

Il faudrait le décider ainsi, alors même que celui qui réclame la servitude appuierait sa contradiction sur un titre émané d'un non-proprétaire. Ce titre seul est insuffisant, nous venons de le prouver. La contradiction à elle seule serait également insuffisante; tout le monde le reconnaît. Qu'importe donc qu'il y ait tout ensemble titre apparent et contradiction? On serait toujours en dehors de la loi qui exige formellement un titre valable (1).

II. Applications.

197. Il s'est présenté bien des difficultés dans l'application de ces principes; la plupart trouvent une solution facile dans les définitions que le code donne des servitudes continues et discontinues, apparentes et non apparentes (2). Nous ne nous arrêtons qu'aux applications qui offrent quelque doute. La servitude de passage est bien évidemment discontinue, elle ne peut s'acquérir par la prescription; cependant elle a donné lieu à un débat judiciaire. Un acte de partage réservait le droit de passage réciproque pour le service des fonds de terre qui y étaient compris, en ajoutant: si besoin est. Un des copartageants exerce le passage pour une prairie, sans nécessité aucune, puisqu'elle était bordée par un chemin public, donc pour sa seule commodité. Il invoque cette possession, non pour y fonder l'établissement de la servitude par prescription, mais pour interpréter le titre. La cour de Bordeaux repoussa cette prétention, parce qu'elle tendait à intervertir les stipulations de l'acte plutôt qu'à les interpréter; en effet, elle aboutissait à créer, moyennant la possession, une servitude que l'acte de partage repoussait (3).

L'article 688 place le droit de puisage parmi les servitudes discontinues. Le riverain d'un étang réclame un droit sur les eaux de l'étang, en invoquant la prescription. Il

Servitude, n° 1133; par Demolombe, t. XII, p. 299, n° 789, et par Aubry et Rau, t. III, p. 78, note 3 et t. II, p. 129, note 32.

(1) Voyez les autorités citées par Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1134, et Aubry et Rau, t. III, p. 78, note 4.

(2) Voyez, plus haut, p. 158, nos 126 et suiv.

(3) Bordeaux, 26 avril 1830 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1002, 3°).

avait en effet acquis par la prescription la propriété des francs-bords; ne pouvait-il pas dire qu'il avait acquis en même temps le droit de puisage? Non, les deux droits sont d'une nature différente: la propriété s'acquiert toujours par prescription, tandis que les servitudes discontinues ne s'établissent que par titre. Il intervint un arrêt de cassation en ce sens (1).

Le code place aussi les droits de pacage au nombre des servitudes discontinues; c'est dire qu'une servitude de pâturage ne peut s'établir par prescription. Il y a plusieurs arrêts en ce sens, ce qui prouve que le fait n'est pas toujours d'accord avec le droit, mais le droit est si évident, qu'il est inutile d'y insister (2).

198. Il y a des questions plus sérieuses. La loi range les égouts parmi les servitudes continues qui peuvent s'acquérir par la possession de trente ans. Cela ne fait aucun doute pour l'égout des eaux pluviales, quand il s'annonce par un ouvrage extérieur. En est-il de même des eaux ménagères? La question a été examinée plus haut (n° 132), elle divise les meilleurs esprits. Nous renvoyons aussi à ce que nous avons dit (n° 131) sur la servitude qui consiste dans le droit de faire écouler les eaux d'un étang sur les fonds inférieurs; il a été jugé qu'elle est continue, bien qu'on ne puisse en user qu'en levant la bonde qui retient les eaux. Si de plus elle se manifeste par des ouvrages apparents, tels que des fossés destinés à faciliter l'écoulement des eaux, elle est susceptible de prescription (3).

199. Nous avons exposé plus haut (nos 61 et 62) les principes qui régissent les jours et les vues établis à titre de servitude. Il est souvent très-difficile de distinguer les jours pratiqués en vertu du droit de propriété, et que l'on appelle jours de souffrance ou de tolérance, des jours qui, n'étant pas conformes à la loi, ne peuvent être établis qu'à titre de servitude. Le châssis est-il à verre dormant, c'est

(1) Arrêt de cassation du 28 avril 1846 (Dalloz, 1846, 1, 206).

(2) Chambéry, 23 janvier 1866 (Dalloz, 1866, 2, 79). Arrêt de rejet du 27 mai 1868 (Dalloz, 1869, 1, 399).

