

tinue? Oui, dit la cour de cassation, parce que le mouvement de va-et-vient de la corbeille qui descend dans l'eau, puis est ramenée sur le balcon pour y déposer de la laine lavée et recevoir de nouveau de la laine brute, exige le fait actuel et incessant de l'homme (1). Il y a cependant un motif de douter. La servitude consiste à laver les laines dans l'eau d'autrui; or, les laines ne se lavent-elles pas d'elles-mêmes, une fois qu'elles sont dans la corbeille? de même que la vue s'exerce d'elle-même quand les volets sont ouverts? et que l'eau de l'étang s'écoule d'elle-même quand la bonde est levée? Non, il y a plutôt analogie avec l'écoulement des eaux ménagères. Chaque fois que la corbeille descend, il faut le fait de l'homme pour y mettre la laine brute; c'est donc comme si l'homme lavait, par conséquent il faut le fait actuel de l'homme pour l'exercice de la servitude, ce qui décide la question.

134. Une commune est en possession, depuis un temps immémorial, d'établir son champ de foire sur le terrain d'un particulier, après la levée des récoltes. Il a été jugé qu'elle n'avait pas acquis ce droit par prescription, parce qu'il constitue une servitude discontinue. La question présentait bien des difficultés. On demandait si le droit de la commune de tenir sa foire sur le terrain d'un particulier ne devait pas être considéré comme un droit de copropriété. Il est certain que ce pourrait être copropriété; mais l'usage annuel du fonds dans un but spécial suffisait-il pour acquérir la propriété? Non, car la propriété ne consiste pas à faire un usage déterminé d'une chose, elle consiste à jouir et à disposer d'une manière absolue. Donc la possession ne pouvait être invoquée comme ayant fondé le droit de propriété. Ce n'était pas davantage une servitude réelle, puisque la possession était discontinue. Et puis, peut-il y avoir servitude sans un fonds dominant? et où est dans l'espèce le fonds dominant? Le droit étant exercé par la commune, corps moral, ne pouvait-on pas dire que c'était un droit d'usage? La cour repoussa cette interprétation, parce que le droit litigieux ne présentait aucun caractère

(1) Arrêt de rejet du 1^{er} juin 1864 (Daloz, 1864, 1, 339).

du droit d'usage, tel qu'il est consacré par le code civil (1). Cela est vrai, mais la jurisprudence et la doctrine admettent qu'il peut y avoir d'autres démembrements de la propriété que ceux qui sont prévus textuellement par le code. Si l'on admet cette opinion, il eût fallu décider, nous semble-t-il, qu'il y avait, dans l'espèce, un de ces droits d'usage que l'on appelle irréguliers, parce qu'ils dérogent au code. Nous avons examiné la question de principe ailleurs (2).

§ III. Des servitudes apparentes et non apparentes.

NO 1. DÉFINITION.

135. « Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des *ouvrages* extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de *signe* extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée. » Il y a une différence de rédaction dans les deux définitions données par l'article 689. La loi exige des *ouvrages* extérieurs, en définissant les servitudes apparentes, tandis qu'elle semble se contenter de *signes* extérieurs quand elle définit les servitudes non apparentes. On s'accorde à admettre cette dernière expression comme étant la plus large; et on dit que telle paraît être la pensée définitive de la loi, puisqu'elle répète le mot *signes* dans l'article 694 (3). Cette interprétation est plus que douteuse. La loi ne se borne pas à définir les servitudes apparentes, en exigeant des ouvrages extérieurs, elle donne des exemples qui expliquent sa pensée; or, les *portes*, les *fenêtres*, les *aqueducs* sont plus que des signes, ce sont des ouvrages, c'est-à-dire des travaux ayant un caractère de permanence, de perpé-

(1) Arrêt de Riom du 3 décembre 1844 (Daloz, 1846, 2, 88). Comparez arrêt de rejet du 2 avril 1856 (Daloz, 1856, 1, 250).

(2) Voyez le tome VII, de mes *Principes*, p. 125, n° 108.

