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 assujetti, 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 (Dalloz, 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. 65, 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, 1er juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 431).
(3) Arrêt de rejet du 19 avril 1842 de la chambre civile (Dalloz, au mot *Servitude* n° 980).

Le tribunal peut-il aussi ordonner que quelques parties de l'héritage, comme la cour et la porte cochère, resteront communes entre les copartageants? Il a été jugé par la cour de cassation que cette décision ne contrevient pas à l'article 815 qui prohibe l'indivision forcée, « parce que la communauté de certaines parties des objets divisés constitue une servitude réciproque de l'un des propriétaires envers l'autre (1). » L'arrêt soulève plus d'un doute. D'abord il n'est pas exact de dire que l'indivision forcée est une servitude : c'est confondre la servitude avec la copropriété, comme nous l'avons dit ailleurs (2). Le juge qui maintient la communauté de certains objets, avec indivision forcée, établit donc réellement une indivision perpétuelle, ce qui est certes en opposition avec l'article 815. C'est aux parties à voir ce qu'elles veulent faire si certains objets ne peuvent pas être partagés; la voie légale, dans ce cas, c'est la licitation et non l'indivision forcée (article 1686). En tout cas il ne peut être question de servitude, puisque la communauté, fût-elle accompagnée d'indivision forcée, reste une copropriété, et l'usage de la propriété exclut toute idée de servitude.

Il y a un autre cas dans lequel une servitude paraît établie en vertu d'un jugement, c'est lorsque, par suite d'une licitation ou d'une expropriation, le juge prononce l'adjudication de l'immeuble, sous certaines conditions exprimées dans les clauses du cahier. Si ces charges constituent des servitudes, elles naîtront, non de la volonté du juge, mais du concours de consentement des vendeurs qui imposent la charge, et de l'adjudicataire qui l'accepte. Il n'appartient jamais au juge d'établir une servitude par sa volonté; il est appelé, non à créer des droits, mais à déclarer ceux qui résultent des actes juridiques intervenus entre les parties plaidantes.

(1) Arrêt de rejet du 21 août 1832 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 33, 2°).
(2) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 189, n° 162.

§ Ier. *Du titre*

145. Aux termes des articles 690 et suivants, les servitudes s'acquièrent toutes par titre, qu'elles soient continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes. Qu'entend-on dans ces dispositions par *titre?* Le même mot se trouve dans l'article 695, et là l'expression *titre constitutif de la servitude*, étant opposée à celle de titre *récognitif de la servitude*, signifie évidemment un acte authentique ou sous seing privé qui constate l'établissement de la servitude. Est-ce dans le même sens que le mot *titre* est pris dans les articles 690 et 691? Il peut avoir un autre sens, celui de fait juridique ou de cause engendrant la servitude. Quand on prend le mot *titre* dans ce sens, on distingue le titre gratuit et le titre onéreux. En droit français, il y a deux titres gratuits, la donation et le testament; les titres onéreux les plus usuels par lesquels une servitude s'établit sont la vente et le partage. Naît maintenant la question de savoir si pour la validité ou pour l'existence de la servitude, il faut, outre le fait juridique qui la produit, un acte ou un écrit. Pour la résoudre, il faut distinguer l'établissement de la servitude entre les parties et son effet à l'égard des tiers.

N° 1. FORMES.

I. *Entre les parties.*

146. Quand la servitude est constituée à titre gratuit, il est certain qu'il faut un acte. En effet, la donation est un contrat solennel, elle n'existe que si elle a été reçue par un notaire, dans les formes prescrites par la loi; lorsque ces formes n'ont pas été observées, la donation n'a aucun effet, elle est non-existante. Si donc une servitude est établie par une donation nulle en la forme, la servitude n'existe pas. On applique alors les principes qui régissent les actes non existants, principes que nous avons exposés à plu-

CAPILLA ALFONSINA

sieurs reprises (1), et sur lesquels nous reviendrons au titre des *Obligations*. Il en est de même si la servitude est établie par testament, car le testament est aussi un acte solennel, qui exige pour son existence certaines formes, comme nous le dirons au titre des *Donations*.

