

CHAPITRE V.

DES SERVITUDES FONCIÈRES.

DISPOSITION GÉNÉRALE.

Art. 214. Le nom de *servitudes*, employé pour désigner certains démembrements de la propriété, exprime l'idée qu'une chose est affectée, d'une façon dépendante, à l'usage et au service d'un autre que le propriétaire de cette chose. Le droit de propriété lui-même assujettit pleinement la chose au propriétaire ; mais le nom même de *propriété* l'indiquant suffisamment, le nom de *servitude* ne s'emploie pour aucun des services que le propriétaire tire de sa propre chose.

Les servitudes dont il va être parlé sont appelées *foncières* et, souvent, *réelles*, par opposition à l'usufruit, à l'usage et à l'habitation qu'on appelle quelquefois servitudes *personnelles*.

Ces noms demandent quelque attention, car ils pourraient causer de la confusion.

La qualification de *réelles* n'a pas ici pour but de dire que les servitudes sont des *droits réels* ; car l'usufruit, l'usage et l'habitation sont aussi des droits réels. La qualification de *foncières* n'est pas employée pour exprimer que ces servitudes portent toujours *sur des fonds* ; car l'habitation porte toujours sur un bâtiment, et si l'usufruit et l'usage ne portent pas toujours sur un fonds, ils peuvent aussi porter et, en fait, ils portent, le plus souvent, sur cette nature de biens.

Ici, les qualifications de *réelles* ou *foncières*, appli-

quées aux servitudes, expriment l'idée qu'elles *appartiennent à une chose, à un fonds*, par opposition à l'usufruit, à l'usage et à l'habitation qui appartiennent toujours à *une personne déterminée* et s'éteignent avec elle, sans se transmettre à son héritier, même au plus proche.

Il y a, au premier abord, quelque chose de bizarre à dire qu'un droit "appartient à une chose : " les choses sont les *objets* du droit et n'en peuvent être les *sujets* ; elles *subissent* un droit, mais ne peuvent *l'exercer* ; leur rôle est toujours *passif*, jamais *actif*, et, en réalité, les servitudes foncières appartiennent *au propriétaire* du fonds en faveur duquel la servitude est établie ; mais, comme ce propriétaire peut changer, par cession ou par héritage, et comme le droit de servitude n'en subit aucune atteinte et passe intact au nouveau propriétaire, en cette qualité, on est amené à dire, par figure de langage, que le droit de servitude appartient plutôt au fonds qu'à la personne du propriétaire. En outre, si l'on considère que les servitudes ont pour but l'amélioration des fonds, leur utilité, leur plus-value, et non le seul agrément des personnes, il n'y a rien d'exagéré à dire que les servitudes foncières "appartiennent aux fonds," et même, en suivant jusqu'au bout la figure de langage, on appelle fonds *dominant* celui en faveur duquel la servitude est établie, et fonds *servant* celui qui la subit, celui sur lequel elle s'exerce.

Ces observations préliminaires servent d'explication au 1^{er} alinéa de notre article 14 qui donne la définition des servitudes foncières.

Il suffit maintenant d'en faire ressortir les deux caractères distinctifs.

1^o La servitude doit avoir pour but de donner plus d'utilité au fonds dominant. Par *utilité*, on doit entendre tout ce qui en favorise l'usage, en facilite l'exploitation et, d'une manière générale, en augmente la

valeur ; ce qui comprend même certains agréments, lorsqu'étant de nature à convenir à toute personne et non au seul propriétaire actuel, ils donneront plus de valeur au fonds.

On aura à revenir, plus loin, avec l'article 266, sur les distinctions à faire au sujet des agréments purement personnels qui ne pourraient être établis à titre des servitudes *foncières*.

Le présent article exige que la servitude procure de l'*utilité* au fonds dominant ; c'est le principe essentiel.

L'établissement des servitudes a un grand avantage économique. Généralement, le profit qu'elles procurent au fonds dominant est bien supérieur au préjudice qu'elles causent au fonds servant ; cependant, s'il en était autrement, la servitude n'en serait pas moins valable, car les propriétaires auraient usé de leur liberté respective.

2° Il est nécessaire que les deux fonds, servant et dominant, appartiennent à différents propriétaires ; si le propriétaire de deux fonds tirait de l'un des avantages dans l'intérêt de l'autre, ce serait l'exercice normal du droit de propriété, il n'y aurait pas servitude ; cet état de chose dépendrait uniquement de la volonté du propriétaire, quant à son étendue et quant à sa durée ; la loi n'aurait pas à s'en occuper. Ce principe a des conséquences variées que l'on rencontrera ultérieurement.

Généralement, les servitudes sont établies entre fonds contigus ou, tout au moins, voisins : mais, cette condition n'étant pas absolument nécessaire, en raison, la loi ne l'exige pas ; ainsi, rien n'empêcherait qu'un droit de passage ou une prise d'eau fussent établis à la charge d'un fonds, au profit d'un fonds éloigné, lorsque la communication entre les deux fonds pourrait se faire par la voie publique, par un cours d'eau, ou par des fonds intermédiaires.

La loi n'exige pas non plus que les servitudes aient un caractère perpétuel, pour les fonds de terre, ni même, s'il s'agit de bâtiments, qu'elles soient aussi durables que ceux-ci.

Le 2^e alinéa de notre premier article indique les causes d'établissement des servitudes ; il n'en reconnaît que deux : *la loi* et le fait ou la volonté de *l'homme* ; il ne reconnaît de servitudes *naturelles* ou résultant de la situation des lieux.

Si l'on veut examiner les choses de haut, on reconnaîtra que tous les droits sont naturels avant d'être consacrés par la loi, surtout dans les pays où la loi se arde d'être arbitraire ; toutes les servitudes dites légales seraient donc, avant tout, *naturelles* ; il est préférable de nommer *légales* toutes celles que la loi consacre, sans l'intervention des particuliers. D'ailleurs, même dans les servitudes que la nature semble imposer davantage au législateur, il y a toujours lieu de régler l'exercice du droit, d'en déterminer l'étendue et les limites ; or, si les intéressés n'y pourvoient pas eux-mêmes, la loi seule le peut, et elle le doit, si elle ne veut pas laisser aux tribunaux un trop grand pouvoir, lorsque les contestations se présenteront.

Ce n'est pas, cependant, sans avoir beaucoup hésité que l'on s'est décidé à reconnaître au Japon des servitudes *légales*, bien qu'on trouve cette idée dans la plupart des législations modernes.

Depuis longtemps, il est admis en doctrine que les dispositions classées sous le nom de servitudes légales ne sont pas de véritables servitudes, qu'elles constituent plutôt *le droit commun* de la propriété, tandis que les servitudes proprement dites ne peuvent être que des *charges exceptionnelles*.

En effet, parmi les servitudes dites *légales*, on trouve des limites à l'exercice du droit de propriété qui n'est pas et ne peut être *absolu*, des restrictions à la liberté

du propriétaire, établies dans le but de l'empêcher de nuire à ses voisins ; comme la défense d'envoyer ses eaux ménagères ou industrielles sur le fonds voisin, ou même d'y faire tomber l'égoût de ses toits ; comme aussi celle de faire certains actes abusifs à l'égard du mur ou du fossé mitoyen. Or, il est difficile de considérer ces défenses comme des " charges établies sur un fonds pour l'utilité d'un autre fonds ;" on ne peut non plus, dans ces cas, parler de fonds *dominant*, ni de fonds *servant* ; car, chacun des fonds a, tout à la fois, les deux qualités vis-à-vis de l'autre, puisque les deux propriétaires peuvent se prévaloir des mêmes droits respectivement.

D'autres dispositions légales ont davantage le caractère de *charges*, comme celle de fournir au voisin enclavé un passage qui lui donne accès à la voie publique ; comme aussi l'obligation, pour les voisins, de contribuer également aux frais du bornage de leurs propriétés contiguës et même de la clôture, en certains cas.

Mais, on peut dire que la première seule de ces charges est établie pour l'utilité *de l'un* des fonds, car, les deux dernières le sont dans l'intérêt réciproque des voisins.

Ces considérations, si sérieuses qu'elle soient, n'ont cependant pas suffi pour déterminer les Rédacteurs du Code à rejeter la classification ordinaire.

Plusieurs motifs s'y opposaient.

D'abord, il est toujours gênant de s'écarter des traditions universellement reçues ; car, on prive la jurisprudence du bénéfice des travaux antérieurs.

Ensuite, il y a, entre voisins, des obligations légales qu'il est bien difficile de ne pas qualifier de *servitudes* ; telle est celle de fournir le passage des personnes en cas d'enclave, celle de subir le passage des eaux pour l'irrigation, ou leur écoulement pour le drainage, et plusieurs autres relatives aux eaux : sans compter les

nombreuses charges imposées aux propriétaires, dans l'intérêt général, par les lois administratives.

Enfin, si l'on voulait suivre une classification théorique rigoureusement exacte, on serait amené à répartir, dans trois ou quatre différentes places, des matières que l'on cherchera naturellement sous la rubrique des *Servitudes*.

Il faut souvent, en matière de législation, sacrifier la théorie pure à l'utilité pratique. Il y a longtemps qu'un législateur romain, l'empereur Justinien, a proclamé que " la simplicité est amie des lois." C'est une vérité encore aujourd'hui et au Japon comme partout ailleurs.

On aura donc, dans cette matière, deux Sections : l'une, pour les diverses modifications de la propriété nommées, improprement quelquefois, *servitudes légales*, l'autre, pour les véritables *servitudes*, pour celles qui, créées par la volonté de l'homme, constituent un asservissement exceptionnel d'un fonds à un autre.

Les deux Sections ne pourront être subdivisées de la même manière ; tandis que la seconde présentera nos subdivisions habituelles (1° les diverses espèces du même droit, 2° les causes ou moyens d'établissement du droit, 3° les effets du droit, 4° les causes d'extinction du droit), la première ne présentera d'autre subdivision que celle tirée des cas particuliers constituant les diverses espèces de servitudes dites "légales." En effet, il ne peut être question de tirer une subdivision des *causes*, puisque ces servitudes ont toutes la même cause, à savoir, la loi ; quant aux *effets* et à l'*extinction* de chacune de ces servitudes, ils varient, plus ou moins, avec chaque espèce de servitude et ils constituent précisément la matière principale de chaque paragraphe.

SECTION PREMIÈRE.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

 § 1^{er}.—DES DROITS D'ACCÈS ET DE PASSAGE
SUR LE FONDS VOISIN.

Art. 215. C'est assurément un des droits les plus certains du propriétaire que celui de refuser à autrui l'accès ou l'entrée chez lui ; cependant, ce droit même doit céder devant un autre droit plus respectable encore : celui qui demande l'entrée chez son voisin pour des travaux de construction ou de réparation, à faire sur la limite ou à proximité de la limite des fonds, est mû par un intérêt pécuniaire légitime et souvent considérable ; celui qui la refuse ne cherche souvent qu'une satisfaction de pure convenance personnelle, si même il ne cède pas à un mauvais vouloir.

Il ne faudrait même pas croire qu'il n'y a ici que deux intérêts privés en présence. Si cela était, il ne serait pas facile de faire prévaloir l'intérêt de l'un sur les convenances de l'autre. Mais, il faut voir ici un intérêt général, un intérêt économique.

Si la loi n'autorisait pas l'accès sur la propriété d'autrui pour la réparation des bâtiments, chaque propriétaire serait obligé de construire ses bâtiments et même ses murs en-deçà de la ligne séparative, ce qui produirait une perte de terrain.

Au Japon, un usage ancien, que le Code consacre dans certains cas (v. art. 257), est aussi de ménager entre les bâtiments un espace convenable pour les réparations. Mais comme les bâtiments qui se trouvent indûment sur la limite des propriétés ne doivent pas

être démolis pour ce seul fait, le droit d'accès sera toujours éventuellement utile.

Art. 216. Bien qu'il s'agisse ici d'un double intérêt économique, l'épargne des terrains et la conservation des bâtiments, il ne faudrait pas non plus sacrifier un autre intérêt économique, la conservation des récoltes. La loi pose donc, en principe, que les travaux ne pourront se faire à l'époque où les récoltes, déjà plus ou moins proches de la maturité, pourraient en être compromises. Mais, la prohibition fléchit devant l'urgence ou la nécessité absolue, justement parce que l'intérêt des bâtiments est, en général, plus grand que celui des récoltes : les bâtiments réparés en temps utile peuvent durer longtemps ; leur perte, au contraire, est irrémédiable et peut être considérable ; tandis qu'une récolte perdue ne l'est que pour une année et souvent pour une portion minime.

La loi interdit encore les travaux (sauf toujours le cas de nécessité), lorsque le propriétaire voisin ou le possesseur est absent. Il est juste qu'une atteinte à ses immunités, même autorisée par la loi, n'ait lieu que sous son contrôle et sous sa surveillance : les parents ou les serviteurs pourraient être mauvais gardiens de ses intérêts. Mais encore faut-il, pour retarder les travaux, que le voisin ne soit que "momentanément" absent ; car si son absence était déjà ancienne ou devait durer encore longtemps, le propriétaire n'en devrait pas souffrir indéfiniment ; d'ailleurs, l'absent a pu et presque dû laisser un mandataire pour surveiller sa propriété.

La loi revient, dans le 2^e alinéa, au respect des convenances du voisin, en interdisant que les travaux puissent motiver l'accès ou l'entrée dans les bâtiments consacrés à l'habitation, ce qui doit s'entendre même de l'habitation de la famille et des serviteurs, et des accessoires immédiats et nécessaires desdits bâtiments.

Il ne paraît pas nécessaire de justifier cette sage disposition.

Si les travaux ne demandaient l'accès qu'à des bâtiments consacrés à l'industrie ou au commerce, ou à des magasins, la prohibition cesserait.

Art. 127. Bien que l'obligation de fournir l'accès soit imposée au voisin par la loi et soit tout-à-fait conforme au droit naturel, ce n'est pas une raison pour lui refuser une indemnité : il n'en est pas moins vrai qu'il éprouve un dommage du fait d'autrui, en même temps que ce fait est avantageux à celui qui l'accomplit.

Lorsque le dommage n'aura été qu'un trouble dans les convenances personnelles, résultant des allées et venues des ouvriers et de la nécessité d'une certaine surveillance, l'indemnité sera naturellement légère et le plus souvent, elle ne sera même pas demandée, par l'effet des bons rapports de voisinage ; il en serait autrement, s'il y a eu dégradation des jardins ou des champs ou si les travaux ont été très longs, comme ceux de la construction d'un *koura*.

Du reste, le payement d'une indemnité ne dispenserait pas l'auteur des travaux d'enlever les débris de matériaux et d'approprier les lieux, en les rétablissant, autant que possible, dans l'état où ils étaient auparavant.

Art. 218. Cette servitude connue sous le nom de "droit de passage en cas d'enclave", est, plus encore que la précédente, fondée sur un grand intérêt économique.

Si un fonds n'avait pas d'accès à la voie publique, il ne pourrait être, ni habité par les personnes, ni exploité en culture ou autrement ; ce serait une propriété perdue pour tout le monde. Il faut donc faire fléchir l'intérêt des voisins devant l'intérêt général, en même temps que devant l'intérêt supérieur du propriétaire enclavé.

Il ne faudrait pas, cependant, considérer cette servitude comme “ dérivant de la situation naturelle des lieux ; ” car, si elle est devenue nécessaire, ce n'est que par l'imprévoyance des propriétaires antérieurs, dans des opérations de partage ou de cession. Aussi, les législations qui admettent des servitudes *naturelles*, n'y font-elles pas rentrer celle qui va nous occuper : elle figure, comme ici, parmi les servitudes *légales* ; la loi, en effet, intervient pour corriger la faute de l'homme.

Par cela même que la cause de la servitude n'est pas purement naturelle, le passage ne pourra être obtenu que moyennant une indemnité, sur laquelle revient l'article 220 et sauf une exception portée par l'article 223.

La loi tranche, au 2^e alinéa, une question qui pouvait faire difficulté, à savoir, si un fonds peut être considéré comme enclavé quand il n'a de communication qu'avec un cours d'eau, même public ; sans doute, dans le langage du droit, un fleuve, une rivière, un canal public, sont des *voies publiques* et ces voies communiquent, de distances en distances, à des voies terrestres ; mais, on ne peut méconnaître qu'elles sont d'un accès souvent difficile et même quelquefois dangereux ; un fonds de quelque importance qui n'aurait pas d'autre communication avec le dehors, serait, presque toujours, difficile à exploiter et d'une habitation très incommode. Cela est encore plus évident, si le fonds ne communique qu'avec la mer qui n'est pas accessible à toute heure, par le mouvement du flux et du reflux, et qui souvent est bouleversée pendant plusieurs jours.

Toutefois, il peut y avoir tant de variétés dans les dispositions locales que la loi a laissé un pouvoir d'appréciation aux tribunaux : ils “ pourront, ” sans encourir la cassation, déclarer, suivant les circonstances, qu'un fonds contigu à un cours d'eau est enclavé ou ne l'est pas.

La solution est la même et devait encore plus être laissée à l'appréciation des tribunaux, lorsque le fonds prétendu enclavé est supérieur ou inférieur à la voie publique : il est clair que, dans bien des cas, une communication qui n'aurait lieu que par de hauts escaliers serait bien défavorable à l'exploitation d'un fonds ; mais il ne faudra considérer l'inégalité des niveaux comme constituant une enclave que si elle est " notable " et en outre, il faudra tenir compte de la nature et du mode d'exploitation des propriétés : une maison d'habitation ne serait pas considérée comme enclavée par la même différence de niveaux qu'une manufacture ou un fonds mis en culture.

Au surplus, comme le passage sur les fonds voisins sera toujours plus ou moins onéreux pour celui qui le requiert, il n'y a guère à craindre qu'il le réclame sans nécessité, lorsqu'il a déjà une communication avec un cours d'eau, avec la mer ou avec une voie publique se trouvant en contre-bas ou en contre-haut de sa propriété.

La loi n'a pas cru devoir s'occuper du cas où les communications directes d'un fonds avec la voie publique se trouveraient momentanément interrompues par quelque accident, comme un éboulement, une inondation ou des travaux publics. En pareil cas, si les communications ne pouvaient se faire qu'à travers des fonds voisins, les propriétaires de ces fonds devraient s'y prêter, et sans indemnité. C'est à la police locale qu'il appartiendrait de résoudre les difficultés nées de ces circonstances.

Il peut enfin se produire une enclave véritable et permanente par la suppression d'une voie publique, ou par son déplacement, au moyen d'un redressement ou autre opération de voirie. Dans ce cas, si l'administration n'a pu fournir aux fonds précédemment riverains de la voie publique une communication avec la nou-

velle voie, celle-ci sera demandée aux fonds voisins ; généralement, ce sera l'administration qui fera la demande et fera reconnaître et exécuter la servitude légale.

Art. 219. Le but de la loi ne serait pas complètement atteint et même ne le serait que très imparfaitement, si le passage n'était accordé qu'aux personnes. Lors même que le fonds enclavé ne serait qu'une maison d'habitation, il faudrait, presque toujours, accorder le passage des véhicules, soit pour les personnes, soit pour les provisions. Il en est ainsi, à plus forte raison, pour un fonds qui serait l'objet d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale.

Il n'y aurait même pas à distinguer entre le cas où, soit les bâtiments d'habitation, soit l'exploitation, seraient antérieurs à l'enclave et celui où ils y seraient postérieurs : il y a toujours le même intérêt économique.

Si le fonds enclavé n'a pas d'habitation et que les travaux d'exploitation n'aient lieu qu'à certaines époques de l'année, comme la plupart des travaux des champs, ou comme ceux relatifs à un bois, le passage ne devrait, en règle, être exercé qu'à ces époques ; toutefois, le droit de surveillance appartenant au propriétaire du fonds enclavé devrait être respecté, pourvu qu'il n'y eût pas, de sa part, abus et vexation.

Il arrivera le plus souvent, sans doute, que les parties se mettront d'accord sur la fixation de la ligne du passage et sur le montant de l'indemnité : leur intérêt bien compris sera toujours d'éviter les lenteurs et les frais d'une expertise judiciaire. Mais, la loi a dû prévoir le cas de désaccord. Elle indique alors au tribunal le double but qu'il doit poursuivre : la plus grande commodité possible pour le fonds enclavé et le moindre dommage pour le fonds traversé.

La loi ne dit pas que le passage sera pris par la ligne la plus directe, c'est-à-dire la plus courte, car,

elle pourrait être aussi la plus incommode, par l'effet d'une pente trop rapide, ou par un terrain inondé ou encombré de roches ; la ligne la plus courte pourrait aussi être la plus dommageable au fonds servant, car, il pourrait être nécessaire de supprimer des plantations ou de détruire des cultures importantes.

Il faudra chercher la meilleure conciliation des deux intérêts, et si les parties n'ont pu tomber d'accord, ce sera, le plus souvent, par l'effet du mauvais vouloir du propriétaire du fonds servant. Il sera facile au tribunal, au moyen d'une visite des lieux, ou par la nomination d'un expert, de répondre au vœu de la loi.

Art. 220. Quoique le passage ne soit accordé que contre une indemnité à payer par le propriétaire qui se prévaut de la servitude, cela ne dispense pas celui-ci de faire les frais de premier établissement du passage, tels que nivellement, terrassement, empiérement, et, plus tard, de supporter les frais d'entretien. Le propriétaire du fonds enclavé fera d'ailleurs autant ou aussi peu de travaux qu'il jugera à propos ; de cette façon, on évite des contestations qui pourraient gêner tout-à-fait les rapports de bon voisinage.

Le propriétaire peut être admis à prétendre à une première indemnité, une fois payée, pour les dommages qui seraient causés aux constructions ou plantations d'*arbres*, par l'établissement du passage. La loi ne parle que "d'*arbres* ;" si le dommage était causé seulement à des plantes ou arbustes, l'indemnité s'en confondrait avec la suivante.

Les servitudes sont perpétuelles en principe, comme les fonds auxquels elles sont attachées activement et passivement. Cependant, cette perpétuité n'est pas de *leur essence*, c'est-à-dire, n'en est pas inséparable : elle n'est que de *leur nature*, c'est-à-dire qu'elle a lieu *de droit*, s'il n'y est pas dérogé, soit par la loi, soit par

le fait de l'homme. On a déjà fait remarquer, sous l'article 314, que la perpétuité ne figure pas dans la définition des servitudes.

