont enclavés, » dit l'article 682. Donc l'enclave est la condition *sine qua non* de l'exercice du passage. L'article ajoute : « et qui n'a aucune issue sur la voie publique. » Nous le demandons de nouveau : conçoit-on qu'un propriétaire réclame un passage en vertu de l'article 682, parce qu'il n'a aucune issue sur la voie publique, alors qu'il a une issue sur la voie publique? Réclamer, non, dit-on ; mais une fois qu'il l'a réclaté, la servitude existe, c'est une servitude de passage ordinaire, il faut donc appliquer les principes généraux qui régissent l'extinction des servitudes ; or, la loi ne place pas la cessation de l'enclave parmi les causes qui éteignent les servitudes. A quoi aboutit donc, dit-on, l'opinion qui déclare la servitude de passage éteinte, lorsque l'enclave cesse? A créer une cause d'extinction des servitudes, c'est-à-dire à faire la loi. Et on la fait contre l'intention du législateur. En effet, la cour de Lyon avait proposé d'ajouter à la section qui traite de l'extinction des servitudes une disposition portant que si le passage accordé au fonds enclavé cessait d'être nécessaire, il serait supprimé, et que s'il avait été payé une indemnité, le prix serait rendu. Cette proposition n'ayant pas été admise, on doit croire que les auteurs du code civil ont rejeté ce mode d'extinction de la servitude de passage (2). Ce dernier argument serait décisif, si le conseil d'Etat avait discuté la proposition ; mais elle n'était pas formulée dans le projet de code soumis à ses délibérations ; et si les auteurs du projet ne l'ont pas admise, la raison en peut être qu'ils ont jugé la disposition

(1) Duranton, t. V, p. 474, n° 435.

(2) Cet argument est très-bien développé dans un arrêt de la cour de Grenoble du 20 novembre 1847 (Daloz, 1850, 2, 88). Comparez Toulouse, 16 mai 1829 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 877, 3°) et Duranton, t. V, p. 474, n° 435.

inutile. En effet, les tribunaux ne déclarent pas la servitude d'enclave éteinte quand l'enclave cesse ; ils se bornent à décider, ce que le bon sens décide, qu'il n'y a pas lieu d'exercer le passage pour cause d'enclave, tant qu'il n'y a pas d'enclave. Cela était inutile à dire au point de vue juridique, parce que l'enclave étant la condition ou la cause de la servitude, si la condition fait défaut et que la cause cesse, il ne peut plus être question d'une servitude.

On insiste et l'on dit que la vraie cause de la servitude est dans la loi, et l'on en conclut que la loi seule qui a créé la servitude pourrait la faire cesser ; que par cela seul que la loi ne la déclare pas éteinte, elle subsiste, toute servitude étant perpétuelle, et surtout la servitude de passage nécessaire, laquelle est une espèce d'expropriation. C'est l'argumentation de Demolombe (1) ; nous la trouvons peu sérieuse. Sans doute toute servitude légale a son principe dans la loi ; mais la loi n'établit pas de servitude sans motif juridique, c'est ce motif qui constitue la cause ; et dans l'espèce, il n'y a pas moyen de s'y tromper, puisque le législateur a pris soin d'indiquer la raison pour laquelle il donne un passage au propriétaire enclavé, c'est qu'il n'a pas d'issue sur la voie publique : était-il nécessaire d'ajouter que du moment qu'il a une issue, il ne peut plus exercer un passage qui ne lui a été accordé que pour défaut d'issue? Quant à la prétendue perpétuité de la servitude, résultant de ce qu'elle est une expropriation, la réponse se trouve dans le texte de l'article 645 qui définit l'expropriation pour cause d'utilité publique, comme nous en avons fait la remarque (2).

112. Nous trouvons une objection beaucoup plus sérieuse dans la jurisprudence ; la cour de cassation l'a sanctionnée de son autorité, après qu'elle avait été développée dans un excellent rapport du conseiller Mesnard. On convient que la cause qui a fait établir la servitude, c'est-à-dire la nécessité résultant de l'enclave, peut venir à cesser ; mais n'arrive-t-il pas souvent que des causes mobiles et

(1) Demolombe, t. XII, p. 125, n° 642.