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 67 et notes 10 et 11, et les autorités qui y sont citées. Il y a un arrêt en ce sens de Bourges du 13 décembre 1825 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1028).

tuité. Cela répond aussi mieux à l'esprit de la loi. Les servitudes doivent être apparentes pour qu'elles puissent s'acquérir par la prescription et par la destination du père de famille; dans l'un et l'autre cas, il importe que l'attention du propriétaire du fonds servant soit éveillée, afin qu'il puisse s'opposer aux entreprises de son voisin. Ce n'est donc pas l'expression la plus large qu'il faut choisir, c'est plutôt celle qui favorise la liberté des fonds. Quant à l'article 694, il faut l'écartier, parce qu'il prévoit un cas tout à fait spécial.

136. Faut-il que les ouvrages soient faits sur le fonds servant? L'article 689 ne l'exige pas, et s'il faut restreindre les servitudes, dans l'intérêt de la liberté des fonds, on ne peut néanmoins pas ajouter à la loi en exagérant sa rigueur. La distinction des servitudes apparentes et non apparentes est établie pour déterminer le mode d'acquisition des servitudes; celles qui sont non apparentes ne s'acquièrent pas par la prescription ni par la destination du père de famille. Pourquoi? Parce que, en cas de prescription, on ne peut pas reprocher au propriétaire du fonds dominant de ne s'être pas opposé à l'exercice de la servitude, alors qu'il ne voit aucun ouvrage qui annonce l'existence d'une servitude; or, il voit que le voisin veut exercer une servitude dès que celui-ci fait sur son fonds des ouvrages qui annoncent une servitude; quand, par exemple, le propriétaire d'un mur y pratique des fenêtres ouvrantes; dans ce cas, les travaux ne peuvent guère se faire que sur le fonds dominant. La destination du père de famille se fonde sur l'intention des parties contractantes; pour que cette intention puisse se supposer, il faut qu'un signe extérieur frappe leurs regards, peu importe du reste sur quel fonds ce signe se trouve, pourvu qu'il soit visible pour tout le monde et surtout pour celui dont le fonds doit être grevé d'une charge. C'est l'apparence qui est la chose essentielle (1).

(1) Demolombe, t. XII, p. 223, n° 718 et p. 222, n° 715. Aubry et Rau, t. III, p. 68 et notes 12 et 13.

N° 2. APPLICATION.

137. Nous venons de dire que les servitudes apparentes s'acquièrent seules par la prescription et par la destination du père de famille, quand elles sont en même temps continues; tandis que les servitudes non apparentes ne s'acquièrent que par titre (art. 690 et 691). Par suite, les premières donnent seules les actions possessoires. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit de la distinction des servitudes continues et discontinues (n° 129). La classification a provoqué des débats judiciaires, mais à la différence de la continuité, l'apparence ne donne pas lieu à des difficultés sérieuses.

138. Le code range la servitude de vue parmi les servitudes apparentes, parce qu'elle s'annonce par une fenêtre (art. 689). Est-ce à dire que toute ouverture dans un mur soit le signe extérieur d'une servitude de vue? Non; les ouvertures auxquelles on donne d'ordinaire le nom de *jours* sont pratiquées en vertu du droit de propriété; donc quand elles sont construites d'après les prescriptions de la loi, elles n'annoncent pas une servitude (art. 676 et 677). Suffit-il qu'elles ne soient pas conformes aux dispositions du code pour qu'elles soient faites à titre de servitude? Nous avons examiné cette question plus haut (n° 60). Il est certain qu'une servitude de vue ne peut s'acquérir par la prescription que si elle est apparente; il faut donc que les travaux extérieurs marquent l'intention d'acquérir une vue, sinon il ne saurait y avoir de prescription. Il a été jugé que le remplacement des châssis dormants par des châssis mobiles n'innovait rien aux signes extérieurs de la servitude, que ce changement avait pu s'opérer sans que le voisin s'en soit aperçu, que par suite il ne pouvait y avoir de prescription (1). La question est de fait plutôt que de droit. Si les jours sont à verre dormant, c'est-à-dire construits de manière qu'ils ne puissent pas s'ouvrir, et s'ils sont remplacés par des fenêtres ouvrantes, il est diffi-

(1) Arrêt de rejet du 1^{er} mars 1831 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1099).

cile d'admettre que le voisin ne s'en aperçoive pas. Toutefois, c'est au juge à décider d'après les circonstances du fait.