L'enclave qui est la cause de la servitude légale de passage ne se présentera pas ordinairement comme devant avoir une durée indéfinie ; car elle peut cesser par des causes diverses, notamment, par la création d'une nouvelle voie publique avec laquelle communiquerait le fonds enclavé ; elle peut cesser aussi, si le propriétaire du fonds enclavé acquiert un des fonds voisins communiquant avec la voie publique, autre que celui sur lequel il exerçait la servitude ; on peut supposer enfin que le fonds servant se trouve réuni au fonds dominant dans les mêmes mains, ce qui est le cas d'extinction de la servitude par confusion.

C'est à raison de la probabilité de la cessation ultérieure de l'enclave que la loi n'accorde qu'une indemnité " annuelle " au propriétaire du fonds servant : cette indemnité a une double base : 1° la diminution de l'usage ou de la jouissance, résultant du terrain occupé par le passage, 2° la dépréciation de la valeur vénale du fonds.

Art. 221. Puisque l'indemnité est annuelle, elle doit cesser d'être due dès que le passage est devenu inutile par la cessation de l'enclave. Si cependant aucune des parties ne se prévaut de cet événement, la situation restera la même jusqu'à ce qu'il convienne à l'une d'elles d'y mettre fin ; or, il pourrait arriver que l'ancien passage fût plus court ou plus commode au fonds dominant que le nouveau et que le propriétaire du fonds servant ne fût pas fâché de recevoir toujours l'indemnité annuelle.

Mais il est vraisemblable que le débiteur s'affranchira un jour ou l'autre d'une charge annuelle toujours pénible, surtout quand elle n'est plus inévitable. Dans

ce cas, il ne payera l'indemnité que proportionnellement au temps où il aura usé du passage pendant la dernière année : le 1^{er} alinéa commande cette solution.

Le cas prévu par le 2^e alinéa est différent. Il faut supposer que l'enclave n'a pas cessé par un fait nouveau, par un de ceux qui ont été prévus plus haut, mais que cependant le propriétaire enclavé veut renoncer au passage : cela ne peut se concevoir raisonnablement que si l'on se place dans les cas où le fonds communique à une rivière ou à la mer ou se trouve entre contrehaut ou en contrebas de la voie publique, ce qui n'avait pas empêché de le considérer comme enclavé ; ou bien le propriétaire enclavé a renoncé à un mode d'exploitation qui lui avait permis d'obtenir un passage avec voitures, dont il n'a plus besoin.

Dans ces cas, il peut encore renoncer à son droit, pour s'affranchir du paiement de l'indemnité annuelle, et c'est alors que la renonciation étant purement volontaire l'astreint au paiement de six mois de l'annuité.

Art. 222. La loi suppose ici que les parties ont fait un règlement *en capital* de l'indemnité du dommage permanent : ce que le tribunal ne peut faire est évidemment permis aux parties intéressées. Il fallait alors régler le sort de ce capital, pour le cas où l'enclave viendrait à cesser.

La loi devait aussi se prononcer sur la faculté de rachat de l'annuité, quand il n'y a pas été dérogé.

Il est toujours gênant d'avoir à payer des annuités, pour quelque cause que ce soit ; c'est aussi une cause fréquente de procès. Lorsque ces annuités n'ont pas de durée fixe et peuvent se prolonger indéfiniment, la loi doit en favoriser l'extinction par le paiement d'un capital.

Le Code ne permet cependant ce rachat que s'il a été

autorisé et réglé en capital par la convention des parties (1^{er} al.).

Si l'enclave vient à cesser, le capital est toujours restitué en entier, sauf convention contraire (2^o al.). Cette restitution aura deux applications : 1^o si l'indemnité a été réglée à l'origine en capital et s'il a été effectivement payé ; 2^o si le rachat de l'indemnité annuelle a été effectué en capital.

Il ne faut pas s'étonner que, dans ces divers cas, l'indemnité soit restituée en entier, même lorsque le passage a été exercé plus ou moins longtemps : le propriétaire du fonds servant a eu la jouissance du capital, en compensation du trouble que lui a causé le passage.

Quoique la loi ne l'exprime pas, il faut exclure de la restitution du capital un des cas qui feraient cesser l'enclave, à savoir, la réunion du fonds servant et du fonds dominant dans les mêmes mains, ou *confusion* : l'indemnité qui aurait été fixée en capital ou transformée en capital par le rachat de l'indemnité annuelle ne sera pas restituée par le propriétaire du fonds servant, vendeur de sa propriété. On ne peut pas dire, en effet, qu'il est affranchi du passage, puisqu'il n'a plus de fonds. D'ailleurs, le règlement du prix de vente entre les parties met fin à tous leurs rapports pécuniaires au sujet des fonds ; enfin et surtout il y a présomption que le fonds servant a été vendu moins cher à cause de la servitude, tout comme s'il avait été vendu à un autre qu'au propriétaire enclavé.

Art. 223. Dans le cas particulier prévu par cet article, la négligence qui a donné naissance à l'enclave est imputable autant au propriétaire qui a cédé la parcelle enclavée qu'à celui qui l'a acquise, il est donc juste que le premier n'ait pas droit à une indemnité pour le passage qu'il est tenu de livrer ; d'ailleurs, quand on

cède un droit à autrui, on est toujours obligé de lui garantir les moyens d'user du droit cédé.

Cette disposition pourrait, dans le silence de la loi, y être suppléée en vertu du principe de la garantie de la vente et du partage ; mais on n'a eu aucun scrupule à l'insérer dans le Code. Elle pourra recevoir une application au cas de cession d'un droit de superficie.

Il est naturel aussi qu'en pareil cas, la servitude cesse de plein droit avec l'enclave, et sans aucune restitution, puisqu'aucune indemnité n'a été payée. Mais, la loi n'admet cette cessation que s'il y a création d'une nouvelle voie publique, ce qui est un avantage gratuit et commun ; si donc l'enclave cessait, parce que le propriétaire enclavé aurait acquis un fonds voisin ou obtenu par convention un autre droit de passage, le premier passage subsisterait, parce qu'il est dû par l'effet d'une autre convention.

§ II.—DE L'ÉCOULEMENT, DE L'USAGE
ET DE LA CONDUITE DES EAUX.

Le Code réunit ici toutes les charges relatives aux eaux, moins, bien entendu, celles établies par le fait de l'homme.

Ainsi, d'abord, on y trouve celle relative à l'écoulement naturel des eaux par le seul effet de la déclivité des terrains (art. 244 et 226). Vient ensuite l'obligation pour chaque propriétaire de préserver ses voisins de l'égoût de ses toits (art. 226). Puis, les limites au droit d'usage des eaux de source ou des eaux courantes (art. 227 à 232). Enfin, le droit d'aqueduc, permettant aux propriétaires d'obtenir un passage à travers le fonds voisin, pour faire venir les eaux nécessaires à l'irrigation ou pour faire sortir celles provenant du drainage ou d'autres opérations de dessèchement (art. 233 à 237).

Art. 224. C'est cette première servitude que l'on dit quelquefois dériver "de la situation des lieux," et que, pour cela, on nomme servitude *naturelle*; étant observé d'ailleurs qu'il ne s'agit que des eaux pluviales ou des eaux de sources, et non des eaux ménagères ou industrielles.

On a déjà justifié la qualification de *légale* qui est donnée ici à la servitude.

L'eau suit si impérieusement la déclivité des terrains qu'il n'y a pas de force humaine qui puisse la retenir : le plus faible ruisseau, s'il est contenu plus ou moins longtemps, devient un torrent dévastateur.

La loi respecte et consacre la puissance de la nature et ce serait en vain qu'elle prétendrait dispenser les fonds inférieurs de l'obligation de recevoir les eaux naturelles des fonds plus élevés : la loi ne peut décréter que les rivières remonteront à leur source. Mais, l'obligation légale n'existe plus, si la déclivité a été produite par des travaux exécutés sur le fonds supérieur.

Toutefois, le Code considère qu'il est souvent très difficile de savoir si la disposition respective des lieux a toujours été la même dans les villes et autres localités où la population est agglomérée, les terrains ont presque toujours subi des modifications plus ou moins considérables : les terrains bas ont été comblés et relevés, les pentes ont été modifiées ; mais le souvenir en est perdu, ou l'origine en est difficile à prouver. Si les propriétaires des fonds inférieurs étaient admis à refuser de recevoir les eaux après un temps immémorial, en prouvant qu'il y a eu des travaux de main d'homme, il en résulterait un dommage énorme pour les fonds supérieurs, et même, le plus souvent, il serait impossible de rétablir le cours des eaux dans leur état primitif.

La loi va plus loin, elle assimile les travaux remontant à plus de 30 ans à ceux qui ont une ancienneté inconnue.

Au surplus, on a cru inutile d'insérer ici deux dispositions qui se trouvent dans quelques Codes étrangers, à savoir, que "le propriétaire du fonds inférieur ne peut point élever de digue qui empêche l'écoulement," et que, réciproquement, "le propriétaire du fonds supérieur ne peut rien faire qui aggrave cet écoulement."

Ces dispositions sont évidemment surabondantes ; si le propriétaire inférieur pouvait élever une digue contre les eaux, c'est qu'il ne serait pas tenu de les recevoir ; si le propriétaire supérieur pouvait aggraver l'écoulement, on ne pourrait plus dire que celui-ci est naturel, qu'il a lieu "sans que la main de l'homme y ait contribué."

Ainsi, le propriétaire supérieur ne pourrait pas réunir ses eaux en un ou plusieurs ruisseaux qui, en faisant une irruption plus ou moins violente chez le voisin, pourraient lui causer dommage. Assurément, il pourrait diriger les eaux à son gré dans l'intérieur de son fonds ; mais, il devrait, pour la sortie, leur rendre l'écoulement naturel déterminé par le terrain.

Un cas plus délicat est celui de savoir si le fonds inférieur serait tenu de recevoir les eaux d'un puits jaillissant creusé par le propriétaire supérieur, ou d'une source qui aurait été amenée par lui à la surface du sol. Il y aurait là, évidemment, un travail de l'homme, lequel semblerait exclure l'idée de servitude légale ; d'un autre côté, l'eau étant amenée à la surface du sol, la pente peut la conduire naturellement chez le voisin. Faudrait-il obliger le propriétaire supérieur à supprimer le puits jaillissant ou la source ? Il y a des cas où ce serait impossible et où il n'y aurait d'autre remède que celui d'une indemnité au propriétaire inférieur. On pourrait dire qu'il y a là, des *eaux enclavées* requérant un passage, comme les personnes, dans le cas de l'article 218.

Même question pour les eaux de source amenées d'une propriété voisine et que le cédant ne voudrait pas reprendre.

La question devra, le plus souvent, être résolue par les tribunaux, au moyen d'une indemnité : on assimilera les eaux jaillissantes ou provenant de travaux de l'homme aux eaux amenées pour l'irrigation et qui se trouveraient excéder les besoins du fonds qui les a obtenues. On verra plus loin (art 234), que l'excédant des eaux d'irrigation peut être évacué sur les fonds inférieurs, moyennant indemnité.

Le propriétaire inférieur peut, de son côté, recueillir les eaux à l'entrée de son fonds, soit pour les diriger au lieu où elles sont le moins dommageables, soit pour s'en servir.

La loi n'a pas cru devoir exprimer que le propriétaire inférieur doit recevoir avec les eaux, les terres, sables ou pierres qui seraient entraînés par les eaux : mais, l'obligation est la même, si c'est toujours l'œuvre de la nature. Dans les pays de montagnes, les eaux entraînent souvent des masses énormes de terres et de graviers : les fonds inférieurs se trouvent *ensablés* et dévastés, les récoltes sont perdues, et il faut souvent plusieurs années pour reconstituer les cultures : c'est aux propriétaires des fonds inférieurs à faire chez eux des ouvrages qui retiennent les terres en laissant passer les eaux.

Une question inverse pourrait se présenter, à savoir : si le propriétaire supérieur aurait le droit de reprendre les terres, sables ou pierres que les eaux ont entraînés.

Il paraît difficile de lui refuser ce droit pourvu qu'il ne cause pas de nouveaux dégâts et qu'il n'ait pas attendu que le propriétaire inférieur ait rétabli ses cultures sur les terres descendues chez lui : autrement, il pourrait être déclaré non recevable par l'effet d'un abandon volontaire desdits matériaux.

Art. 225. Bien que les modifications des cours d'eaux, ici prévues, ne proviennent pas de faits de

l'homme, mais d'accidents naturels, elles ne doivent pas aggraver la situation respective des fonds : les propriétaires pourront toujours rétablir le cours normal des eaux.

Le cas le plus saillant est celui où un cours d'eau traversait un fonds supérieur dans une direction plus ou moins horizontale et ne laissait écouler aucune partie de ses eaux sur un des fonds inférieurs ; mais par la rupture d'une digue, l'eau s'échappe latéralement et inonde ce fonds. Il est juste, en pareil cas, que le propriétaire inondé puisse faire rétablir le cours naturel de l'eau.

Mais aux frais de quel propriétaire ?

Le cas ne pouvait faire doute dans notre Code qui accorde formellement une action possessoire pour danger de rupture de digues ou aqueducs. Il y a là des ouvrages de main d'homme dont l'entretien doit être à la charge de celui sur le fonds duquel ils se trouvent.

Il en serait autrement, si les berges rompues ou menaçant de se rompre étaient naturelles : dans ce cas, la réparation ne pourrait être imposée au propriétaire du fonds supérieur, il devrait seulement la laisser exécuter.

Le 2^e alinéa met encore les frais de dégagement des canaux ou aqueducs à la charge du propriétaire supérieur, parce que le fonds servant n'a pas la charge d'entretenir l'écoulement des eaux : il suffit qu'il n'y mette pas obstacle. En effet, on verra plus loin, sous l'article 236 et à la Section suivante, que les servitudes n'obligent pas à *faire*, mais seulement à *souffrir*.

La servitude relative à l'écoulement des eaux pourrait être modifiée dans son exercice par des conventions particulières ; mais, il est impossible d'admettre qu'elle puisse être entièrement supprimée par convention, parce qu'il est d'ordre public et économique que les fonds supérieurs ne soient pas rendus improductifs par la

surabondance des eaux.

Par la même raison, le propriétaire inférieur ne pourrait se dire affranchi de l'obligation de recevoir les eaux, sous le prétexte que le propriétaire supérieur les aurait retenues et absorbées pendant 30 ans, temps ordinaire du non-usage extinctif des servitudes.

C'est une des différences que présentent, avec les servitudes établies par le fait de l'homme, celles des servitudes légales qui sont fondées sur un intérêt d'ordre public essentiel (v. ci-après, art. 290).

Il est d'autant moins possible de soutenir que la servitude qui nous occupe pourrait être éteinte par une convention particulière que le propriétaire supérieur peut même exiger le passage des eaux provenant de drainage ou d'irrigation et cependant, ce ne sont pas là des eaux purement naturelles.

La seule conséquence qu'il faille attacher à une convention qui exclurait la servitude d'écoulement des eaux naturelles, c'est que dans certains cas elle pourrait être rétablie que moyennant indemnité, comme cela a lieu pour les eaux de drainage ou d'irrigation : par exemple, l'indemnité serait très juste si le propriétaire supérieur qui aurait consenti antérieurement à conserver ses eaux naturelles ait lui-même reçu une indemnité ou autre compensation pour ce sacrifice de son droit ; il ne devrait donc pas le recouvrer gratuitement.

Art. 226. La loi ne permet pas de faire tomber l'égoût des toits, directement sur la propriété voisine, parce que la hauteur de la chute creuserait plus ou moins le sol, parce qu'aussi l'espace où l'eau tomberait, serait, en général, plus étendu que l'écoulement naturel venant du sol voisin, enfin, parce qu'aucune partie de l'eau pluviale ne se trouverait absorbée par ce même sol ; il faut donc, si les bâtiments sont élevés sur la limite même, que la pente des toits soit dirigée vers le terrain où se trouvent

les bâtiments, ou, si la disposition des toits est inverse, que les eaux soient ramenées par des gouttières sur ledit terrain, d'où ensuite elles suivront leur pente naturelle.

Si un propriétaire, en construisant ou en réparant son bâtiment prenait des dispositions contraires à la loi, le voisin pourrait l'arrêter par la dénonciation de nouvel œuvre.

Art. 227. L'écoulement naturel des eaux de source est une charge pour le propriétaire inférieur ; mais, il n'est pas un droit pour lui : le propriétaire auquel appartient la source peut donc, en principe, détourner les eaux ou en disposer au profit d'un tiers.

Mais une première exception se trouve dans l'article suivant : on verra aussi dans la Section suivante (art. 276), que parmi les servitudes établies par le fait de l'homme se trouve la prescription acquisitive des eaux, laquelle reçoit une application dans le cas présent.

A plus forte raison, le propriétaire de la source ne pourrait-il priver le voisin de l'écoulement, s'il lui avait concédé les eaux par titre.

Le texte réserve ces deux exceptions pour que la disposition ne paraisse pas, au premier abord, plus absolue qu'elle n'est en réalité. Il réserve aussi la restriction à la liberté des propriétaires au sujet des eaux minérales qui existent sur leurs fonds : la santé publique motive bien un pareil sacrifice.

Art. 228. La présente disposition repose sur le principe que l'intérêt général ou collectif doit primer, dans certains cas, l'intérêt individuel.

L'usage de l'eau est une des besoins les plus impérieux de l'homme, et il est passé en axiome de morale que ce que l'on peut le moins refuser à son semblable c'est l'eau nécessaire à éteindre sa soif. La loi apporte ici, d'ailleurs, un grand soin à concilier les intérêts opposés.

D'abord, pour que le propriétaire de la source soit privé de la plénitude de son droit, il faut que les réclamants constituent une agglomération d'habitants, reconnue par l'administration, un *hameau*, au moins ; il ne suffirait pas d'une réunion de quelques maisons particulières n'ayant aucun lien entre elles, ni de quelque grande manufacture, même employant beaucoup d'ouvriers : il faut que l'agglomération représente un intérêt général, si limité qu'il soit.

De même, le texte veut que l'eau de la source soit *nécessaire* aux habitants : il ne suffirait pas qu'elle leur fût simplement *utile*, et il précise le genre de nécessité : ce n'est pas la nécessité agricole ou industrielle, laquelle pourtant se comprendrait, mais n'a pas paru aussi impérieuse que les nécessités domestiques, c'est-à-dire ce qui est nécessaire à l'usage direct de l'homme et des animaux, même des bestiaux logés dans le bâtiment.

Le propriétaire devra laisser écouler l'excédant d'eau qui ne lui est pas *utile* ; son droit n'est pas, comme celui des habitants voisins, limité à la *nécessité* : il va jusqu'à *l'utilité* ; mais, l'utilité ne comprend pas *l'agrément*. Le propriétaire pourra faire des irrigations, il ne pourra pas faire un étang : le plaisir d'une personne ne doit pas être respecté au prix de la vie ou de la santé des autres hommes.

Le texte permet à la commune ou aux habitants du hameau de faire exécuter des travaux sur le fonds où naît la source, pour recueillir les eaux et pour en favoriser la sortie. La seule limite que la loi mette à ce droit, c'est que le dommage ne doit pas être permanent, mais seulement temporaire, et, de ce chef, il y aura lieu à une indemnité, si le propriétaire l'exige.

Il y aura lieu à une autre indemnité, pour la privation que le propriétaire éprouve par la perte d'une partie des avantages de la source. Mais, cette indemnité serait prescrite, elle cesserait d'être due, par l'effet de la

prescription libératoire, si la commune avait joui de la source pendant trente ans sans rien payer.

On remarquera seulement qu'en pareil cas, il ne faut pas dire que la servitude est acquise par prescription ; elle est acquise par la loi et indépendamment d'aucun délai, et même avant que l'usage en ait commencé : la prescription n'est ici qu'extinctive de l'obligation d'indemniser le propriétaire.

Art. 229. Ainsi que le dit le texte, il ne s'agit pas ici des eaux faisant partie du domaine public ; or, les eaux qui ont ce caractère sont les fleuves, les rivières navigables ou flottables et les canaux de navigation, avec leur lit (v. art. 22).

En France et ailleurs, il a régné jusqu'ici une grande incertitude sur le point de savoir à qui appartiennent les cours d'eau qui ne font pas partie du domaine public. Les uns les attribuent au domaine privé de l'Etat ; les autres, aux riverains ; d'autres disent qu'ils n'ont pas de maître et n'en peuvent avoir, c'est-à-dire qu'ils sont choses *communes* ; d'autres distinguent entre le lit et l'eau courante, et c'est l'opinion qui semble la plus raisonnable : le lit serait la propriété des riverains et l'eau courante serait commune. C'est cette solution qu'on a adoptée dans le Code.

Tel est le caractère des cours d'eau auxquels s'appliquent le présent article et le suivant : les riverains ont la *propriété du lit* et ils ont seulement *l'usage privilégié de l'eau courante*.

Il n'est pas inutile de justifier un peu plus au long cette distinction entre le lit du cours d'eau et l'eau courante elle-même.

Que le lit appartienne aux riverains ou à ceux dont le cours d'eau traverse la propriété, il y a là une chose toute naturelle ; il serait déraisonnable et inadmissible en pratique que le domaine public ou le domaine privé

de l'Etat fût ainsi interposé entre les propriétés privées : ce serait une source de difficultés continuelles ; l'objection serait la même si l'on voulait reconnaître la même nature de bien à l'eau courante.

Théoriquement, on comprendrait que l'eau courante appartint au propriétaire dans le fonds duquel elle prend sa source ; ce pourrait être l'Etat, un *fu* ou *ken*, *shi*, *tcho* ou *son* ou un particulier ; mais un cours d'eau, dans son chemin, ne tarde pas à en rencontrer d'autres qui le grossissent et, bientôt, il y aurait cumul de plusieurs droits de propriété sur une eau courante, ce qui serait une source de difficultés inextricables. Il est bien plus naturel et tout aussi juste que la propriété de l'eau courante soit perdue pour le propriétaire de la source originaire, dès que l'eau est sortie de son domaine : elle ne devient pourtant pas *sans maître*, afin qu'il ne soit pas permis au premier occupant de s'en emparer, même au riverain ou à celui dont l'eau traverse l'héritage : la loi, d'accord avec la raison et l'intérêt public, la déclare *commune*, c'est-à-dire que personne n'en a et n'en peut acquérir *la propriété* et que tout le monde en a *l'usage* : en première ligne, se trouvent les riverains ou les propriétaires à travers le fonds desquels passe le cours d'eau, et ceux-ci ont une sorte de privilège que nos articles déterminent ; ils peuvent même empêcher la prise d'eau chez eux, par les tiers ; par conséquent, celui qui, en fait, aurait puisé de cette eau pourrait avoir commis une faute en entrant sur le fonds d'autrui ; mais il n'aurait pas commis une "soustraction de la chose d'autrui," c'est-à-dire un vol.

