

le dit du titre récongnitif, et cela est vrai aussi du titre constitutif. C'est-à-dire, de même que la reconnaissance d'une servitude ne peut être faite que par le propriétaire du fonds assujetti, de même lui seul peut constituer une servitude; l'écrit émané d'un tiers ne peut donc pas prouver qu'un fonds est grevé d'une servitude, car personne ne peut se créer un titre à soi-même (1). Dans l'ancien droit, on admettait une exception à ce principe, et on cite encore aujourd'hui le vieil adage : *in antiquis enuntiativa probant*. Constatons d'abord que cette maxime n'a pas le sens absolu qu'on lui prête. Comme nous le dirons au titre des *Obligations*, les énonciations ne faisaient foi dans les vieux actes que lorsqu'elles étaient appuyées par une longue possession. Pothier le dit en traitant des servitudes : « Quoique, dit-il, le long usage n'attribue pas droit de servitude, néanmoins si ma maison a depuis très-longtemps une vue sur la maison voisine, et que dans les très-anciens contrats d'acquisition qu'en ont faite mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a cette vue, ces anciens contrats, soutenus de ma possession, feront foi du droit de vue contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers et que ses auteurs n'aient jamais été parties dans ces contrats (2). » Cette doctrine ne reçoit plus d'application dans le droit moderne. Les énonciations qui se trouvent dans un acte ne font foi qu'entre les parties (art. 1320), elles ne peuvent jamais être invoquées contre un tiers. Sans doute, si l'acte est authentique, il prouve que ces énonciations ont été faites; en ce sens, il n'y a aucune différence entre les énonciations et le dispositif; mais les énonciations ne peuvent pas être opposées à celui qui ne les a pas faites; nous venons d'en dire la raison. Pour que l'on pût admettre une exception en faveur des énonciations anciennes, il faudrait un texte; le silence du code suffit pour que le vieil adage soit abrogé. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (3).

(1) Pothier, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, n° 12.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 740. Comparez un avant réquisitoire de M. De Paepe, avocat général (*Belgique judiciaire*, 1871, p. 310), et arrêt de Gand du 26 novembre 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 198).

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 76 et note 24. Demolombe, t. XII, p. 246.

151. L'article 695 porte : « Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récongnitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi. » Cette disposition est mal rédigée; on en a tiré des conséquences qui sont en contradiction avec les principes, et dans le vrai sens qu'elle présente, elle est inutile. Qu'est-ce qu'un titre récongnitif? Un écrit par lequel les parties reconnaissent l'existence d'un droit constaté par un acte antérieur que l'on appelle acte primordial. A s'en tenir au texte de l'article 695, le titre primordial qui constate l'établissement d'une servitude ne pourrait être remplacé par un titre récongnitif que pour les servitudes qui ne s'acquièrent pas par la prescription. Ainsi entendue, la disposition n'aurait pas de sens : qu'est-ce qu'un titre récongnitif a de commun avec la nature des servitudes? Qu'elles soient continues ou discontinues, apparentes ou non, le propriétaire du fonds servant peut, dans tous les cas, reconnaître que son fonds est grevé d'une servitude. Cela ne fait pas l'ombre d'un doute. Pourquoi donc le code dit-il : « à l'égard des servitudes qui ne peuvent s'acquérir par la prescription? » Quand il s'agit d'une servitude qui s'acquiert par la prescription, on n'a pas besoin de se procurer un titre récongnitif, puisqu'on peut toujours la prouver par la possession, c'est-à-dire par témoins; tandis que les servitudes qui ne s'acquièrent pas par la prescription ne se prouvent pas, en général du moins, par témoins, parce que la valeur du litige dépasse d'ordinaire cent cinquante francs; il est donc prudent de faire constater la servitude par un écrit, et de dresser, au besoin, un titre récongnitif (1).

Est-ce à dire que la preuve testimoniale ne soit jamais admissible pour prouver l'existence d'une servitude? La cour de La Haye a tiré cette conséquence de l'article 695. Conséquence inadmissible; car l'article 695 ne fait qu'ap-

n°s 752 et suiv. Arrêts de Bordeaux du 14 janvier et du 28 mai 1834 (Daloz, au mot *Servitude*, n°s 995 et 996).

