

N° 2. QUELLES SERVITUDES PEUVENT S'ACQUÉRIR PAR DESTINATION.

182. Aux termes de l'article 692, la destination du père de famille vaut titre, mais seulement à l'égard des servitudes continues et apparentes. Pourquoi la loi exige-t-elle la double condition de l'apparence et de la continuité? Ces conditions découlent de la nature même de la destination. Elle se fonde sur le consentement tacite des parties intéressées, consentement qui intervient au moment où l'on divise deux fonds, dont l'un a été destiné à rendre un service à l'autre; le consentement résulte de la volonté qu'ont les parties intéressées de maintenir cet état de choses; or, ces parties sont étrangères aux travaux qui ont produit la destination; c'est un acquéreur ou un copartageant. Pour que l'on puisse dire qu'ils consentent à maintenir la destination, il faut avant tout qu'ils la connaissent; il faut donc qu'ils la voient; de là la condition de l'apparence. Si le service que l'un des fonds rend à l'autre est non apparent, on ne peut pas dire que les parties intéressées consentent à le maintenir à titre de servitude, puisque aucun signe extérieur ne leur révèle l'existence de ce service, et ignorant qu'il existe, elles ne peuvent avoir l'intention de le perpétuer.

Il est plus difficile de se rendre raison de la seconde condition, celle de la continuité. Un passage est pratiqué entre deux fonds appartenant au même propriétaire, il s'annonce par une porte et un chemin. Les deux fonds sont séparés; les parties intéressées maintiennent la porte et le chemin: il ne naîtra pas de servitude. Pourquoi? Parce qu'il y a doute sur l'intention des parties. Elles conservent le passage, mais à quel titre? Ce peut être par tolérance, par relations de bon voisinage. Ce peut aussi être à titre de servitude. Dans le doute, on ne pouvait pas admettre la volonté d'établir une servitude par consentement tacite, car il n'y a de consentement tacite que lorsqu'il est impossible de donner une autre interprétation au fait d'où l'on veut induire le concours de volontés. En matière de servitude surtout, il faut qu'il n'y ait aucun doute sur la vo-

lonté de constituer une servitude, car la liberté des héritages est en jeu; dans le doute, on doit se prononcer pour la liberté contre la servitude.

183. Il a été jugé qu'une servitude d'aqueduc pouvait s'établir par destination, bien que les eaux fussent conduites par des canaux souterrains. Dans l'espèce, il existait des ouvrages extérieurs à l'ouverture et à l'issue de l'aqueduc, la dérivation des eaux était patente; dès lors il n'y avait aucun doute sur le caractère apparent de la servitude (1). La servitude d'égout est également apparente et continue; l'article 688 la place parmi les servitudes continues, de même que celle d'aqueduc; quant à l'apparence, c'est une question de fait (2). Il a été jugé que l'égout des eaux pluviales est une servitude apparente, puisqu'elle se manifeste par la disposition du toit en saillie sur l'héritage voisin (3). Nous avons dit plus haut (n° 142) que la servitude d'inondation ou de submersion a été déclarée non apparente, parce qu'aucun ouvrage extérieur n'en annonce l'existence.

On a soutenu qu'une servitude de puisage est continue et apparente lorsqu'elle s'exerce moyennant une pompe qui se trouve dans le fonds dominant, pompe qui communique moyennant un tuyau avec le puits du voisin. Le texte même du code repousse cette prétention, puisque l'article 688 place le droit de puisage parmi les servitudes discontinues; en effet, alors même que le puisage a lieu au moyen d'une pompe, il faut, aussi souvent qu'on puise de l'eau, que le fait de l'homme intervienne, ce qui rend la servitude discontinue (4).

La servitude de ne pas bâtir plus haut a donné lieu à un débat plus sérieux. Il est certain que, considérée en elle-même, cette servitude est non apparente; mais dans l'espèce elle n'était pas réclamée comme servitude principale. L'acquéreur d'un immeuble avait stipulé sur le fonds contigu appartenant à son vendeur des fenêtres destinées à donner à son fonds de l'air et de la lumière. Il prétendit

(1) Arrêt de rejet du 20 décembre 1825 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1010).

