

Le grand argument, le seul que la cour de cassation invoque en faveur de cette interprétation, c'est le texte de l'article 694, et il n'en faudrait pas d'autre si le texte était aussi clair qu'on le prétend. Mais quand cinq opinions se sont formées sur le sens d'une loi, il est certain qu'elle ne doit pas être d'une clarté très-évidente. Dans l'opinion consacrée par la jurisprudence, on s'attache exclusivement à ces mots de l'article 694 : *entre lesquels il existe un signe apparent de servitude*. Voilà, dit-on, tout ce que la loi exige, si du reste le titre garde le silence : exiger plus, c'est dépasser la loi, c'est la faire. Cette explication de l'article 694 ne tient aucun compte de tout le reste de la disposition, ni de l'expression répétée de *servitude* dont il existe un signe apparent, ni de l'expression *continue d'exister*, qui implique qu'il s'agit d'une ancienne servitude qui revit. Il n'y a pas un mot dans le texte qui indique l'établissement d'une servitude nouvelle ; tous les termes dont la loi se sert supposent l'existence actuelle d'une servitude et sa continuation. Tandis que, dans l'opinion générale, c'est une servitude nouvelle qui s'établit ; cette servitude se fonde sur une destination spéciale qui déroge à la destination générale, telle qu'elle est définie par les articles 692 et 693. La question est donc celle-ci : Quels sont les motifs pour lesquels, après avoir exigé, dans l'article 692, la double condition de la continuité et de l'apparence pour que les servitudes s'établissent par destination, le législateur se contente de l'apparence dans le cas prévu par l'article 694 ? Le texte étant douteux, il est impossible de le nier, la difficulté doit être décidée par l'esprit de la loi.

Y a-t-il des raisons qui justifient la dérogation que, dans l'opinion consacrée par la jurisprudence, l'article 694 apporte à l'article 692 ? Il faut d'abord bien préciser en quoi consiste la dérogation. Il existe, entre deux héritages appartenant au même propriétaire, une porte, signe apparent d'un service que l'un des fonds rend à l'autre. Les deux fonds sont divisés. Naîtra-t-il une servitude de passage, lors de la division, en vertu de la destination du père de famille ? Non ; c'est le cas de l'article 692, la ser-

vitude, étant discontinuë, ne s'établit pas par destination. Que faut-il de plus pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 694 ? Il faut, dit la loi, que « le propriétaire dispose de l'un des héritages sans que le *contrat* contienne aucune convention relative à la servitude. » Qu'entend-on ici par *contrat* ? Si l'on s'en tient aux principes généraux, il faut répondre qu'il y a contrat dès qu'il y a concours de consentement. En ce sens, il existe aussi un contrat dans le cas de l'article 692. En effet, comment la division s'opère-t-elle ? Pothier le dit, par aliénation ou par partage ; dans l'un et l'autre cas il y a contrat, par cela seul qu'il y a concours de consentement des parties intéressées. Pour qu'il y ait une différence entre les articles 692 et 694, il faut donc exiger quelque chose de plus dans le cas de l'article 694 : c'est un acte constatant la convention, et il faut que cet acte ne contienne aucune clause relative à la servitude. C'est bien ainsi que, dans l'opinion commune, on entend l'article 694. Voici donc, en définitive, la seule différence entre l'article 694 et l'article 692. Le propriétaire de deux fonds entre lesquels il existe un signe apparent de servitude de passage vend l'un des fonds, aucun écrit n'est dressé : c'est le cas de l'article 692, il n'y aura pas de servitude. Que si un écrit est dressé et s'il garde le silence sur la servitude, il y aura servitude de passage. La jurisprudence est en ce sens (1).

Maintenant nous le demandons : où est la raison de différence ? Constatons d'abord que l'opinion générale, qui prétend s'appuyer sur le texte, dépasse le texte : la loi parle d'un *contrat*, et les interprètes ajoutent que le contrat doit être constaté par un *écrit*, et que cet écrit doit être produit, afin qu'il soit prouvé qu'il garde le silence sur la servitude. Tout en prenant appui sur le texte, on est donc obligé d'ajouter au texte, afin de trouver une différence entre les deux cas de destination. Y a-t-il au moins une raison de la différence que l'on crée d'une manière si arbitraire ? Rappelons-nous pourquoi l'article 692 exige que la servitude soit continue pour qu'elle s'établisse par des-

