

2° Le propriétaire d'un essaim d'abeilles peut le poursuivre sur le fonds où il s'est posé (l. des 23 septembre-6 octobre 1791, tit. I, sect. III, art. 5).

3° Le propriétaire d'objets enlevés par les eaux peut aller les retirer dans le fonds où ils ont été entraînés.

CHAPITRE III

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME

1340. Il n'y a de véritables servitudes que celles dont s'occupe notre chapitre, celles qui résultent du fait de l'homme. Ce sont les seules en effet qui constituent une exception au Droit commun de la propriété foncière en France. Nous avons déjà noté (*supra*, n° 1222) que les diverses restrictions au droit de propriété, établies par le législateur dans les chapitres I et II sous les noms de *servitudes naturelles* et de *servitudes légales*, constituent le Droit commun de la propriété foncière, et que par suite, dans une langue juridique bien faite, elles ne devraient pas être désignées sous le nom de *servitudes*, la servitude supposant, ainsi que ce mot lui-même l'indique, une exception au Droit commun de la liberté des fonds.

SECTION I

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES QUI PEUVENT ÊTRE ÉTABLIES SUR LES BIENS

1341. Le législateur donne aux propriétaires la plus grande latitude pour établir sur leurs fonds ou au profit de leurs fonds telles servitudes que bon leur semble. Toutefois, après avoir formulé ce principe, l'article 686 al. 1^{er} y apporte deux restrictions importantes : « *Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.* »

1342. Première restriction. Les particuliers ne peuvent pas établir sur leurs fonds ou au profit de leurs fonds des servitudes contraires à l'ordre public. Telle serait une servitude de passage établie pour favoriser la contrebande. La pratique n'offre guère d'exemples de servitudes de ce genre, et nous n'y insisterons pas davantage.

1343. Deuxième restriction. Elle est indiquée par ces mots de notre article : « *pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds.* »

La loi dit tout d'abord que les services établis ne doivent pas être imposés à la personne, mais seulement à un fonds. Cette disposition signifie que la servitude ne peut pas consister en une prestation personnelle imposée au propriétaire d'un fonds *en cette qualité*, de sorte qu'il cesserait d'en être tenu en cessant d'être propriétaire du fonds et que le nouveau propriétaire en serait tenu à sa place. Ainsi, je ne puis m'obliger *en qualité de propriétaire d'un fonds* à labourer le vôtre ou à curer vos fossés, de telle sorte que je serai tenu de cette obligation tant que je conserverai la propriété du fonds et que celui qui me succédera dans le fonds en sera tenu à ma place. Je puis bien contracter un semblable engagement *personnellement*, mais je ne puis pas le contracter *réellement*, c'est-à-dire *en qualité de propriétaire d'un fonds*, par conséquent pour moi et pour ceux qui me succéderont dans le fonds.

Cependant il résulte de l'article 698 que le propriétaire du fonds assujéti peut être obligé *en cette qualité* à faire les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude, par exemple à entretenir le chemin par lequel s'exerce une servitude de passage. Mais ici, qu'on le remarque bien, la prestation personnelle ne constitue pas la servitude comme dans les exemples cités tout à l'heure; elle n'en est que l'accessoire. La servitude porte sur un fonds, et c'est seulement pour en faciliter l'exercice que le propriétaire de ce fonds s'engage à faire certains travaux. Il n'y a donc pas antinomie entre l'article 686, al. 1^{er}, et l'article 698.

En second lieu notre texte dit que les services ne doivent pas être établis « *en faveur de la personne* », mais seulement *en faveur d'un fonds*. Prise à la lettre, cette formule proscrireait les servitudes personnelles (usufruit, usage et habitation). Ce sont bien là en effet des servitudes établies en faveur d'une personne, et non en faveur d'un fonds. Mais telle ne peut avoir été la pensée du législateur. Ce qu'il a voulu proscrire, ce sont les services qui devraient profiter à une personne *en qualité de propriétaire d'un fonds* sans profiter à ce fonds lui-même. Ainsi je ne puis pas stipuler *en qualité de propriétaire d'un fonds*, c'est-à-dire pour moi et pour tous ceux qui me succéderont dans ce fonds, le droit de cueillir des fleurs sur l'héritage voisin, ou le droit de promenade sur cet héritage, ou le droit d'y chasser ou d'y pêcher (ce dernier point toutefois est un peu plus douteux). Je puis bien stipuler ces divers avantages pour ma personne; mais je ne puis les stipuler pour mon fonds, parce qu'ils ne profiteraient pas à ce fonds, en ce sens qu'il est impossible de les considérer comme établis pour son *usage* ou son *utilité* (art. 637), mais seulement à la personne de celui qui en serait propriétaire.