La distinction une fois faite entre les eaux qui font partie du domaine public et celles qui n'y rentrent pas, il n'y a plus à tenir compte, parmi ces dernières, de leur importance ou de leur exiguité : le plus petit filet d'eau séparant deux propriétés ou traversant un fonds

doit être respecté, sinon dans son intégrité, au moins dans son existence ; il est en effet, très important pour les propriétaires inférieurs de recueillir le bénéfice de l'eau, dans la mesure de ce qui en reste après l'usage normal des propriétaires supérieurs. Sans doute, il pourra arriver qu'un petit ruisseau soit épuisé sur son parcours ; mais encore ce ne sera souvent que pendant certaines saisons, et les propriétaires inférieurs pourront exiger que *le passage* de l'eau ne soit pas supprimé, de manière à ce qu'elle puisse toujours y reprendre son cours.

La théorie qui placerait dans le domaine privé de l'Etat les eaux qui ne sont pas du domaine public aurait, outre le tort grave d'être arbitraire, l'inconvénient énorme d'autoriser l'Etat à dépouiller les particuliers de leur usage, sans indemnité.

Le 1^{er} alinéa de l'article 229 défend à chaque riverain de modifier "le cours ou la largeur" de l'eau : si l'un d'eux modifiait le cours de l'eau, en la faisant passer tout entière chez lui, l'autre cesserait d'être riverain ; s'il en modifiait la largeur, en élargissant le lit chez lui, l'eau n'aurait plus la même force ; s'il rétrécissait le lit, c'est le contraire qui aurait lieu.

Le 2^e alinéa donne au propriétaire dont le fonds est *traversé* par un cours d'eau un droit bien plus considérable qu'au *riverain* dont l'eau *borde* le fonds : le premier peut faire circuler l'eau dans son fonds, ce qui pourra, par l'absorption du sol et l'évaporation, en diminuer beaucoup le volume à la sortie. Ce droit est la conséquence de ce que le lit lui appartient ; or, il doit pouvoir changer ce lit. Mais pour qu'un tel usage de l'eau n'aille pas jusqu'à sa suppression, la loi veut que ces changements soient toujours motivés sur les usages domestiques agricoles ou industriels ; le propriétaire ne pourrait donc pas utiliser l'eau pour en faire un lac ou un étang dont le trop plein seul serait rendu aux pro-

priétaires inférieurs : de telles eaux ne seraient plus aussi pures et pourraient être considérablement réduites, peut-être même absorbées par le fonds supérieur.

Les tribunaux préserveront les intéressés de pareils abus.

Quoique notre article 229 fût fait surtout pour les eaux *courantes*, il est naturel de l'étendre aux eaux *agglomérées* (lacs ou étangs) qui se trouveraient contiguës à plusieurs propriétés distinctes. Il pourrait même arriver qu'un lac ou un étang se trouvât dans l'intérieur d'une propriété et que le propriétaire du fonds n'eût pas la propriété de l'eau, parce qu'elle aurait une entrée et une sortie sur son fonds : ces deux communications avec le dehors la feraient assimiler à une eau courante ou commune.

Notre article, sans cette distinction, donne la même solution pour les eaux courantes et les lacs ou étangs.

L'endiguement qui serait exécuté d'un seul côté du cours d'eau aurait pour effet, le plus souvent, de rejeter les eaux du côté opposé ; surtout, s'il s'agissait d'un lieu où le cours d'eau forme un coude ou angle plus ou moins court. Il est donc désirable qu'un pareil travail soit précédé d'un accord des intéressés.

Art. 230. La loi indique ici aux tribunaux les principes qui devront les diriger pour le règlement des contestations souvent fréquentes relatives à l'usage des eaux. Il n'y a pas à s'y arrêter.

Art. 231. Bien que les eaux dont il s'agit ici ne fassent pas partie du domaine public ou privé de l'Etat des *fu* ou *ken*, des *shi*, *tcho* ou *son*, c'est cependant à l'autorité administrative qu'il appartient d'en assurer la police, tant parce que leur conservation présente un grand intérêt général et économique que

parce que l'usage des riverains est souvent une occasion de contestations. Ce sera naturellement dans les attributions du préfet : d'un côté, il n'est pas nécessaire, à cause du peu d'importance de chacun de ces cours d'eau, de recourir à l'autorité centrale ou supérieure, si ce n'est en cas de réclamation contre le règlement même du préfet ; de l'autre, il ne serait pas possible de donner cette attribution à un agent inférieur, plus local et, comme tel, plus accessible aux influences des propriétaires comme le maire qui pourrait même être un des intéressés ; en outre, il pourrait y avoir dans un même département des règlements plus ou moins différents, ce qui aurait de sérieux inconvénients.

On appelle "police des eaux" ce pouvoir réglementaire : on lui donne ici deux objets principaux qui sont l'opposé l'un de l'autre : le *libre écoulement* des eaux, pour préserver tant les fonds supérieurs des inondations que les fonds inférieurs de la sécheresse, et la *conservation*, contre les déperditions inutiles des eaux qui pourraient s'échapper latéralement et s'absorber dans des sables arides ou dans des excavations du sol ; dans ce cas, des endiguements pourront même être ordonnés.

Le préfet règlera aussi la pêche, tant pour les époques où elle sera permise que pour les instruments qui pourront être employés.

Art. 232. En matière de police des eaux du domaine public ou privé de l'Etat, des *fu*, *ken*, des *shi*, *tcho* ou *son*, la loi civile est inapplicable : l'intérêt général prédomine ; c'est donc, sans aucun doute, la sphère du droit administratif.

Art. 233. Cette disposition et les suivantes présentent de nouveaux sacrifices imposés aux propriétaires fonciers dans l'intérêt général et économique : la loi considère toujours que les sacrifices imposés aux uns

sont moindres que les avantages procurés autres, en sorte que la production ou la valeur totale des fonds se trouve augmentée, pour le plus grand bien du pays.

Le passage des eaux à travers les fonds d'autrui ne peut être refusé quand il est requis pour l'usage industriel, agricole ou domestique : les tribunaux n'auront à intervenir que pour le règlement de l'indemnité.

Il y a d'ailleurs une garantie contre les demandes abusives de tels passages pour les eaux, c'est que le requérant est tenu 1° d'une indemnité envers le propriétaire du fonds servant, 2° des frais d'établissement et d'entretien des ouvrages nécessaires à la conduite de ses eaux. Or, il n'y a guère à craindre que celui qui n'aurait pas un besoin réel d'amener des eaux ou qui aurait la facilité de les amener par ses propres fonds, en réclame le passage par les fonds d'autrui.

L'indemnité due aux propriétaires des fonds traversés sera réglée par les tribunaux, en tenant compte tant du préjudice temporaire causé par les travaux préalables, que du dommage permanent provenant du passage des eaux.

La loi ne se prononce pas formellement sur la possibilité de fixer, à cet égard, une double indemnité, comme pour le passage des personnes en cas d'enclave (v. art. 220) ; mais il y a là une similitude de situation qui autorisera les tribunaux à recourir au même procédé.

Art. 234. La sortie des eaux est encore plus nécessaire peut-être que leur entrée sur un fonds ; car leur surabondance peut causer plus de dommages que leur insuffisance.

La disposition du présent article doit être rapprochée des articles 224 et 225, auxquels elle apporte une grande extension, sans le contredire.

Dans ces articles, il s'agit de l'obligation, pour les propriétaires des fonds inférieurs, de recevoir les eaux

qui découlent *naturellement* des fonds supérieurs, et cette servitude doit être subie sans indemnité.

Ici, il y aura travail de l'homme pour les évacuer ; peut-être même y aura-t-il eu un premier travail sur des fonds supérieurs pour les amener ; enfin, il y aura eu usage de l'eau et un usage qui les aura le plus souvent altérées, même quand il n'y aura eu qu'un usage agricole, lequel corrompt ordinairement les eaux, notamment, par l'effet de la stagnation dans les rizières.

Ici, le législateur se retrouve, comme dans les cas qui précèdent, en face du problème qui consiste à concilier le respect dû à la propriété et à son indépendance avec l'intérêt économique qui demande l'évacuation des eaux nuisibles à la production et encore plus de celles qui pourraient compromettre la santé publique. Le droit d'aqueduc peut donc être exigé à travers les fonds inférieurs, pour conduire à la voie publique, ou à toute autre issue publique, les eaux qui, même après avoir été amenées pour l'utilité, deviendraient un embarras ou un danger.

Enfin, ce qui sépare profondément cette nouvelle servitude de celle relative aux eaux *naturelles*, c'est l'indemnité due aux propriétaires des fonds servants : c'est là le respect du droit de propriété.

Art. 235. La disposition de cet article, dans son 1^{er} alinéa, rappelle celle de l'article 219, au cas d'enclave : il y a identité de motifs.

Le 2^e alinéa n'a pas besoin de justification : l'habitation demande plus de respect que le sol arable.

Art. 236. Voilà encore une disposition dont l'équité est trop évidente pour avoir besoin d'être justifiée ; il s'en trouve déjà une semblable dans l'article 220, 1^{er} al.

Les Romains ont formulé, en matière de servitudes, une maxime générale dont l'application se présente ici et se retrouvera à la Section suivante, c'est que « la

nature des servitudes n'oblige pas celui qui les subit à faire quelque chose, mais seulement à souffrir, à tolérer, à endurer." C'est là un principe de droit positif qui, une fois admis, circule comme une monnaie courante, et ne se discute plus ; mais encore faut-il le faire dériver d'un autre principe, plus élevé, parce qu'il est d'équité et de raison, à savoir, que la loi peut bien diminuer quelque chose des avantages qu'un propriétaire peut tirer de sa chose, pour augmenter beaucoup les avantages d'une autre propriété et, de cette façon, accroître la richesse générale du pays ; mais, elle manquerait le but, en le dépassant, si elle imposait au propriétaire du fonds servant des sacrifices à prendre sur ses autres biens, comme ici le prix des travaux ; dans ce cas, la richesse générale ne serait pas toujours augmentée ; les sacrifices de l'un seraient souvent égaux aux bénéfiques de l'autre ; l'on n'y trouverait guère qu'un déplacement injuste des valeurs.

Dans le cas des servitudes qui nous occupent, il serait d'autant moins possible de faire supporter les frais des travaux au propriétaire du fonds servant qu'il a déjà droit à une indemnité pour le trouble et la diminution de jouissance que lui cause le passage des eaux. Si la loi mettait les travaux à sa charge, il faudrait, de toute nécessité, augmenter, en proportion, l'indemnité qui lui est due, ce qui reviendrait au même résultat que de le dispenser de ces travaux.

Art. 237. Les deux premières dispositions de cet article rentrent dans le système économique qui gouverne toute cette matière.

C'est un principe économique qu'il faut chercher à obtenir le plus d'avantages possibles avec le moins de travaux, c'est-à-dire avec les moindres dépenses

Or, lorsqu'il s'agit d'amener des eaux pour l'irrigation ou l'industrie, ou d'évacuer des eaux surabondantes, si

L'on peut utiliser les mêmes canaux en faveur de plusieurs fonds, c'est un bien général en même temps que particulier. Dût-on même faire les canaux plus larges ou plus profonds, ce serait encore moins coûteux que de faire deux ou plusieurs canaux.

On remarquera que la réunion, dans un même canal, des eaux de deux propriétaires ne demande pas les mêmes précautions pour la sortie que pour l'entrée : pour la sortie, il importe peu que les eaux soient aussi pures les unes que les autres, puisque leur emploi est terminé ; il en est autrement pour l'entrée : il ne faut pas que les unes gâtent les autres.

On pourrait enfin se demander si cette sorte d'association des eaux et des intérêts des propriétaires modifie, en plus ou en moins, l'indemnité due au fonds servant. Il faut reconnaître que l'indemnité ne reste pas la même, si le propriétaire du fonds servant prête ses canaux au fonds dominant ; car, dans ce cas, le fonds servant n'est déprécié que par une perte partielle de la liberté du propriétaire ; mais il n'y a pas occupation d'une partie utile du terrain. Dans le cas, au contraire, où le fonds servant emprunte le canal déjà fait par le fonds dominant, si l'indemnité a déjà été réglée tant pour la diminution de liberté que pour l'occupation de terrain, elle ne sera pas modifiée par l'emprunt du canal. Le seul effet de cette communication des eaux dans un même canal est que chacun supportera une part proportionnelle des dépenses dudit canal, et que chacun aussi en aura le bénéfice à moins de frais. Mais si, au moment où le fonds dominant réclame le passage, le fonds servant demandait que le canal pût recevoir ses eaux, le tribunal pourrait toujours tenir compte de cet avantage pour fixer une indemnité moindre.

Art. 238. Cet article paraîtrait au premier abord,

devoir être placé après l'article 229, car, il se rattache, comme lui, aux eaux courantes ; mais, il a dû être placé ici, à cause de son 2^e alinéa qui repose sur le même principe que l'article précédent et demande la même justification.

L'usage des eaux courantes, par les riverains, nécessite presque toujours que les eaux soient élevées, car, elles se trouvent le plus souvent en contre-bas du sol riverain ; pour que le contraire ait lieu, il faut supposer que les eaux coulent entre des digues ou chaussées, ce qui est assez fréquent ; sans quoi les eaux devront être élevées par un barrage, qui sera nécessairement appuyé aux deux rives.

Le préjudice causé au riverain sur le fonds duquel le barrage est appuyé n'est jamais bien considérable parce que les piles de bois ou de pierre s'enfoncent, assez peu dans la rive ; néanmoins, il y a comme dans tout droit exercé sur le fonds d'autrui, une diminution de liberté ; par conséquent, il y aura indemnité.

Le droit accordé au même riverain d'utiliser ledit barrage à son profit se justifie, comme celui d'user des canaux, en vertu du précédent article, et c'est une suffisante raison de ne pas reporter celui-ci après l'article 229 ; autrement, il faudrait y transporter aussi la justification économique de l'article précédent et elle y serait moins motivée.

§ III.—DU BORNAGE.

Art. 239. Le but du Bornage est de prévenir les difficultés et contestations qui naîtraient infailliblement du voisinage, si la contenance et les limites de chaque propriété n'étaient pas exactement déterminées par des signes visibles et durables ; l'intérêt général et l'intérêt même des propriétaires y trouvent donc satisfaction.

Le bornage est une de ces charges légales que l'on a signalées au commencement de ce chapitre comme étant improprement qualifiées du nom de *servitudes*. La réciprocité même de cette charge fait qu'il est difficile d'y voir un fonds *servant* et un fonds *dominant*, puisque chacun des deux fonds a cette double qualité et que le bornage est établi pour l'avantage des deux propriétaires.

Mais on a vu aussi qu'il n'y a guère d'intérêt à s'arrêter à cette difficulté purement théorique et que la loi y perdrait en simplicité.

Il est certain que le bornage est une des charges légales de la propriété foncière dont il forme le droit commun ; sous ce rapport, le Code a suffisamment proclamé le principe, en écrivant le 4^e alinéa de l'article 34.

Mais, il faut reconnaître : 1^o que c'est improprement aussi que la charge du Bornage serait appelée *obligation* entre voisins : elle ne correspond pas à une *créance* ou droit personnel, mais à un *droit réel*, attribut de la propriété, 2^o que la circonstance que le droit est réciproque et que les deux fonds se trouvent en même temps servants et dominants n'est pas une objection sérieuse à la dénomination de *servitude*, lors même qu'on la déclarerait *double* ; il y a là un effet résultant de la nature des choses ; car, depuis les Romains, il est d'usage de dire que l'action en bornage a une nature *mixte* ou *double*, en ce sens que chacun des voisins est tout à la fois demandeur et défendeur.

Le présent article pose le principe du droit de demander le bornage ; les deux articles qui le suivent y apportent des exceptions et des limites.

La loi ne détermine pas d'une façon rigoureuse la nature des signes qui serviront à reconnaître les *bornes* : les parties pourront, soit y inscrire leurs noms, soit y mettre l'indication de la contenance ; mais toujours de façon à ce que les pierres ou poteaux révèlent au pre-

mier aspect leur caractère, car, il y a dans le Code pénal (art. 420) une punition pour ceux qui déplacent les limites des propriétés et il faut chercher à prévenir le délit avant de le réprimer.

La loi ne limite pas la nature des matériaux à employer pour le signe des limites : les pierres, arbres ou poteaux sont les plus naturels et les plus durables ; elle se réfère d'ailleurs à l'usage des lieux.

Art. 240. La loi affranchit ici du bornage trois sortes de fonds sans être limitative :

1° Les bâtiments : il se présentent, en effet, dans des conditions de fixité qui rendent le bornage inutile. Si donc un des propriétaires prétendait que l'autre a construit sur le terrain qui ne lui appartient pas, il ne pourrait qu'agir en réintégration ou en revendication de la portion de sol qu'il prétend usurpée. Il se présenterait ensuite une question d'*accession* et d'indemnité à régler ; car, les constructions suivent le sol, même celles faites par un autre que le propriétaire (v. Livre de l'Acq. des Biens art. 8.). Si les bâtiments étaient séparés par un terrain libre, non clos, dont chacun des voisins eût une partie, il y aurait lieu à en demander le bornage.

2° Les terrains enclos de quelque manière que ce soit ne sont pas non plus sujets au bornage.

3° Les terrains séparés par un chemin public ou par un cours d'eau également public ne présentent pas non plus l'incertitude de limites qui motive l'action en bornage. Bien entendu, le bornage reste exigible, si la séparation est un chemin ou un cours d'eau privé.

Art. 241. Bien que tous les droits réels se perdent, en général, par la prescription, c'est-à-dire quand celui auquel ils appartiennent a laissé s'écouler un certain temps sans les exercer, et qu'ils ont été exercés par un autre comme siens, il en est cependant que le temps

n'éteint pas et celui qui nous occupe est du nombre.

On en peut donner une première raison, qui est la plus frappante et la plus simple, c'est que la prescription n'a pas lieu pour les droits qui sont d'intérêt public autant ou plus que d'intérêt privé, et l'on a dit plus haut que le but du bornage est de prévenir les contestations et les procès.

On peut encore donner cette raison que lorsqu'un droit est accessoire d'un autre il ne se prescrit qu'avec le droit principal ; or, le droit au bornage est l'accessoire du droit de propriété ; donc, tant que la propriété n'est pas perdue elle-même par la prescription, le droit au bornage subsiste.

On peut dire enfin que le droit au bornage naît du défaut de limites et qu'il *renaît* pour ainsi dire chaque jour, tant que les fonds contigus ne sont pas délimités. C'est exactement la même théorie que pour la demande en partage entre copropriétaires indivis (v. art. 39) : elle est imprescriptible tant que dure l'indivision.

Mais, l'action en bornage ne serait plus recevable, si l'un des voisins invoquait la prescription acquisitive de tout ou partie du fonds de son adversaire, ou seulement une possession civile ayant déjà un an de durée, soit pour tout le fonds, soit pour une portion déterminée.

Si, dans ce cas, le bornage était demandé d'après les titres de propriété, le possesseur serait privé du bénéfice de sa possession ; or, il ne peut l'être que par une action possessoire, s'il est prouvé que sa possession n'avait pas encore un an de durée et, dans le cas contraire, par l'action en revendication, si la prescription acquisitive n'était pas accomplie. C'est donc par l'une ou l'autre de ces deux actions que le demandeur en bornage devra procéder préalablement : s'il y triomphe, le bornage sera exécuté d'après les contenance et les limites établies tant par les titres que par les autres preuves reconnues et déclarées par le juge-

ment; s'il y succombe, les bornes seront placées de façon à consacrer la possession ou la prescription du défendeur.

Art. 242. Lorsque les limites ne résultent pas de la prescription acquisitive ou de la possession annale, on doit les rechercher dans les titres de propriété, et s'ils sont perdus ou détruits, on les supplée par témoins ou par les autres preuves admises en droit civil ordinaire.

Mais, ici, comme dans le cas de prescription prévu à l'article précédent, il peut y avoir contestation sur les contenance déclarées aux titres ou sur la validité des titres eux-mêmes; le débat ne portera plus alors sur les limites seulement, mais, sur le droit même de propriété, et comme, vraisemblablement, le juge du bornage sera un juge local, il ne lui appartiendra pas de statuer incidemment sur le droit de propriété; il devra donc surseoir à statuer sur le bornage, jusqu'à ce que le droit de propriété ait été reconnu et déclaré par le tribunal civil. C'est une solution différente et même inverse de celle du concours de l'action possessoire avec l'action pétitoire (v. art. 208); mais ce n'est pas une exception à cette disposition, car l'action en bornage n'est pas une action possessoire, mais pétitoire.

Art. 243. Il est toujours désirable que les parties s'accordent pour le bornage; la loi leur laisse alors le soin de rédiger l'acte qui constatera l'opération: leur intérêt est de le faire clairement.

S'il faut recourir à la justice, le bornage sera déterminé par un jugement, précédé ordinairement d'un arpentage et d'un rapport par un géomètre-expert. La loi exige aussi qu'il soit annexé au jugement un plan figuratif des parcelles, présentant l'indication de bornes qui seront nécessairement placées à tous les angles.

Pour dispenser de faire le plan à une échelle de réduction géométriquement exacte, il suffira que les

distances entre les bornes soient notées, lors même que la proportion exacte de ces distances ne serait pas observée sur le plan ; on notera aussi la distance des principales bornes par rapport à quelque point local fixe qu'il ne dépend pas des parties de déplacer ; de cette façon, en cas de contestation ultérieure ou de déplacement des bornes, il sera facile de retrouver leur place véritable, sans nouvel arpentage

Art. 244. Il est naturel que la dépense des bornes, assez minime d'ailleurs, soit supportée également par les deux voisins auxquels elles servent de limites, parce que chacun y trouve le même avantage, quelle que soit l'étendue de son fonds. Mais, il est évident que l'arpentage d'un domaine plus ou moins considérable coûtera beaucoup plus que celui d'un champ exigü, et la charge doit en être proportionnelle à l'étendue et même aux difficultés du terrain. En fait, le géomètre-expert se fera payer directement, par chaque propriétaire, le travail qu'il a fait pour lui, et, s'il a été commis par le juge, il présentera un compte séparé pour chaque fonds ; ce sera le moyen le plus simple d'observer la proportionnalité des frais d'arpentage.

