

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).

cesser. Mais elle ne peut s'établir par destination du père de famille, en vertu des articles 692 et 693, puisqu'elle est discontinuë.

Cette opinion, adoptée par Zachariæ et Pardessus (1), n'a pour elle qu'un arrêt de la cour de Lyon, et quelques arrêts de la cour de Bruxelles (2); elle est très-bien défendue par Marcadé, mais la plupart des auteurs la répudient ainsi que la jurisprudence. On repousse l'interprétation d'Albisson comme étant purement divinatoire (3). C'est, dit-on, une opinion personnelle au rapporteur; rien ne prouve, dit la cour de Gand, qu'elle ait été partagée soit par le conseil d'Etat, soit par le Corps législatif; elle n'est pas même reproduite dans le discours de l'orateur du Tribunal. Nous répondrons, avec la cour de Bruxelles, que l'autorité d'Albisson est plus grande que celle des interprètes, fussent-ils les plus savants (4). Il n'est pas exact de dire que c'est une opinion purement individuelle; en effet, Albisson parle comme rapporteur de la section de législation du Tribunal; son rapport adopté par la section est donc l'œuvre de la section, et par suite du Tribunal qui, sur le rapport d'Albisson, émit un vœu d'adoption; ainsi cette interprétation a en sa faveur l'autorité d'un des corps qui, sous la constitution de l'an VIII, prenaient une part active à la codification. Sans doute cela n'est pas décisif; Albisson et le Tribunal à sa suite ont pu se tromper. Il faut donc voir si cette interprétation est contraire, comme on le prétend, au texte et à l'esprit de la loi.

Quant au texte, on écarte l'interprétation d'Albisson par une espèce de fin de non-recevoir. Si l'article 694, dit-on, avait le sens que lui donne le rapporteur du Tribunal, il aurait dû être placé à la suite de l'article 705, qui traite de l'extinction des servitudes par la confusion, disposition à laquelle, dans l'opinion du Tribunal, l'article 694 déro-

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. II, p. 203, note 10.

(2) Lyon, 11 juin 1831 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1024). Bruxelles, cassation, du 31 janvier 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 33); 14 juillet 1859 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 299) et 20 décembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 46).

(3) Ducauroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 240, n° 354. Gand, 11 mars 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 49).

(4) Bruxelles, 20 décembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 51).

gerait; tandis que cet article est placé dans la section qui s'occupe de l'établissement des servitudes. On prétend que cela prouve que l'interprétation est erronée. Nous répondons que l'objection, en la supposant fondée, ne prouverait qu'un défaut de classification, comme il y en a plus d'un dans le code. Mais est-il bien vrai que l'article 694 est tout à fait étranger à la matière de l'établissement des servitudes par destination du père de famille? La servitude était éteinte, elle revit. Or, un droit qui renaît, après avoir été éteint, est un droit qui s'établit, et comment s'établit-il? Par une raison qui a la plus grande analogie avec ce qu'on appelle destination. Il y avait une servitude de passage, elle s'éteint par confusion; mais le propriétaire des deux fonds maintient le passage, il conserve la porte qui annonce l'existence du service que l'un des fonds continue à rendre à l'autre: n'est-ce pas là une vraie destination? Seulement il y a une des conditions de la destination ordinaire qui fait défaut: la servitude est discontinuë, il fallait donc, si l'on voulait que la servitude naquît de cette espèce de destination, que le législateur le décidât; et la disposition qui le décide trouvait sa place naturelle à la suite des articles 692 et 693, auxquels, en un sens, elle déroge, puisqu'elle admet qu'une servitude s'établisse, par consentement tacite, à raison d'une destination, et sans que la servitude soit continue.

Voyons maintenant si l'interprétation d'Albisson est divinatoire, si elle n'a aucun appui dans le texte ni dans les principes. L'article 694 commence par dire que deux héritages se trouvent dans la main d'un même propriétaire, et qu'il existe entre eux un *signe apparent de servitude*. Qu'est-ce à dire? Il n'y a pas de servitude actuelle, puisque *res sua nemini servit*. Si donc il existe un *signe apparent de servitude*, ce signe marque qu'il y a eu une servitude, qui pour le moment est éteinte de droit. L'article continue et dit que le propriétaire dispose de l'un des héritages; un acte est dressé, et le contrat, dit l'article 694, ne contient aucune *convention relative à la servitude*. Encore ce terme caractéristique de *servitude*! Pourquoi le contrat aurait-il parlé de servitude? C'est qu'il en existait une; elle a été