En résumé, la double règle que la servitude ne peut pas être imposée à la personne ni en faveur de la personne, signifie : d'une part, qu'une servitude réelle ne peut pas avoir pour objet direct et principal des

services qui seraient imposés à une personne en qualité de propriétaire d'un fonds plutôt qu'au fonds lui-même; et d'autre part, qu'on ne peut pas grever un fonds, à titre de servitude réelle, de services qui devraient profiter à la personne du propriétaire d'un autre fonds plutôt qu'à ce fonds lui-même.

Pour achever d'éclairer ce sujet, nous citerons un exemple, qui n'a pas le mérite de la nouveauté, mais qui a celui de nous faire toucher du doigt la double prohibition établie par notre article parce qu'il nous montre une servitude imposée tout à la fois à la personne et en faveur de la personne. Deux fonds voisins, le fonds A et le fonds B, appartiennent à deux propriétaires différents. Sur le fonds A se trouve une maison d'habitation; sur le fonds B, une mare peuplée de nombreuses grenouilles. Les propriétaires des deux héritages font la convention suivante: toutes les fois qu'il y aura une personne malade dans la maison d'habitation sise sur le fonds A, le propriétaire du fonds B battra la mare aux grenouilles pour empêcher que leur chant ne trouble le sommeil du malade. Cette convention est doublement nulle, en tant qu'elle aurait pour but d'établir une servitude réelle. Elle est nulle d'abord, parce qu'elle impose un service *personnel* au propriétaire du fonds B; elle est nulle ensuite, parce qu'elle ne profite pas au fonds A, mais seulement à la personne de son propriétaire. La convention ne peut être valable qu'en tant qu'elle obligerait personnellement l'un des contractants envers l'autre, abstraction faite de leur qualité respective de propriétaires des fonds A et B; elle est nulle en tant qu'elle pourrait obliger ceux qui deviendront ultérieurement propriétaires du fonds B ou profiter à ceux qui deviendront propriétaires du fonds A.

1344. Aux termes de l'article 686, al. 2: « *L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, par les règles ci-après.* »

Nous retrouverons cette disposition sous les articles 697 et suiv.

Divisions des servitudes.

1345. La loi nous indique ici trois divisions des servitudes résultant du fait de l'homme: 1° servitudes urbaines et servitudes rurales; 2° servitudes continues et servitudes discontinues; 3° servitudes apparentes et servitudes non apparentes.

1346. 1° **Servitudes urbaines et servitudes rurales.** « *Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. — Celles de la première espèce s'appellent urbaines, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. — Celles de la seconde espèce se nomment rurales* » (art. 687).

Personne n'ayant encore pu dire quelle est l'utilité de cette distinction, nous nous bornons à citer le texte qui la consacre. Elle devrait disparaître; à quoi bon surcharger la science du Droit de distinctions inutiles?

1347. 2° **Servitudes continues et servitudes discontinues.** — Si la distinction précédente est sans intérêt pratique, celle-ci au contraire présente une importance capitale au point de vue de l'établissement des servitudes (*infra*, n° 1353 et s.). Aussi convient-il d'y insister.

Lisons tout d'abord l'article 688, qui contient des définitions précieuses: « *Les servitudes sont ou continues, ou discontinues. — Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continu sans avoir besoin du fait actuel de l'homme: telles sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce. — Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées: tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables.* »

Les servitudes *discontinues*, dont nous parlerons tout d'abord, sont celles « qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées ». Ce qui les caractérise, c'est que leur exercice ne survit pas au fait de l'homme; il cesse dès que ce fait cesse de se produire. Telle est la servitude de passage; elle s'exerce chaque fois que le propriétaire du fonds dominant passe sur le fonds servant, et seulement pendant le temps qu'il met à passer. La loi cite encore les servitudes de puisage, de pacage. On peut ajouter la servitude d'extraire de la marne ou du sable, la servitude d'abreuvement...

