

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

pu n'y pas voir une usurpation méritant d'être réprimée, et l'aura souvent tolérée à titre de bon voisinage. Si le législateur avait autorisé l'acquisition par la prescription des servitudes discontinues, telles que la servitude de passage ou de puisage, un propriétaire n'aurait jamais consenti à laisser passer le voisin sur son fonds ou à l'y laisser venir puiser de l'eau..., alors même que ces actes ne lui auraient causé, aucun préjudice, parce qu'il aurait craint qu'ils ne pussent être invoqués plus tard contre lui comme fondement de l'acquisition d'une servitude par la prescription. On aurait ainsi envenimé les relations entre propriétaires voisins, en les obligeant à se montrer peu tolérants les uns envers les autres.

Telle est notre loi. Au premier abord son système paraît aussi juridique qu'équitable. Mais Machelard observe avec raison qu'en allant au fond des choses on arrive à la trouver fort défectueuse. Il est parfaitement vrai que, la plupart du temps, l'exercice d'une servitude discontinue devra être considéré comme ne constituant pas un empiètement suffisant pour conduire à la prescription, parce que le propriétaire qui l'aura soufferte aura agi par pure tolérance. Mais, de ce qu'il en est ainsi la plupart du temps, il serait téméraire de conclure qu'il en doit être ainsi toujours. Voilà un propriétaire qui laisse de temps à autre son voisin passer à pied sur son fonds, ou qui même l'y laisse quelquefois passer avec charrettes, mais tantôt par ici, tantôt par là, sans qu'il y ait aucun chemin tracé pour le passage. Il sera fort juste de dire que ce propriétaire fait acte de bon voisinage, qu'il souffre le passage par pure tolérance et que l'empiètement du voisin, si c'en est un, ne pourra fonder à son profit aucune prescription. Mais peut-on en dire autant dans l'espèce suivante? Le propriétaire d'un fonds a passé pendant trente ans sur le fonds voisin; non seulement il a passé mais il a construit pour favoriser son passage, et cela depuis plus de trente ans, un chemin sur l'héritage voisin, chemin qu'il a macadamisé ou pavé, de telle sorte que le terrain affecté au chemin est devenu impropre à toute culture. Dira-t-on qu'il y a là un empiètement, une usurpation qui ne présente pas les caractères suffisants pour conduire à la prescription? que le propriétaire qui l'a supportée doit être considéré comme ayant accompli un acte de pure tolérance? Logiquement la prescription devrait être possible dans cette hypothèse. Et cependant l'article 691 s'oppose à ce qu'elle puisse se produire *etiam per mille annos*; car la servitude de passage est discontinue. De même, voilà un propriétaire qui laisse le voisin puiser de l'eau à sa source ou à son puits. La plupart du temps il sera très-vrai de dire qu'il n'y a là qu'un acte de pure tolérance ne pouvant fonder aucune prescription. Mais pourtant supposez qu'un propriétaire ne se soit pas borné à puiser dans le puits qui appartient au voisin, mais qu'il y ait établi une pompe et qu'il s'en soit servi pendant trente ans. Dira-t-on encore qu'il s'agit d'un acte de pure tolérance? Cela paraît impossible! Et cependant, comme la servitude de puisage ne cesse pas d'être discontinue quand elle s'exerce au moyen d'une pompe, la disposition de la loi conduit à décider qu'au bout de trente ans et plus le propriétaire de la pompe n'aura pas acquis le droit de puisage par la prescription.

Ces solutions, qu'impose le texte de la loi, ne satisfont guère la raison. Aussi qu'est-il arrivé? C'est que dans plusieurs hypothèses la jurisprudence a pris un biais pour éluder l'application d'une disposition législative qui lui paraissait défectueuse. Ne pouvant décider que la prescription avait fondé un droit de servitude au profit du réclamant, elle a décidé que la prescription avait fondé à son profit un droit de propriété. Ainsi il est arrivé à plusieurs reprises qu'un propriétaire, se voyant con-

tester le droit de passage sur le fonds voisin, bien qu'il l'eût exercé pendant trente ans par un chemin macadamisé ou pavé, est venu soutenir en justice, non qu'il avait acquis le droit de passage par la prescription (en formulant ainsi sa prétention il aurait dû succomber), mais bien qu'il avait acquis par prescription la *propriété* du terrain affecté au droit de passage; et les juges ont accueilli cette prétention. De sorte que, pour avoir voulu protéger trop énergiquement le droit de propriété en le mettant à l'abri de la prescription d'un droit de servitude, le législateur en est arrivé finalement à le compromettre dans son existence même. Il a voulu empêcher qu'on pût acquérir par prescription une servitude de passage sur le fonds voisin, et il a acculé les juges dans une impasse qui les a conduits à admettre, contrairement à toutes les vraisemblances, la prescription de la propriété du terrain affecté à la servitude: ce qui est grave pour celui auquel appartenait le terrain, car désormais il ne pourra plus même y passer, ni construire dans le voisinage, sans observer la distance légale!