147. Les contrats à titre onéreux, tels que la vente et le partage, par lesquels d'ordinaire les servitudes s'établissent, sont des contrats non solennels, c'est-à-dire qu'ils existent indépendamment de l'écrit qui ne sert que de preuve. Ainsi la vente est parfaite, et elle produit tous ses effets entre les parties contractantes, dès qu'il y a concours de consentement sur la chose et sur le prix; l'écrit, si les parties en dressent un, n'a pour objet que de prouver la vente; mais la preuve peut aussi se faire par les autres moyens légaux, tels que la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu et le serment. Tels sont les principes généraux : les articles 690 et 691 y ont-ils dérogé en ce sens qu'un écrit soit nécessaire pour l'existence ou la validité de la servitude?

Ainsi posée, la question n'est guère douteuse. La règle étant que la vente est parfaite par le seul concours de consentement, il faudrait une exception écrite dans la loi pour qu'un écrit fût nécessaire quand la servitude fait l'objet de la vente. Or, il n'y a d'exception ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. L'article 690 porte que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par *titre* ou par la possession de trente ans, c'est-à-dire par prescription. Comme le mot *titre* a deux sens, on peut dire qu'il signifie ici un écrit; mais on peut dire aussi qu'il est pris dans le sens de fait juridique. Le texte laissant la question indécise, il faut consulter l'esprit de la loi. A-t-il été dit dans les travaux préparatoires qu'un écrit soit nécessaire pour que la servitude existe? Non. Cela résulte-t-il de la nature de la servitude? Pas davantage. Y a-t-il une raison quelconque pour que la servitude doive être établie par acte? On peut vendre un immeuble valant cent mille francs par

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 106, nº 71; t. II, p. 341, nos 269-280; t. IV, p. 95, nos 58-61, et p. 313, nos 224-226.

un contrat verbal; et on ne pourrait pas vendre verbalement une servitude qui en vaut cinq cents! Cela aboutirait à faire de la servitude un contrat solennel. Or, pour qu'il y ait un contrat solennel, il faut un texte formel; ce texte nous fait défaut; cela est décisif. L'article 691 confirme cette interprétation; il porte que « les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par *titres*. » Que signifie ici le mot *titres?* Le deuxième alinéa de l'article nous le dit; il ajoute que la possession même immémoriale ne suffit pas pour établir ces servitudes. Le mot *titre* est donc pris par opposition au mot *possession* ou *prescription;* cette opposition n'a rien de commun avec les écrits, elle porte uniquement sur le fait juridique qui engendre la servitude. Que si, dans l'article 691, le mot *titre* signifie fait juridique, il doit avoir le même sens dans l'article 690, car les deux articles ne forment qu'une seule disposition. Il y a d'ailleurs une raison péremptoire pour que, dans l'article 690, le mot *titre* ne puisse pas avoir le sens d'acte ou d'écrit. S'il avait ce sens, il en résulterait que la vente d'une servitude serait un contrat solennel; d'où suivrait qu'elle ne pourrait se prouver ni par témoins, ni par aveu. Cependant, d'après l'article 690, les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la possession de trente ans; or, la possession se prouve toujours par témoins. Ainsi l'on ne serait pas admis à prouver par témoins qu'une servitude a été vendue, alors même qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit; et l'on serait admis à prouver exclusivement par témoins qu'une servitude a été acquise par prescription! Par cela seul que la prescription suffit pour établir les servitudes, il est impossible que la servitude soit un contrat solennel. Donc dans l'article 690, aussi bien que dans l'article 691, le mot *titre* n'est pas pris dans le sens d'écrit.

148. Telle est l'opinion presque unanime des auteurs (1). Pardessus seul dit que, en général, les servitudes con-

(1) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. III, p. 71, note 1, et par Demolombe, t. XII, p. 231, nº 730. Comparez Pardessus, t. II, p. 3, nº 242.