éteinte par confusion, il s'agit de savoir si la volonté des parties est de la faire revivre. Si telle est leur volonté, il faut qu'elles s'en expliquent, il faut qu'elles disent que leur intention est de maintenir la servitude; en ce sens il faut *une convention relative à la servitude*. Mais que décidera-t-on si le contrat garde le silence, s'il ne s'y trouve aucune clause concernant la servitude? Elle *continue* néanmoins d'exister, dit la loi, s'il existe un signe apparent de servitude entre les deux héritages. L'article 694 ne dit pas qu'une servitude est *établie*, il ne dit pas que la servitude *revit*; elle *existait* et elle *continue d'exister*. Cette expression énergique marque bien qu'il ne s'agit pas de l'établissement d'une nouvelle servitude, d'une servitude qui n'a jamais existé; il y avait une servitude, elle *existait* et elle *continue* d'exister, pourvu qu'il y ait un *signe apparent* qui l'annonce. Voilà bien l'hypothèse d'Albisson; elle est écrite dans notre texte; le rapporteur du Tribunat ne l'a donc pas imaginée, il n'a fait que l'expliquer: son explication n'est que le texte paraphrasé.

On nous arrête et on dit que nous ne pouvons pas nous prévaloir du texte, que l'expression *continue d'exister* est inexacte, que dans notre opinion la servitude, que l'on suppose avoir existé, est éteinte par confusion; donc on ne peut pas dire que la servitude *continue*, il eût fallu dire qu'elle *revit*. A notre avis, l'expression dont se sert l'article 694 est très-juridique. La confusion est un mode d'extinction de toute espèce de droits, droits personnels et droits réels; mais elle a ceci de particulier que l'extinction est fondée uniquement sur l'impossibilité d'exercer le droit, le créancier étant devenu débiteur ou le débiteur étant devenu créancier; en réalité le droit subsiste, seulement on ne peut pas en poursuivre l'exécution. Si tel est l'effet de la confusion en matière d'obligations, tel doit aussi être son effet en matière de servitude, car ici il y a également un fonds qui doit la servitude et un fonds à qui elle est due, il y a un fonds débiteur, c'est l'expression du code, il y a donc aussi un fonds créancier; le fonds créancier ne peut pas exercer son droit, puisque le fonds débiteur appartenant au même propriétaire, les deux héritages ne font plus qu'une seule

et même propriété, qui est tout ensemble débitrice et créancière. Si donc la servitude s'éteint, c'est uniquement parce que l'exercice en devient impossible; en réalité, elle subsiste et elle *continue*, comme le dit l'article 694, si l'obstacle qui empêchait de l'exercer disparaît. Le texte confirme donc pleinement l'interprétation d'Albisson, et la décision du code se trouve justifiée par les principes généraux de droit.

Non, dit-on. Vous ajoutez à la loi une condition qui ne s'y trouve pas, disent les savants interprètes de Zachariæ, qui, sur cette question, ont abandonné l'opinion de leur auteur. En effet, vous obligez celui qui invoque l'article 694 à produire le titre par lequel la servitude a été originairement constituée, tandis que la loi ne met qu'une preuve à sa charge, celle de l'existence d'un signe apparent de servitude (1). Nous avons d'avance répondu à l'objection; s'il est vrai que l'article 694 prévoit le cas d'une servitude éteinte par confusion, il faut naturellement que celui qui prétend qu'elle *continue d'exister* prouve qu'elle *a existé*. La nécessité de la preuve résulte donc des termes mêmes de la loi, si on l'interprète comme le fait le rapporteur du Tribunat. On prétend que l'esprit de la loi s'y oppose; ceux qui combattent notre opinion nous portent le défi de donner un motif raisonnable de la différence que le législateur aurait établie entre le cas où la destination résulte de l'existence d'une servitude antérieure, éteinte mais maintenue en fait, et le cas d'une destination établie par le propriétaire des deux fonds. Dans ce dernier cas, l'article 692 exige que la servitude soit continue et apparente; de sorte qu'un passage, bien que pratiqué pendant que les deux fonds étaient dans la main du même maître, bien que s'annonçant par un ouvrage extérieur, ne s'établira pas par destination au moment où les deux héritages sont séparés. Tandis que ce même passage deviendra une servitude, si avant la réunion des deux fonds il avait été pratiqué à titre de servitude. Où est la raison de cette différence si considérable? N'est-il pas évident, dit-on, que

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 87, note 9.

