

moyen de la prescription, ne peut suffire pour acquérir, par ce moyen, la propriété même du chemin; les vices de discontinuité, de tolérance, de précarité dont est entaché le fait de passage, et qui empêchent la prescription d'une servitude de passage, empêchent à plus forte raison la prescription de la propriété entière.

SECTION III. — De l'exercice des servitudes.

§ 1<sup>er</sup>. Quelles servitudes peuvent être établies.

**219.** L'article 686 porte qu'il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble. Ce droit dérive du pouvoir que le propriétaire a sur sa chose; il peut en disposer de la manière la plus absolue (art. 544), ce qui implique la faculté de la démembrer ou de la grever de droits réels. Quand le démembrement profite à une autre personne ou à un autre héritage, il prend le nom de servitude personnelle ou réelle. L'article 686 semble interdire les servitudes personnelles, car il ajoute : « Pourvu néanmoins que ces services ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds. » Nous avons expliqué cette disposition ailleurs (1). Nous ne nous occupons ici que des servitudes réelles. L'établissement de celles-ci souffre également une restriction; l'article 686 ajoute : « Pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. » Cette réserve est de droit commun. Les particuliers ne peuvent jamais déroger aux lois qui intéressent l'ordre public (art. 6). Nous avons dit dans le tome I<sup>er</sup> de nos *Principes* (n<sup>os</sup> 47-49) que cette règle doit être formulée d'une manière plus générale : il n'est pas permis aux parties contractantes de déroger à ce qui est d'intérêt général. Le principe reçoit aussi son application aux donations

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 167, n<sup>os</sup> 144 et 145, et le tome VI, p. 407, n<sup>o</sup> 323.

et testaments; il y a cependant une grande différence entre les contrats à titre onéreux et les actes à titre gratuit : dans ceux-ci, les clauses et conditions contraires à la loi ou aux mœurs sont réputées non écrites (art. 900); tandis que ces mêmes conditions rendent nulle la convention qui en dépend (art. 1172). Nous reviendrons sur cette différence au titre des *Donations*.

Les mots *ordre public* ont donc une double signification : dans le sens strict ils se rapportent à l'état des personnes, et ils signifient que les servitudes conventionnelles ne peuvent pas déroger aux lois qui abolissent le régime féodal, comme nous l'avons expliqué en exposant les principes généraux sur les servitudes (1). L'expression d'*ordre public* a encore un sens plus large, elle est synonyme d'*intérêt public*; ainsi les conventions qui établissent une servitude ne peuvent déroger à l'intérêt général. Nous avons vu une application de ce principe en expliquant l'article 674. Cet article prescrit les précautions qu'il faut prendre pour certaines constructions qui peuvent nuire aux voisins; les unes sont d'intérêt privé, et il est permis aux parties contractantes d'y renoncer; les autres concernent la sûreté publique, et à celles-là il n'est pas permis de déroger (n<sup>o</sup> 26).

**220.** L'application de l'article 686 soulève d'assez nombreuses difficultés. Il est souvent difficile de déterminer le caractère d'un droit stipulé par les parties contractantes. Est-ce un droit d'obligation? est-ce un droit de servitude? Telle est la question de savoir si le droit de chasse peut être stipulé à titre de droit réel; nous l'avons examinée ailleurs (2). Parfois c'est la qualification du droit réel qui est incertaine. Si le droit est un droit réel, il importe assez peu comment on le qualifie, puisqu'il est de principe que les propriétaires peuvent démembrer leur droit de propriété comme ils l'entendent, et tous ces droits réels sont régis par les mêmes principes (3). Nous allons parcourir

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 171, n<sup>o</sup> 147.

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 113, n<sup>o</sup> 106, et le tome VII, n<sup>os</sup> 138 et 146.

(3) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 107, n<sup>o</sup> 84.



quelques espèces qui se sont présentées devant les tribunaux.