Pour les autres frais, notamment, ceux d'actes et de procédure, la loi admet l'égalité parce qu'ils sont, en général, indépendants de l'étendue des domaines.

L'exception portée par le 1^{er} alinéa in fine recevra son application dans plusieurs cas qui sont supposés plus haut : un des voisins a contesté le sens ou la portée d'un titre de propriété, ou bien il s'est prétendu possesseur annal d'une portion du terrain à border, ou, enfin, il a élevé une prétention à la propriété ou contesté celle de son voisin ; celui qui aura succombé dans l'un ou l'autre de ces cas, supportera seul les frais de cette partie de la procédure. C'est l'application du droit commun des procès.

§ IV.—DE LA CLÔTURE.

Art. 245. La faculté de se clore est, pour le propriétaire, une conséquence naturelle du droit de propriété. Si la loi s'en explique, c'est surtout à cause de l'exception portée à la fin de l'article.

Il est clair que celui qui a obtenu un passage sur le fonds d'autrui, bien qu'il ne soit pas enclavé, ou qui a le droit d'y aller puiser de l'eau, d'y prendre du sable ou d'autres objets utiles, a nécessairement le droit d'accès sur le fonds servant; s'il y a une porte, il devra en avoir une clef ou en obtenir l'ouverture à première demande, au moins pendant le jour, et sans troubler le propriétaire du fonds servant.

Une autre raison justifie encore ici la proclamation du droit de clôture: on aurait pu douter que le voisin pût, par des clôtures très élevées, gêner la vue du propriétaire voisin; dans certains lieux, la vue à distance peut avoir un grand charme et même donner une plus-value à une habitation, comme la vue de la mer, du Fusiyama ou même de la voie publique, et il pourrait arriver que l'un des voisins, par malice ou vengeance, élevât une clôture pour masquer la vue de l'autre. Assurément, il y aurait là un mauvais sentiment; mais, comme la clôture peut avoir un autre motif, par exemple, celui d'arrêter des regards indiscrets, la loi préfère proclamer le droit absolu à la clôture, sans qu'il y ait lieu d'en rechercher les motifs.

Art. 246. La clôture des héritages contigus, est, comme le bornage et plus encore, un moyen de prévenir les contestations entre voisins.

Si les terrains ne sont pas clos, il naît souvent des querelles entre les voisins, par suite des troubles ou dommages causés par les enfants, par les domestiques ou par les animaux; ces querelles s'enveniment en se

répétant et il n'est pas rare que des violences en soient la conséquence. La loi fait sagement d'autoriser le plus sage ou le plus défiant des voisins à demander la clôture.

La clôture peut être exigée, par les voisins respectivement, en tout lieu. On aurait pu distinguer entre les villes ayant une population plus ou moins considérable et les autres villes, communes ou hameaux moins peuplés. Dans le premier cas, il y a en général, plus d'aisance, et les terrains ont plus de valeur avec moins d'étendue, la charge serait donc proportionnellement moins lourde que dans le second cas.

Mais on a pensé qu'il fallait moins se préoccuper de la dépense que de l'utilité de la clôture, et dans les campagnes, autant que dans les grandes villes, le contact des voisins, des ouvriers agricoles, des domestiques et des animaux peut aisément amener des conflits qu'il est toujours bon d'éviter.

La loi ne demande pas la clôture de tout terrain ; du moment qu'elle ne distingue pas les localités, elle doit chercher la distinction dans la nature et la situation de ces terrains : elle ne soumet à la clôture que les terrains qui séparent "les habitations, magasins et bâtiments d'exploitation agricole ou industrielle," c'est-à-dire les lieux qui motivent constamment la présence des hommes et qui en même temps contiennent des objets d'une plus ou moins grande valeur.

Lorsque la clôture sera en planches, les poteaux de soutien ou arcs-boutants devront être placés alternativement sur chaque fonds, car ils sont une gêne pour les propriétaires.

La loi a dû fixer la hauteur de la clôture : une hauteur de six pieds a paru suffisante.

Art. 247. Il est naturel que la clôture, objet d'une obligation semblable de la part des deux voisins et leur procurant à chacun le même avantage soit à la charge de

chacun par égale portion, quant à son établissement, son entretien et sa réparation. Il n'y a même pas à faire d'exception pour le cas où la clôture est placée sur le fonds supérieur formant terrasse : quoiqu'elle ne soit pas alors placée sur la ligne séparative même, elle est cependant utile au propriétaire inférieur et on peut la supposer réclamée par lui.

La loi, du reste, en n'exigeant qu'une clôture simple et peu coûteuse, pour ne pas trop charger la propriété foncière, ne pouvait pas défendre à un propriétaire de faire une clôture plus forte, plus élégante ou plus haute. Mais, il est naturel aussi qu'il n'en résulte, dans ce cas, aucune charge supplémentaire pour le voisin plus modeste dans ses goûts ou plus limité dans ses moyens ; l'entretien même et la réparation seront exclusivement à la charge de celui qui a fait la clôture de luxe. Il serait impossible d'ailleurs de savoir si une clôture en planches ou en bambous *qui n'existe pas* aurait besoin de réparations, lorsque le mur en aura besoin.

La seule difficulté pourrait naître de l'épaisseur d'un mur toujours bien plus considérable que celle d'une clôture en bois. Dans ce cas, l'excédent de largeur devra être pris sur le fonds du constructeur, et si, à cause de la différence de niveau des terrains, il fallait la prendre sur le fonds inférieur, il y aurait lieu à indemnité ou à faire la construction sur le sol supérieur, au moyen de fondations aussi profondes que le sol inférieur.

Art. 248. Lorsque la clôture a été faite par l'un des voisins, à ses frais exclusivement, le vœu de la loi est satisfait, le danger de conflits est conjuré : il n'y a plus lieu d'exiger la participation de l'autre à la dépense, lors même que ladite clôture serait en planches ou en bambous. Mais cette déchéance du constructeur le plus diligent n'aurait plus lieu elle-même, s'il avait

mis le voisin “en demeure” de contribuer à la clôture:” cela constituerait pour lui une réserve suffisante de son droit, et il ne serait pas tenu d’attendre la solution du litige pour procéder à la clôture.

Dans tous les cas, si le voisin est libéré de la participation à la construction, “aux frais de premier établissement,” il ne l’est pas de la contribution à l’entretien et à la réparation de la clôture, lorsqu’elle a été faite comme le prescrit la loi: cette obligation naît au fur à mesure que la clôture vieillit.

§ V.—DE LA MITOYENNETÉ.

Art. 249. La véritable base de la mitoyenneté est la participation réelle de chacun des voisins à la construction, c’est-à-dire, à la fourniture du sol sur lequel la clôture ou séparation est assise, à l’achat des matériaux et au paiement de la main-d’œuvre. Le présent article s’en explique clairement, et il a soin de généraliser la disposition, en y faisant rentrer la clôture forcée, avec ses conditions légales, et la clôture volontaire, avec ses variétés infinies

La présent texte nous apprend encore que la mitoyenneté est une *côpropriété indivise*; ce qui empêchera de soutenir au Japon, comme on l’a essayé ailleurs que le mur mitoyen appartient aux voisins par moitiés, *divises*, c’est-à-dire à chacun, de son côté, jusqu’au centre du mur. Enfin, le texte ne néglige pas de dire que le sol appartient indivisément aux deux voisins comme le mur lui-même.

L’indivision que nous rencontrons ici a une nature propre déjà annoncée à l’article 39: nul ne peut la faire cesser par un partage; on ne peut s’y soustraire qu’en renonçant au droit lui-même, ce qui alors donne la propriété entière au voisin.

Art. 250. Le présent texte a soin d'expliquer, qu'il y a présomption que chacun des voisins a fait les sacrifices de sol et de travaux qui sont la véritable base du droit de copropriété.

La présomption ici établie n'est pas invincible et ne devait pas l'être, parce qu'il est possible et fréquent même que la séparation ait été construite par un seul des voisins.

Le texte indique ici quatre moyens de combattre la présomption légale.

Quant à la possession annale, elle ne suffirait pas ici à démentir la présomption de la loi, parce que la possession annale n'est elle-même qu'une présomption. Or, lorsqu'il s'agit de combattre une présomption simple par une autre présomption n'ayant pas un caractère différent, il faut que la loi s'en explique avec soin, ce dont elle s'est gardée ici. La présomption résultant d'une possession annale n'est pas suffisante pour détruire la présomption de mitoyenneté, parce que la nature de la chose se prête si facilement à des actes de possession plus ou moins légitimes qu'il y aurait toujours une grande incertitude sur l'existence ou le caractère de ces actes. Il y aurait danger aussi à donner à ces actes une importance sérieuse : ce serait obliger les voisins à une surveillance, à une défiance continuelles, qui dégénèreraient facilement en querelles, en rixes ou en procès, suivant le caractère des personnes.

Art. 251. La loi n'a pas besoins de reprendre l'idée que la preuve directe et la prescription trentenaire peuvent combattre la présomption de mitoyenneté : les titres sont la preuve normale du droit de propriété exclusive, la preuve testimoniale n'est admise que par exception et la prescription trentenaire, quoique constituant elle-même une présomption de droit, est une présomption *absolue et invincible*.

Les autres présomptions que la loi admet ici comme preuves contraires de la présomption de mitoyenneté ont, à la différence de la possession annale, un caractère précis, indiscutable et permanent.

Il n'est pas nécessaire de reprendre ici en détail, chacun des quatre cas réglés par la loi. Il suffira d'une observation sur chacun.

1° Nul ne pouvant envoyer les eaux pluviales de ses bâtiments sur le fonds voisin, la circonstance que les eaux du mur tombent sur un seul fonds prouve suffisamment que le mur appartient exclusivement à celui sur le fonds duquel tombent les eaux. De même, on verra plus loin que si le mur est mitoyen, aucun des voisins n'y peut pratiquer d'ouverture ou d'enfoncement ; si donc de pareilles dispositions existent dans un mur de séparation, c'est qu'il n'est pas mitoyen.

2° Les poteaux de soutien étant une gêne que le propriétaire n'a pas le droit de rejeter sur le voisin, il est clair que s'ils se trouvent d'un seul côté, c'est que de ce côté seul aussi est le droit de propriété.

3° Nul ne pouvant, en vertu du principe élémentaire de la propriété, empiéter, usurper sur le fonds voisin, de quelque façon que ce soit, si ce n'est en vertu d'un droit de servitude, il est naturel d'en conclure que si la terre tirée du fossé est tout entière déposée sur un seul fonds, c'est que le fossé a été pris exclusivement sur ce fonds.

4° Quant aux haies, il était difficile d'y chercher un signe matériel qui indiquât par qui et sur quel terrain elles ont été plantées. La loi en trouve, non plus dans la haie même, mais la circonstance qu'un des fonds est seul enclos de tous côtés : il n'est pas vraisemblable que le propriétaire qui n'est pas clos de tous côtés ait consenti à faire d'un seul côté le sacrifice d'une portion de son sol et la dépense de la haie.

Le dernier alinéa de l'article tire la conséquence de la

présomption, en désignant quel est celui des voisins qui est présumé propriétaire exclusif. Il se trouve expliqué par les quatre observations ci-dessus.

Art. 252. Le fondement de la présomption de mitoyenneté établie par l'article 251 est l'utilité que chacun des voisins tire de la séparation du fonds, laquelle autorise à supposer que chacun a contribué à son établissement. Mais, dans le cas prévu ici, lorsqu'il n'y a qu'un bâtiment, ou même lorsqu'il y en a deux et que l'un excède l'autre en hauteur, il n'y a aucune raison de croire que le mur ait été fait à frais communs, soit pour un seul bâtiment, soit pour cet excédent ; on pourrait même ajouter que ce mur n'est plus une séparation, puisque, d'un côté, il n'est contigu qu'au vide.

Mais, s'il n'y a plus ici de preuve de la mitoyenneté par présomption, il y a toujours droit de la prouver par titre. Le titre jouera donc un rôle inverse de celui qu'il jouait précédemment : au lieu de servir à démentir une présomption, il la suppléera ; au lieu d'établir la propriété exclusive d'un seul, il établira la copropriété indivise.

Il n'est pas question ici de la preuve par prescription de 30 ans : on ne concevrait guère, en fait, la possession, par le voisin, d'un mur ou d'une partie de mur qui ne soutiendrait pas un bâtiment à lui appartenant.

Art. 253. On se retrouve ici dans un cas qui est assez fréquent en matière litigieuse : à savoir, lorsqu'il est fourni des preuves de deux droits opposés ; ce qui est fréquent pour les preuves testimoniales n'est pas rare pour les présomptions de *fait*. Ici, les présomptions sont *légalés*, il est vrai, mais, elles reposent sur des faits matériels assez variés pour n'être pas toujours concordants.

Le juge fera donc ici comme dans les autres cas de

preuves contradictoires, il appréciera, dans sa raison, de quel côté paraît être la vérité.

Art. 254. Du moment que les voisins sont copropriétaires de la séparation, il est naturel que la réparation et l'entretien en soient à la charge commune (1^{er} al.).

Le 2^e alinéa fait l'application d'un principe fondamental des servitudes, déjà énoncé, à savoir, que "les servitudes n'obligent pas à faire, mais à souffrir." Ici, l'obligation d'entretien est corrélatrice, moins au profit que le fonds tire de la clôture ou de la séparation qu'à la propriété même des matériaux qui la composent et du sol qui la supporte ; il est donc naturel que le voisin s'affranchisse de l'entretien en abandonnant la propriété du sol et des matériaux.

En renonçant à la copropriété, l'un des voisins conservera souvent le bénéfice de la séparation, car, elle ne sera pas, sans doute, supprimée par l'autre voisin ; mais il perdra le droit d'appui, s'il s'agit d'un mur, et les autres avantages énumérés sous l'article suivant ; enfin, il perdra la propriété du sol indivis qui porte la clôture ; tout cela préviendra les renonciations abusives.

Cette faculté d'abandon cesse dans les cas où la clôture est obligatoire. Cela est d'une nécessité évidente ; car, en abandonnant la clôture, le voisin n'aurait pas moins un fonds contigu à l'autre, et, dans les cas où la clôture est obligatoire, on pourrait toujours la lui demander.

Quant aux deux autres conditions de cette faculté d'abandon, elles se justifient à la simple lecture du texte.

Art. 255. La loi pose, au premier alinéa, un principe qu'elle applique dans les alinéas suivants.

On pourrait contester l'utilité de ces déductions lé-

gales d'un principe posé : c'est, en général, une tâche laissée à la jurisprudence ; mais, on peut remarquer que les quatre alinéas qui développent notre article n'ont pas seulement le caractère de *conséquences* du principe, ils contiennent aussi des *dispositions* que les tribunaux n'auraient pas qualité pour suppléer ; elles doivent être formellement écrites.

Au surplus, les quatre alinéas dont il s'agit sont assez précis dans leurs détails pour n'avoir besoin d'aucun développement.

Art. 256. La loi applique encore ici un principe économique déjà rencontré plusieurs fois, à savoir, qu'il vaut mieux diminuer dans une certaine mesure l'indépendance des propriétaires que de faire des constructions inutiles.

Le propriétaire qui a construit seul un mur ou qui l'a acquis avec le fonds, lorsqu'il est de construction antérieure à son acquisition, n'éprouvera aucun préjudice sérieux en se trouvant obligé d'en céder la copropriété au voisin. Le seul inconvénient qui pourra en résulter pour lui, c'est qu'il n'aura plus sur ce mur des droits aussi étendus que s'il en était propriétaire exclusif ; notamment, il ne pourra plus le changer ou le détruire ; mais, ce sont là des droits dont on use peu à l'égard des séparations en pierre ou briques. Le propriétaire sera d'ailleurs équitablement indemnisé. Au contraire, l'avantage sera très considérable pour le voisin et, par suite, pour la propriété foncière qui sera ainsi allégée d'une dépense inutile.

La loi ne permet de requérir la mitoyenneté que si le mur (le bâtiment) n'est pas en retraite de plus d'un pied. S'il y a plus d'un pied de distance, celui qui bâtira le second, devra placer lui-même son bâtiment en deçà de la ligne séparative.

On remarquera, dans le texte, trois autres limites ap-

portées à ce droit d'exiger la cession de la mitoyenneté :

1° Il n'a lieu que pour les murs en pierre ou en briques (1^{er} al.) : il n'a donc pas lieu pour les séparations en charpente ou en maçonnerie, même pour celles qui forment les parois d'une maison. Pour les charpentes, on a craint que les maisons ne fussent exposées à un plus grand danger d'incendie par leur réunion trop intime au moyen d'un mur commun ; les propriétaires répugneraient à une connexion forcée ; il suffit qu'ils aient la faculté de l'établir d'un commun accord, ce que la loi ne veut et ne doit pas empêcher (v. 4^e al.). Pour les murs en maçonnerie qui ne seraient que de tuiles et terre, ils ne présentent pas assez de solidité pour motiver une cession forcée.

2° Quoique la portion de sol qui se trouve entre le mur et la ligne séparative ne puisse excéder un pied pour qu'il soit possible de requérir la mitoyenneté du mur, la loi n'a pas cru devoir permettre que celui qui requiert la mitoyenneté acquit ainsi un pied de la terre du voisin, même en le payant à sa valeur : la loi déclare qu'il n'est que "superficiaire" et qu'il n'a l'usage du sol que tant que dure son bâtiment, en payant pour ce sol une redevance annuelle (2^e al.)

3° La cession forcée n'a pas lieu pour les clôtures en maçonnerie ou en bois, pour les fossés, ni pour les haies (4^e al.) ; il n'y a pas là d'utilité pour diminuer la liberté des propriétaires ; d'ailleurs, ces séparations sont toujours plus ou moins provisoires : si elles devenaient forcément mitoyennes, aucun des propriétaires ne pourrait plus les remplacer à son gré en changeant la nature.

La mitoyenneté de ces sortes de clôtures aura pour tant deux causes que la loi croit devoir indiquer (pour être comprise quand elle parle de clôtures, haies et fossés mitoyens) : c'est la construction originaire à frais communs et la cession volontaire.

Enfin, la loi s'exprime formellement sur le droit de

fermer les ouvertures pratiquées dans le mur avant qu'il fût devenu mitoyen : ce droit existe, en principe ; mais il cesse, si les ouvertures sont établies avec le caractère de "servitudes du fait de l'homme," comme on le verra plus loin (3^e al.).

A l'égard de l'indemnité due au cédant, le texte n'exige pas le paiement de *ce qu'a coûté* le mur, lors de la construction, mais seulement de la moitié de *ce qu'il vaut* lors de la demande (1^{er} al.) ; le prix du sol peut être augmenté, tandis que la construction elle-même a toujours perdu de sa valeur avec le temps.

Art. 257. La disposition du 1^{er} alinéa de ce nouvel article est déjà à peu près expliquée par ce qui a été dit plus haut, au sujet de la 2^e limitation au droit de requérir la cession de la mitoyenneté ; cependant elle nous paraît exiger quelques développements, à cause du 3^e alinéa qui en est la sanction.

Remarquons d'abord que la distance qui doit être laissée entre le bâtiment et la ligne séparative n'est pas fixée par la loi générale, mais laissée à l'usage local.

Supposons maintenant que le premier constructeur ait placé son bâtiment à la distance voulue de la ligne séparative des deux terrains : il est à l'abri de toute réclamation.

Mais, si, au contraire, le premier constructeur n'a pas observé la distance obligatoire, le voisin devra se reculer d'autant, pour la faille de ses travaux et comme ce sacrifice de terrain est rendu nécessaire par sa faute du premier constructeur, il est juste que celui-ci en doive une indemnité au voisin. Tel est l'objet du 3^e alinéa.

Comme il vaut toujours mieux prévenir un dommage que le réparer, la loi permet au voisin de faire la dénonciation de nouvel œuvre au cours des travaux du premier bâtiment ; cela n'empêchera pas nécessairement la continuation des travaux.

§ VI.—DES VUES ET DES JOURS DE TOLÉRANCE
SUR LA PROPRIÉTÉ D'AUTRUI.

Art. 258. Il y a ici une nouvelle restriction à la liberté des propriétaires, toujours dans l'intérêt des bons rapports entre voisins et pour éviter les vexations et les troubles. Le propriétaire peut construire sur la limite de son fonds et, par conséquent, son bâtiment peut être en contact immédiat avec le fonds voisin ; celui-ci ne pourrait pas se plaindre de perdre ainsi la vue à distance, les rayons du soleil et l'air libre ; mais, le propriétaire ne peut avoir sur la limite des vues *droites* ou *fenêtres d'aspect* qui pourraient favoriser une curiosité indiscreète et seraient un moyen de jeter des corps durs ou de répandre des liquides sur le fonds voisin. La loi veut, pour que de pareilles ouvertures soient permises, que la distance soit de trois pieds ; cette distance n'exclut pas tout danger de ce genre, mais elle n'aurait pu être augmentée sans devenir une cause, soit de perte de terrain, surtout dans les villes, soit de dépréciation des bâtiments ; car, souvent, le côté où il s'agit d'ouvrir ces vues sera le plus favorable pour le soleil.

Au Japon, où cette restriction aux droits du propriétaire n'est pas encore formellement établie, même par l'usage, bien qu'elle soit souvent observée par un accord tacite des voisins, on a cru devoir adopter une distance moindre qu'en Europe : trois pieds.

Art. 259. Le cas prévu au premier alinéa de cet article se présentera, soit lorsque l'exiguïté des terrains ne permettra pas d'observer les distances prescrites, soit lorsque le bâtiment aura été construit et les ouvertures pratiquées avant la publication de la présente loi, ce qui ne sera pas un obstacle à son application auxdits bâtiments, car les propriétaires ne pourront arguer d'un droit acquis à l'ancien état de choses, s'il est reconnu

contraire à l'intérêt général : le principe de la non-rétroactivité des lois ne fait aucun obstacle à ce que les droits de propriété déjà existants soient restreints ou modifiés pour l'avenir.

Quand les fenêtres seront *masquées* par un auvent, elles ne pourront plus être qualifiées fenêtres *d'aspect* puisque la vue est obstruée ; cependant, ce ne sont pas non plus des jours de *tolérance* ou de *souffrance*, puisque le voisin n'y met aucune complaisance et n'en éprouve aucun trouble.