Les servitudes *continues* sont celles dont l'usage est ou peut être continu sans le fait actuel de l'homme. La loi ne dit pas sans le fait de l'homme, mais bien sans son fait *actuel*. Et en effet les servitudes, dites *continues*, supposent l'intervention du fait de l'homme au moins pour leur établissement, et souvent pour leur exercice qui nécessite ordinairement certains travaux, tels qu'une construction s'il s'agit d'une servitude de vue. Mais ce qui caractérise la servitude continue, c'est qu'une fois qu'elle est établie et que les choses sont mises dans l'état nécessaire pour son exercice, elle s'exercera toute seule et indéfiniment sans une nouvelle intervention de l'homme, c'est-à-dire du propriétaire du fonds dominant, sans son fait actuel, comme le dit la loi, par conséquent en son absence aussi bien qu'en sa présence, pendant son sommeil aussi bien que quand il veille.

Ainsi la loi cite comme exemple de servitudes continues les conduites d'eau (servitude d'aqueduc, de *aquam ducere*). Le fait de l'homme est nécessaire pour l'établissement de cette servitude: il se produira le plus ordinairement sous forme de convention entre les propriétaires. Puis, la servitude une fois créée, le fait de l'homme sera nécessaire encore pour établir l'aqueduc sur le fonds servant: il faudra placer des tuyaux ou creuser un canal. Mais une fois ces travaux faits, la servitude s'exercera toute seule sans l'intervention active de l'homme; l'aqueduc une fois établi, l'eau suivra indéfiniment la voie qui lui a été ouverte à travers le fonds servant, et arrivera ainsi d'elle-même au fonds dominant. Peut-être la servitude ne s'exercera-t-elle pas sans intermittences, car il est possible que la source qui alimente l'aqueduc se tarisse à certaines époques de l'année; mais peu importe, la servi-

tude n'en sera pas moins continue, parce qu'elle s'exerce d'elle-même et sans le fait *actuel* de l'homme toutes les fois que la source fournit de l'eau. Elle ne cesserait même pas de l'être par suite de cette circonstance que l'aqueduc serait muni d'une pelle ou vanne qu'il faudrait lever pour donner passage à l'eau. En effet, la vanne une fois levée, l'eau coule indéfiniment tant qu'on ne la ferme pas; de sorte qu'il est vrai de dire que la servitude s'exerce sans le fait *actuel* de l'homme.

La loi cite ensuite comme exemple de servitudes continues la servitude de vue. Si l'homme n'est pas toujours à la fenêtre pour regarder sur l'héritage voisin, la fenêtre est toujours là, menaçant le voisin qui peut craindre d'être vu sans voir. En ce sens on peut dire que la fenêtre est un regard permanent sur l'héritage d'autrui. Et puis les fenêtres ne servent pas seulement à regarder; elles sont aussi destinées à fournir l'air et la lumière, et elles remplissent ce double office, le second surtout, sans le fait *actuel* de l'homme.

Enfin la loi cite les *égouts*. Que cette disposition s'applique à l'égout des toits, c'est incontestable. Le fait de l'homme est bien nécessaire au début pour l'établissement de cette servitude : il devra nécessairement intervenir pour disposer le toit de la maison ou les tuyaux de conduite de manière à ce que l'eau se déverse sur l'héritage voisin; mais, une fois ces travaux exécutés, la servitude s'exercera d'elle-même. Elle ne s'exercera pas d'une manière continue il est vrai, car il ne pleut pas toujours; mais elle s'exercera toutes les fois qu'il pleuvra, sans l'intermédiaire de l'homme, sans son fait *actuel*, *quia, licet non exercentur semper, tamen semper apta est exerceri sine facto hominis*, dit Cœpolla.

1348. Mais la disposition de la loi s'applique-t-elle aussi à la servitude d'égout des eaux ménagères ou servitude d'évier? J'ai disposé mon évier de façon que les eaux qui en découlent se déversent sur votre fonds par un tuyau de conduite, et vous recevez ces eaux sans vous plaindre. La servitude que vous subissez ainsi est-elle continue ou discontinue? La question est très-importante; car, si la servitude est continue, elle sera susceptible de s'établir par la prescription, c'est-à-dire par un exercice trentenaire (arg., art. 690); tandis qu'elle ne pourra pas s'établir par ce moyen si elle est discontinue (arg., art. 694).