(2) Bordeaux, 1^{er} février 1829 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 417).

(3) Bruxelles, 18 avril 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 107).

(4) Bruxelles, 25 novembre 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 22).

que cette convention impliquait une servitude de ne pas bâtir, servitude qui, dans l'espèce, s'annonçait par des fenêtres d'aspect. Les fenêtres ayant été maintenues lors de la séparation des deux héritages, il en résultait, selon lui, que la servitude de ne pas bâtir était apparente. Ce moyen ne trouva pas faveur devant la cour de cassation; elle le rejeta en décidant que la servitude *altius non tollendi* n'est pas apparente; d'où suit qu'elle ne peut être établie par destination (2). Il y avait un autre motif péremptoire pour rejeter le pourvoi. Dans l'espèce, il existait un titre qui établissait une servitude de vue. Dès lors il ne pouvait plus être question de destination du père de famille: là où il y a volonté expresse, on ne peut plus alléguer une volonté tacite. On pouvait donc répondre au demandeur: Réclamez-vous la servitude *altius non tollendi* comme accessoire ou dépendance de la servitude de vue, c'est le titre qui décidera, et en présence du titre, il ne peut plus être question de destination. Réclamez-vous cette servitude en vertu du signe apparent des fenêtres, votre prétention est inadmissible, puisque la servitude *altius non tollendi* n'est jamais apparente.

N° 3. DU CAS PRÉVU PAR L'ARTICLE 694.

184. L'article 694 porte: « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. » Cette disposition a donné lieu à de longues controverses; il n'y a pas moins de cinq interprétations différentes (2). Nous laissons de côté les opinions qui sont abandonnées: à quoi bon combattre des doctrines que personne ne songe plus à soutenir? La lutte véritable est entre l'explication donnée par Albisson,

(1) Arrêt de rejet du 5 août 1862 (Daloz, 1862, 1, 539). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 87, note 11.

(2) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 85, note 9.

le rapporteur du Tribunal, et le système consacré par la jurisprudence constante de la cour de cassation de France. Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour l'opinion d'Albisson contre la jurisprudence française.

Un héritage doit un service à un autre, c'est-à-dire qu'il est grevé d'une servitude; si les deux fonds sont réunis dans la même main, la servitude s'éteint par confusion, alors même que le fonds jadis servant reste affecté au service du fonds jadis dominant; ce service se fait maintenant à titre de propriété. Puis le propriétaire dispose de l'un des deux héritages, sans qu'il soit fait aucune mention de servitude dans l'acte d'aliénation. Naît alors la question de savoir si la servitude continue, ou, pour mieux dire, si elle revit. Le droit romain décidait la question négativement: comme la servitude était réellement éteinte, il fallait une déclaration expresse de volonté pour la faire revivre. Ce principe est maintenu par le code civil. Mais il y fait exception lorsqu'il existe un signe apparent de servitude; la réserve n'est plus nécessaire dans ce cas, dit le rapporteur du Tribunal, la chose parlant d'elle-même. Si donc il y a entre les deux héritages un signe apparent de servitude, le silence des parties n'empêche pas que la servitude ne subsiste, activement ou passivement, en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné (1).

Telle est l'explication d'Albisson. L'article 694 ainsi interprété se concilie parfaitement avec les articles 692 et 693. Ceux-ci prévoient le cas où une servitude est établie par destination du père de famille, et ils exigent que la servitude soit tout ensemble continue et apparente pour qu'elle résulte du concours de consentement tacite des parties intéressées. Tandis que l'article 694 fait revivre une servitude qui était éteinte par confusion; peu importe quelle était cette servitude, continue ou discontinue, pourvu qu'il y ait un signe apparent qui en annonce l'existence; de sorte qu'une servitude de passage qui se manifeste par une porte tombe sous l'application de l'article 694; elle revit si, après qu'elle a été éteinte par la confusion, la confusion vient à

(1) Albisson, Rapport fait au Tribunal, n° 16 (Loché, t. IV, p. 190).