Les jours, sont, au contraire, *de tolérance*, dans le cas du second alinéa, puisqu'ils ne sont pas masqués ou obstrués. La loi prend encore dans ce cas, deux précautions dans l'intérêt du voisin : 1° la hauteur des ouvertures, par rapport au plancher, afin qu'il ne soit pas possible de voir chez le voisin, sans quelque gêne, 2° l'application d'un châssis grillagé, dont les mailles, en fil de fer ou en bois, seront assez rapprochées pour empêcher que les enfants ou les domestiques puissent jeter des objets nuisibles chez le voisin.

Le Code japonais n'exige pas une troisième condition qui se trouve dans plusieurs Codes étrangers : à savoir, que le châssis soit *à verre dormant*, ce qui veut dire qu'il y ait un vitrage non susceptible de s'ouvrir. Cette condition a paru exagérée avec celle d'un grillage, et la circulation de l'air est trop nécessaire à l'hygiène pour que la loi puisse en priver les habitants des maisons.

La dernière disposition est également sage : comme c'est par respect pour les droits du voisin que la loi ne permet pas de placer les auvents en saillie sur la ligne séparative, celui-ci doit pouvoir renoncer à son droit, s'il préfère supporter l'avance de l'auvent plutôt que le danger des regards indiscrets à travers le grillage ; mais, il ne fallait pas non plus qu'il exigeât un auvent très peu large et obstruant trop la lumière ; de là, le *minimum* d'un pied d'écartement.

Art. 260. La loi croit devoir ajouter un cas où la distance des vues cesse d'être exigible, à savoir, celui où le fonds voisin est une construction sans ouvertures : dans ce cas, il ne peut souffrir des ouvertures pratiquées dans la seconde construction. Mais si le fonds bâti le premier se trouvant lui-même à plus de trois pieds de la ligne séparative, venait à être muni à son tour d'ouvertures, les premières devraient être bouchées.

§ VII.—DES DISTANCES REQUISES POUR
CERTAINS OUVRAGES.

Art. 261. Il s'agit encore, dans ce § d'une de ces charges réciproques entre voisins qui, tout en restreignant un peu leur liberté comme propriétaires, les préservent de dommages mutuels qui diminueraient davantage la valeur des fonds et troubleraient les rapports de bon voisinage.

La première disposition concerne les puits et citernes.

Le danger que présentent les puits n'est pas celui des infiltrations, car l'eau qui existait déjà en nappes se trouvera plutôt diminuée : c'est le danger des éboulements qui pourraient faire fléchir le sol voisin ; généralement, les puits sont revêtus d'un tube en bois, à moins qu'ils ne soient creusés dans un sol très dur ; c'est pourquoi la loi n'exige qu'une distance relativement faible de la ligne séparative (6 pieds).

Les citernes destinées à recueillir les eaux pluviales ou de source dans les lieux où les nappes d'eau souterraine manquent ou bien sont à une trop grande profondeur, présentent plus de danger d'infiltration que les puits, à cause de la hauteur de l'eau qui peut monter jusqu'au niveau du sol, et aussi plus de danger d'éboulement, à cause de leurs grandes dimensions : la loi, cependant, n'exige pas une plus grande distance, parce

que l'étendue des terrains ne pourrait pas toujours la permettre ; mais on y suppléera par la solidité du revêtement.

La deuxième disposition du 1^{er} alinéa concerne des cavités destinées à recevoir des matières impures, soit pour qu'elles s'absorbent lentement, comme les eaux ménagères que la disposition des lieux ne permettrait pas de conduire à la voie publique, soit pour les employer ultérieurement à l'engraissement des terres comme le fumier animal ou l'engrais humain. Ici, les infiltrations seraient plus nuisibles au voisin ; mais il y sera paré au moyen d'un revêtement convenablement enduit de son côté.

Pour les caves sèches (2^e al.), la distance est réduite de moitié, puisqu'il n'y a pas à craindre d'infiltrations, mais seulement des éboulements.

Le 3^e alinéa concerne de menues excavations, à ciel ouvert, dont la profondeur peut varier à l'infini ; la loi pare au danger de l'infiltration, par la distance qui est proportionnelle à la profondeur (la moitié), et au danger de l'éboulement, par le talus ou le revêtement.

S'il y avait contestation sur l'inclinaison du talus, les tribunaux pourraient exiger qu'il ne formât pas un angle inférieur à 45 degrés, ce qui est la pente naturelle des terres rejetées d'un fossé.

Bien entendu, la distance doit se calculer à partir du bord supérieur du fossé.

Art. 262. La trop grande proximité des arbres cause aux voisins une autre nature de dommage que les excavations : c'est la privation d'air et de lumière, laquelle nuit aux habitations autant qu'à la culture. La loi, ici encore, peut, sans scrupules, restreindre la liberté des propriétaires ; car, dans les villes, les arbres sont plutôt pour l'agrément que pour l'utilité et, dans les campagnes, l'espace permet d'observer aisément les

distances prescrites.

Il est naturel que la distance légale soit déterminée d'après la hauteur des arbres. Bien entendu, il s'agit ici de la hauteur effectivement obtenue par les arbres et non de celle à laquelle ils peuvent atteindre d'après leur nature ; seulement, les propriétaires qui n'auront pas eu la prudence de tenir compte de cet accroissement, pourront être tenus, quand il sera atteint, soit de supprimer leurs arbres, soit de les *étêter* à la hauteur voulue.

Le Code japonais est un peu plus libéral pour les propriétaires des arbres, que la plupart des Codes étrangers en leur accordant, soit une distance moindre, soit une plus grande hauteur pour une même distance.

Le dernier alinéa ne présente pas de difficulté : la circonstance que chacun des voisins est copropriétaire de la séparation (mur, clôture ou haie) ne justifierait pas le défaut des précautions prescrites ci-dessus, car le copropriétaire ne doit pas, par son fait, compromettre la sécurité de la chose commune ; en outre, lorsqu'il y a danger d'infiltrations ou d'éboulement, le dommage pourrait dépasser la séparation mitoyenne.

Il va sans dire que, sur ce point des distances à observer, on pourra toujours y déroger au moyen de conventions particulières, lesquelles constitueront alors des servitudes du fait de l'homme, opérant en sens inverse des servitudes légales, ainsi qu'on va les rencontrer à la Section suivante.

Cette faculté de modifier par convention les rapports des voisins aura d'autres applications, mais elle ne doit pas non plus être considérée comme absolue.

Art. 263. La loi, désirant seulement pourvoir à la sécurité et aux bons rapports des voisins, se contente ici des usages qui y auront pourvu autrement : ces usages, en effet, nés des besoins locaux, sont généralement

sages, modérés et suffisants dans leurs exigences.

Art. 264. Les progrès de l'industrie, tout en améliorant les conditions de la vie sociale, entraînent aussi des dangers pour la vie ou la santé des hommes, non seulement des personnes directement employées à ces industries, mais encore de celles qui se trouvent dans le voisinage des établissements industriels.

Dans les pays où l'industrie est très développée, les règlements sur les manufactures et ateliers dangereux, insalubres ou seulement incommodes sont très nombreux et augmentent chaque jour avec les nouvelles découvertes. Ce n'est pas à la loi civile qu'il appartient de faire ces règlements, parce que l'intérêt général y est bien plus en jeu que l'intérêt privé. D'ailleurs, la loi civile doit avoir, de sa nature, une certaine fixité qui serait tout à fait mauvaise en une matière aussi variable et aussi progressive que l'industrie et ses procédés. Il en doit être de même au Japon.

DISPOSITIONS COMMUNES.

AUX PARAGRAPHERS PRÉCÉDENTS.

Art. 265. On a vu, aux articles 21, 22 et 23, que le domaine de l'Etat, des *fu* ou *ken* et des *shi*, *tcho* ou *son* se divise en domaine *public* et domaine *privé*.

Pour leur domaine privé, ces "personnes morales" sont et doivent être traitées par la loi comme des particuliers et soumises aux mêmes obligations, comme aussi être appelées aux mêmes droits et avantages; c'est ce que le texte qualifie "d'application *active* et *passive* de la présente Section."

Mais, pour ce qui concerne les biens du domaine public, l'intérêt général doit quelquefois primer l'intérêt privé.

Ainsi, les établissements publics ne seront pas soumis à la cession forcée de la mitoyenneté des murs; on ne pourra non plus exercer le droit d'aqueduc à travers les fonds du domaine public. Mais ils seront soumis aux droits d'accès pour les réparations de bâtiments voisins et de passage en cas d'enclave; ils devront recevoir l'écoulement naturel des eaux pluviales et de source, subir la clôture et le bornage, enfin observer les distances légales pour les vues, plantations et ouvrages.

Activement, ces fonds auront tous les bénéfices de la loi: l'administration pourra requérir le passages des eaux, le bornage, la clôture, la cession de la mitoyenneté, l'observation des distances, etc. Il n'y a pas d'ailleurs, à craindre de sa part les abus et vexations qui peuvent se rencontrer entre voisins particuliers.

Il va sans dire que chaque fois que l'administration requerra pour un bien du domaine public l'exercice d'une servitude active, elle en subira les charges et conditions passives: sous ce rapport, les effets de la loi sont indivisibles.

SECTION II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

§ 1^{er}—DE LA NATURE DES SERVITUDES ET DE LEURS DIVERSES ESPÈCES.

Art. 266. La loi arrive ici aux Servitudes proprement dites, à celles qui, à la différence des servitudes dites *légales*, ne sont plus le droit commun de la propriété, mais sont établies, exceptionnellement, par l'accord exprès ou tacite des propriétaires, pour l'amélioration économique d'un fonds.

On a déjà expliqué, sous l'article 214, que leur nom de *foncieres* ne vient pas de ce qu'elles portent *sur des fonds*, mais de ce qu'elles appartiennent, figurativement, à *des fonds* dont elles deviennent des accessoires et, en quelque sorte, des *qualités* actives.

De même, lorsqu'on les qualifie de *servitudes réelles*, ce n'est pas pour dire qu'elles sont des *droits réels* ; ce qui est incontestable d'ailleurs, c'est pour exprimer que le droit appartient à *une chose* et qu'on ne peut avoir un droit de servitude sans avoir d'abord sur un fonds la propriété ou un de ses démembrements.

La loi pose en principe la pleine liberté des propriétaires voisins pour établir entre leurs fonds ces rapports qui, vraisemblablement, apporteront plus d'avantages au fonds dominant qu'ils n'en enlèveront au fonds servant ; d'ailleurs, leur intérêt est leur meilleur guide et si le fonds servant devait souffrir plus que le fonds dominant profiter, il est naturel de croire que les conditions plus onéreuses de l'arrangement en détourneraient l'un ou l'autre des voisins.

Parmi les servitudes du fait de l'homme, il y en a qui sont la contre-partie des servitudes légales et qui ont justement pour but de lever des entraves que la loi a cru devoir mettre à la liberté des voisins, mais que ceux-ci peuvent, d'un commun accord, juger inutiles, ou même nuisibles à leurs intérêts particuliers.

Ainsi, on peut, par convention :

1° Donner à l'un des voisins le droit d'envoyer chez l'autre, en dehors des conditions imposées par la loi, des eaux pluviales ou de source, ou même des eaux ménagères ou industrielles ;

2° Affranchir un des voisins de la nécessité de payer une indemnité pour le passage d'un aqueduc, dans les cas où la loi ne l'autorise à user de cette servitude qu'à charge d'indemnité ;

ε 3° Affranchir un des voisins des distances légales

à observer pour les puits, citernes ou caniveaux, pour les vues et pour les plantations d'arbres ;

4° Supprimer, pour l'un des voisins ou pour tous deux, l'obligation de contribuer aux frais du bornage ou de la clôture, dans les cas où la loi permet d'exiger celle-ci, ou même l'obligation de céder la mitoyenneté.

Mais il ne faudrait pas croire que les voisins pussent, par convention, s'affranchir de toutes les servitudes légales : le principe de la liberté des conventions reçoit ici une exception générale qui est de n'établir aucune servitude "contraire à l'ordre public." Or, quand la servitude légale est fondée sur un principe d'ordre public et sur un intérêt général de premier ordre (car il y a toujours un intérêt général dans la cause des servitudes légales), les parties ne peuvent s'en affranchir par une convention dont l'imprévoyance pourrait, plus tard, causer des troubles sérieux.

Ainsi on ne pourrait, par convention :

1° Supprimer le droit d'accès sur la propriété voisine pour la réparation des bâtiments, ni le droit de passage en cas d'enclave ; car, dans le premier cas, on aurait ôté presque toute valeur au bâtiment qui viendrait à avoir besoin de réparations, et, dans le second, sa valeur tout entière au fonds enclave ;

2° Affranchir le voisin inférieur de l'obligation de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur.

3° Affranchir le voisin supérieur ou inférieur de l'obligation de livrer passage, par aqueduc, aux eaux ménagères, industrielles ou agricoles, dans les cas où la loi l'y soumet ;

4° Affranchir les voisins de l'obligation de subir respectivement le bornage ou la clôture.

Toutefois, comme les conventions doivent recevoir tout l'effet possible, en tant qu'il n'est pas contraire à l'ordre public, on pourrait leur donner ici quelque effet

quant à l'indemnité, au moins dans les trois derniers cas : ainsi, au 2^e cas, celui qui aurait stipulé son affranchissement des eaux naturelles devrait recevoir une indemnité, si le propriétaire supérieur, pour échapper à l'inondation, était forcé de se prévaloir de la servitude légale ; de même, au 3^e cas, une indemnité spéciale et supplémentaire serait due par le voisin qui requerrait le passage d'un aqueduc après y avoir renoncé ; au 4^e cas, le bornage et la clôture, toujours possibles, seraient aux frais exclusifs de la partie qui les requerrait, après avoir pris un engagement contraire. On pourrait même, au 1^{er} cas, mais par exception, donner effet à la convention qui tendrait à affranchir un fonds du droit d'accès du voisin, c'est lorsque la convention serait intervenue *avant* la construction en faveur de laquelle le droit d'accès est plus tard réclamé : cette convention, en effet, tendait indirectement à obliger le voisin à réserver entre son bâtiment et la ligne séparative un espace suffisant pour les réparations. Le constructeur, pour n'avoir pas tenu compte de cette indication, pour rait être tenu d'une indemnité plus forte que si elle était fixée par la seule application de l'article 217 ; il pourrait même, au cours de sa construction, être arrêté par la dénonciation de nouvel œuvre.

On a, plus haut, présenté comme valable la convention par laquelle un voisin renoncerait à user du droit que lui donne la loi d'acquérir la mitoyenneté d'un mur. La question n'est pas sans difficulté et peut-être quelques personnes hésiteraient-elles à admettre notre solution, à cause de l'intérêt économique qu'il y a à ne pas faire deux murs entre deux bâtiments ; mais nous ne voyons pas là cet intérêt public " de premier ordre " qui nous semble la raison de prohiber certaines conventions contraires aux servitudes légales : une pareille convention sera trop peu fréquente et la propriété qui sera privée du droit de mitoyenneté ne sera pas assez

notablement dépréciée pour qu'il y ait lieu de déroger au principe général et essentiel de la liberté des conventions. Ce qui doit lever tous les doutes c'est que le propriétaire pourrait toujours se soustraire à l'obligation de céder la mitoyenneté en bâtissant en retraite de plus d'un pied de la ligne séparative (v. art. 257).

La loi a laissé à l'interprétation judiciaire la solution de quelques questions qui pourraient s'élever sur la validité des conventions en matière de servitudes.

Ainsi, l'ordre public ne s'oppose nullement à ce que deux voisins conviennent que l'un d'eux fera certains travaux sur le fonds de l'autre, soit par lui-même, soit par des hommes de journée payés par lui : par exemple, qu'il plantera le riz et le récoltera, qu'il réparera les bâtiments, qu'il curera les étangs, le tout avec ou sans rétribution, suivant les accords. Mais cette convention ne vaudrait que comme promesse de services gratuits ou onéreux : elle donnerait une créance ou un droit personnel et ne constituerait pas une servitude.

La conséquence en est fort importante : les services ne seraient pas dus par tout propriétaire qui succéderait sur le fonds au promettant, ils ne seraient dus que par le promettant lui-même, qu'il ait ou non gardé le fonds ; ils ne seraient même pas dus par ses héritiers, car la promesse de service est personnelle, dans le sens le plus étroit du mot, elle ne passe même pas aux héritiers passivement ; de même, l'obligation serait éteinte par la mort du stipulant et ne profiterait pas à ses héritiers ; car les conventions de services, même faites à titre onéreux, sont généralement faites en considération des personnes, respectivement.

Si le fonds sur lequel les travaux devaient être faits, venait à être aliéné, le changement de propriétaire devrait être, en principe et par le même motif, considéré comme mettant fin au contrat, à moins que le cédant n'ait expressément transféré sa créance de

services en même temps que le fonds ce qui est permis.

En sens inverse, si l'on suppose une stipulation donnant à un propriétaire le droit de se promener sur le fonds voisin, d'y chasser, d'y pêcher, de s'y baigner, il n'y aura là aucune charge pour la personne du propriétaire voisin; mais on n'y trouvera pas non plus un avantage pour *tout propriétaire* du fonds prétendu dominant, par conséquent, point de plus-value donnée au fonds lui-même; en effet, tous les propriétaires ne sont pas chasseurs ou pêcheurs: l'âge, la santé, les occupations, pourraient rendre inutiles les facultés dont il s'agit; on ne se trouve donc pas dans les conditions qui font le mérite économique des servitudes: il n'y aura pas servitude *foncière*.

Mais une pareille stipulation n'a rien de contraire à l'ordre public et elle ne sera pas nulle; elle donnera même un droit *réel*, c'est-à-dire un droit affectant la propriété de la chose et la démembrant: ce sera suivant qu'il sera établi à titre gratuit ou à titre onéreux et d'après les autres circonstances du fait, soit un droit d'usage spécial, soit un droit de bail, avec un objet plus limité que d'ordinaire; ce pourrait être aussi le droit *personnel* né d'un prêt à usage.

Il ne faudrait pas cependant contester le caractère de servitude foncière à toute charge établie entre voisins, par cela seul qu'elle imposerait à l'un d'eux quelque prestation de travail, personnel ou procuré, ou qu'elle aurait pour résultat un avantage au profit de la personne de l'autre ou des personnes de sa famille ou de sa maison.

Ainsi, dans le cas d'un droit de passage accordé à l'un des voisins sur le fonds de l'autre, on peut convenir que le chemin sera entretenu pas ce dernier et, dans le cas d'un droit d'aqueduc, que le propriétaire du fonds servant entretiendra la construction et fera le curage, soit périodiquement, soit quand il sera néces-

saire ; dans ces deux cas et autres analogues, on ne devrait pas hésiter à reconnaître une servitude foncière : les travaux à exécuter par le propriétaire du fonds servant ne sont qu'une charge accessoire qui ne peut changer la nature de la charge principale ; il ne restera plus qu'à la concilier avec le principe déjà énoncé que "la servitude n'oblige pas à *faire*, mais seulement à *souffrir*" : on donnera la conciliation en son lieu (voy. art. 285).

Ainsi encore, et en sens inverse, il est très fréquent que les mêmes servitudes de passage et d'aqueduc procurent au propriétaire ou aux siens des avantages personnels, comme la facilité ou la brièveté de la communication avec la voie publique, ou comme l'usage d'une eau plus abondante ou plus salubre pour les usages personnels et domestiques. Mais, ce qu'il y a de profit personnel est encore secondaire et *accessoire* ; l'effet principal du droit de passage ou du droit d'aqueduc est toujours *l'amélioration économique* du fonds dominant ; car tout propriétaire du fonds sera sensible à l'abréviation des distances ou à la qualité et à la quantité de l'eau.

On a dit plus haut que la perpétuité n'est pas de l'essence des servitudes foncières, cependant elle est de leur nature, et quand une servitude aura été établie pour un temps un peu court, il sera nécessaire d'examiner si, dans l'intention des parties, elle n'a pas été établie en faveur du propriétaire actuel, comme il est expliqué plus haut, plutôt qu'en faveur de son fonds ; la question dépendra de l'ensemble des circonstances : spécialement, de la nature du service à tirer de la chose et des relations de parenté ou d'amitié des parties.

Art. 267. Le 1^{er} alinéa de cet article consacre le principe développé à l'article précédent, à savoir, que le droit de servitude foncière est doublement *réel* en ce

sens que, non seulement il porte sur une chose et reste opposable à tous ceux qui la détiendront, mais encore qu'il appartient à une chose et, par là, profite à tous ceux auxquels cette chose appartiendra successivement.

La loi leur reconnaît, en même temps, le caractère de *droit accessoire* déjà annoncé à l'article 2.

Du reste, quand la loi nous dit (2^e al.) que les servitudes ne peuvent être cédées, louées ni hypothéquées séparément du fonds et peuvent l'être seulement avec lui, ce n'est pas seulement à raison de ce caractère accessoire ; en effet, il y a d'autres accessoires des fonds qui pourraient en être détachés et cédés ou loués séparément comme les objets mobiliers attachés aux fonds pour leur exploitation ou leur agrément, lesquels pourraient aussi être, sinon hypothéqués, au moins donnés en gage et livrés au créancier, comme meubles.

La raison de cette prohibition n'est pas non plus que le droit de servitude a pu être constitué *en vue de la personne* du voisin et que la cession du droit en changerait indûment le titulaire ; on a vu, en effet, que la servitude, comme telle, doit être établie en faveur du fonds et non en faveur du propriétaire, et d'ailleurs, le constituant est toujours exposé à un changement de titulaire avec le changement de propriétaire du fonds dominant lui-même.

La véritable raison de la présente prohibition, c'est que la servitude foncière, outre les limites qui peuvent avoir été mises à son exercice par l'acte constitutif, en reçoit encore d'autres dans les besoins mêmes du fonds dominant : celui qui aurait le droit de prendre sur le fonds d'autrui de l'eau, du sable, des pierres, des bois, en une quantité déterminée, pour les besoins agricoles, industriels ou domestiques de son fonds, n'épuisera pas toujours son droit, car la quantité stipulée peut, à certaines époques, excéder les besoins du fonds. Si donc, il était permis de céder, soit le droit même, tout entier,

aux matières stipulées, soit ce qui en excède les besoins du fonds dominant, la condition du fonds servant se trouverait aggravée. Cette raison s'applique autant à l'hypothèque qu'au bail ou à la cession, car l'hypothèque mène généralement à la vente du bien pour satisfaire le créancier.