(1) Bordeaux, 13 mars 1856 (Dalloz, 1856, 2, 207).



mination. C'est que l'on ne peut pas supposer qu'il y ait volonté tacite de constituer une servitude, lorsqu'il s'agit d'une servitude discontinuée, tel qu'un droit de passage. Eh bien, cette volonté peut-elle se supposer davantage lorsque les parties rédigent un écrit de la vente, et que l'écrit garde le silence sur la servitude? Est-ce que le silence de l'écrit lève le doute que laisse la volonté tacite des parties intéressées? Telle est la question réduite à ses termes les plus simples. Et, en vérité, il suffit de la poser pour la résoudre. Je vends l'un des fonds entre lesquels il existe un signe apparent de passage, il n'est rien dit de ce passage lors de la vente, et aucun acte n'est dressé : notre volonté de constituer une servitude est incertaine, partant il n'y en aura pas. Si, dans la même hypothèse, nous rédigeons un acte où il n'est rien dit de la servitude, la servitude existera : est-ce que notre volonté de constituer la servitude sera plus certaine? Chose singulière! les partisans de l'opinion que nous combattons n'ont pas réfléchi que les hypothèses des articles 692 et 694 se confondent quand on interprète l'article 694 comme ils le font. En effet, dans le cas de l'article 692, il y a aussi silence des parties intéressées, puisqu'il y a consentement tacite. Qu'importe que ce silence soit prouvé ou non par un écrit? La preuve du silence ajoute-t-elle quelque force au silence et fait-elle disparaître le doute qui existe sur l'intention de créer une servitude? Si l'on admet que, dans le cas de l'article 694, la servitude de passage s'établit par cela seul que l'acte garde le silence sur la servitude, on se trouve en réalité dans l'hypothèse prévue par l'article 692, et l'on aboutit par conséquent à une vraie contradiction : c'est qu'une servitude discontinuée s'établit par destination, quand, dans l'acte d'aliénation, les parties ont gardé le silence sur la servitude; tandis qu'elle ne s'établit pas par destination quand, sans dresser d'acte, les parties ont également gardé le silence. En définitive, une seule et même servitude de passage, dans les mêmes circonstances, s'établit ou ne s'établit pas par destination, sans qu'il y ait une ombre de raison pour expliquer cette différence!

**186.** L'opinion que nous venons de combattre ayant

pour elle une jurisprudence constante, nous sommes obligé de la suivre dans ses applications; nous y trouverons de nouvelles inconséquences et de nouvelles contradictions. Pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 694, il faut d'abord qu'il existe un *signe apparent de servitude* entre deux héritages. Que faut-il entendre par *signe apparent de servitude*? Les auteurs et les arrêts répondent que le signe doit être tel, qu'il n'y ait aucun doute sur l'existence de la servitude (1), pour mieux dire du service que, d'après l'intention du père de famille, l'un des fonds rend à l'autre et que, dans l'intention des parties contractantes, il doit continuer à lui rendre à titre de servitude. Dans l'opinion générale, on tient strictement à cette première condition d'un *signe apparent*, puisque c'est la condition essentielle, et à vrai dire la seule qui soit exigée. Il a été jugé qu'un signe apparent de passage ne suffisait pas, lorsqu'il était prouvé que le propriétaire n'avait pas eu l'intention de créer entre les divers fonds un rapport permanent de service foncier, et qu'il n'a établi le passage que pour se ménager personnellement certaines facilités de culture (2). Cette interprétation restreint le texte de l'article 694 : la loi n'exige que l'existence d'un signe apparent de servitude, c'est-à-dire d'un service rendu par l'un des fonds à l'autre. Une interprétation qui n'a d'appui que le texte ne devrait pas s'écarter du texte.

Il faut aussi que le signe apparent ait un caractère non équivoque de perpétuité (3). Cela semble dire que le signe doit consister dans un ouvrage d'art fait de main d'homme; toutefois on ne va pas jusque-là, parce que la loi ne l'exige pas (4). Toujours est-il qu'il doit y avoir un signe extérieur qui indique l'existence d'une servitude. Il a été décidé que des *ornières* ne constituaient pas un signe apparent d'une servitude de passage; les *ornières* prouvent seulement que le propriétaire a passé; elles ne prouvent

(1) Bourges, 10 août 1831 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1026). Demolombe, t. XII, p. 348, n° 823.

(2) Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 30 décembre 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 1, 358).