les deux cas sont, au fond, absolument identiques? Pourquoi donc leur appliquerait-on des règles différentes? « Jamais personne ne parviendra à donner la justification d'une semblable distinction (1). » Nous croyons avoir répondu au défi. Les deux hypothèses sont tout à fait différentes; dans l'une, celle de la véritable destination du père de famille (art. 692), il s'agit d'établir une servitude qui *n'a jamais existé*; pour la créer, le législateur ne peut se fonder que sur la volonté tacite des parties contractantes; cette volonté est douteuse quand la servitude, bien qu'apparente, est discontinue; dès lors on ne pouvait pas admettre que la servitude s'établît par destination. Dans l'autre hypothèse, la servitude *a existé*, elle a été pratiquée, il y avait donc des motifs sérieux de l'établir; on ne peut plus supposer la tolérance, le bon voisinage, puisque le service s'est fait à titre de droit rigoureux. L'utilité qui a fait constituer la servitude la fait aussi maintenir pendant que les fonds sont réunis dans la même main. Puis les deux héritages sont séparés, et il y a un signe apparent de cette servitude, nécessaire ou utile. La cause qui rendait l'exercice de la servitude impossible, la confusion, venant à cesser, ne faut-il pas dire que la servitude reprend son cours, qu'elle *continue d'exister*, comme le dit l'article 694? Il n'y avait qu'un seul motif de douter: est-ce que l'acheteur a connaissance de la servitude? S'il l'ignore, peut-il y avoir une servitude à sa charge ou à son profit sans qu'il le sache, sans qu'il le veuille? Voilà pourquoi la loi exige un signe apparent de servitude, dans le silence du contrat.

185. L'opinion contraire ayant pour elle la jurisprudence constante des cours de France et l'autorité de jurisconsultes considérables, nous devons la faire connaître, sauf à exposer nos objections. Elle admet que l'article 694 prévoit un cas de destination du père de famille, c'est-à-dire un cas où la servitude est établie par destination; mais à la différence du cas général de l'article 692, qui exige que la servitude soit tout ensemble continue et apparente,

(1) Ce sont les paroles de Mourlon (t. 1^{er}, p. 312), qui ne fait que répéter ce que disent Demante et Demolombe.

l'article 694 se contente d'un signe apparent de servitude. Reste à préciser le cas où la disposition spéciale de l'article 694 devra prévaloir sur la disposition générale de l'article 692. Il ne suffit pas d'un signe apparent; si cela suffisait, l'article 694 ferait plus que déroger à l'article 692, il l'abolirait, puisque l'article 692 n'admet pas la destination pour les servitudes discontinues, quoique apparentes, tandis que l'article 694 admettrait la destination pour les servitudes discontinues, dès qu'elles seraient apparentes. L'article 694 exige une condition pour qu'une servitude apparente, bien que discontinue, s'établisse par destination, c'est que la séparation des deux héritages se soit faite en vertu d'un contrat et que ce contrat ne contienne aucune convention relative à la servitude. C'est donc dans le silence du titre, combiné avec le signe apparent de servitude qui existe sur l'un des fonds, qu'il faut chercher la cause de l'établissement de la servitude. Il suit de là que celui qui prétend à la servitude doit représenter le titre en vertu duquel s'est opérée la division des héritages. La différence entre le cas de l'article 692 et le cas de l'article 694 est donc celle-ci: lorsqu'il n'y a pas de titre, c'est-à-dire pas d'écrit, on n'est plus dans le cas de l'exception établie par l'article 694; on rentre par conséquent dans la règle de l'article 692: il faudra que la servitude soit continue et apparente. Lorsque, au contraire, il y a un titre et qu'il garde le silence sur la servitude, la servitude naîtra de la destination du père de famille, pourvu qu'il y ait un signe apparent qui l'annonce (1).

(1) Demante, t. II, p. 645, n° 549 *bis*. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, p. 240, n° 354. Demolombe, t. XII, p. 344, n° 821; Aubry et Rau, t. III, p. 87 et suiv., et note 9. La jurisprudence est en ce sens; mais les arrêts, y compris ceux de la cour de cassation, sont faiblement motivés; nous ne citons que les meilleurs. Arrêt de rejet du 26 avril 1837 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1021, 1°; du 8 juin 1842 de la chambre civile (*ibid.*, n° 1022, p. 272), et de cassation du 30 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 17). Douai, 1^{er} juillet 1837 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1021, 1°). Les cours de Belgique jugent dans le même sens, sauf les arrêts de Bruxelles que nous avons cités plus haut, p. 216, note 2. Bruxelles, 11 juillet 1838, 16 avril 1845, 13 août 1858 et 26 février 1859 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 205; 1845, 2, 116; 1853, 2, 327, et 1859, 2, 246); Gand, 11 mars 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 48; Liège, 19 avril 1845 et 1^{er} décembre 1869 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 303; 1870, 283).