

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<sup>er</sup> 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 discontinuée (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).

Que faut-il décider des servitudes acquises sous l'ancien droit? Le code maintient celles qui étaient établies par une possession immémoriale (art. 691). En est-il de même des servitudes légales antérieures à la publication du code? Oui en principe, car la loi vaut titre. Pour le tour de l'échelle, cela est cependant très-douteux. De servitude légale d'échelage, dans le sens strict du mot, il n'y en avait pas; c'était plutôt une obligation de bon voisinage fondée sur l'équité. Les coutumes mêmes qui consacraient ce devoir ajoutaient une réserve. Nous avons cité la coutume de Melun; elle obligeait le voisin à souffrir *patience* et *passage*; mais, disait l'article 75, « la tolérance ou souffrance d'aucun qui a souffert autrui avoir échelage en son héritage, ne donne ni fait acquérir contre lui jouissance, sans titre exprès, » sauf s'il y avait contradiction. Ce n'est que dans ce dernier cas qu'il y avait véritable servitude, et qu'elle pourrait être maintenue sous le code civil. Quant au devoir d'humanité que les coutumes prescrivaient, il est devenu, par l'abrogation des coutumes, un devoir purement moral, dont le droit n'a pas à s'occuper (1). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Rouen (2). Il invoque l'usage de Nantes; mais cette coutume, tout en prescrivant au voisin de prêter patience à celui qui doit faire des réparations, ajoutait cette réserve: « ne peut l'édifiant, pour raison de ce que dessus, acquérir *droit* ni *possession* contre ce, au préjudice de celui qui a donné ou souffert ladite *patience*. » Donc c'était une simple *patience* et non un *droit*.

**120.** Quand le tour de l'échelle constitue une servitude, les droits du propriétaire dominant sont bien moins étendus que lorsque le terrain qui sert de tour d'échelle appartient au propriétaire du bâtiment. Il ne peut s'en servir que pour faire les réparations nécessaires à sa maison, tandis que le voisin, étant propriétaire du terrain, en dispose comme il l'entend, pourvu qu'il ne nuise pas à l'exercice de la servitude. Le propriétaire du bâtiment a donc

(1) Toullier, t. II, p. 252, note 3 (n° 559), édition de Duvergier.

(2) Rouen, 8 février 1828 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 805, 2°).

intérêt à soutenir qu'il possède au delà de son mur un terrain dont il a la disposition. Cela est surtout très-important quand il s'agit de prouver son droit; la propriété s'acquiert par la prescription, et se prouve par une possession trentenaire, tandis que la servitude de tour de l'échelle, étant discontinuë, ne s'acquiert que par titre; et le plus souvent, pour les vieilles maisons, il n'y a pas de titre, ni pour la servitude ni pour la propriété. Reste à savoir comment le propriétaire de la maison prouvera que le terrain qu'il réclame lui appartient. La loi n'établit aucune présomption de propriété, et il ne pouvait pas y en avoir, parce que celui qui bâtit a le droit de bâtir sur la limite séparative de son héritage. On reste donc sous l'empire des principes généraux. Rarement il y aura lieu à la preuve testimoniale, à raison de la valeur pécuniaire du terrain litigieux. Il faudra donc des écrits. Les tribunaux se montrent assez faciles dans l'admission de ces preuves. Comme il n'y a pas d'actes proprement dits, le juge se contente d'une preuve plus ou moins vague, résultant des faits, de l'état matériel des héritages; bien entendu que la propriété du fonds même doit être établie par titre; il ne s'agit après cela que d'en déterminer les limites précises. Il a été jugé par la cour de cassation que les indications du cadastre, la plantation des arbres sur la limite de l'héritage pouvaient servir de preuve que le propriétaire d'un parc qui touche à des prés est propriétaire d'un terrain servant de tour d'échelle (1).