ventionnelles doivent être fondées sur des titres, et que par ce mot on entend tous *documents* propres à fournir une preuve *écrite;* mais comme il ne donne pas de motifs à l'appui de son dissentiment, il est sans autorité. La jurisprudence est divisée. En France, les cours ont toujours suivi l'opinion que nous venons de soutenir (1). Il y a en sens contraire un arrêt de la cour de Bruxelles, assez mal rédigé (2). La cour commence par poser en principe que le législateur a soumis l'acquisition des servitudes continues et apparentes aux règles ordinaires sur l'acquisition des droits immobiliers. Quelles sont ces règles? Nous les avons résumées; on peut les formuler en un mot, c'est que les contrats à titre onéreux, translatifs de droits réels immobiliers, ne sont pas des contrats solennels, qu'ils existent et sont pleinement valables, alors même qu'il n'y aurait aucun écrit. Donc, par application de cette règle, il ne faut pas d'écrit pour l'établissement d'une servitude. Jusqu'ici la cour de Bruxelles paraît d'accord avec nous. Mais après avoir posé ce principe, elle ajoute que l'on ne peut entendre le mot *titre* dont se sert l'article 690 dans un sens autre que celui de *preuve écrite,* ce qui aboutit à dire qu'il faut un écrit pour la constitution d'une servitude conventionnelle. La contradiction est complète, quand on s'en tient aux termes de l'arrêt. Peut-être la cour n'a-t-elle pas voulu dire ce qu'elle semble dire. L'appelant prétendait qu'un signe apparent d'une servitude pouvait remplacer le titre, prétention inadmissible; c'est pour la repousser que l'arrêt insiste sur la nécessité d'une preuve écrite : il suffisait de renvoyer au texte de la loi. Cet arrêt est resté isolé en Belgique; notre cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion générale, par la raison déterminante que les principes généraux concernant la preuve doivent recevoir leur application, puisque le code n'y a pas dérogé au titre des *Servitudes* (3).

(1) Arrêt de rejet du 12 février 1840 (Dalloz, au mot *Communes*, n° 2076); un arrêt très-bien fait d'Agen du 12 février 1869 (Dalloz, 1870, 2, 115), et les arrêts cités plus loin, p. 179, note 2.
(2) Bruxelles, 30 janvier 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 34).
(3) Arrêt de rejet du 26 décembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 269).

Il y a un arrêt mieux fait de la haute cour de La Haye en faveur de l'opinion que nous combattons (1). Elle dit que le mot *titre* signifie en général un acte ou un écrit, bien qu'il désigne aussi quelquefois la cause ou le fondement juridique d'un droit. Puisque le mot *titre* a deux significations dans le langage du code, il reste à voir dans quel sens l'article 690 l'emploie. L'arrêt prétend que la suite de l'article décide la question; ces mots : « ou par la possession de trente ans, » impliquent, d'après la cour, que par *titre* la loi entend un acte écrit. L'argument est faible et nous y avons répondu d'avance. Il n'y a qu'une disposition qui présente un doute, c'est l'article 695, que nous examinerons plus loin.

149. Les conséquences qui découlent de l'opinion générale sont évidentes. Puisque l'écrit ne sert que de preuve, la servitude peut être prouvée par tout autre moyen légal. La preuve testimoniale serait admissible si le prix de vente ne dépassait pas cent cinquante francs. Et s'il existait un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins serait indéfiniment admissible, quelle que fût la valeur de la servitude (2). Il va sans dire que le commencement de preuve devrait réunir les conditions voulues par l'article 1347, puisqu'il est de principe que les règles sur les preuves tracées au titre des *Obligations* doivent être appliquées en matière de droits réels, à moins que la loi n'y déroge (3). La servitude pourrait donc se prouver également par présomptions, par l'aveu et par le serment, conformément aux principes généraux que nous établirons ailleurs.

150. Pour que l'écrit fasse preuve de la servitude, il faut qu'il émane du propriétaire du fonds servant. Si, dans un acte de vente, le vendeur dit que le fonds jouit de telle servitude sur l'héritage du voisin, cette énonciation ne fera pas preuve de l'existence de la servitude. L'article 695

(1) La Haye, 16 mai 1851 (*Belgique judiciaire*, 1851, p. 1041).
(2) Paris, 14 juin 1843 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 977). Arrêt de rejet du 16 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 215). Agen, 12 février 1869 (Dalloz, 1870, 2, 115). Aubry et Rau, t. II, p. 76, et notes 23 et 24.
(3) La cour de cassation de Belgique paraît dire le contraire dans l'arrêt du 26 décembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 280).