On demande si l'on peut stipuler, à titre de servitude, le droit de planter sur le terrain d'autrui. Il faut distinguer les plantations qui se font sur la voie publique et celles qui se font sur une propriété particulière. Quant aux arbres plantés sur un chemin public, la loi du 28 août 1792 dispose, article 14 : « Tous les arbres existants actuellement sur les chemins publics, autres que les grandes routes nationales, et sur les rues des villes, bourgs et villages sont censés appartenir aux propriétaires riverains, à moins que les communes ne justifient en avoir acquis la propriété par titre ou possession. » Quelle est la nature de ce droit? Les riverains ont la propriété des arbres plantés sur un terrain qui, de droit commun, fait partie du domaine public de la commune. Or, aux termes de l'article 547, les arbres appartiennent comme fruits au propriétaire du fonds, par droit d'accession. Lors donc que les arbres sont la propriété des riverains, le domaine de la commune est démembré. Vainement dirait-on que le domaine public, étant hors du commerce, ne peut être grevé de servitude. Ce principe n'est pas absolu, comme nous l'avons dit ailleurs (1). Ici il y a une loi formelle qui met fin à tout doute : les riverains ont droit à des arbres qui, en vertu du droit de propriété, devraient appartenir à la commune; voilà bien un droit réel. Ce droit existe-t-il aussi en ce sens que les riverains aient le droit de faire de nouvelles plantations? La loi de 92 ne leur donne pas le droit de planter; elle le leur refuse plutôt, puisqu'elle limite le droit des riverains aux *arbres actuellement existants*. Lors de la discussion de la loi de 1841 sur les chemins vicinaux, la question fut soulevée au Sénat. On soutint que les riverains avaient le droit de planter en vertu de la loi de 1792, ce qui n'est pas exact. Le ministre de l'intérieur déclara que si un riverain avait acquis le droit de planter sur une route, ce droit lui était conservé. Mais comment peut-il acquérir ce droit? Le ministre répond qu'il pourra l'acquérir par la prescrip-

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 151, n° 130.

tion (1). Il faut ajouter que les riverains ont ce droit à titre de propriétaires, là où, comme dans les Flandres, ils ont la propriété des chemins vicinaux, dont les communes ont seulement la jouissance à titre de servitude. De droit commun, le propriétaire du fonds servant peut planter sur le chemin qui sert de passage, pourvu que la plantation ne porte pas atteinte à la servitude (art. 701). Or, l'on suppose que la plantation ne nuit pas à la circulation, qu'elle n'est pas contraire à la destination de la route, sinon il ne pourrait être question de prescription. Donc on reste sous l'empire des principes généraux, ce qui décide la question en faveur des riverains.

Si l'on peut avoir le droit de planter sur une voie publique, à titre de servitude, on peut à plus forte raison avoir ce droit sur des propriétés privées. Et la servitude étant apparente et continue, elle pourra s'acquérir par la prescription. Nous avons dit ailleurs que le droit d'avoir des arbres sur le fonds d'autrui existe dans beaucoup de localités. Merlin appelle ce droit une propriété partiaire (2). N'est-ce pas plutôt une servitude? Celui qui a droit à une certaine espèce d'arbres croissant dans un bois n'a aucun droit dans le sol, il n'est donc pas propriétaire; il a un droit aux fruits sans avoir la propriété du sol qui les produit. C'est, à vrai dire, un droit d'une nature particulière. Il diffère des servitudes, car la servitude est un droit immobilier, tandis que le droit que l'on a sur des arbres, alors qu'on n'est pas propriétaire du sol, est un droit mobilier. Ce n'est pas un droit de propriété, puisque le sol appartient à autrui. C'est donc un droit réel d'une nature spéciale. Il y a un arrêt de la cour de cassation qui semble contraire. Dans l'espèce, la possession des arbres était un simple fait, le possesseur n'ayant point excipé d'une possession à titre de propriétaire ni à titre de servitude. La question rentrait donc sous l'application de l'article 555, et n'avait rien de commun avec la difficulté que nous venons

(1) Delebecque, *Commentaire sur la loi du 10 avril 1841*, p. 55, n° 92.

(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Commune*, § VII. Et le tome VI de mes *Principes*, p. 111, n° 85.



d'examiner (1). Cette matière donne lieu à bien d'autres difficultés : nous croyons inutile d'entrer dans ce débat, puisqu'il ne présente guère d'intérêt pratique.