(2) Voyez le tome VII de mes *Principes*, n° 424, p. 483.

changeantes produisent des effets permanents et invariables? Les contrats consensuels en sont un exemple; ils sont irrévocables, bien que la cause qui leur a donné naissance soit une volonté changeante. De là le vieil adage : *Ab initio voluntatis, ex postfacto necessitatis*. Les jurisconsultes romains ont consacré cette maxime, et Justinien lui a donné place parmi ses règles de droit : « Ce qui est une fois établi conformément à la loi, et à plus forte raison en vertu de la loi, subsiste alors même qu'il survient un événement qui aurait empêché le fait juridique de naître, s'il avait existé dès le principe (1). » La servitude s'établit parce qu'il y a enclave, une convention en détermine l'assiette et fixe l'indemnité que le propriétaire enclavé doit payer; dès lors tout est consommé et irrévocable. En serait-il autrement si, au lieu d'une convention, il y avait prescription? Les principes sont les mêmes, car le long exercice de la servitude fait présumer qu'il est intervenu une convention sur le passage et que l'indemnité a été payée. Sur ce rapport, la cour de cassation décida que l'exercice du passage nécessaire pour cause d'enclave, lorsqu'il s'est prolongé pendant plus de trente ans, fait acquiescer au propriétaire de l'héritage enclavé la servitude même du passage, selon l'assiette qui lui a été donnée par cette longue possession; que le droit *absolu* de servitude se trouvant ainsi acquis, il ne peut recevoir aucune atteinte par suite de l'événement ultérieur qui vient à faire cesser l'état primitif d'enclave (2).

Il nous semble que cette argumentation repose sur une confusion d'idées. Elle suppose que la convention, ou la prescription qui tient lieu de convention, crée un *droit absolu* de passage. Comment la convention créerait-elle ce qui existe déjà? La servitude de passage nécessaire n'est jamais créée par la convention ni par la prescription, elle

(1) « *Quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.* » (L. 85, D., de regul. jur.)

(2) Arrêt de rejet du 19 janvier 1848 (Daloz, 1848, 1, 6). Comparez Grenoble, 5 mars 1839 (Daloz, 1845, 2, 160); Bordeaux, 25 juin 1863 (Daloz, 1864, 2, 33); Amiens, 9 décembre 1868 (Daloz, 1868, 2, 118), et la critique de cet arrêt par Froissart, substitut du procureur général près la cour d'Amiens (*ibid.*, p. 117).

existe en vertu de la loi. En veut-on une preuve palpable? Je suis enclavé, il n'y a qu'un seul fonds et un seul endroit de ce fonds par lequel je puisse passer; je passe immédiatement, sans qu'il y ait ni convention ni prescription. Est-ce que j'exerce un droit? Si la servitude naît de la convention ou de la prescription, il faut dire : Non, il y a voie de fait, empiètement sur la propriété du voisin, contravention à la loi pénale. Eh bien, la cour de cassation a décidé qu'il n'y avait pas de contravention, donc il y a droit, et partant la servitude existe. Elle préexiste donc à la convention et à la prescription; celles-ci ne créent pas la servitude, elles en déterminent seulement l'assiette. Cette assiette même n'est pas irrévocable; il y a controverse sur l'étendue des variations qu'elle peut subir, mais tout le monde convient qu'elle est variable. En ce qui concerne la servitude elle-même, on ne peut invoquer ni la convention ni la prescription, elle n'a d'autre cause, d'autre raison d'être que la nécessité, le défaut d'issue; donc quand cette cause unique disparaît, l'effet doit disparaître. Quant aux adages que l'on cite, ils supposent qu'un droit est définitivement constitué par le concours de volontés des parties intéressées; et dans l'espèce, il n'y a aucun concours de volontés, tout dépend de la loi, et la loi fait de la nécessité une condition d'existence de la servitude (1).

113. En admettant que la servitude cesse, il se présente de nouvelles difficultés. Le propriétaire enclavé peut-il demander la restitution de l'indemnité qu'il a payée? On admet qu'il a droit à une restitution quelconque, mais on n'est pas d'accord sur l'étendue de ce droit. Est-ce toute l'indemnité? est-ce une partie de l'indemnité (2)? Si les principes que nous avons établis sont vrais, la solution est très-simple. L'indemnité a été payée pour une cause qui cesse d'exister; à partir du moment où l'enclave cesse, celui qui a reçu l'indemnité n'a plus aucun motif juridique de la conserver, il la retiendrait sans cause, donc le proprié-

(1) C'est ce qui est très-bien établi dans un arrêt de Rouen du 13 décembre 1862 (Daloz, 1864, 2, 33). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 27 et les notes.