La seconde disposition est encore commandée par le même principe ; ainsi le propriétaire d'un fonds auquel appartient un droit de passage sur le fonds voisin ne pourrait en permettre l'usage à un autre voisin, même en s'abstenant d'en user personnellement.

On a vu, cependant, à l'article 57, que l'usufruit, qui est une servitude personnelle, peut être grevé d'un autre usufruit. Cela s'explique par la cessibilité du droit lui-même d'usufruit ; car il est susceptible d'être cédé, loué et hypothéqué (art. 68), et cette faculté, reconnue à l'usufruitier, de changer le bénéficiaire de son droit, se justifie elle-même par la considération qu'il a *tout l'usage et tous les fruits* de la chose, ce qui ôte au nu-propriétaire tout intérêt à s'opposer à une cession. Par la raison inverse, l'usager, dont les droits sont limités à ses besoins personnels, ne peut céder son droit (art. 113). Toutes ces dispositions sont donc en complète harmonie.

Art. 268. La loi reconnaît, en principe, aux servitudes le caractère d'indivisibilité déjà signalé par l'article 19 ; mais elle y apporte des exceptions qui, en fait, se rencontreront peut-être plus souvent que la règle.

Il est certain, comme l'explique le 1^{er} alinéa, que s'il y a plusieurs propriétaires de l'un des fonds, du fonds dominant, par exemple, et que ces copropriétaires soient en état d'indivision, l'un d'entre eux ne peut, sans le concours des autres, renoncer à la servitude active et en priver le fonds dominant : il ne peut le faire pour le tout, parce qu'il n'a pas qualité pour diminuer le droit

de ses copropriétaires ; il ne le peut, non plus, pour sa part indivise, pour une moitié, un tiers ou un quart, parce que la nature des avantages que procure une servitude foncière ne permet pas d'en concevoir des fractions : la vue, le passage des personnes ou des eaux, la prohibition de bâtir ou de planter sur des points déterminés, ne comportent pas de parties.

Réciproquement, si l'indivision existe entre copropriétaires du fonds servant, la convention que ferait l'un d'eux avec le propriétaire du fonds dominant pour l'extinction de la servitude ne profiterait pas aux autres, s'il n'était pas autorisé à stipuler pour eux, et elle ne lui profiterait pas à lui-même pour sa part indivise du fonds, car la servitude ne pourra toujours être exercée qu'intégralement ou indivisiblement, pour le motif donné plus haut.

On retrouvera l'indivisibilité des servitudes, au sujet de leur extinction (v. art. 291). Elle présente aussi de l'intérêt et même quelque difficulté au sujet de l'autorité de la chose jugée, lorsque tous les intéressés n'ont pas été en cause comme demandeurs ou défendeurs ; mais comme cet ordre d'idées se retrouvera mieux à sa place à l'occasion des autres droits réels ou personnels indivisibles, la loi ne s'y arrête pas ici.

Le 2^e alinéa nous dit que l'indivisibilité des servitudes pourra même persister après le partage du fonds dominant ou du fonds servant. Par exemple, le fonds *A*, appartenant à plusieurs, avait, sur le fonds *B*, le droit de passage ou d'aqueduc ou le droit d'empêcher certaines constructions ou plantations ; s'il est partagé entre les copropriétaires, chacun aura, pour le lot de terrain qui lui est échu, le droit intégral de vue, de passage, d'aqueduc, etc. Même solution, si, au lieu d'un partage du fonds dominant, il en était cédé une partie à un tiers : celui-ci jouirait intégralement de la servitude, sans qu'elle cessât d'appartenir en entier au cédant pour

la partie conservée par lui. Réciproquement si le fonds servant était partagé ou cédé partiellement, chaque lot se trouverait soumis à la servitude, au moins, en principe, et en tant que ce résultat serait nécessaire à la plénitude du droit du fonds dominant.

Mais c'est ici que se rencontrent, le plus souvent, les exceptions réservées par le 2^e alinéa et auxquelles il faut s'arrêter un instant. Elles se rencontreront aussi, quoique peut-être plus rarement, dans le cas de division du fonds dominant.

Soit un fonds servant grevé d'un droit de passage ou d'aqueduc dans une direction déterminée. Bien qu'on puisse dire que le fonds tout entier est grevé, en ce sens qu'il s'en trouve amoindri dans sa valeur totale, par la diminution de liberté du propriétaire, cependant, en fait, le passage des personnes ou des eaux ne s'exerce pas sur toutes les parties du fonds, lequel est traversé dans un sens ou dans un autre, peut-être sur une faible étendue. Si, dans la division du fonds, la partie consacrée au passage se trouve contenue tout entière dans un lot, les autres se trouveront à l'avenir, affranchis de la servitude.

De même, s'il existe une servitude défendant de construire ou de planter, ce ne sera généralement que sur une partie du fonds faisant face aux bâtiments du voisin auxquels on a voulu conserver la vue de la mer, de la campagne ou du *Fusiyama* ; lorsque, le fonds servant sera divisé, cette portion de terrain qui doit rester libre de bâtiments ou de plantations ne se trouvera pas dans tous les lots : il y en aura toujours quelques-uns qui seront affranchis de la servitude.

Si nous supposons le fonds dominant divisé en plusieurs lots, le même résultat pourra se produire ; moins souvent, peut-être, pour le passage ou l'aqueduc, lesquels pourront quelquefois rester nécessaires à tous les lots, mais presque toujours pour la défense de planter

ou de bâtir, qui ne profitera plus qu'au lot où se trouvent les bâtiments dont on a voulu conserver le *prospect*, la vue à distance.

Art. 269. Le caractère particulier des servitudes qui motive la prohibition de les aliéner séparément du fonds dominant ne commande pas une prohibition analogue pour l'exercice des actions judiciaires par lesquelles on les réclame ou on les conteste : chacun des deux propriétaires pourra donc plaider *pour* ou *contre* la servitude, sans être tenu de prouver son droit de propriété ni même son droit de possession, lorsqu'il ne sera pas en question. Il serait, en effet, bien inutile toujours, et dangereux souvent, de réunir dans le procès deux questions qui ne sont pas nécessairement connexes. Telle est au moins la règle.

Mais, si la propriété ou la possession du fonds même était contestée au demandeur ou au défendeur, le droit d'invoquer la servitude ou de la dénier serait contesté aussi, par cela même, et les deux questions devraient être réunies, avec la priorité donnée à celle de propriété ou de possession du fonds, comme question préalable ou préjudicielle.

Hors ce cas, qui sera rare sans doute, la question de la servitude se présentera seule et sera jugée de même, soit au pétitoire soit au possessoire.

Le 2^e alinéa nous dit que le propriétaire peut exercer l'action *négatoire* pour contester que son fonds soit assujéti à un autre par une servitude.

Les noms *d'action confessoire* opposée à l'*action négatoire*, avec subdivision, pour chacune, en *action possessoire* et *action pétitoire*, ont déjà été rencontrés plus haut et expliqués assez longuement, au sujet de la propriété et de l'usufruit (art. 36 et 67), et surtout au sujet de la possession (art. 199 et s.). On se bornera donc à en rappeler brièvement les caractères en

tant qu'ils peuvent être appliqués aux servitudes.

Dans l'action *confessoire*, le demandeur soutient, *affirme* son droit de servitude sur le fonds d'autrui; dans l'action *négatoire*, le demandeur conteste, *nie* que son fonds doive une servitude au fonds d'autrui. Il faut bien avoir soin, d'ailleurs, d'éviter ici une confusion à laquelle on est exposé par la nature du sujet et par les habitudes du langage. Ainsi on a déjà dit qu'il y a des servitudes qui assujétissent le fonds servant à *ne pas* planter, à *ne pas* bâtir dans un lieu déterminé. Or, lorsque le propriétaire du fonds dominant soutient que celui du fonds servant *ne peut* bâtir, il n'intente pas une action *négatoire*, mais une action *confessoire*; c'est, en réalité, comme s'il soutenait qu'il *a le droit* d'empêcher le voisin de bâtir; c'est bien "affirmer son propre droit sur le fonds d'autrui," conformément à la définition donnée plus haut.

En sens inverse, si le demandeur soutient qu'il *a le droit* de faire boucher chez le voisin des fenêtres d'aspect ouvertes à moins de trois pieds de la ligne séparative, en vertu d'une prétendue servitude qu'il conteste, son action est *négatoire*, parce que la négation ne doit pas être cherchée dans les mots, mais dans la prétention; en effet, le demandeur "*nie* que le voisin ait sur son fonds un droit de vue ou de prospect," ce qui est bien conforme aussi à la définition de l'action *négatoire*.

Du reste, la question de savoir si une action relative aux servitudes est *confessoire* ou *négatoire* n'a pas seulement un intérêt de théorie et de doctrine, elle a aussi un intérêt pratique sur lequel on reviendra au sujet des preuves; dans l'action *confessoire* le demandeur a, comme tel et d'après le droit commun, toute la charge de la preuve de ce qu'il *affirme*; dans l'action *négatoire*, le demandeur ne pouvant, par la nature des choses, prouver pleinement une *négation indéfinie*, som-

mera le défendeur d'*alléguer* la cause *directe et positive* de son prétendu droit de servitude et c'est seulement cette cause déterminée dont il aura à démontrer l'*inexistence*, ce qui sera encore fort difficile.

Rappelons maintenant ce qui distingue, dans chacune de ces deux actions, le caractère *possessoire* et le caractère *pétitoire*.

Quand le demandeur se trouve, *en fait*, dans la situation qu'il prétend avoir aussi *en droit*, il peut se borner à demander le maintien *du fait*, de l'état actuel, sans soulever la question *du droit*, la question *du fond*.

Ainsi celui qui prétend avoir un droit de passage ou de vue, était *en possession* de ce droit, c'est-à-dire l'exerçait, *en fait*, depuis un certain temps, lorsque le voisin fait brusquement fermer le passage ou obstruer la vue ; dans ce cas, le prétendant à la servitude pourra agir *en complainte* pour faire rétablir le passage et même *en réintégrande*, si la fermeture a été faite par surprise ou avec menaces (v. art. 204). Enfin, il agira *en dénonciation de nouvel œuvre*, si le voisin commence des travaux qui peuvent bientôt constituer un trouble ou une dépossession. L'avantage d'agir ainsi *au possessoire* plutôt qu'*au pétitoire*, c'est que le demandeur, pour triompher, n'aura qu'à prouver l'*exercice actuel* de la servitude par lui prétendue, tandis que, s'il agissait au *pétitoire*, il lui faudrait prouver son droit *au fond*, c'est-à-dire produire un acte constitutif de la servitude.

Lorsqu'il aura triomphé, le voisin pourra, il est vrai, intenter, à son tour, une action *négatoire* ; mais les rôles y seront renversés et le premier y sera défendeur, avec tous les avantages attachés à cette qualité ; en outre, cette action *négatoire* ne pourra pas être *possessoire*, par exemple, en réintégrande, car la possession a déjà été jugée en faveur du premier demandeur, l'action *négatoire* sera alors *pétitoire*, c'est-à-dire tendra

à faire juger, *au fond*, que le voisin n'a pas de servitude de vue ou de passage. C'est ainsi qu'on a vu (art. 212) que lorsqu'il s'agit, non plus d'une servitude, mais du droit de propriété tout entier, celui qui a succombé au possessoire peut encore utilement agir au pétitoire, tandis que la réciproque n'est pas permise.

Ceci implique que l'action *négatoire* pourrait avoir elle-même le caractère *possessoire*, lorsque c'est elle qui est intentée la première. Ainsi, un propriétaire voit son voisin construire un bâtiment sur la ligne séparative, avec des ouvertures d'aspect, il peut faire la dénonciation de nouvel œuvre ; si le bâtiment est terminé, il intentera l'action en réintégrande pour faire supprimer les ouvertures ; s'il s'agit d'un passage déjà exercé par intervalles, il intentera l'action en complainte : comme son voisin ne possédait pas encore la servitude, il *possédait* lui-même la liberté de son fonds : il conserve ou recouvre la possession de cette liberté, un instant troublée ou usurpée. Toutes ces actions *possessoires* sont en même temps *négatoires*, car elles *nie*nt le droit du voisin. Si le demandeur y triomphe, il sera désormais défendeur à l'action du voisin qui se croirait le droit d'agir *au fond* ; cette action du voisin sera *confessoire*, puisqu'elle *affirmera* son droit et, en même temps, *pétitoire*, puisqu'elle tendra à faire juger non plus la possession, mais *le fond* du droit.

Art. 270. Cet article consacre d'une façon formelle le caractère de *servitudes* dont le nom est déjà attribué par la Section précédente aux charges, limites et conditions restrictives auxquelles le droit de propriété est soumis par la loi.

Art. 271. Les dispositions précédentes correspondent à la première partie de l'intitulé du présent paragraphe, à *la nature* des servitudes ; la loi arrive maintenant à *leurs diverses espèces*. En réalité, on pourrait

dire que les précédents articles se rapportent à leur *nature commune*, et ceux qui vont suivre, à la *nature particulière* de chacune. En effet, par cela même que la liberté des parties est très grande, presque absolue, pour l'établissement des servitudes, comme aussi les avantages que chacune d'elles peut procurer sont très variés, il faut s'attendre à ne pas leur trouver à toutes les mêmes caractères particuliers ; les différences qu'elles vont présenter exerceront même une grande influence sur leur établissement, sur le mode de leur exercice et sur leur extinction, ainsi qu'on le verra aux paragraphes suivants.

Les trois divisions des servitudes ici présentées peuvent être considérées comme résultant de la nature des choses ; aussi les trouve-t-on, plus ou moins explicitement, dans toutes les législations modernes et ne doit-on pas hésiter à les reconnaître au Japon ; on ne pourrait varier que sur les conséquences légales à attacher à leurs différences.

La loi se borne ici à présenter les trois divisions, elle n'ajoute pas ce qu'on verra suffisamment plus loin, que chacune des divisions peut se combiner avec les deux autres ; ainsi, une servitude continue est, nécessairement, soit apparente, soit non apparente ; elle est, en même temps, soit positive, soit négative ; il en est de même de la servitude discontinue : elle a, en même temps, l'un des caractères de chacune des deux autres divisions. Par cela même, encore, les deux autres divisions se combinent entre elles et avec la première. On en verra la preuve dans les exemples donnés sous les articles suivants.

Art. 272. La division des servitudes en continues et discontinues est d'une importance considérable.

Les principales servitudes continues sont : les vues sur la propriété d'autrui, à une distance moindre que

celle qui constitue la servitude légale ; les plantations et excavations, également plus rapprochées que ne le permet le droit commun ; l'égoût des toits au-delà de la ligne séparative ; l'aqueduc à travers le fonds d'autrui, pour amener de l'eau ou pour en évacuer, en dehors des conditions de la servitude légale du même nom. Sont encore continues, les prohibitions de bâtir ou de planter, contrairement à la liberté légale des propriétaires.

Dans ces divers cas, il est évident qu'une fois les lieux disposés pour la servitude, celle-ci s'exerce *d'elle-même*, activement et passivement, sans le fait actuel de l'homme, c'est-à-dire, non-seulement sans que le propriétaire du fonds *servant* ait à accomplir quelque acte, puisque "la servitude n'oblige pas à faire, mais à souffrir," mais même sans que le propriétaire du fonds *dominant*, ou quelqu'un pour lui, ait besoin d'accomplir un fait actif d'usage.

Quelques personnes ont pourtant hésité à admettre comme continues les servitudes d'égoût des toits ou d'aqueduc, sous le prétexte que la pluie et les eaux naturelles ou artificielles présentent des intermittences ; mais c'est un doute mal fondé : l'avantage du fonds dominant et l'assujettissement du fonds servant sont permanents, dès que, par la disposition des lieux, l'égoût de la pluie ou l'écoulement des eaux peuvent se produire aussi souvent que la nature le permettra.

Au contraire, il y a discontinuité de la servitude lorsque la disposition des lieux, une fois appropriée, ne suffit pas à son exercice, mais qu'il faut encore un fait actif du propriétaire du fonds dominant, comme dans la servitude de passage sur le fonds d'autrui, dans celle qui permet d'y puiser ou d'y faire puiser de l'eau portative (non conduite), d'y faire paître des animaux, d'y prendre ou d'y faire prendre des matériaux, tels que bois, pierres, sables etc. ; or, l'homme, d'après sa

nature, ne peut accomplir, d'une façon continue, aucun acte volontaire.

On ne doit pas classer parmi les servitudes continues, les prises d'eau, au moyen d'un canal ou orifice, lorsque l'écoulement ne serait permis que par intervalles fixes ou par tours de jours ou d'heure. Il faut nécessairement un fait de l'homme pour ouvrir ou fermer l'orifice ou la *bouche d'eau* ; la servitude n'est donc pas continue de sa nature ; c'est à peine si on pourrait lui reconnaître ce caractère dans le cas, sans doute sans exemple, où l'ouverture et la fermeture de l'orifice se feraient automatiquement, à intervalles réguliers, par le moyen d'une machine ; car il faudrait, au moins, qu'elle fût chauffée, si elle était à vapeur, ou remontée, si elle était purement mécanique. Il y aurait toujours là, pour l'exercice de la servitude, " un fait de l'homme " avant le mouvement automatique.

On pourrait éprouver ici, à l'égard du pacage un doute pareil au précédent : si la servitude permettait de laisser les animaux placés sur le fonds dominant, passer et paître en liberté sur le fonds servant, non clos d'ailleurs, il semblerait qu'aucun fait de l'homme n'étant ici nécessaire, la servitude serait continue ; mais ce serait encore une illusion : il y aurait toujours le fait, par le propriétaire du fonds dominant, d'avoir et d'entretenir des animaux sur son fonds, fait qui n'est pas permanent de sa nature, qui peut cesser, puis recommencer, qui peut donc être et sera souvent intermittent.

Art. 273. On a réuni ici deux caractères distinctifs de la servitude apparente ; ils ne sont pas d'ailleurs identiques : un *ouvrage* est un travail de l'homme destiné à faciliter l'exercice de la servitude ; un *signe visible* n'est pas toujours un ouvrage : si par exemple, pour le passage des personnes, on a laissé, depuis la limite du

fonds dominant, un espace libre de plantation et de cultures, alors qu'il en existe de chaque côté, il n'y a là aucun *ouvrage de l'homme*, mais il y a un *signe visible* du droit de passage, surtout si le chemin, étant fréquenté, est battu et n'est pas envahi par les herbes ; de même, si des eaux, sortant d'un fonds ou y entrant, se sont creusé un lit naturel.

Comme exemples des servitudes apparentes, on peut citer encore : une fenêtre d'aspect ou des plantations plus rapprochées que la distance prescrite par la loi, des toits avançant au-delà de la ligne séparative, un aqueduc non souterrain.

Comme servitudes non apparentes, il y a : l'aqueduc souterrain, les droits de puisage, de pacage, de prise de matériaux sur le fonds d'autrui et toutes les servitudes *négatives*, objet de l'article suivant, consistant dans des prohibitions ou restrictions à la liberté légale des propriétaires.

Art. 274. Une servitude est positive ou affirmative, quand son effet immédiat et direct est d'étendre pour le propriétaire du fonds dominant le droit d'*agir* que la loi lui donne normalement, soit sur son propre fonds, soit sur le fonds voisin. Elle est négative ou prohibitive, lorsqu'elle donne au propriétaire du fonds dominant le droit de *défendre* au voisin des actes que le droit commun permet à chacun d'accomplir, soit sur son propre fonds, soit sur le fonds contigu.

Comme exemples de servitudes *positives*, on peut citer, dans l'ordre du texte :

1° Sur le fonds servant : l'aqueduc, l'égoût des toits, le passage, le puisage, le pacage, la prise de matériaux ;

2° Sur le fonds dominant lui-même : les fenêtres d'aspect, les plantations ou excavations à des distances moindres que la loi le prescrit.

Comme servitudes *négatives*, on trouve :

1° Sur le fonds servant : les prohibitions de bâtir, de planter, d'ouvrir des excavations, soit d'une manière absolue, soit à moins d'observer une distance plus grande ou des conditions plus onéreuses que celles prescrites par le droit commun ;

2° Sur le fonds dominant : l'affranchissement de la contribution au bornage ou à la clôture, ou celui de l'obligation même de céder la mitoyenneté.

On a dit plus haut que ces divisions des servitudes, tirées de leur nature envisagée à des points de vue différents, peuvent se combiner ensemble.

Ainsi, une servitude peut être *continue et apparente*, comme la servitude de vue et d'aqueduc avec un canal extérieur ; elle peut être *continue et non apparente*, comme celle d'aqueduc avec canal souterrain, et comme toutes les servitudes négatives ou prohibitives.

La servitude peut être *discontinue et apparente*, comme le droit de passage avec une porte et un chemin frayé sur le fonds servant ; elle peut être *discontinue et non apparente*, comme le droit de prendre sur le fonds voisin de l'eau ou des matériaux.

Il est évident aussi que les servitudes *positives* sont les unes apparentes, comme l'égoût des toits, et les autres non apparentes, comme l'aqueduc souterrain, et qu'elles peuvent être continues, comme tout aqueduc, ou discontinues, comme le passage ; tandis que les servitudes *négatives* sont toutes non apparentes et continues.

§ II.—DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES.

Art. 275. La convention et le testament sont deux modes d'établissement communs à toutes les servitudes, continues et discontinues, apparentes et non apparentes, positives et négatives, et lors même que la raison en concevrait un plus grand nombre d'espèces, on com-

prendrait aussi que toutes s'établissent encore par ces deux natures de titres, car il s'agit ici des servitudes "établies par le fait de l'homme;" or, le *titre* n'est autre chose que la volonté de l'homme, dans sa manifestation la plus directe.

La loi n'a d'ailleurs, à entrer ici dans aucun détail sur la forme et les conditions de validité des conventions et du testament, lesquelles n'ont pas lieu d'être modifiées par cet objet particulier : les servitudes sont des droits réels, des démembrements de la propriété ; elles se constitueront donc par convention ou par testament, comme les autres droits réels et comme se transfère la propriété ; mais elles sont des droits immobiliers : la capacité du constituant y est plus limitée que s'il s'agissait de droits mobiliers ; enfin, certaines mesures de publicité sont requises pour mettre les tiers à l'abri de surprises, s'ils acquéraient le fonds servant sans savoir qu'il est grevé de servitudes.