**221.** Une commune, en vendant un terrain touchant à une place publique, stipule que les acquéreurs seront tenus de bâtir dans un délai déterminé. Cette stipulation est évidemment faite au profit de la place publique. Est-ce une servitude? Il a été jugé par le tribunal de Gand que c'est une charge réelle qui grève les terrains vendus, et qui les suit par conséquent entre les mains des sous-acquéreurs. Ceux-ci ne peuvent pas se plaindre qu'on impose à leur propriété une restriction à laquelle ils n'ont pas consenti. Si la charge est réelle, elle passe par cela même à tous les successeurs du fonds, sans qu'elle doive être déclarée. Les tiers sont d'ailleurs prévenus par la transcription de l'acte de vente (2). Nous croyons que le tribunal a bien jugé. Reste à savoir si cette charge constitue une servitude. Nous ne le croyons pas. On objecte que s'il y a une servitude de ne pas bâtir, il peut aussi y avoir une servitude de bâtir; que, dans l'un et l'autre cas, le droit du propriétaire est restreint. Nous répondons que les servitudes ne consistent pas à faire; la loi permet, il est vrai, de charger le propriétaire du fonds servant des travaux nécessaires pour l'usage de la servitude; mais cette charge, réelle aussi, est l'accessoire d'une servitude principale; tandis que, dans l'espèce, la charge principale consisterait à faire. C'est donc une charge d'une nature particulière. Si le tribunal a décidé qu'elle était réelle, c'est qu'elle avait été stipulée au profit d'une place publique et non dans l'intérêt d'une personne; en ce sens, elle participait du caractère des servitudes.

**222.** Il est stipulé dans un acte de vente « que les constructions qui seront élevées sur les terrains que les vendeurs possèdent encore devront être à usage d'habitations bourgeoises, faites et agencées comme telles. » La cour

(1) Arrêt de cassation du 11 juin 1839. Il en est de même d'un arrêt de Douai du 18 mars 1842 (Daloz, au mot *Propriété*, n° 419).

(2) Jugement du tribunal de Gand du 13 août 1860. Sur l'appel, l'affaire a été transigée (*Belgique judiciaire*, t. XXIII, p. 884).

de Lyon a jugé que cette stipulation constituait une servitude; l'arrêt l'assimile à la servitude de ne pas bâtir (1). Ne pourrait-on pas objecter que dans ce cas aussi il y a obligation de faire, partant pas de servitude? Non, il y a une différence entre l'espèce que nous venons d'examiner (n° 221) et celle-ci. Dans la première, les acquéreurs étaient obligés à bâtir, donc à faire. Tandis que, dans l'espèce décidée par la cour de Lyon, les vendeurs n'étaient pas tenus de bâtir; mais s'ils bâtissaient, ils devaient construire des maisons bourgeoises; il leur était donc interdit de construire des maisons ouvrières; en ce sens, la charge qui leur était imposée consistait à ne pas faire, donc il y avait servitude. On faisait une autre objection, en prétendant que l'obligation de ne bâtir que des maisons bourgeoises était un droit de créance, donc une obligation personnelle imposée aux vendeurs, et on en concluait que la charge, n'étant pas réelle, ne passait pas aux successeurs. La cour de Lyon répond que les termes de la convention étaient absolus; il en résultait que la charge était imposée à tout possesseur du fonds, donc elle constituait une servitude. Il est vrai que la convention ajoutait que, les maisons une fois bâties, la stipulation serait réputée accomplie, les parties n'entendant pas créer une *servitude perpétuelle*. Mais cette clause ne prouvait qu'une chose, c'est que la servitude, au lieu d'être perpétuelle, n'était que temporaire.

**223.** L'obligation de souffrir les inconvénients de la fumée qui s'échappe des cheminées voisines est-elle une servitude? Nous avons dit ailleurs (2) que cette obligation est une de celles qui naissent du voisinage, donc elle est de droit commun; c'est la condition naturelle de la propriété d'être restreinte par le droit égal des autres propriétaires. Toutefois ces charges nées du voisinage ont leur limite. Elles se justifient par cette considération que si un propriétaire éprouve une incommodité, lui de son côté fait souffrir la même incommodité à son voisin. Cette égalité est rompue quand l'un des voisins fait un usage

(1) Lyon, 10 décembre 1868 (Daloz, 1869, 2, 71).