La Cour de cassation juge que la servitude d'évier est discontinue. Elle a fait tout récemment une application nouvelle de ce principe en décidant que la servitude d'évier ne peut faire l'objet d'une action possessoire (Cass., 17 février 1875, Sir., 77. 4. 74). « Attendu », dit la Cour, « que la servitude d'évier a pour destination spéciale l'écoulement des eaux ménagères, et que cet écoulement n'a et ne peut avoir lieu que par le fait *actuel* et incessamment renouvelé de l'homme ». — Il est incontestable que le fait de l'homme est nécessaire pour que la servitude dont il s'agit puisse s'exercer; l'eau ne coulera sur le fonds voisin que lorsqu'on la versera dans l'évier. Mais elle coulera pendant un certain temps encore après que le fait de l'homme aura cessé de se produire, et on ne peut s'empêcher de remarquer l'analogie qui existe à ce point de vue entre la servitude d'évier et la servitude d'aqueduc

qui ne peut s'exercer qu'en levant une vanne, circonstance qui ne l'empêche pas d'être continue. L'analogie est plus grande encore avec la servitude de vue, que la loi déclare continue bien qu'elle semble ne pouvoir s'exercer que moyennant le fait *actuel* de l'homme, sans doute parce que la fenêtre par laquelle elle s'exerce est une menace continue pour le voisin, qui peut toujours craindre qu'elle donne passage à quelque regard indiscret. N'en est-il pas absolument de même de la servitude d'évier? L'eau ne coule pas toujours, soit; mais il y a là le tuyau de conduite, qui est une menace permanente pour le voisin, de même que la fenêtre. De plus, les traces indélébiles que la servitude d'évier laisse ordinairement sur le sol, et les miasmes dont elle empeste l'air, offrent bien le caractère de la continuité. A ce double point de vue, il est rigoureusement exact de dire que l'exercice de la servitude survit au fait *actuel* de l'homme. Si l'on ajoute que l'article 688 attribue dans les termes les plus généraux aux égouts le caractère de servitudes continues, et que les servitudes discontinues ont été déclarées insusceptibles de s'établir par la prescription parce qu'on peut considérer le voisin qui les subit comme accomplissant un acte de pure tolérance (*infra*, n° 1353), on pensera peut-être qu'il est difficile de se ranger sur ce point à l'avis de la Cour suprême. La doctrine est divisée sur cette question.

1349. Servitudes apparentes; servitudes non apparentes. —

Art 689. « Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes. — Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. — Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme par exemple la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée ». Notons tout de suite que la partie finale de l'article est mal rédigée. Au lieu de dire « la prohibition... de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée », il aurait fallu dire : la prohibition de bâtir au-delà d'une hauteur déterminée. Il s'agit de la servitude *altius non tollendi*. Comme toutes les servitudes *negatives*, elle n'est pas apparente parce qu'aucun signe visible ne trahit son existence.

Une même servitude peut être, tantôt apparente, tantôt non apparente. Ainsi la servitude d'aqueduc, qui s'exerce par des tuyaux placés à la surface du sol, est apparente, tandis que celle qui s'exerce par des tuyaux souterrains est non apparente. De même, la servitude de passage sera apparente si son existence est dénoncée par un chemin empierré ou par une porte, tandis qu'elle sera non apparente si aucun signe extérieur ne trahit son existence.

1350. L'alliance des deux dernières divisions que nous venons d'indiquer peut amener les quatre combinaisons suivantes :

1° *Servitudes continues et apparentes*. Exemples : servitudes de vue, d'égout des toits.

2° *Servitudes continues non apparentes*. Exemples : servitudes d'aqueduc souterrain, servitude *altius non tollendi*.

3° *Servitudes discontinues apparentes*. Exemple : servitude de passage s'annonçant par un chemin macadamisé.

4° *Servitudes discontinues non apparentes*. Exemples : servitude de pâchage, d'abreuvement.

1351. Servitudes positives, servitudes négatives. — Nous ne ferons qu'indiquer cette distinction, qui n'est pas formulée par le Code civil. La servitude *positive* est celle qui donne au propriétaire du fonds dominant le droit de faire quelque chose, par exemple de passer sur le fonds servant; la servitude *négative*, celle qui lui permet seulement d'exiger que le propriétaire du fonds servant s'abstienne de certains actes qu'il aurait le droit d'accomplir en l'absence de la servitude, par exemple de bâtir.

SECTION II

COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES

1352. Les servitudes s'établissent : 1^o *par titre*; 2^o *par prescription*; 3^o *par la destination du père de famille*.

I. Du titre.

1353. « *Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans* » (art. 690).

« *Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titre* (art. 691, 1^{er} alin.).