C'est dans la II^e Partie du présent Livre que l'on trouvera les règles qui concernent la capacité des contractants et les moyens de publicité prescrits dans l'intérêt des tiers, pour les aliénations d'immeubles.

Art. 276. La prescription dite acquisitive est toujours un "fait de l'homme," mais elle ne constitue pas un *titre* ; on peut dire seulement qu'elle en fait présumer l'existence antérieure, c'est-à-dire qu'elle en constitue la preuve par présomption légale.

Il est naturel que la prescription soit admise en matière de servitudes, comme en matière d'usufruit et de propriété ; mais la loi ne l'admet que pour les servitudes qui présentent le double caractère de continuité et d'apparence. En effet, la prescription a pour base et pour justification la possession, c'est-à-dire l'exercice prolongé du droit prétendu, comme s'il appartenait au possesseur ; or, la loi exige, pour la prescription de la

propriété, que la possession soit, entre autres qualités, *continue et publique* : elle ne fait ici qu'appuyer davantage sur ces deux conditions. Sans doute, quand il s'agit de la possession de la propriété ou de l'usufruit, la continuité est compatible avec des intermittences dans les actes : celui qui possède comme un propriétaire ou un usufruitier ne peut, à tout moment, labourer, semer, planter, récolter, ni même se promener sur le fonds ou occuper les bâtiments ; il suffira que l'ensemble de ses actes présente la régularité de ceux d'un véritable propriétaire ou d'un véritable usufruitier ; quant à la publicité, elle sera suffisante quand les actes pourront être vus ou connus au dehors, de sorte que celui contre lequel court la prescription puisse en être informé et y mettre obstacle, s'il le juge à propos.

En matière de servitudes, la loi est plus exigeante : la continuité doit être absolue, l'exercice doit être de tous les instants, et comme, ainsi qu'on l'a déjà observé, l'homme ne peut accomplir aucun acte sans repos ni intermittences, il n'y a que les servitudes "s'exerçant sans le fait de l'homme" qui aient une continuité suffisante pour s'acquérir par prescription ; dans les autres cas, s'il s'agissait d'un passage, par exemple, il pourrait n'avoir lieu qu'à des intervalles plus ou moins éloignés et le propriétaire du fonds prétendu servant ne manquerait pas d'alléguer qu'il n'a laissé exercer le passage qu'à titre *précaire* ou de *simple tolérance*.

De même, la loi aggrave la condition de publicité, en exigeant que l'exercice continu de la servitude se révèle par des "ouvrages ou signes extérieurs" (art. 273) qui, parlant constamment aux yeux du propriétaire dont le fonds est grevé, le provoqueront à mettre obstacle à la servitude, si elle est illégalement exercée, ou feront présumer son acquiescement, s'il garde le silence pendant le temps de la prescription.

La loi se réfère ici, implicitement, aux conditions

générales requises pour que la possession conduite à la prescription acquisitive ; il va donc sans dire qu'elle ne doit être ni précaire, ni violente ; il faut aussi tenir compte de l'influence du juste titre ou de l'absence de titre, de la bonne foi ou de la mauvaise foi (voy. art. 181 et 182) qui modifient la durée de la prescription.

Le 2^e alinéa résout une question réservée par l'article 227 : à savoir, comment s'accomplit la prescription qui prive un propriétaire du droit de disposer librement de l'eau qui prend naissance sur son fonds et la fait acquérir au voisin.

Le texte se contente d'ouvrages faits sur le fonds inférieur, pourvu qu'ils soient *apparents*, c'est-à-dire visibles pour celui qu'ils tendent à déponiller. Si l'on objecte qu'il est injuste d'attacher la prescription à des travaux que le propriétaire supérieur ne peut empêcher et que ce système ne lui laisse d'autre moyen d'empêcher la prescription que de détourner ses eaux, nous répondons qu'il a toujours le moyen bien simple d'une protestation faite en justice et, en la renouvelant tous les 30 ans, il échappera à la prescription.

Art. 277. La continuité et l'apparence sont requises pour que la servitude soit tacitement établie par la destination du propriétaire.

Un exemple fera bien comprendre la situation. Un propriétaire a bâti sur un terrain lui appartenant ; il a mis les ouvertures à son gré, parce que le terrain lui appartenait tout autour, à une distance suffisante pour n'être pas sujet aux réclamations des voisins ; à ce moment, on ne peut pas dire qu'il jouisse d'une servitude de vue ; car "on ne peut avoir un droit de servitude sur sa propre chose." Plus tard, il vend, soit le bâtiment, soit le terrain contigu au bâtiment, et les ouvertures ne sont pas supprimées au moment du contrat, et rien non plus n'y est stipulé pour la suppression ulté-

rieure des vues. Dans ce cas, l'origine de la disposition des lieux rapprochée de l'inaction et du silence des parties, prouve leur intention évidente, quoique tacite, de maintenir l'état de choses préexistant, lequel devient une servitude véritable pour l'avenir. Il serait donc exact de dire qu'ici la servitude est "établie par une convention tacite."

Dans l'exemple ci-dessus, on a supposé que le fonds sur lequel ont été faits les travaux était unique et a été ensuite divisé; on pourrait supposer aussi que, primitivement, il y avait deux fonds distincts, un terrain nu et un bâtiment appartenant à différents propriétaires, qu'ils ont été ensuite réunis dans les mêmes mains et que les ouvertures ont été alors pratiquées dans le bâtiment; on peut supposer encore que les ouvertures étaient déjà pratiquées dans le bâtiment avant la réunion des fonds et qu'elles auraient pu être supprimées comme illégalement pratiquées, mais que le propriétaire, désormais unique, des deux fonds, n'ayant plus d'intérêt à leur suppression, les a laissées subsister; c'est comme s'il les avait établies lui-même. Enfin, on pourrait supposer qu'avant la réunion des deux fonds dans les mêmes mains, la vue sur la propriété voisine était valablement établie comme servitude; la réunion des fonds a opéré l'extinction de la servitude par confusion (comme on le verra au § iv); plus tard, quand les fonds ont été de nouveau séparés, la servitude a repris naissance par la double circonstance que la disposition des lieux n'a pas été changée et que le contrat n'a pas déclaré qu'elle serait supprimée.

On a supposé aussi, dans l'exemple précité, que le propriétaire des deux fonds a aliéné l'un et gardé l'autre, sans distinguer d'ailleurs, s'il a vendu celui qui va se trouver le fonds dominant, ou celui qui sera le fonds servant; on peut supposer aussi qu'il les aliène

tous deux à des acquéreurs différents. Toutes ces hypothèses rentrent dans “la destination du propriétaire.”

Art. 278. La prescription et la destination du propriétaire ayant été limitées aux servitudes continues et apparentes, il ne reste plus que le *titre*, c'est-à-dire la convention ou le testament qui soit applicable à celles qui ne réunissent pas ces deux caractères.

Art. 279. Il ne s'agit plus ici de la constitution directe d'une servitude, mais de la reconnaissance écrite d'une constitution antérieure, ce qu'on nomme un *titre récognitif*. Il n'y a pas à distinguer si la servitude a été, en fait, établie par un titre (ce qui peut être le cas de toutes les servitudes, ni si, en droit, elle ne pouvait l'être que par ce seul moyen ; dans tous les cas, il est permis de remplacer la preuve directe d'une constitution de la servitude par un titre récognitif. Le seul cas où le titre récognitif serait sans valeur, est celui où il reconnaîtrait un mode antérieur de constitution inapplicable au genre de servitude dont il s'agirait : par exemple, s'il reconnaissait qu'il y a eu prescription, pour une servitude qui ne serait pas continue et apparente, ou même destination du propriétaire, pour une servitude qui n'aurait pas ces deux mêmes caractères.

L'utilité de l'acte récognitif est facile à saisir dans chacun des trois cas de constitution de la servitude.

Dans le cas d'un titre primordial, il peut être obscur et les parties veulent prévenir un procès entre leurs héritiers respectivement, en le rédigeant mieux ; ou il a été perdu et elles veulent le remplacer.

Dans le cas de la prescription, elles veulent constater, sans recourir à un jugement, qu'elle a été régulièrement acquise.

Enfin, dans le cas de la destination du propriétaire, elles veulent constater que les circonstances particu-

lières qui la constituent ont réellement existé.

Lorsqu'on sera arrivé aux Livre des *Preuves*, on retrouvera le titre récognitif dans ses autres applications.

§ III.—DE L'EFFET DES SERVITUDES.

Art. 280. La distinction des droits principaux et des droits accessoires est déjà connue par les articles 2 et 15, et l'on a vu, plus haut, à plusieurs reprises, que les servitudes sont des droits accessoires de la propriété du fonds dominant : mais elles présentent cette singularité que si elles sont accessoires, d'un côté, elles sont, d'un autre côté, des droits principaux et qu'elles ont, à leur tour, comme corollaires, des droits accessoires qui n'existent et ne subsistent que par elles et pour elles. Ainsi, le droit de puiser de l'eau chez autrui entraîne virtuellement le droit de passage pour prendre l'eau ; il en est de même des autres servitudes qui permettent de prendre des matériaux sur le fonds d'autrui. Mais, bien entendu, le passage sera limité, quant au temps et quant au lieu, à ce qui est nécessaire pour l'exercice de la servitude. Ainsi encore, le droit de faire des charrois de matériaux ou de récoltes à travers le fond d'autrui emporte celui de faire accompagner les chevaux et voitures par un conducteur et celui de ramener les voitures vides. Mais les personnes ne pourraient passer seules, si ce n'est au retour d'un charroi effectué.

Dans la pratique, il pourra y avoir une certaine tolérance, surtout si les voisins sont en bonne relations mais la loi statue toujours pour le cas où il n'y a pas accord des parties.

Indépendamment des droits et facultés accessoirement attachés aux servitudes, il pourra se présenter des difficultés sur l'étendue que doit avoir la servitude. La loi se borne à poser les règles générales qui devront

guider les tribunaux. Le texte suppose deux modes d'établissement des servitudes et se réfère à la présomption d'acquisition résultant de la prescription.

1° Au cas de constitution par titre, c'est-à-dire par convention ou par testament, on appliquera les règles ordinaires d'interprétation en ces matières : elles se trouveront dans ce Code à leur place naturelle. Il suffit de dire ici que les tribunaux doivent, dans l'interprétation des conventions, rechercher la commune intention des parties, plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes employés ; dans l'interprétation des testaments, ils doivent rechercher l'intention probable du testateur et s'attacher encore moins aux termes mêmes du testament, puisqu'ils n'ont pas été adoptés après discussion ou contradiction du légataire.

S'il reste des doutes aux juges, ils doivent adopter le sens le moins défavorable au fonds servant, car la liberté respective des fonds est le droit commun et l'assujettissement de l'un vis-à-vis de l'autre est l'exception.

2° Au cas de destination du propriétaire, c'est dans l'intention probable du propriétaire qui a établi ou maintenu la situation des lieux que l'on recherchera l'étendue que doit avoir la servitude après la séparation. Or, cette intention se verra dans l'exercice même que l'ancien propriétaire a pratiqué, en fait, pendant que les deux fonds étaient réunis dans ses mains ; elle se verra aussi dans le but qu'il paraissait vouloir atteindre et dans les circonstances où il se trouvait. Ainsi, le propriétaire a établi un aqueduc conduisant l'eau d'une partie de son fonds sur l'autre, pour les usages domestiques ou pour l'irrigation ; après la séparation des fonds, le propriétaire du fonds dominant ne pourrait employer l'eau pour une industrie.

Au cas de la prescription, l'étendue de la servitude sera, dit le texte, " mesurée sur la possession effective."

La loi consacre par ces mots un principe traditionnel

en matière de prescription, à savoir que "autant il y a eu possession, autant il y a prescription." Ainsi, celui qui a possédé, pendant le temps voulu pour prescrire, une ou deux ouvertures donnant des vues droites à une distance moindre que la distance légale, ne pourra, plus tard, une fois son droit acquis à une ou deux fenêtres d'aspect, en ouvrir une troisième, parce qu'il n'en a pas possédé trois ; de même, si les fenêtres d'aspect ont été possédées à deux pieds de la ligne séparative, elles ne pourront, en cas de reconstruction du bâtiment, être placées à une distance plus rapprochée ; enfin, tout en gardant le même nombre d'ouvertures et la même distance, leur position correspondant au front du fonds voisin ne pourrait être changée, par exemple, portée plus à gauche ou plus à droite : dans ces divers cas, la prescription n'a donné que les avantages même qui ont été *possédés*, que les droits qui ont d'abord été exercés *en fait*.

Art. 281. L'imprévoyance des parties contractantes, et encore plus celle des testateurs, laissera bien souvent des points à régler pour l'exercice de la servitude. On aura, par exemple, établi une servitude de passage, sans dire s'il s'appliquerait seulement aux personnes ou s'il s'étendrait même aux chevaux, aux voitures et aux matériaux : le tribunal prendra en considération la nature des deux fonds, principalement celle du fonds dominant, et l'étendue de la servitude, son mode d'exercice, seront plus larges pour un fonds exploité en culture ou en manufacture que pour une habitation d'agrément.

Pour le puisage discontinu, la quantité d'eau à prendre sera plus ou moins considérable, suivant les mêmes distinctions ; quant au temps, il sera presque toujours limité au jour, sauf les cas urgents et imprévus où l'eau pourrait être nécessaire la nuit : notamment, s'il y

avait danger d'incendie.

S'il s'agit de pacage, et que le propriétaire du fonds dominant n'ait eu qu'une ou deux vaches, une chèvre ou deux, pour le lait nécessaire à sa famille, ou un ou deux bœufs pour le labourage ou le transport, le tribunal pourra autoriser le pacage de quelques bêtes de plus, surtout si elles sont nées des premières, mais il ne permettra pas de faire paître un troupeau, si le voisin était devenu éleveur de bétail.

Pour la prise de matériaux (argile, sable, pierres, bois), la question de quantité sera la plus importante; il faudra également la régler d'après la condition du fonds dominant, au moment de la constitution de la servitude. Ainsi, le fonds dominant était, à cette époque, la résidence d'un haut personnage: la prise de matériaux avait été évidemment stipulée pour les services du fonds, avec cette destination; ce qui pouvait donner droit à du sable pour les allées du parc, à des pierres pour la réparation ou la réfection des murs et à du bois pour le soutien des arbres, tout au plus pour le chauffage des personnes, et vraisemblablement non pour la réfection des bâtiments; si le fonds est vendu et passe dans les mains d'un potier ou d'un fabricant de briques, celui-ci ne pourra prendre l'argile et le sable pour son industrie, ni le bois pour ses fours.

Au contraire, le fonds servant pourrait profiter du changement de destination du fonds dominant: si ce fonds passait des mains d'un potier ou d'un briquetier dans celle d'un rentier ou d'un fonctionnaire: celui-ci ne pourrait continuer à prendre la même quantité de matériaux; car, ce ne pourrait être que pour les vendre et la servitude ne donne pas ce droit.

Le dernier alinéa complète ces idées, qui sont encore des règles d'interprétation, en disant: 1° que le tribunal tiendra compte des besoins respectifs des deux fonds; ce qui veut dire surtout, après ce qui précède, que lors

même que les droits et besoins du fonds dominant seraient considérables, il ne faudrait pas refuser au fonds servant le droit de subvenir aux siens propres ; 2° que l'exercice de la servitude avant le règlement aura pu révéler des abus auxquels il faut mettre fin, ou, au contraire, aura donné aux parties une satisfaction convenable qu'il y a lieu de consacrer ou de ne modifier que légèrement.

Art. 282. Si la prise d'eau était accordée à un voisin par l'effet d'un louage, le manque d'eau, même indépendant du fait du bailleur, engagerait sa responsabilité, en ce sens qu'ayant contracté personnellement l'obligation d'en fournir la jouissance, il n'aurait pas droit au prix de location pendant le temps où l'eau manquerait ; mais le droit de servitude n'est pas identique au droit résultant du bail, et lors même que la servitude aurait été constituée par vente, c'est-à-dire par un contrat qui oblige à la garantie de l'existence de la chose vendue, au moment où la vente a eu lieu, il n'en résulterait pas une garantie de sa durée indéfinie. Enfin, même si le vendeur s'était engagé à garantir la durée de l'eau pendant un temps plus ou moins long, le droit à la garantie pourrait bien passer, activement, à tout cessionnaire du fonds dominant, mais il ne passerait pas, passivement, à la charge du cessionnaire du fonds servant : l'obligation de garantie serait personnelle au vendeur et à ses héritiers.

Au contraire, quand la prise d'eau étant constituée à l'état de servitude, la privation de l'eau résulte de travaux faits par le propriétaire du fonds servant, celui-ci est toujours responsable, sans distinguer s'il est, ou non, vendeur de la prise d'eau ou héritier du vendeur : sa responsabilité résulte de son fait personnel.

Un cas pourrait faire doute : l'eau sur laquelle la servitude a été concédée n'était pas une eau natu-

relle, mais elle résultait elle-même d'une concession faite au fonds servant, moyennant une somme à payer annuellement, comme sont, par exemple, les concessions d'eau faites par les municipalités sur leurs réservoirs ; le propriétaire du fonds servant a cessé de payer l'annuité et l'eau lui a été retirée ; par suite, le fonds dominant en a été privé également. Dans ce cas, la responsabilité du manque d'eau est-elle encourue par le propriétaire du fonds servant ? Il faut décider négativement, en principe, car " les servitudes n'obligent pas à faire, mais seulement à souffrir ;" pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le constituant de la servitude se fût engagé à continuer le paiement de l'annuité et ce serait là une obligation personnelle n'obligeant que lui et ses successeurs et non une charge réelle imposée à tout propriétaire du fonds servant. On pourrait seulement admettre, par interprétation du contrat, que cet engagement a été pris tacitement, au moins quand l'origine de l'eau a été déclarée.

Les deux derniers alinéas prévoient le cas où l'eau, sans manquer entièrement, serait insuffisante pour le fonds dominant et le fonds servant réunis ; la loi prévoit même le cas de deux fonds dominants.

Dans le cas où débat n'intéresse que le fonds dominant et le fonds servant, on ne pouvait songer à donner la préférence à un fonds sur l'autre : il serait bien difficile, en raison, de justifier une pareille solution. Il a paru plus juste de distinguer entre les usages auxquels l'eau est nécessaire. En première ligne, la loi place les usages personnels et domestiques ; on a déjà fait remarquer, au sujet de l'article 228, que l'eau étant, dans une certaine mesure, nécessaire à la vie et à la santé de l'homme, la loi doit lui en assurer l'usage, quand elle le peut. Les usages agricoles viennent ensuite, parce qu'ils favorisent la production des denrées alimentaires ou autres de première nécessité ; les usages

industriels viennent en dernier lieu, parce que, lors même que les usines ou manufactures cesseraient de fonctionner pendant un certain temps, le dommage général qui en résulterait serait moindre que la privation de récoltes faute d'irrigation.

L'hypothèse la plus fréquente où il y a plusieurs fonds dominants est évidemment celle où un fonds dominant, d'abord unique, aura été ensuite divisé par un partage entre co-propriétaires ou co-héritiers ; dans ce cas, ils n'auront droit, en totalité, qu'à la même quantité d'eau que celle qui était due primitivement au fonds unique ; mais, le partage ayant la même date pour tous, ce ne sera donc pas le cas où la préférence appartiendra au fonds dont le titre est antérieur en date. Il faut supposer des ventes partielles et successives du fonds unique, ou une concession d'eau faite successivement à divers fonds voisins du fonds servant.

L'ordre des droits à l'usage de l'eau sera alors le suivant : d'abord, un droit égal ou proportionnel à l'eau nécessaire aux usages domestiques, sans distinction de la date des titres ; ensuite, le droit exclusif et successif à l'usage agricole, suivant les dates ; enfin, s'il y a lieu, le droit à l'usage industriel, suivant les mêmes dates.

Art. 283. En général, les conventions particulières ne peuvent être changées que de l'accord commun des parties ; de même, les décisions des tribunaux forment pour ceux entre lesquels elles sont intervenues un lien qu'on assimile, avec quelque raison, à une convention. La loi permet cependant ici que la volonté d'une des parties change quelque chose à la situation établie, pourvu que l'autre partie n'en éprouve aucun préjudice. Le motif de cette dérogation au droit commun est toujours le désir, de la part de la loi, d'éviter les animosités entre voisins ; or, il est probable que si l'un des voisins pouvait, par simple mauvais vouloir et

sans intérêt légitime, s'opposer à la modification demandée à l'exercice de la servitude, il en résulterait des rancunes, peut-être des haines qu'il est nécessaire de prévenir.

Au surplus, comme le dit la loi, il ne s'agit que de modifier "le mode, le temps ou le lieu de l'exercice de la servitude," non son *étendue*; ainsi, l'une des parties ne pourrait obtenir, par sa seule volonté, l'augmentation ou la diminution de la quantité d'eau ou d'autres substances à prendre sur le fonds servant, ni du nombre de fenêtres d'aspect acquises sur ce fonds; en pareil cas, d'ailleurs, lors même que la faculté de demander le changement serait ouverte, ce serait sans utilité réelle, parce qu'il serait toujours facile celui qui résisterait au changement d'établir qu'il en éprouverait un préjudice.

Art. 284. Il est naturel que les travaux nécessaires à l'établissement de la servitude soient à la charge de celui qui profite de celle-ci; la loi a déjà appliqué ce principe aux servitudes légales relatives au droit d'aqueduc. Les parties peuvent, du reste, y déroger par des conventions particulières et mettre ces travaux à la charge du propriétaire du fonds servant; mais il faut remarquer que celui-ci n'en serait pas tenu en cette qualité et à titre de servitude, à la différence de la convention prévue à l'article suivant, au sujet des travaux d'entretien: il serait tenu personnellement, comme constituant, et sans qu'on ait à voir ici une dérogation à la règle que "les servitudes obligent à souffrir et non à faire." Il s'agit ici, en effet, de travaux à exécuter une seule fois; ils pourraient être accomplis par le constituant après les premiers accords au sujet de la servitude et avant la convention définitive, cas auquel on n'hésiterait pas à dire que le propriétaire du fonds servant ne les a pas

accomplis en cette qualité ; or, ces travaux ne changent pas de nature par le moment auquel ils sont exécutés.