(3) Arrêt de cassation du 18 juin 1851 (Dalloz, 1851, 1, 296).

un jour de souffrance. Le châssis permet-il d'ouvrir la fenêtre, c'est un jour de servitude (1). On voit par là combien il importait d'exiger la prescription la plus longue pour l'établissement de ces servitudes, parce que ce n'est qu'à la longue que le voisin peut s'assurer s'il y a ou non un châssis à verre dormant.

Une terrasse est établie sur un fonds; elle procure une vue sur l'héritage voisin; si la terrasse subsiste pendant trente ans, en résultera-t-il une servitude de vue? L'affirmative a été jugée et avec raison (2). Il est vrai que l'article 678 ne prévoit pas textuellement ce cas, mais il prévoit un cas analogue, celui d'un balcon, et il ajoute *de semblables saillies*. La loi n'est donc pas restrictive, et il n'y a pas de raison pour qu'elle le soit.

Dans une autre espèce, celui qui réclamait le droit de vue invoquait la possession où il était depuis plus de trente ans d'une porte pleine, sans imposte, donnant du jour à un appartement par son ouverture. La cour de cassation a jugé que cette servitude n'est pas prescriptible: en effet, elle est discontinuée, puisque aussi souvent que l'on veut user de la servitude pour donner du jour à l'appartement, il faut le fait actuel de l'homme, qui ouvre la porte (3).

200. La servitude de saillie présente des difficultés particulières. Il y a servitude de saillie quand le toit ou la corniche avance sur le fonds du voisin. Lorsque cette projection a pour objet de déverser les eaux pluviales sur l'héritage du voisin, la chose n'est pas douteuse: c'est la servitude de stillicide, elle est continue de sa nature, puisqu'elle s'exerce sans le fait actuel de l'homme, et elle est apparente, puisqu'elle s'annonce par l'avancement du toit ou par la corniche qui tient lieu de gouttière (4). La question est bien plus délicate lorsque la corniche est un simple ornement architectural. Elle subsiste pendant trente ans. Le voisin n'en peut plus demander la destruction; cela est certain, il a souffert cet empiétement sur sa propriété

(1) Nîmes, 7 mai 1851 (Dalloz, 1851, 2, 77).

(2) Paris, 9 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 5, 704).

(3) Arrêt de rejet du 7 juillet 1852 (Dalloz, 1852, 1, 167).

(4) Gand, 17 novembre 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 198).

pendant trente ans, il avait le droit d'exiger qu'il fût détruit, il a perdu ce droit par la prescription. Mais peut-il construire sur son fonds, ou exhausser son bâtiment, de manière à englober la corniche dans la maçonnerie de sa construction? La cour de cassation a jugé l'affirmative, par le motif que le droit de laisser subsister la corniche n'enlève pas au voisin le droit de bâtir ou d'exhausser sa maison; qu'il ne peut perdre ce droit que par la servitude *altius non tollendi*; or, cette servitude est non apparente, et ne peut par conséquent s'établir que par titre. Vainement le propriétaire de l'héritage dominant opposerait-il sa possession trentenaire, il n'a prescrit que ce qu'il a possédé; or, il a possédé la servitude de saillie, il n'a pas possédé la servitude *altius non tollendi*, ce qui semble décider la question (1).

Il y a cependant des motifs de douter qui nous font pencher pour l'opinion contraire. Sans doute la servitude *altius non tollendi* est non apparente, et elle ne peut s'acquérir directement par la prescription. Aussi ne prétendons-nous pas que dans l'espèce le voisin soit grevé de la servitude de ne pas bâtir plus haut; il peut bâtir, mais en respectant la servitude de saillie; or, est-ce la respecter que de construire en englobant la corniche dans la maçonnerie? Non, car la corniche disparaît, c'était un ornement d'architecture et elle cesse d'être un ornement. On oppose la règle: *tantum præscriptum quantum possessum*. Nous l'invoquons à notre tour. J'ai possédé un ornement architectural, j'ai le droit de le conserver après trente ans de possession. Libre à vous de bâtir; mais vous bâtirez de façon à laisser subsister ma corniche comme telle. Il y a en faveur de cette opinion un argument d'analogie qui est d'un grand poids. Celui qui pratique des fenêtres d'aspect dans un mur ne possède qu'une servitude de vue; cependant après trente ans le voisin ne peut plus bâtir de manière à nuire aux vues du propriétaire de l'héritage dominant; il est donc grevé, en ce sens, de la servitude de ne pas bâtir, bien que cette servitude soit non apparente. Cela est décidé