La loi désigne ici sous le nom de *titre* le fait juridique (contrat ou testament) qui donne naissance à la servitude. Ailleurs elle emploie quelquefois cette même expression pour désigner l'acte écrit qui constate ce fait juridique, notamment dans l'article 695. Un acte écrit est toujours nécessaire, quand la servitude est établie à titre gratuit, soit par testament (arg., art. 969), soit par donation entre-vifs (arg., art. 931); et dans la pratique les parties en dressent presque toujours un quand la servitude est constituée à titre onéreux, par vente par exemple, bien qu'alors il ne soit pas indispensable, au moins entre les parties.

Toute servitude quelle qu'elle soit, continue ou discontinue, apparente ou non apparente, positive ou négative, peut être établie par titre.

Aux termes de l'article 695 : « *Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récongnitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi.* »

On appelle *titre récongnitif* un nouvel acte écrit, destiné à en remplacer un autre anciennement rédigé. Le propriétaire du fonds dominant devra se procurer un titre récongnitif de la servitude, lorsque le titre constitutif aura été perdu ou détruit. Si le propriétaire du fonds assujéti refuse de le délivrer, il pourra y être contraint judiciairement. Du moins le juge, devant lequel il sera assigné en reconnaissance de la servitude, pourra, s'il refuse de le fournir, rendre un jugement qui en tiendra lieu.

* Pour pouvoir tenir lieu du titre primordial, le titre récongnitif de la servitude n'a pas besoin de satisfaire aux conditions exigées par l'article 1337. Il est de jurisprudence que l'article 695 se suffit à lui-même, et que les dispositions de l'article 1337 ne se réfèrent qu'aux obligations.

La constitution de servitude, au moins quand elle est faite par acte entre-vifs, ne devient opposable aux tiers que par la transcription du titre constitutif (art. 1 et art. 2, al. 1^{er} de la loi du 23 mars 1855).

II. De la prescription.

1354. « *Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans* » (art. 690).

Le délai exigé pour acquérir une servitude par la prescription est toujours de trente ans, et il n'y aurait pas lieu d'appliquer à notre matière l'article 2265 du Code civil, aux termes duquel on peut prescrire par dix à vingt ans, quand on a juste titre et bonne foi.

Pour soutenir que les servitudes peuvent s'établir par la prescription de dix à vingt ans, on a dit que les servitudes sont des immeubles (art. 526), et que l'article 2265 s'applique d'une façon générale à tous les cas où l'on possède l'immeuble d'autrui avec juste titre et bonne foi. — Mais l'article 2264 ne nous dit que les règles de la prescription, relatives à des objets autres que ceux mentionnés dans le titre de la prescription, sont déterminées dans les titres qui leur sont propres. Or l'article 690 indique les règles de la prescription en ce qui concerne les servitudes, c'est donc à lui seul qu'il faut se référer. Comme il nous parle de l'acquisition des servitudes, non pas par la prescription en général, mais par la possession de trente ans, il faut en conclure qu'il exclut l'usucapion par dix à vingt ans de l'article 2265. Cette solution est confirmée par ces paroles de Malleville : « A l'égard des servitudes, le Code n'a pas admis d'autre prescription que celle de trente ans ».

1355. Les seules servitudes susceptibles d'être acquises par la prescription de trente ans, sont celles qui sont à la fois continues et apparentes. Telles sont les servitudes de vue, d'aqueduc, d'égout des toits, etc., mais non la servitude de passage, qui peut être apparente mais n'est jamais continue, ni la servitude de ne pas bâtir, qui est continue mais non apparente.

Maintenant pourquoi la loi exige-t-elle la double condition de l'apparence et de la continuité, pour qu'une servitude soit susceptible de s'acquérir par la prescription ?

Elle exige l'*apparence* par application de ce principe, que la possession pour conduire à la prescription doit être publique (art. 2229). La possession ou, en d'autres termes, l'exercice d'une servitude non apparente ne peut pas satisfaire à cette condition. Aucun signe extérieur ne révélant ici l'existence de la servitude, la loi considère son exercice ou, si l'on veut, sa possession comme clandestine.

Quant à la continuité, la loi paraît l'avoir exigée, non par application de cette règle écrite en l'article 2229 : que la possession, pour pouvoir servir de fondement à la prescription doit être continue (car, comme on le verra, la possession d'une servitude discontinue pourrait être continue dans le sens de l'article 2229), mais bien par application de la règle que les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription (art. 2232). Le législateur a considéré que l'exercice d'une servitude discontinue ne constitue pas un empiètement suffisant sur le bien d'autrui pour conduire à la prescription, en ce sens que le propriétaire, qui souffre sans se plaindre l'exercice d'une pareille servitude, a