On lit dans un arrêt de la cour de Liège que la servitude de *jour* est toujours occulte (1). A vrai dire, il n'y a pas de servitude de jour dans notre droit moderne. Si les ouvertures ne donnent que le *jour*, elles rentrent dans ce que le code appelle servitude légale; c'est l'exercice du droit de propriété, ce qui exclut toute idée de servitude. L'ouverture pratiquée dans un mur ne devient une servitude à charge du fonds voisin que si elle est faite en dehors des conditions prescrites par la loi; alors elle prend le nom de *vue*. Il ne peut donc être question dans notre droit que d'une servitude de vue, s'annonçant par des fenêtres d'aspect.

139. Le même arrêt de la cour de Liège décide que la servitude de prospect est non apparente. Il est vrai que cette servitude ne peut exister en faveur d'un bâtiment que s'il s'y trouve des fenêtres d'aspect; mais les fenêtres ne suffisent pas pour qu'il y ait un signe de servitude; si elles sont ouvertes à la distance légale, elles sont l'exercice du droit de propriété, ce qui n'empêche pas que le propriétaire de la maison ne puisse avoir la servitude de prospect, puisque cette servitude consiste à ne rien faire qui puisse gêner la vue ou la rendre moins agréable; mais il ne pourra l'avoir qu'en vertu d'un titre, puisque aucun signe n'en annonce l'existence. Que si les fenêtres sont construites à une distance moindre que la distance légale, elles sont la marque d'une servitude de vue; mais une servitude de vue n'est pas une servitude de prospect; celle-ci, par sa nature, ne peut pas s'annoncer par un signe extérieur.

140. La servitude d'égout est-elle apparente? Elle peut l'être, et d'ordinaire elle l'est, parce qu'elle se manifeste par des signes extérieurs, la construction du toit et les gouttières. Il se peut aussi qu'elle soit non apparente. Le cas s'est présenté devant la cour de cassation dans une espèce

(1) Liège, 1^{er} février 1862 (*Pasicriste*, 1863, 2, 242).

remarquable. Il y avait sur le fonds dominant de petits canaux, creusés dans la pierre de taille, qui conduisaient les eaux pluviales et les eaux ménagères vers un trou destiné à les recevoir; là elles disparaissaient sous le pavé, et prenaient une direction souterrainé. Il était constaté qu'elles pénétraient dans l'héritage du voisin en passant sous le mur mitoyen et se déversaient, toujours souterrainement, dans la fosse d'aisances du voisin. Il résultait de ces faits que la servitude réclamée ne pouvait s'acquérir par la prescription, parce que la possession manquait de la publicité voulue par la loi. A la vérité, il y avait des ouvrages extérieurs, les petits canaux qui recevaient les eaux, mais rien n'indiquait que les eaux fussent transmises par ces canaux dans le fonds du voisin (1).

141. Une servitude de prise d'eau est exercée au moyen d'un déversoir. Elle est continue; mais dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, il avait été jugé qu'elle n'était pas apparente. Les enquêtes constataient que la vanne se composait de trois planches isolées que l'on plaçait à main d'homme, tantôt deux, tantôt trois; quand elles ne fonctionnaient pas, elles gisaient au hasard sur la chaussée. De ce qu'on employait tantôt deux planches, tantôt trois, dit l'arrêt de cassation, on ne peut rien conclure contre l'apparence de la servitude; tout ce qui en résultait, c'est qu'il y avait un reflux plus ou moins considérable des eaux selon les besoins de l'usine au profit de laquelle la prise d'eau était exercée. Il n'en existait pas moins un déversoir, se manifestant par des travaux extérieurs qui ne laissaient aucun doute sur leur destination: ce qui suffisait pour constituer l'apparence exigée par la loi (2).

142. La servitude d'inondation ou de submersion peut-elle s'acquérir par prescription? Elle est continue, puisqu'elle s'exerce sans le fait actuel de l'homme; pour qu'elle soit apparente, il faut qu'il y ait des ouvrages extérieurs qui aient pour objet l'exercice même de la servitude. Ainsi

(1) Arrêt de Poitiers du 4 mai 1864, confirmé par un arrêt de rejet du 19 juin 1865 (*Dalloz*, 1865, 1, 478).