(2) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XII, p. 128, n° 643.

taire qui l'a payée peut la réclamer (1). C'est une conséquence des principes généraux qui régissent le paiement de l'indû. Peut-il aussi réclamer des dommages-intérêts? Un arrêt de la cour d'Agen lui en accorde, et Demolombe abonde dans ce sentiment (2). Cela est inadmissible. Peut-il y avoir dommages-intérêts sans faute, sans un fait imputable au propriétaire de l'héritage servant? Il n'a fait que souffrir le passage, il l'a subi malgré lui, et on le condamnerait à des dommages-intérêts!

En disant que l'indemnité doit être restituée, nous n'entendons pas priver de tout dédommagement le propriétaire, par le fonds duquel le passage a été exercé. Le passage lui a causé un dommage, il a donc droit à une indemnité de ce chef. Comment la calculera-t-on? Le moyen le plus simple sera d'évaluer l'indemnité par annuités, et de lui allouer autant d'annuités qu'il y a d'années pendant lesquelles le passage a été pratiqué. Il ne restituera l'indemnité que déduction faite de cette somme.

114. Celui qui réclame la restitution de l'indemnité doit-il prouver qu'il l'a payée? L'affirmative n'est pas douteuse en principe, puisqu'il est demandeur, et le paiement est le fondement de sa demande en restitution. Que faut-il décider s'il a exercé la servitude pendant trente ans? Il y a des arrêts qui décident que, dans ce cas, il y a présomption de paiement, ce qui dispenserait le demandeur de le prouver. Il faut rejeter cette prétendue présomption comme toutes celles que l'on imagine sans qu'il y ait un texte de loi qui les consacre. La cour d'Agen dit que la prescription de l'action en indemnité suppose *nécessairement* que l'indemnité a été payée (3). Non, il n'y a qu'une simple probabilité, car la prescription extinctive de trente ans n'est pas fondée sur une présomption de paiement, et une probabilité ne devient une présomption que lorsque le législateur l'a sanctionnée. La cour de Limoges allègue les plus

(1) Lyon, 24 décembre 1841 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 880, 2°). Limoges, 20 novembre 1843 (Daloz, *ibid.*, n° 878). Aubry et Rau, t. III, p. 32 et note 35.

(2) Agen, 14 août 1834 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 878). Demolombe, t. XII, p. 129, n° 643.

(3) Agen, 14 août 1834 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 878).

singulières raisons pour en induire une présomption légale sans loi (1). Il s'agit d'une *sorte d'expropriation*, ce qui implique que la servitude n'est due qu'après le paiement de l'indemnité. Qu'est-ce qu'une *sorte d'expropriation*? Il y a expropriation véritable ou il n'y en a pas. Or, l'expropriation véritable n'existe que lorsqu'un propriétaire est privé de sa chose (art. 545). Bannissons les *en quelque sorte* d'une science qui demande la plus rigoureuse précision. La cour de Limoges ajoute que la servitude est présumée n'avoir été exercée qu'au moyen d'un dédommagement, chacun étant censé veiller à ses intérêts et ne faire l'abandon de ses droits qu'après avoir été désintéressé. Encore une probabilité. Que le législateur en tienne compte, soit; mais de quel droit l'interprète érige-t-il une probabilité en présomption? Enfin la cour dit que l'ancienneté du paiement dispense d'en rapporter la preuve. Pour le coup, la cour fait la loi, et la fait très-mal. Cela n'est dit nulle part, et le législateur s'est bien gardé de poser un principe aussi dangereux. La cour d'Angers met toutes ces mauvaises raisons à néant, par cette simple remarque que si celui qui réclame un passage sur le fonds d'autrui est tenu à indemniser le propriétaire, il ne résulte pas de là la présomption légale que l'indemnité ait été payée; que l'article 685 suppose même que le passage a été exercé sans paiement, ce qui, dans l'usage, arrive très-fréquemment (2).

115. Quand l'enclave résulte d'un partage ou d'une vente, les principes que nous venons d'établir ne reçoivent plus d'application. Le passage qui doit être accordé dans ces cas n'est pas le résultat de la nécessité; dès lors on ne peut plus dire que, la nécessité cessant, la servitude cesse. La servitude est conventionnelle, que la convention soit tacite ou expresse. S'établissant d'après le droit commun, elle doit aussi s'éteindre d'après le droit commun. Le propriétaire qui cesse d'être enclavé conserve donc le

(1) Limoges, 20 novembre 1843 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 878). Dans le même sens, Lyon, 24 décembre 1841 (Daloz, *ibid.*, n° 880, 2°), et Demolombe, t. XII, p. 129, n° 643.