(1) Arrêt de cassation du 26 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 254).

ainsi par la jurisprudence constante de la cour de cassation (n° 66). Pourquoi ne peut-il pas bâtir? Précisément parce que le propriétaire de la maison a le droit de conserver ce qu'il a possédé; or, serait-ce conserver des fenêtres d'aspect si le voisin avait le droit de les obstruer par ses constructions? On peut faire un raisonnement identique en faveur du propriétaire qui a possédé une corniche; il a aussi le droit de la conserver après une possession trentenaire, et serait-ce la conserver si elle disparaissait dans une maçonnerie?

On fait une objection très-spécieuse. Si, dit-on, la corniche se trouvait sur la ligne séparative des deux héritages, sans empiétement aucun sur le fonds du voisin, celui-ci pourrait bâtir et appuyer ses constructions contre la corniche. Que si, au lieu de faire la corniche sur son fonds, le propriétaire de la maison la fait en saillie sur l'héritage du voisin, cela peut-il changer quelque chose à son droit? Dans les deux cas, il y a une maison avec corniche; dans les deux cas, le voisin peut bâtir, et s'il peut appuyer sa construction sur la corniche quand elle se trouve sur le fonds du propriétaire, il doit avoir le même droit quand elle se trouve sur son fonds à lui (1). La réponse est très-simple et elle nous semble péremptoire. Quand le propriétaire fait la corniche dans les limites de son fonds, il use de son droit de propriété, mais il n'acquiert par là aucun droit sur le fonds du voisin; celui-ci peut donc, en vertu de son droit absolu de propriété, bâtir et appuyer sa construction contre le mur de la maison, qu'il y ait une corniche ou non. Lorsque, au contraire, la corniche est en saillie sur l'héritage du voisin, il en résulte une servitude à charge de celui-ci, il n'est plus libre de bâtir comme il le veut, son droit de propriété est restreint par la servitude de saillie qui grève son fonds, et cette servitude l'empêche de bâtir de manière à nuire à la corniche.

(1) Voyez la note de l'auteur du *Recueil périodique* de Dalloz, 1867, 1, 254.

III. *Prescription des droits de propriété analogues aux servitudes.*

201. La servitude a parfois une grande analogie avec la propriété ou la copropriété; il importe cependant beaucoup de les distinguer, notamment au point de vue de la prescription. En exposant les principes généraux sur les servitudes, nous avons établi les caractères qui distinguent la propriété de la servitude (1); il ne nous reste qu'à donner des applications des principes que nous avons posés.

Nous venons de dire que le droit de pâturage est une servitude discontinue, qui ne peut s'acquérir par la prescription. Cependant la cour de cassation a maintenu un droit de pâturage fondé sur une longue possession (2). C'est que ce droit peut être ou l'exercice d'une copropriété ou l'exercice d'une servitude; dans le dernier cas, il ne peut s'agir de prescription, tandis que rien n'empêche d'acquérir par la prescription un droit de copropriété sur un terrain qui sert de pâture. La difficulté sera grande de distinguer les actes de possession qui manifestent le droit de propriété et les actes qui annoncent simplement une servitude; mais une fois les faits constatés, le droit est certain et incontestable.

Les chemins de desserte donnent souvent lieu à des débats du même genre. Ce peut être une servitude de passage, mais le passage peut aussi s'exercer à titre de propriété. Dans le dernier cas, la prescription sera admissible, et par suite la preuve testimoniale qui sert à établir la possession; tandis que la servitude de passage ne s'acquiert pas par la prescription; il faut un titre, et le plus souvent il n'y a aucun titre concernant les chemins d'exploitation. Nous renvoyons, quant aux difficultés que soulève la preuve, à ce que nous avons dit dans le tome VII de nos *Principes* (nos 166-168). Quand la nature du droit est établie, la question de savoir s'il y a lieu à prescription est par cela même décidée; elle l'est par l'article 691 (3).

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, nos 449 et 450. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 81 et notes 19-22.

(2) Arrêt de rejet du 6 janvier 1852 (Dalloz, 1852, 1, 18).

(3) Arrêts de rejet du 2 juillet 1840 et du 10 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1107, 1° et 2°).