(2) Arrêt de cassation du 24 janvier 1860 (*Dalloz*, 1860, 1, 79).

décidé par la cour de Montpellier contre la compagnie du canal du Midi (1). Celle-ci réclamait la servitude comme lui étant acquise par la prescription; elle n'invoquait d'autre signe marquant l'existence d'une servitude, sinon la situation du canal relativement aux terres riveraines; ce serait là tout au plus un *signe*, ce n'est certes pas un *ouvrage*. On voit par cette espèce combien il importe de s'en tenir au texte de l'article 689, qui exige des *ouvrages* extérieurs pour que la servitude soit apparente.

§ IV. Des servitudes positives et négatives.

143. Les lois romaines disent que toute servitude consiste, de la part du propriétaire du fonds assujéti, à souffrir ou à ne pas faire. De là on appelle servitudes positives ou affirmatives celles qui obligent le fonds servant à souffrir quelque chose; et on donne le nom de négatives à celles qui obligent le propriétaire du fonds servant à ne pas faire quelque chose. Les servitudes de ne pas bâtir ou de ne pas bâtir au delà de telle hauteur sont des servitudes négatives; tandis que les servitudes de vue, de passage, de puisage sont des servitudes positives. Il résulte de ces définitions que toutes les servitudes négatives sont continues; en effet, consistant à ne pas faire, elles n'exigent certes pas le fait actuel de l'homme pour être exercées (2).

Demolombe dit que cette distinction est de pure théorie (3). Il est vrai qu'elle est de doctrine, puisque la loi ne l'établit pas; mais elle n'est pas sans utilité pratique pour ce qui concerne l'acquisition de la possession des servitudes. Nous reviendrons sur ce point en traitant de l'établissement des servitudes par la possession de trente ans.

(1) Arrêt de rejet du 14 juin 1852 (Daloz, 1854, 1, 154).

(2) Duranton, t. V, p. 526, n° 497. Aubry et Rau, t. III, p. 68 et notes 14 et 15.

(3) Demolombe, t. XII, p. 227, n° 722. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 68, note 14.

SECTION II. — Comment s'établissent les servitudes.

144. Le code civil admet trois modes d'établir les servitudes par le fait de l'homme : le titre, la possession de trente ans et la destination du père de famille (art. 690 et 692). Y en a-t-il un quatrième? Pardessus dit que le juge crée parfois et constitue des servitudes qui n'existaient pas encore (1). Mais les explications dans lesquelles il entre prouvent qu'à vrai dire les servitudes ne s'établissent pas par jugement; elles résultent d'un concours de consentement volontaire ou forcé que le juge ne fait que constater. D'après les principes qui régissent les servitudes ainsi que la mission du pouvoir judiciaire, cela ne peut pas faire de doute (2). La servitude est un démembrement de la propriété; aussi est-il de principe, comme nous allons le dire, que les servitudes ne peuvent être établies que par le propriétaire qui a la capacité d'aliéner. Faut-il demander si les tribunaux sont propriétaires? ou si la loi leur donne le droit d'aliéner en tout ou en partie les héritages des particuliers?

Un partage se fait en justice. Par suite de la composition des lots, il se trouve que l'un des fonds est enclavé; les experts proposent d'établir un passage sur le fonds riverain de la voie publique. Est-ce là une servitude judiciaire? Non, car le partage qui se fait en justice est un contrat judiciaire, donc il implique un concours de volontés, partant la servitude est conventionnelle. Il en serait de même si un acte de partage extrajudiciaire ne faisait aucune mention d'un passage au profit du lot enclavé; le propriétaire n'aurait pas moins le droit de réclamer un passage; le tribunal en l'accordant ne constituerait pas une servitude, il ne ferait que reconnaître et constater la volonté des parties contractantes (3).

(1) Pardessus, t. II, p. 63, n° 273. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 232, n° 346.

(2) Demolombe, t. XII, p. 233, n° 732. Aubry et Rau, t. III, p. 71, notes 7 et 8. Comparez rejet, 1^{er} juillet 1857 (Daloz, 1857, 1, 431).

(3) Arrêt de rejet du 19 avril 1842 de la chambre civile (Daloz, au mot *Servitude* n° 980).