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 197, n° 146.



immodéré de son droit, ou s'il élève une de ces immenses fabriques qui répandent une fumée dommageable au voisinage. Dans ces cas, l'émission de la fumée prend les caractères d'une véritable servitude. C'est dire que le propriétaire ne peut répandre une fumée exceptionnelle que s'il en a acquis le droit par titre. La cour de Metz l'a décidé ainsi (1). Nous disons qu'il faudrait un titre ; en effet la servitude est discontinuée, puisqu'il faut chaque jour le fait de l'homme pour que la fumée soit produite. Dans l'espèce jugée par la cour de Metz, la servitude avait été acquise sous l'empire de l'ancien droit, elle formait donc un droit acquis lors de la publication du code civil.

**224.** Le droit de fouiller le sol, pour y faire la recherche des mines qui peuvent s'y trouver, constitue-t-il une servitude ? Quand ce droit est stipulé au profit d'une mine, il n'y a aucun doute, puisqu'il y a, dans ce cas, une charge établie sur un fonds au profit d'un autre fonds. Mais que faut-il décider s'il y a une simple concession de mines faite à un tiers non propriétaire des fonds qui doivent être exploités ? Où est alors l'héritage dominant ? et s'il n'y a pas de fonds pour l'utilité duquel la charge est stipulée, peut-il y avoir servitude ? La question a été décidée affirmativement par la cour de cassation de Belgique. Nous avons dit ailleurs que les mines forment une propriété particulière, distincte de la superficie du sol dans lequel elle sont enfouies. Le gouvernement a le droit de concéder à d'autres qu'au propriétaire l'exploitation de la mine et la faculté de faire des recherches dans les terrains voisins. Ce droit de recherche est une charge qui grève un fonds dans l'intérêt de l'exploitation concédée ; or, la concession d'une mine est un droit immobilier, il y a donc un fonds dominant et un fonds servant. S'il n'y avait pas de concession, mais un simple droit de faire des fouilles pour parvenir à la découverte de la mine, y aurait-il encore servitude ? L'arrêt est conçu en ce sens, il suppose que la concession n'est pas encore accordée (2). Il nous semble qu'ici il y a erreur ;

(1) Metz, 29 mars 1854 (Daloz, 1855, 2, 26).

(2) Arrêt de rejet du 10 mai 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 386).

car il n'y a plus d'héritage dominant. Est-ce à dire que la charge ne soit pas réelle ? Il est certain qu'elle l'est par sa nature même ; car l'objet de la concession est le droit de rechercher la mine dans les fonds, abstraction faite des possesseurs. Cela suffit pour qu'il y ait droit réel, mais tout droit réel n'est pas une servitude.

## § II. *Du mode d'exercer les servitudes.*

### N° I. DU TITRE.

#### I. *Principe d'interprétation*

**225.** Aux termes de l'article 686, l'usage et l'étendue des servitudes établies par le fait de l'homme se règlent par le titre qui les constitue. Le titre forme, en effet, la loi des parties, quand c'est une convention (art. 1134) ; et si c'est un legs, il naît également une espèce de contrat de l'acceptation du légataire. Il n'y a aucun doute quant au principe ; mais quelle est la règle d'interprétation qu'il faut suivre ? C'est là le point important. Toullier répond, d'après Domat : « Comme les servitudes dérogent à la liberté naturelle, on doit les restreindre à ce qui se trouve précisément nécessaire pour le besoin des fonds auxquels elles sont dues, et il faut en diminuer l'incommodité autant qu'il est possible (1). » Cela est beaucoup trop absolu et la formule dépasse certainement la pensée de l'auteur. On trouve dans Dumoulin une formule en apparence toute contraire. Toullier conclut que, dans le doute, on doit se prononcer en faveur du fonds servant ; tandis que Dumoulin dit que, dans le doute, la servitude ne doit pas être présumée limitée (2) ; de sorte que l'un restreint la servitude et l'autre ne la restreint pas. Laquelle des deux règles faut-il suivre ? Il nous semble que la loi n'établissant pas de principe spécial en ce qui concerne l'interprétation des

(1) Toullier, t. II, p. 303, n° 654. Domat, livre I, titre XII, sect. I, n° 9.

(2) Dumoulin, *De dividuo et individuo*, part. III, n° 83.