**121.** Ces indications mêmes et cet ensemble de preuves font le plus souvent défaut quand il s'agit d'un bâtiment. Il se peut qu'en réalité il n'y ait ni investison, ni tour de l'échelle. Lorsque des travaux deviennent nécessaires, comment les fera-t-on, si on ne le peut qu'en passant sur le terrain du voisin? Le propriétaire pourra-t-il réclamer le passage? En droit strict, il faut répondre négativement. Il n'y a de passage qu'à titre de servitude ou comme exercice de la propriété, et nous supposons que le maître du bâtiment n'a pas de servitude et qu'il n'est pas proprié-

(1) Arrêt de Paris du 4 mars 1865, confirmé par un arrêt de rejet du 17 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 1, 495).

taire, ou, ce qui revient au même, qu'il ne peut pas établir son droit. Les auteurs ont cherché à échapper à la rigueur du droit, en distinguant les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

On distingue d'abord si le mur est mitoyen ou non. S'il s'agit de réparer un mur mitoyen, chaque voisin doit fournir le passage nécessaire à la réparation. Cela est admissible, même en droit strict, car les deux copropriétaires étant tenus de contribuer aux réparations (art. 655), ils doivent par cela même accorder un passage, sans lequel les réparations seraient impossibles. Le passage est réclamé, en ce cas, non à titre de tour d'échelle, mais comme une conséquence de la communauté. Si le mur n'est pas mitoyen, on admet encore que, dans les villes et faubourgs où la clôture est forcée, le propriétaire du mur pourrait contraindre le voisin à souffrir le passage des ouvriers employés à la réparation du mur, parce qu'il pourrait l'obliger à la construction et à la réparation d'une clôture commune. Nous ne pouvons nous ranger à cette opinion, bien qu'elle soit assez généralement suivie. Toullier a raison de dire qu'aussi longtemps que le propriétaire d'un mur en a la propriété exclusive, il ne peut se prévaloir des droits qu'il pourrait exercer s'il était mitoyen : il y a là un défaut de logique qui saute aux yeux (1). M. Demolombe avoue que l'opinion générale est en dehors des principes rigoureux de droit, mais elle est favorable, et il ne serait pas surpris, dit-il, de la voir quelquefois réussir dans la pratique (2). Nous n'aimons pas de voir le droit subordonné au fait; c'est presque encourager le juge à se mettre au-dessus du droit, alors que le droit devrait être la règle invariable de ses décisions.

**122.** On admet aussi le passage forcé, lorsqu'il s'agit de réparations à faire au toit d'un bâtiment dont le propriétaire a le droit d'égout. C'est là, dit-on, une suite nécessaire de cette servitude. Ici encore Toullier a raison

(1) Toullier, t. II, p. 253, n° 559. En sens contraire, Delvincourt, Pardessus et Duranton (t. V, p. 323, n° 316).

(2) Demolombe, t. XI, p. 491, n° 424.

contre Pardessus (1). Les deux servitudes sont essentiellement différentes; l'une est continue, l'autre discontinue; celle que l'on considère comme l'accessoire peut être plus gênante que la servitude principale : de l'une il ne faut donc pas conclure à l'autre. C'est mal raisonner que de dire, comme on le fait, que si le passage n'existe pas précisément à titre de droit, ce sera en raison d'une sorte de force majeure, d'une nécessité absolue qui ne permet pas de se refuser au passage (2). Une quasi-force majeure ne donne pas de droit contre le droit. Si la nécessité suffisait pour qu'il y eût un droit de passage, le législateur n'aurait pas eu besoin d'organiser la servitude d'enclave; il faut une loi pour que la nécessité engendre un droit.

**123.** Nous ne pouvons donc pas nous ranger à l'avis de Pardessus, lequel enseigne que si le propriétaire justifie qu'il n'a aucun moyen de faire les réparations, il sera fondé, par une induction aussi juste que naturelle de l'article 682, à exiger de son voisin qu'il lui accorde le passage moyennant une indemnité. Cette opinion a été soutenue avec quelque vivacité par Mauguin dans son *Essai sur le code Napoléon*, et elle a été consacrée par un arrêt de la cour de Bruxelles. Les mauvaises raisons ne manquent jamais pour défendre une mauvaise cause. Nous comprenons qu'on se place sur le terrain de l'équité, et que l'on dise avec la cour de Bruxelles que ce serait blesser les convenances entre voisins que de refuser le passage en cas de nécessité; n'est-ce pas le cas de dire avec les jurisconsultes romains : *quod tibi non nocet, et alteri prodest, facile concedendum* (3). La cour oublie que, sous l'empire d'un code, les tribunaux ne sont plus des juges d'équité, qu'ils ne sont plus que les ministres de la loi (4). Laissons donc là les convenances et consultons le droit. Il n'y a pas à tirer d'induction de l'article 682, car on n'étend pas les dérogations à la propriété; s'il y a une disposition qui soit

(1) Toullier, t. II, p. 254, n° 560. Aubry et Rau, t. III, p. 89, note 3. En sens contraire, Pardessus, t. I<sup>er</sup>, p. 507, n° 227; Duranton, t. V, p. 49.