(3) Nancy, 9 janvier 1840 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1031).

(4) Bourges, 13 décembre 1825 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1028).



pas qu'il a destiné l'un des fonds à servir de passage (1). Alors même qu'il y a un chemin servant de passage, donc un signe apparent de servitude, il est arrivé que l'on n'a pas admis l'établissement d'une servitude de passage par destination. Une société se forme pour l'établissement de docks; l'un des associés vend à la société des terrains destinés à construire des docks; sur les terrains conservés par le vendeur, il existait des voies de communication aboutissant aux quais et aux bassins. Les actes gardaient le silence sur ces voies; on était donc dans les termes de l'article 694, tel que la jurisprudence l'interprète. Néanmoins la cour de Paris décida qu'il n'y avait pas servitude, parce que telle n'avait pu être l'intention des parties contractantes (2). C'est introduire une nouvelle condition que le texte ignore. La jurisprudence recule devant ses propres principes; elle invoque le texte et elle restreint le texte. Il y a réellement danger à admettre qu'une servitude discontinuée s'établisse par cela seul qu'un signe apparent l'annonce et que le titre garde le silence. Pour écarter le danger, la jurisprudence restreint la loi; il y a un moyen plus sûr et plus juridique de le prévenir, c'est de s'en tenir à l'article 692.

L'application de l'article 694 devient presque une question de circonstances (3), ce qui certes n'est pas dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Un barrage est-il un signe apparent? La cour de cassation a décidé l'affirmative, mais en invoquant les circonstances de la cause (4). Le code ignore ces restrictions et ces réserves. C'est que le code ne prévoit pas le cas de l'établissement d'une servitude nouvelle; il ne fait que maintenir une servitude qui a existé et que l'on a continué à pratiquer; et l'on conçoit que le législateur se montre plus facile pour le maintien

(1) Bourges, 24 novembre 1830 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1029). Bruxelles, 6 janvier 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 327).

(2) Paris, 17 août 1865, confirmé par un arrêt de rejet du 10 décembre 1866 (Daloz, 1867, 1, 498).

(3) Dans une autre espèce, la cour a maintenu le passage à titre de servitude, en se fondant sur les circonstances de la cause. Orléans, 15 février 1868, confirmé par un arrêt de rejet du 12 janvier 1869 (Daloz, 1868, 2, 157 et 1870, 1, 224).

(4) Arrêt de rejet du 2 novembre 1854 (Daloz, 1854, 1, 272).

d'une ancienne servitude que pour l'établissement d'une servitude nouvelle.

Il va sans dire que si un service est établi entre deux fonds pour la commodité personnelle du propriétaire, et non pour l'utilité du fonds, il ne peut plus s'agir de destination du père de famille. Ceci n'est que l'application du droit commun (1).

**187.** L'article 694 établit une seconde condition : il faut que le contrat ne contienne aucune convention relative à la servitude (2). De là, la nécessité de produire le contrat, c'est-à-dire l'acte, afin de constater qu'il ne renferme aucune stipulation sur la servitude litigieuse. Il arrive très-souvent que les actes contiennent une clause générale portant que le fonds est vendu avec ses servitudes actives et passives, chose parfaitement inutile, puisque cela est de droit. On demande si une clause pareille ferait obstacle à l'application de l'article 694. Il y a un motif de douter, c'est que les parties s'étant occupées des servitudes existantes, elles auraient aussi manifesté leur volonté d'établir une servitude nouvelle, si telle avait été leur intention; il n'y a plus silence du titre, donc pas de servitude; le titre ayant parlé, on ne peut plus se prévaloir de la volonté tacite des parties. La cour de cassation n'a pas admis cette interprétation; elle est en effet contraire au texte de l'article 694; il ne prévoit pas le cas d'une clause générale et sans portée aucune, il suppose qu'il n'y a pas de convention relative à la servitude, c'est-à-dire la servitude qui s'annonce par un signe apparent (3). Il faut ajouter que les clauses générales ne sont pas, à vrai dire, une convention des parties contractantes : c'est une formule de style.

**188.** Ne faut-il pas une troisième condition? L'article 694 dit : « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude. » Cela

(1) Gand, 25 juin 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 359). Duranton, t. V, p. 581, n° 572. Demolombe, t. XII, p. 347, n° 822.

(2) Arrêt de rejet du 10 décembre 1866 (Daloz, 1867, 1, 498); Demolombe, t. XII, p. 439, n° 825.