Que conclure de tout cela? C'est que le législateur aurait dû purement et simplement laisser les servitudes soumises aux règles du Droit commun en ce qui concerne la prescription. Elles auraient conduit à déclarer la plupart du temps, mais non toujours, la prescription impossible pour les servitudes discontinues (arg., art. 2332); de même qu'en sens inverse elles auraient conduit presque toujours, mais non toujours peut-être, à déclarer la prescription possible pour les servitudes, qui, tout en étant apparentes, sont en même temps continues. On aurait obtenu ainsi des résultats beaucoup plus satisfaisants que ceux auxquels conduisent les dispositions des articles 690 et 691.

1356. Par application du principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, l'article 691, al. 2, après avoir posé le principe que : « *la possession même* » *immémoriale ne suffit pas pour les établir* » (les servitudes continues et apparentes), ajoute « *sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui* » *les servitudes de cette nature déjà acquises par la prescription dans les* » *pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière* » (art. 691, 2^e alin.). Ceux qui avaient acquis par prescription, à l'époque où le Code civil a été promulgué, une servitude qu'on ne peut plus acquérir de la sorte aujourd'hui, ont dû se procurer une preuve écrite de l'existence de cette servitude, en faisant assigner le propriétaire du fonds servant en reconnaissance de la servitude. Autrement, il serait très-difficile de prouver aujourd'hui que ces servitudes étaient déjà acquises par prescription lors de la promulgation du Code civil.

La règle, établie par l'article 698 relativement à l'acquisition des servitudes par la prescription, a considérablement simplifié l'ancienne législation des coutumes sur ce point. Dans notre ancien Droit, on ne se préoccupait pas, en général, de la distinction des servitudes continues ou discontinues, au point de vue de la prescription; mais la plus grande variété existait entre les coutumes pour les délais de la prescription des servitudes. Tandis que certaines, excluant la prescription en notre matière, posaient la règle « *Nulle servitude sans titre* », d'autres exigeaient le délai de trente ans, d'autres de quarante ou même cent ans, d'autres enfin n'admettaient la prescription d'une servitude qu'après une possession immémoriale.

III. De la destination du père de famille.

1357. La destination du père de famille est l'acte par lequel le pro-

priétaire de deux immeubles établit entre eux une relation telle qu'elle constituerait une servitude, si les deux immeubles appartenait à deux propriétaires différents.

« *La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes* » (art. 692).

« *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* » (art. 694).

Le propriétaire de deux fonds établit entre eux un rapport, qui constituerait une servitude continue et apparente si les fonds appartenait à deux propriétaires différents; par exemple, il construit le toit de sa maison de façon à ce que l'égout se déverse sur son jardin. Tant que les deux immeubles resteront entre ses mains, il n'y aura pas de véritable servitude, par application de la règle *Nemini res sua servit*. Mais, si l'un des fonds, par exemple le jardin, passe entre les mains d'un tiers pour quelque cause que ce soit, il ne lui passera que sous la charge de l'égout du toit de la maison. La servitude d'égout, qui n'existait pas, ou qui n'existait qu'à l'état latent quand les deux fonds appartenait au même maître, apparaîtra le jour où l'obstacle qui s'opposait à son existence aura disparu, c'est-à-dire le jour où les deux fonds appartiendront à deux propriétaires différents. La loi suppose qu'il a été dans l'intention commune des parties de maintenir l'état de choses existant lors de la séparation des fonds. Voilà pourquoi, aux termes de l'article 692, la destination du père de famille vaut titre, c'est-à-dire convention.

Il y aurait également destination du père de famille, si la servitude était établie par le propriétaire, non plus entre deux fonds à lui appartenant, mais entre deux parties d'un même fonds dont l'une serait ensuite transmise à un tiers.