(2) Dalloz, au mot *Servitude*, n° 811.

(3) Bruxelles, 23 mars 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 378). Comparez Bordeaux, 20 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 812, 1<sup>o</sup>).

(4) Voyez le tome I<sup>er</sup> de mes *Principes*, p. 41, n° 29.

de stricte interprétation, c'est celle de l'article 682 qui force un propriétaire à subir une servitude. Vainement dit-on que le voisin qui refuserait le passage occasionnerait la ruine du bâtiment, parce que, faute de passage, il ne pourrait pas être réparé. Nous répondrons avec Toullier que c'est à celui qui bâtit à veiller à la conservation de sa chose et non à son voisin. Singulière justice, singulière équité même que celle qui impose une servitude au voisin, parce que le propriétaire a trouvé bon de construire à la limite précise de son héritage, sans se réserver ni propriété ni servitude pour faire les réparations dont il devait prévoir la nécessité! En droit comme en équité, c'est à celui qui est imprudent à subir les suites de son imprudence (1).

**124.** Il y a un arrêt qui semble admettre le tour de l'échelle en faveur des églises, en ce sens que les propriétaires voisins seraient obligés de fournir le passage pour arriver dans les intervalles des contre-forts et faire les réparations indispensables (2). Formulée dans ces termes absolus, la décision est certes inadmissible. Les églises sont régies par le droit commun, elles ne peuvent jouir d'une servitude d'échelage, puisque cette servitude n'existe qu'en vertu d'une stipulation. Comment donc la cour d'Agen est-elle arrivée à cette conclusion? Les piliers extérieurs, dit l'arrêt, et les contre-forts qui soutiennent les murs de l'église font corps avec l'église, et sont imprescriptibles comme elle. Cela est évident. L'arrêt ajoute que le terrain ou espace existant entre les piliers est un accessoire de l'église et en fait partie intégrante. Ici nous entrons dans le domaine des probabilités et par conséquent des présomptions. Que ce terrain soit une dépendance de l'église, cela est très-probable, mais une probabilité n'est pas une preuve; et de présomption légale il n'y en a pas. Vainement la cour dit-elle que l'espace compris entre les contre-forts ne peut devenir propriété privée, puisque l'occupation de ce terrain rendrait les réparations impossi-

(1) Toullier, t. II, p. 252, n° 559. En sens contraire, Pardessus, t. I<sup>er</sup>, p. 508, n° 227.

(2) Agen, 2 juillet 1862 (Daloz, 1862, 2, 150).

bles; tout propriétaire d'un bâtiment en pourrait dire autant pour prétendre qu'il doit avoir la propriété du terrain qui joint son mur. Il n'y a pas plus de présomption en faveur des églises qu'en faveur des particuliers. Ce même motif décide aussi la question de la servitude d'échelage. Il faut que la fabrique prouve son droit de propriété sur les terrains intermédiaires; alors elle pourra demander que les constructions qui y ont été élevées soient démolies. Réclame-t-elle le passage sur les héritages contigus, elle doit encore établir ou qu'elle est propriétaire, ou qu'elle a un droit de servitude.

---

## CHAPITRE IV.

### DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

---

#### SECTION I. — Division des servitudes.

##### § I<sup>er</sup>. Des servitudes urbaines et rurales.

**125.** L'article 687 porte : « Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. Celles de la première espèce s'appellent *urbaines*, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. Celles de la seconde espèce se nomment *rurales*. » Cette disposition témoigne du respect exagéré que les auteurs du code avaient pour la tradition. La division des servitudes en urbaines et rurales existait en droit romain et dans l'ancienne jurisprudence; elle n'était pas sans importance, car l'acquisition et l'extinction de ces servitudes n'étaient pas régies par les mêmes principes. D'après le code Napoléon, au contraire, il n'y a plus aucune différence juridique entre les servitudes