(3) Arrêt de rejet du 2 février 1825 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1034).



suppose deux héritages distincts, dont l'un est affecté au service de l'autre. Peut-on étendre la disposition au cas où le propriétaire établit un service entre deux parties d'un seul et même héritage? La jurisprudence et la doctrine se prononcent pour l'interprétation extensive (1). Ici il y a une contradiction et une inconséquence évidentes dans le système généralement suivi. On convient que l'article 694 est une exception à la règle établie par l'article 692; or, toute exception n'est-elle pas de stricte interprétation? et ne faut-il pas surtout appliquer cette maxime quand il s'agit de la liberté des héritages? Tel est bien l'esprit de la jurisprudence, lorsqu'elle interprète le *signe apparent* dont la loi exige l'existence; pourquoi en dévie-t-elle alors que le texte dit formellement qu'il faut deux héritages? C'est qu'en exigeant deux héritages, comme le texte le demande, on aurait abouti à une autre absurdité. L'article 692 parle aussi de *deux fonds*; néanmoins tout le monde admet qu'il suffit qu'une partie d'un fonds serve à l'autre pour qu'il y ait destination du père de famille. Y a-t-il une raison pour qu'il en soit autrement dans le cas de l'article 694? Non, certes. Voilà un véritable conflit de principes. Dans l'opinion d'Albisson, le conflit n'existe pas, et le texte s'applique tout naturellement. Puisqu'on suppose que la servitude a préexisté à la réunion des deux fonds dans la même main, il va sans dire que deux héritages sont nécessaires; dans cette opinion, tout s'explique, tout se suit et s'enchaîne, tandis que dans l'opinion générale, on marche de contradiction en contradiction.

**189.** La même difficulté se présente dans une question sur laquelle la jurisprudence s'est divisée. Aux termes de l'article 694, la servitude continue d'exister lorsque le propriétaire *dispose* de l'un des héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude. Le mot *disposer* implique une aliénation; il s'applique peu importe que ce

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1037. Et arrêt de Paris du 15 mai 1862, confirmé par un arrêt de rejet du 7 avril 1863 (Dalloz, 1862, 2, 111, et 1863, 1, 415). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de cassation du 10 mai 1825 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1036). Comparez Demolombe, t. XII, p. 350, n° 826.

soit une donation ou une vente, car le donateur aussi *dispose* (1); peu importe encore que la vente soit judiciaire ou volontaire, car c'est le saisi qui vend. Sur ces points, il ne saurait y avoir de doute sérieux (2). Mais que faut-il décider en cas de partage? Les cours de Toulouse et de Metz ont jugé, par des arrêts très-bien motivés, qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 694. Il est certain que le texte n'est pas applicable; car le propriétaire dont les biens sont partagés après sa mort ne *dispose* pas de l'héritage, comme le veut l'article 694. La question est donc de savoir si l'on peut étendre la loi à un cas qu'elle ne prévoit pas. Nous venons de répondre qu'une disposition essentiellement exceptionnelle ne reçoit pas d'interprétation extensive. C'est ce que la cour de Metz établit jusqu'à l'évidence (3). Que répond la cour de cassation? La raison de décider est la même, dit-elle; en effet, la disposition de l'article 694 étant fondée sur une présomption de consentement tirée du silence des parties, cette présomption s'applique aussi bien au partage qu'à l'aliénation à titre onéreux ou gratuit (4). Admettons que cela soit, bien que d'autres cours le contestent : où est l'exception que l'on ne pourrait étendre, si l'on raisonnait par analogie? Cependant la cour de cassation a mille fois jugé que les exceptions ne s'étendent pas quoiqu'il y ait même motif de décider. Dans l'espèce, il y a une raison péremptoire pour maintenir cette règle d'interprétation. La jurisprudence interprète restrictivement la condition du *signe apparent* exigée par l'article 694; conçoit-on qu'elle interprète extensivement le mot *disposer* dont la loi se sert? Ainsi tantôt elle étend le texte, tantôt elle le restreint : preuve qu'elle ne repose sur aucun principe certain.

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui est allé plus loin dans la voie de l'interprétation extensive. Un père fait donation du quart de ses biens à son fils, dans le contrat

(1) Arrêt de cassation du 17 novembre 1847 (Dalloz, 1847, 1, 376).

(2) Arrêt de cassation du 30 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 17).