1358. Aux termes de l'article 693 : « *Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude* ».

Deux conditions sont donc nécessaires pour qu'il y ait destination du père de famille :

1° Que les deux fonds actuellement divisés aient appartenu au même propriétaire ;

2° Que ce soit lui qui ait établi l'état duquel résulte la servitude. Un usufruitier par exemple, et à plus forte raison un locataire, n'auraient pas le pouvoir d'établir entre les deux fonds cette relation, qui, par

définition, doit émaner du père de famille, c'est-à-dire du propriétaire.

Bien que la loi exige que les choses aient été *mises* par le propriétaire dans l'état duquel résulte la servitude, on s'accorde pour reconnaître qu'il y aurait destination du père de famille si le propriétaire de deux fonds avait *maintenu* entre eux un rapport qu'il n'a pas créé lui-même. Ainsi le propriétaire d'une maison ouvre des vues sur un terrain contigu dont il n'est pas propriétaire. J'achète successivement la maison et le terrain contigu, et je maintiens l'état de choses existant. Il y aura destination du père de famille.

1359. D'après l'article 692, les servitudes continues et apparentes semblent être les seules qui puissent s'établir par la destination du père de famille. Au contraire l'article 694 paraît dire que ce mode de constitution est aussi applicable aux servitudes qui sont apparentes sans être continues (argument des mots : entre lesquels il existe un signe apparent de servitude). Il y a là une antinomie, qui a servi depuis la promulgation du Code civil à exercer la sagacité des jurisconsultes, sans qu'ils aient pu réussir encore à se mettre d'accord. Voici les diverses solutions qui ont été proposées.

I. Pour les uns il faut suppléer dans l'article 694 la condition de continuité indiquée dans l'article 692, et que le législateur aurait oublié de reproduire. Cela revient à faire de l'article 694 une répétition inutile de l'article 692.

II. Pour d'autres, les articles 692 et 693 se rapportent au cas où les deux fonds sont séparés à la suite d'un partage, tandis que l'article 694 s'applique à l'hypothèse où le propriétaire dispose par aliénation de l'un de ses deux héritages. Dans le premier cas, la loi exige la continuité et l'apparence de la servitude; dans le second elle se contente de l'apparence. — Cette opinion manque de base rationnelle. Quel motif y a-t-il en effet d'exiger la continuité de la servitude, quand les deux fonds sont séparés par un partage, plutôt que lorsqu'ils le sont pour toute autre cause ?

III. Dans un troisième système on dit : Lorsque le propriétaire de deux fonds crée entre eux un rapport, qui constituerait une servitude si les deux fonds appartenait à deux propriétaires différents, il faut, pour qu'il en résulte effectivement une servitude quand les deux fonds seront séparés, que ce rapport ait les caractères d'une servitude continue et apparente. Ce premier cas est prévu par les articles 692 et 693. L'article 694 au contraire vise l'hypothèse où une servitude existant entre deux fonds est éteinte par la réunion de ces deux héritages dans les mêmes mains (confusion, art. 705), et revit ensuite par leur séparation. Le fait, de la part de celui qui est devenu propriétaire des deux héritages, d'avoir *maintenu* le rapport existant entre eux, sera considéré comme une destination du père de famille, si ce rapport constitue une servitude apparente, fût-elle discontinuée. En pareil cas, le Droit romain déclarait la servitude éteinte, à moins qu'on ne stipulât expressément son maintien dans l'acte qui opérait la division des deux fonds. Mais les rédacteurs du Code ont pensé que les parties, suffisamment averties par le signe apparent de la servitude, ont voulu maintenir l'état de choses existant au moment de la séparation des deux fonds. Si elles avaient voulu le faire cesser, elles l'auraient exprimé dans l'acte qui opère la séparation des deux fonds. En résumé par conséquent, la loi exige, pour qu'il y ait destination du père de famille, qu'il s'agisse d'une servitude continue et apparente quand le rapport entre les deux fonds a été créé par le propriétaire des deux immeubles, et d'une servitude apparente seulement quand le rapport a été simplement maintenu par lui. — Quoiqu'exposé par le tribun Albisson

devant le Tribunal, ce système paraît difficilement acceptable, parce que la distinction sur laquelle il est fondé ne trouve pas plus d'appui dans la raison que dans le texte de la loi. Qu'importe que le rapport d'où résulte la servitude ait été créé ou seulement maintenu par le propriétaire des deux fonds? Et, si le rapport créé par le propriétaire ne peut fonder qu'une servitude continue et apparente, comment expliquer que le rapport maintenu par lui puisse servir de fondement à une servitude qui est apparente sans être continue?