(2) Angers, 20 mai 1842 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 858). Aubry et Rau, t. III, p. 32, note 35.

passage auquel il a droit; et s'il avait payé un prix, il ne pourrait pas le répéter, alors même qu'il renoncerait au passage dont il n'a plus besoin. Ici tout est définitif et irrévocable. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1).

§ VIII. *Du tour de l'échelle.*

116. On entend par *tour de l'échelle* une servitude en vertu de laquelle le propriétaire du fonds dominant peut poser une échelle sur l'héritage de son voisin, et occuper l'espace de terrain qui est nécessaire pour faire des réparations et constructions dans la partie de sa maison qui donne du côté de cet héritage. Parfois on appelle *tour de l'échelle* l'espace qui est laissé pour cet usage par le propriétaire qui construit une maison. Les deux cas sont essentiellement différents, puisque d'une part il y a servitude, et d'autre part exercice de la propriété (2).

Dans l'ancien droit, il y avait une servitude légale d'*échelage*. Nous citerons l'article 204 de la coutume de Melun qui porte : « Quand aucun fait édifier ou réparer son héritage, son voisin est tenu lui donner et prêter *patience* et *passage* pour refaire, en réparant ce qui aura été rompu, démoli ou gâté. » Les auteurs fondaient cette coutume sur l'humanité, charité et équité naturelles, chacun étant tenu d'obliger son voisin. Il y avait cependant des coutumes qui maintenaient pour l'*échelage* le principe : nulle servitude sans titre.

Il ne faut pas confondre l'*échelage* avec l'*investison*. Les Romains laissaient un espace entre leurs édifices et ceux de leurs voisins : de là le nom d'*île* pour désigner ce que nous appelons *héritage*. Cet usage passa dans les Gaules, et se maintint dans les pays de droit écrit sous le nom d'*investison*, sans doute parce que cet espace environne les propriétés de chacun, et les *investit* pour ainsi dire.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 33 et note 36. Arrêts de rejet du 1^{er} août 1861 (Daloz, 1862, 1, 161) et du 14 novembre 1859 (Daloz, 1860, 1, 176).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Tour de l'échelle*, § I (t. XXXIV, p. 338 et suiv.).

117. Le code ne parle ni d'*échelage* ni d'*investison*. Cela décide la question de savoir si, comme le prescrivaient des lois romaines, le propriétaire doit laisser un espace de terrain entre son bâtiment et celui de son voisin. La négative est certaine, puisque le code n'impose plus cette obligation. L'orateur du Tribunat dit que l'intention du législateur a été d'affranchir les propriétaires de cette restriction au droit qu'ils ont de bâtir sur leur sol comme ils l'entendent (1). Il en est de même de la servitude d'*échelage*; il ne peut être question d'une servitude légale de *tour d'échelle*, alors que la loi ne l'établit pas et ne prononce pas même ce mot.

118. Mais si l'*échelage* et l'*investison* n'existent plus en vertu de la loi, rien n'empêche de les établir par la volonté des propriétaires. Il va sans dire que celui qui construit une maison peut laisser au delà du mur un espace de terre destiné à servir de *tour d'échelle*. Il s'élève, en ce cas, une difficulté concernant la preuve; nous y reviendrons. En supposant la propriété prouvée, on applique les principes généraux qui régissent le droit de domaine. Le propriétaire pourra faire de ce terrain ce qu'il voudra, tandis que le voisin n'y pourra rien faire; il ne pourra même pas acquérir la mitoyenneté du mur, puisque le mur ne sépare pas les deux héritages (2).

119. La servitude de *tour de l'échelle* peut aussi être établie, mais seulement par titre, puisque c'est une servitude discontinue (art. 691 et 688). Il y a un arrêt en ce sens. On invoquait, dans l'espèce, le consentement tacite des parties contractantes; la cour a décidé que les parties ne songeaient, lors du contrat, ni à réserver le *tour de l'échelle*, ni à s'y soumettre (3). Il fallait dire plus. Le consentement tacite des parties intéressées ne vaut titre que lorsqu'il y a destination du père de famille, et la destination ne peut être invoquée que si la servitude est continue tout ensemble et apparente.

(1) Discours de Gillet, n° 11 (Loché, t. IV, p. 195).

(2) Toullier, t. II, p. 254, n° 562. Duranton, t. V, p. 324, n° 316.

(3) Douai, 21 août 1835 (Daloz, 1866, 5, 437). Comparez Bruxelles, 21 janvier 1869 (*Pastorisie*, 1869, 2, 80).