Au contraire, pour les travaux d'entretien qui ont un caractère périodique ou continu, il est clair qu'ils ne pourraient être accomplis avant la constitution de la servitude et que, s'ils ont été imposés au constituant, c'est en sa qualité de propriétaire du fonds servant ; aussi va-t-on rencontrer ci-après un tempérament à cette charge réelle, contraire au principe qui veut que " la servitude n'oblige pas à faire."

Art. 285. Le 1^{er} alinéa se justifie comme la disposition de l'article précédent : c'est le propriétaire du fonds dominant qui a le bénéfice de la servitude, il use d'un droit qui lui appartient ; il est donc naturel que les frais résultant de l'exercice de son droit soient à sa charge ; il n'est pas moins naturel que si certaines réparations sont nécessitées par la faute du propriétaire du fonds servant, celui-ci les supporte.

Le 2^e alinéa permet de déroger au principe, souvent cité et rappelé plus haut, que " la servitude n'oblige pas à faire, mais seulement à souffrir." L'exception se justifie déjà par la considération que cette charge est un simple accessoire de la servitude. De plus, et par respect pour le principe, la loi permet au propriétaire de s'affranchir de cette charge en abandonnant son droit de propriété sur la portion du fonds grevée de la servitude.

Deux remarques sont à faire sur cet abandon.

En premier lieu, ce n'est pas un abandon pur et simple qui devra être fait, lequel permettrait à l'Etat de s'emparer de la partie abandonnée, comme immeuble vacant et sans maître : l'abandon devra être fait " au propriétaire du fonds dominant ;" ce sera, en réalité, une cession et elle sera plutôt onéreuse que gratuite, puisqu'elle aura pour compensation l'affranchissement

d'une charge.

En second lieu, l'abandon ne devra pas nécessairement porter sur tout le fonds assujetti, mais seulement sur "la portion du fonds sur laquelle porte la servitude." Ainsi, s'il s'agissait d'un droit de passage et que l'entretien du chemin eût été imposé au fonds servant, il suffirait d'abandonner le chemin, de même s'il s'agissait d'un aqueduc : en pareil cas, il serait trop dur et sans raison d'exiger l'abandon du fonds tout entier. C'est d'ailleurs la solution déjà admise plus haut (art. 254) pour l'affranchissement de l'entretien du mur mitoyen, où il suffit d'abandonner la mitoyenneté.

On objectera peut-être que cet abandon qui, d'une part, décharge le propriétaire du fonds servant de l'obligation d'entretenir le chemin ou d'aqueduc, ne lui cause, d'autre part, aucun préjudice, car l'emplacement du chemin ou de l'aqueduc ne lui procurait déjà plus aucune utilité ; en même temps, on dira qu'il ne procure au fonds dominant aucune compensation sérieuse ; mais c'est une double erreur : le fonds dominant n'aura plus le chemin ou l'aqueduc à titre *de servitude*, mais à titre *de propriété* ; le chemin pourra être transformé en aqueduc ou l'aqueduc en chemin ; le terrain pourra même être affecté à un autre usage, autant que sa largeur le permettra ; le droit de passage, pour les personnes ou pour l'eau, ne sera plus soumis aux conditions plus ou moins gênantes de la servitude ; enfin, il ne sera plus exposé à être perdu par le non-usage dont il sera question plus loin et c'est là le côté défavorable au propriétaire du fonds servant qui perd toute chance de recouvrer la plénitude de son droit. Il y a donc compensation suffisante, pour les deux parties, entre les avantages gagnés et ceux qui sont perdus.

Au surplus, il y aura quelquefois lieu à l'abandon *entier* du fonds assujetti, c'est lorsque l'assujettissement frappera lui-même le fonds tout entier. On ne peut

guère citer le cas du droit de vue, ou de prospect qui pourtant assujettit le fond servant en entier, ou, tout au moins, pour la partie commandée par la vue, parce que, dans ce cas, il ne peut être raisonnablement question de la stipulation d'entretien du bâtiment dominant à la charge du fonds servant ; mais on citerait le cas de la charge d'entretenir une digue destinée à préserver le fonds inférieur du débordement des eaux supérieures, ou celui de la charge d'entretenir le mur de soutènement d'une haute terrasse du fonds supérieur. Dans le premier cas, l'abandon de la digue elle-même placée sur le fonds assujetti n'aurait aucune utilité pour le fonds dominant, et dans le second cas, le mur à entretenir appartenant, en général, au fonds dominant et supérieur, l'abandon ne pourrait lui en être fait ; il faudrait bien abandonner le fonds assujetti tout entier ; seulement le remède ne serait jamais raisonnablement employé.

Art. 286. La disposition du 1^{er} alinéa est un principe très important dont l'application peut être infiniment variée. Il suffit d'en donner quelques exemples.

Ainsi, le propriétaire dont le fonds est assujetti à un droit de passage, n'est pas moins en droit de se clore et même d'exiger la contribution du fonds dominant à la clôture commune, pourvu qu'il laisse une porte de communication convenable entre les deux fonds.

De même, celui qui est soumis au droit de puisage ou de pacage ne perd pas pour lui-même le droit de se servir de son eau ou de faire paître ses animaux sur son fonds, pourvu qu'il n'épuise pas ou ne réduise pas abusivement l'eau ou les pâturages.

De même encore, celui qui est assujetti à un droit de vue ne perd pas le droit de planter des arbres à haute tige de six pieds, quoique la vue doive par là être bornée, car le droit de *vue* n'est pas le *prospect* ou le droit de voir à distance et librement sur le fonds d'autrui, c'est

seulement celui d'avoir l'air et la lumière plus libres que ne le permettent les jours de tolérance.

Au contraire, le droit de vue interdirait au fonds servant d'établir une construction, même sans ouvertures, sur la ligne séparative ; car, si le bâtiment du fonds dominant était lui-même sur cette ligne, il y aurait obstruction complète de la vue, et s'il était moins éloigné que de trois pieds de la ligne séparative, le bâtiment du fonds servant, placé sur cette ligne même, diminuerait considérablement le bénéfice de la servitude. Dans le premier cas, le bâtiment du fonds servant ne devrait être placé qu'à trois pieds de la ligne séparative et, dans le second, à trois pieds du bâtiment du fond dominant.

Le 2^e alinéa rappelle une disposition analogue établie pour les servitudes légales (voy. art. 237 et 238) ; il y a même motif d'utiliser pour les deux fonds les dépenses primitivement faites pour un seul ; la conséquence en sera une économie pour les deux propriétaires, résultat que la loi doit toujours favoriser.

§ IV.—DE L'EXTINCTION DES SERVITUDES.

Art. 287. Des six modes directs d'extinction des servitudes ici énumérés, les trois derniers étant l'objet de développements dans les articles ci-après, les trois premiers seuls réclament ici quelques explications.

1^{er} mode. On a déjà fait remarquer que la *perpétuité* n'est pas essentielle aux servitudes ; sans doute, quand aucune limite de temps ne leur est assignée et quand elles n'ont pas une destination particulière que le temps ou les circonstances peuvent rendre inutile, elles seront perpétuelles dans l'intention des parties ; mais le contraire peut arriver, la servitude est alors à terme ; les

servitudes résultant du fait de l'homme en peuvent donner beaucoup d'exemples.

II^e *mode*. C'est au sujet des droits personnels, et des moyens tant de les acquérir que de les perdre, que la loi déterminera le caractère spécial de chacun des trois modes d'extinction des droits réels et personnels, connus sous les noms de révocation, résolution et rescision. Il suffit de donner ici, comme exemples : de la révocation, le cas d'un acte fait en fraude des créanciers ; de la résolution, le cas d'exécution des obligations mises à la charge d'une des parties ; de la rescision, le cas d'incapacité de contracter. Leur caractère commun est la destruction ou annulation de ce qui a été fait ; elle est ordinairement prononcée en justice, sauf quelques cas où elle a lieu de plein droit ; elle rétroagit, de sorte que l'acte détruit est censé n'avoir jamais existé.

L'annulation peut porter ici, soit sur le titre constitutif même de la servitude, soit sur les droits que celui qui l'a constituée prétendait avoir sur le fonds servant ; or, il est de principe qu'on ne peut conférer sur une chose plus de droits qu'on n'en a soi-même.

III^e *mode*. L'article 265 nous a déjà dit que les servitudes légales ne peuvent, en général, grever les biens du domaine public ; il en est de même, et à plus forte raison, des servitudes du fait de l'homme : il serait contraire à la nature et à la destination de ces biens d'être soumis à un droit exclusif, même minime, de la part d'un particulier. C'est par application de ce principe que si un fonds servant est exproprié pour cause d'utilité publique ou générale, il se trouve par cela même affranchi de la servitude.

taire du fonds dominant recevra une indemnité, comme toute autre personne ayant un droit réel sur la chose expropriée (voy. art. 32).

Par respect pour le principe déjà signalé, que la

prescription n'est pas un moyen direct d'acquérir les droits réels mais plutôt une présomption légale d'acquisition légitime, la loi consacre, en dehors de l'énumération, un alinéa spécial au bénéfice de la possession de la liberté du fonds faisant présumer qu'il est affranchi de la servitude.

Le cas de la prescription diffère de celui du non-usage, dont il va être parlé, en ce que, dans le non-usage, le fonds servant est resté dans les mains du propriétaire qui a constitué la servitude ou dans celles de son héritier ; tandis que la prescription suppose que, en même temps qu'il y a eu non-usage de la part du propriétaire du fonds dominant, il y a eu, par un tiers, acquéreur à titre particulier, possession du fonds servant comme libre de la servitude qu'il ne connaissait pas.

Il n'est pas nécessaire, pour l'application du présent article, que le tiers-acquéreur ait acquis le fonds lui-même par prescription, il suffit, et il arrivera le plus souvent, sans doute, qu'il ait acquis le fonds servant par un titre régulier émané du vrai propriétaire. Mais il faut supposer qu'il n'a pas acheté la liberté du fonds, en traitant avec le titulaire de la servitude : autrement ; la servitude serait éteinte par renonciation expresse ; il a reçu comme libre le fonds vendu et, s'il a ignoré l'existence de la servitude (ce qui ne sera admissible que si elle est non apparente), il s'en trouvera affranchi après quinze ans de possession de cette liberté, c'est-à-dire si pendant ce temps elle n'a pas été exercée.

On peut encore, pour l'application de cette disposition, supposer que le propriétaire du fonds servant a acheté la renonciation à la servitude, en traitant de bonne foi avec un autre que le propriétaire du fonds dominant, et toujours celui-ci n'ayant pas exercé son droit pendant 15 ans.

Si le possesseur du fonds servant n'était pas de bonne foi, dans ces deux hypothèses, la servitude ne s'étein-

drait que par 30 ans et alors ce serait par le non-usage.

Art. 288. Quoique la loi soit plus favorable à l'extinction des servitudes qu'à leur établissement elle ne veut pas cependant que le titulaire d'une servitude régulièrement établie soit facilement considéré comme y ayant renoncé : ici, comme pour l'usufruit, la loi n'admet, en principe, que la renonciation expresse et formelle, celle qui ne peut pas laisser de doutes sur l'intention du renonçant.

Le cas particulier prévu ensuite est moins une exception qu'une application de la règle, par une présomption légale de volonté chez le renonçant : s'il n'a pas expressément renoncé *au droit* de servitude, il a renoncé expressément *aux ouvrages* qui constituaient par eux-mêmes l'exercice de la servitude, puisque la loi a suppose *continue* et, comme telle, n'exigeant pas les fait actuel de l'homme.

Quant à la capacité requise pour la validité de la renonciation, il est clair qu'elle doit être celle d'aliéner des droits immobiliers, puisque les servitudes foncières ont ce caractère.

Art. 289. L'extinction de la servitude par confusion est la conséquence naturelle du principe déjà mentionné, " qu'une personne ne peut avoir une servitude sur sa propre chose."

Le 2^o alinéa confirme cette règle, quoiqu'il paraisse y déroger : on a vu que la servitude continue et apparente peut être établie par le fait d'un seul propriétaire, lorsqu'ayant disposé diverses parties de son fonds de manière à améliorer l'une par l'autre, il sépare ensuite ces diverses parties par une aliénation ; or, lorsque deux fonds sur lesquels une servitude continue et apparente était antérieurement établie se trouvent réunis dans la même main, si les ouvrages établis ne sont pas détruits, les fonds restent dans une situation où la ser-

vitute de cette nature pourrait commencer ; l'extinction n'est donc pas définitive et elle se résout par la nouvelle séparation des fonds.

Il en sera de même dans les cas prévus à la fin du 1^{er} alinéa, où l'acquisition qui a opéré la confusion est révoqué, résolue ou rescindée : il est clair qu'alors les choses sont remises dans l'état qui a précédé l'acquisition, et ici, sans distinguer si la servitude est continue ou discontinue, ni si les ouvrages ont été détruits ou non.

Art. 290. Si les servitudes méritent quelque protection de la part de la loi, c'est, comme on l'a dit au début de ce Chapitre et répété plusieurs fois, chemin faisant, parce qu'elles procurent ordinairement plus d'avantages au fonds dominant qu'elles ne causent de préjudice au fonds servant ; mais du moment que cette utilité a cessé, du moment qu'elles ne sont plus exercées, il n'y a pas de raison suffisante de laisser subsister l'assujettissement d'un fonds envers l'autre : la liberté respective des fonds doit être rétablie ; c'est ce que fait la loi, lorsqu'il y a trente ans de non-usage.

On a déjà rencontré une semblable disposition au sujet de l'usufruit.

La loi ne permet pas de distinguer si l'usage a été volontairement négligé ou s'il a été empêché par des circonstances majeures ou fortuites ; le délai de trente ans est assez long pour que, dans ce dernier cas même, le titulaire de la servitude ait pu faire remettre les choses dans un état qui permette d'exercer la servitude. On peut donc, sans exagération, voir dans le non-usage une renonciation *tacite* à la servitude, ce qui serait une exception à la règle posée par l'article 288 ; mais, du moment que ce mode d'extinction reçoit une autre qualification légale, il n'y a pas à insister sur son caractère de renonciation tacite.

Le 2^e alinéa nous indique le point de départ du non-

usage, suivant les diverses espèces de servitudes. Ainsi, s'il s'agit d'une servitude discontinuée, comme celles de passage, de pacage ou de puisage, les trente ans commencent à courir depuis le dernier acte accompli en conformité à la servitude ; s'il s'agit d'une servitude continue, comme elle s'exerce sans le fait de l'homme, il faut, pour concevoir le non-usage, " qu'il soit survenu un obstacle matériel au fonctionnement spontané de la servitude ; " cet obstacle n'est pas toujours l'œuvre de l'homme, comme serait la suppression d'une fenêtre ou d'une conduite d'eau : il peut aussi provenir de quelque accident, comme le suppose le 3^e alinéa ; enfin, s'il s'agit d'une servitude négative, nécessairement continue, le non-usage commencera du moment où le propriétaire du fonds servant aura contrevenu à la prohibition, en faisant l'acte que la servitude lui interdisait.

Le 3^e alinéa ne présente pas de difficulté : la distinction qu'il fait quant aux frais de rétablissement de l'ancien état de choses est d'une équité évidente.

Il est nécessaire d'examiner ici une question doctrinale qui présente un grand intérêt : à savoir, si les servitudes *légales* s'éteignent par le non-usage, comme celles du fait de l'homme ; la question est la même pour la renonciation, car le non-usage n'est autre chose, comme on l'a dit plus haut, qu'une renonciation tacite.

L'article 270 a déclaré certaines règles communes aux deux sortes de servitudes, elles ne le sont donc pas toutes.

Pour résoudre la difficulté, il faut se reporter à ce qui a été dit plus haut de la faculté de déroger, par le fait de l'homme, aux servitudes légales ; or, on a vu que cette faculté doit être reconnue dans certains cas et déniée dans d'autres.

Les principes seront les mêmes pour la renonciation, soit expresse, soit tacite par non-usage.

De même qu'on ne pourrait, par convention, affranchir son voisin de l'accès ou du passage en cas d'enclave, de l'obligation de recevoir les eaux qui découlent naturellement du sol supérieur, de l'obligation de subir le bornage ou la clôture dans certains cas, de même, on ne pourrait l'en affranchir par une renonciation expresse ou par le non-usage.

Au contraire, comme on pourrait, par convention, affranchir son voisin de l'obligation d'observer les distances légales pour les vues ou pour certains ouvrages susceptibles de causer dommage, on a perdu le droit de faire boucher les vues ou supprimer les ouvrages, lorsqu'on y a renoncé formellement ou lorsqu'on a laissé s'écouler le temps du non-usage sans exercer ce droit. On perdrait de même le droit légal d'aqueduc, si l'aqueduc étant une fois établi, on avait laissé s'écouler trente ans, sans qu'il fût en état de servir. On aurait bien encore le droit de demander un nouveau passage pour les eaux, mais ce serait à charge d'une nouvelle indemnité, comme s'il s'agissait d'un premier exercice du droit.

Mais celui qui serait resté trente ans sans demander l'accès, le bornage ou la clôture, le passage des eaux, la cession de la mitoyenneté, n'aurait pas plus perdu la faculté légale qui lui appartient que ne l'aurait perdue un propriétaire qui serait resté trente ans sans bâtir ou sans planter sur son terrain. Les actes de pure faculté ne se perdent pas par le non-usage (v. art. 95 des *Preuves*).

S'il en est autrement lorsqu'il s'agit de faire boucher, après trente ans, des vues irrégulières, ce qui était non plus une *simple faculté*, mais un *droit* proprement dit, c'est qu'il y avait, en même temps, possession d'ouvrages extérieurs et, par suite, prescription acquisitive du droit de vue, comme servitude du fait de l'homme.

Art. 291. L'indivisibilité des servitudes signalée

par l'article 268 produit ici un effet très saillant : l'exercice de la servitude par un des copropriétaires indivis du fonds dominant préserve les autres de la perte par le non-usage. Il n'en serait plus de même, si le fonds dominant avait été partagé entre les copropriétaires : il y aurait alors plusieurs fonds dominants et l'un pourrait conserver son droit pendant que les autres perdraient le leur.

Le non-usage a plus d'analogie avec la prescription dite *libératoire* des obligations qu'avec la prescription dite *acquisitive* des droits réels. Ce qui le rapproche de la prescription libératoire, c'est qu'il n'est pas nécessaire que le propriétaire du fonds servant fasse aucun acte de possession contraire à la servitude, avec les caractères de la possession requise pour la prescription acquisitive ; ce serait forcer les mots que de dire que pendant le non-usage, le propriétaire du fonds servant possède sa liberté : la possession exige l'intention d'avoir à soi la chose possédée et le fait de se comporter, par des actes d'usage, comme si l'on avait réellement le droit qu'on exerce ; or, on ne rencontre pas nécessairement chez le propriétaire du fonds servant ces deux conditions de la possession utile pour prescrire : le fait et l'intention.

Le 2^e alinéa établit donc, comme principe général, l'assimilation qui précède entre le non-usage et la prescription libératoire ; il en laisse les conséquences à déduire à la sagacité des magistrats : notamment, le non-usage serait interrompu, comme la prescription, par l'acte récognitif dont parle l'article 279. Si donc, parmi les copropriétaires du fonds dominant, il se trouve une personne contre laquelle la prescription n'ait pu courir, il aura conservé le droit des autres, ce qui est encore un effet de l'indivisibilité des servitudes.

Art. 292. Il pourrait arriver que le propriétaire du fonds dominant, sans négliger entièrement l'usage

de la servitude ne l'eût pas exercée dans toute sa plénitude : en pareil cas, il ne l'aurait ni perdue ni conservée tout entière, elle se trouverait diminuée dans ses avantages, quant au mode, quant au temps, quant au lieu.

Ainsi, quant au mode : celui qui avait le droit de passage à pied et avec voitures serait resté trente ans sans faire passer de voitures ; ou bien, ayant le droit d'ouvrir deux ou plusieurs vues droites, à moins de trois pieds de la ligne séparative, il n'en aurait ouvert qu'une seule ; ayant le droit d'empêcher toute construction ou plantation dans une direction déterminée, il y aurait laissé établir un bâtiment ou des plantations plus ou moins élevées.

Quant au temps : pouvant puiser de l'eau à toute heure du jour et de la nuit, on serait resté trente ans sans en puiser pendant la nuit ; de même pour le passage.

Quant au lieu : pouvant envoyer des animaux paître dans toutes les parties du fonds voisin, on n'aurait usé du droit que pour une portion déterminée dudit fonds : par exemple, le fonds servant ayant été partagé en plusieurs lots, on aurait négligé d'exercer le pâturage sur l'un des lots.

Dans ces divers cas, qu'il s'agît du non-usage ou de la prescription, la perte serait la même, par application du principe déjà posé : autant on a possédé, autant on a prescrit ; ici, on dirait : autant on a négligé de posséder, autant on a perdu.

La réciproque ne serait pas toujours vraie : si le propriétaire du fonds dominant avait changé le mode, le temps ou le lieu de l'exercice de la servitude, il ne pourrait pas nécessairement se prévaloir du changement, s'il y trouvait avantage ; il faudrait, pour cela, que la servitude fût continue et apparente, c'est-à-dire susceptible de prescription.

Parmi les modes d'extinction des servitudes, on n'a pas rencontré, comme pour l'usufruit, l'abus de jouissance. C'est qu'il n'y a pas identité de motifs : l'usufruitier, ayant la possession entière et exclusive de la chose soumise à son droit, se trouve, par cela même, en situation de la compromettre plus gravement que le titulaire d'une servitude ; par la même raison, sa possession et ses actes n'ont pas le contrôle continu du nu-propriétaire, lequel, au contraire, peut être exercé facilement et à chaque instant par le propriétaire du fonds servant. Il suffit donc de soumettre le titulaire de la servitude au droit commun de la responsabilité de ses actes.

Au surplus, on pourrait, dans quelques cas, admettre la révocation pour abus de jouissance, d'après les principes généraux ; ce serait dans le cas où, la servitude ayant été constituée à titre onéreux et synallagmatique, avec des charges et conditions protectrices des intérêts du fonds servant, le titulaire aurait manqué à remplir ces conditions ; il y aurait lieu alors à la résolution pour inexécution des conditions ; mais ce cas d'extinction rentre dans celui, plus général, qui a été prévu et expliqué à l'article 287-2^o et que l'on retrouvera, avec les développements nécessaires, dans la matière des Obligations.

FIN DE LA PREMIÈRE PARTIE

DU LIVRE DES BIENS.