IV. Il reste une quatrième opinion, qui est la plus généralement suivie et qui nous semble en effet la meilleure. Lorsqu'un propriétaire a créé ou maintenu, entre deux fonds à lui appartenant, un rapport qui constituerait une servitude si les immeubles appartenaient à deux personnes différentes, la question qui se pose quand ces deux fonds sont séparés, est celle de savoir si les parties n'ont pas stipulé la cessation de cet état de choses dans l'acte qui opère la séparation des deux fonds. Aussi les coutumes de Paris et d'Orléans ne déclaraient-elles la servitude établie, après la séparation des deux héritages, qu'autant que cet acte était représenté et ne contenait rien de contraire à la destination du père de famille. Notre Code, moins rigoureux, établit à cet égard une distinction. S'agit-il d'une servitude continue et apparente? Après la séparation des héritages, elle sera considérée comme établie par la destination du père de famille, sans qu'il soit nécessaire de représenter le titre par suite duquel cette séparation a été opérée, et de prouver qu'il ne contient rien de contraire à l'établissement de la servitude. Ce premier cas est prévu par les articles 692 et 693. S'agit-il au contraire d'une servitude qui est apparente seulement sans être continue? La destination du père de famille ne vaudra titre qu'à la condition que « le contrat ne contienne aucune convention relative à la servitude » (art. 694); ce contrat devra donc être représenté.

1360. Notre section se termine par une disposition qui se comprend sans difficulté : « *Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. — Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage* » (art. 696). Mais ces droits accessoires à la servitude suivent nécessairement le sort de celle-ci. C'est ainsi que le droit de passage s'éteint avec la servitude de puisage dont il était la conséquence.

SECTION III

DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS AUQUEL LA SERVITUDE EST DUE

1361. Aux termes de l'article 686, al. 2 : « *L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règle par le titre qui les constitue : à défaut de titre, par les règles ci-après* ». Cette disposition n'est écrite qu'en vue des servitudes établies par titre. S'il s'agit d'une servitude acquise par prescription, les droits du propriétaire du fonds dominant sont réglés par la maxime *Tantum præscriptum quantum possessum*. Quant aux servitudes constituées par la destination du père de famille, l'étendue et le mode de leur exercice sont déterminés par l'état de choses duquel est née la servitude.

Voici maintenant un certain nombre de règles applicables en géné-

ral à toutes les servitudes, de quelque manière qu'elles aient été établies.

1362. Aux termes de l'article 697 : « *Celui auquel est due une servitude a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver* ». Par exemple, celui qui a le droit de passage peut faire paver ou macadamiser le chemin, si c'est nécessaire pour l'exercice de la servitude.

« *Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire* » (art. 698). En principe en effet, les servitudes n'imposent qu'un rôle passif au propriétaire du fonds servant. On peut déroger à cette règle, non seulement, comme le dit la loi, dans le titre d'établissement de la servitude, mais aussi dans un titre postérieur.

L'article 699 ajoute : « *Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.* »

« *Peut toujours s'affranchir de la charge* » ; alors même, par conséquent, qu'il l'aurait supportée pendant plus de trente ans. L'abandon établi par notre article est un acte de pure faculté, et par suite le droit de l'effectuer ne peut s'éteindre par la prescription (arg., art. 2232).

« *En abandonnant le fonds assujetti* ». Si une portion seulement du fonds est assujettie, il suffira d'abandonner cette portion. Ainsi pour se libérer de l'obligation de faire des travaux d'entretien d'un chemin affecté à l'exercice d'une servitude de passage, il suffira que le propriétaire du fonds servant abandonne le terrain consacré au chemin. Si au contraire le fonds tout entier est assujetti, le propriétaire devrait en faire l'abandon total pour se libérer. — La question de savoir si le fonds est assujetti pour le tout ou partie paraît être dans la plupart des cas une question de fait plutôt que de droit.

« *Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit* » (art. 700).

Au cas où l'exercice de la servitude serait divisible, par exemple s'il s'agit d'une servitude donnant le droit de puiser cent hectolitres d'eau par an à une source, ou de tirer cent quintaux de sable d'une sablière, il se diviserait entre les divers ayant-droit, proportionnellement à la portion du fonds dominant qui leur est échue. Ainsi celui auquel a été attribuée une portion du fonds dominant équivalente au quart, aura