(3) Metz, 3 juin 1858 (Dalloz, 1859, 2, 16). Toulouse, 11 août 1854 (Dalloz, 1856, 2, 119).

(4) Paris, 15 mai 1862, confirmé par un arrêt de rejet du 7 avril 1863 (Dalloz, 1862, 2, 111; 1863, 1, 415). Rejet du 27 mars 1866 (Dalloz, 1866, 1, 339).



de mariage de celui-ci ; puis un acte de partage intervenu entre le donateur et le donataire attribue à l'enfant la moitié d'une pièce de terre, pour le remplir de la quote-part qui lui avait été précédemment donnée. Cette attribution fut maintenue après la mort du père, par l'acte de partage de sa succession. Y avait-il dans ces divers actes une *disposition* telle que l'exige l'article 694? La cour de Toulouse jugea négativement ; mais son arrêt fut cassé. Il ne faut pas isoler ces divers actes, dit la cour de cassation, ils forment un tout ; or, il résulte des actes de partage combinés avec l'acte de donation, que le père a disposé en faveur de son fils des biens définitivement assignés à celui-ci (1). Nous préfererions l'avis de la cour de Toulouse. La donation ne pouvait pas être invoquée, car c'était une donation de biens à venir ; or, une pareille donation n'est pas un acte de disposition. Restaient les partages. Le premier intervenu entre le donateur et le donataire ne faisait qu'un avec le second dressé par les héritiers. Or, un *partage* fait entre héritiers n'est pas un acte de *disposition* ; ce n'est pas même un acte de *disposition*, à tous égards, quand c'est un partage d'ascendant. Cela décide la question au point de vue de l'interprétation stricte. La cour a donc encore une fois admis une interprétation extensive, et cela en opposition avec les principes, en opposition avec la jurisprudence relative à l'article 694.

N° 4. EFFET DE LA DESTINATION.

**190.** L'article 692 dit que la destination du père de famille vaut titre. En réalité, elle se fait par un concours de consentement, aussi bien que le titre onéreux ou gratuit ; il n'y a que cette différence que dans la destination le consentement des parties intéressées est tacite, tandis que le titre suppose une convention expresse. De là résulte une différence quant aux effets de la servitude. Quand

(1) Arrêt de cassation du 17 novembre 1847 (Daloz, 1847, 1, 376).

elle est établie par titre, elle n'a d'effet à l'égard des tiers que lorsque l'acte constitutif de la servitude a été transcrit (n° 155). La transcription n'est pas requise lorsque la servitude est établie par destination. On ne pourrait exiger la transcription qu'en forçant les parties à dresser acte de leur consentement tacite, mais alors le consentement deviendrait exprès, c'est-à-dire que la destination deviendrait un titre ; ce qui aboutirait à supprimer la destination, telle que le code l'organise (1).

**191.** Les servitudes ont souvent une grande analogie avec la propriété, soit exclusive, soit commune, comme nous l'avons dit en exposant les principes généraux concernant les servitudes. Mais les principes sur l'acquisition de la propriété diffèrent de ceux qui régissent l'acquisition des servitudes. Il peut y avoir copropriété d'une cour ou d'une allée servant au passage ; cette copropriété s'établit par concours de consentement exprès ou tacite, et elle se prouve par témoins, sous les conditions prescrites par le code. Tandis que la servitude de passage ne peut s'établir que par une convention expresse, le consentement tacite ou la destination du père de famille n'étant pas admis pour les servitudes discontinues. C'est aux tribunaux à apprécier, d'après les faits et les circonstances de la cause, ce que les parties ont voulu. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs (2). Il y a des arrêts qui donnent le nom de destination du père de famille à l'établissement d'une copropriété, quand elle résulte des dispositions prises par le père de famille et maintenues par ses héritiers. Le nom est impropre et fait pour induire en erreur. C'est confondre la propriété avec la servitude, qui n'est qu'un démembrement de la propriété. Ainsi on lit dans un arrêt que les droits des communistes sur une cour séparative d'héritages partagés, et restée commune entre les copartageants, en vertu de ce que la cour appelle destination du père de famille, sont des droits qui participent

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 88 et note 12. En sens contraire, Mourlon, *De la transcription*, t. I<sup>er</sup>, nos 115 et 116.

(2) Voyez le tome VII de mes *Principes*, nos 165 et suiv. Comparez arrêt de rejet de la chambre civile du 21 avril 1858 (Daloz, 1858, 1, 182).