

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).