(1) Duranton, t. V, p. 574, n° 565. Demolombe, t. XII, p. 247, n° 754. Aubry et Rau, t. III, p. 75 et note 18.

pliquer le droit commun ; et comment une disposition qui applique le droit commun dérogerait-elle au droit commun ? Il y a plus, le texte même du code prouve que tel n'est pas le sens de l'article 695. Une servitude est constituée par un acte de vente ; l'écrit est détruit par un incendie. En vertu de l'article 1348, n° 4, le propriétaire du fonds dominant sera admis à prouver la vente par témoins (1). D'ailleurs il ne faut jamais faire dire aux lois une chose à laquelle le législateur n'a pas pu penser en les écrivant. Quel est l'objet de l'article 695 ? Est-ce de décider la question de savoir s'il faut un écrit pour prouver une servitude ? Du tout, la loi ne concerne que l'acte récongnitif ; elle suppose donc l'existence d'un acte primordial ; or, supposer qu'il existe un acte et dire que cet acte peut être remplacé par un acte récongnitif, est-ce dire qu'un acte est nécessaire pour l'établissement d'une servitude ?

En définitive l'article 695 est inutile ; la reconnaissance est un aveu, et certes l'aveu constaté par écrit fait foi contre le propriétaire du fonds servant de qui il émane. Le code le dit dans l'article 1356 : « l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait. » A quoi bon répéter cela dans l'article 695 ? Raison de plus pour ne pas donner à cette disposition une signification et une importance qu'elle n'a pas.

152. Un acte récongnitif est un écrit qui constate une reconnaissance ; quand il s'agit d'une servitude, il faut donc qu'il contienne l'aveu que tel fonds est grevé d'une charge au profit d'un autre fonds ; s'il n'y a pas de reconnaissance d'une servitude antérieurement existante, l'écrit n'est pas un titre récongnitif (2). Mais s'il y a aveu, il subsiste et il peut être invoqué, alors même qu'il aurait été fait dans un acte juridique qui serait révoqué ou annulé. Des héritiers bénéficiaires vendent un immeuble en justice ; dans le cahier des charges, ils reconnaissent l'existence d'une servitude sur l'immeuble ; l'adjudication se

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 241, n° 355. Demolombe, t. XII, p. 248. n° 753.

(2) Bordeaux, 14 janvier 1834 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 995).

fait, puis elle est résolue pour défaut de contenance, et on procède à une nouvelle adjudication. Dans le second cahier des charges, il se trouvait également une clause concernant la servitude, mais moins explicite que la première. Il a été jugé que la reconnaissance faite lors de la première adjudication subsistait malgré la résolution de la vente, cette résolution étant tout à fait étrangère à l'aveu consigné dans le cahier (1).

Pour que la reconnaissance remplace le titre constitutif de la servitude, il faut, en second lieu, qu'elle émane du propriétaire du fonds asservi (art. 695). Nous en avons dit la raison : le propriétaire seul pouvait constituer une servitude, lui seul en peut reconnaître l'existence (2). Il a été jugé par l'arrêt que nous venons de citer que l'héritier bénéficiaire a qualité pour faire l'aveu d'une servitude ; en effet, il est propriétaire et il peut aliéner, bien qu'il y ait des formes prescrites dans l'intérêt des créanciers.

Faut-il qu'il y ait concours de volontés pour que la reconnaissance d'une servitude soit valable ? En principe, il faut répondre négativement. L'aveu n'est pas un contrat, c'est la constatation d'un fait résultant de la manifestation unilatérale de la volonté de celui qui fait une reconnaissance. Ce principe, que nous établirons au titre des *Obligations*, s'applique à la reconnaissance d'une servitude, puisque l'article 695 n'y déroge pas. Il y a un arrêt de rejet qui semble exiger l'acceptation de l'aveu pour qu'il vaille comme titre récongnitif (3). Si tel était le sens de la décision, elle serait contraire à l'essence même de la reconnaissance : autre chose est de constituer une servitude par contrat, autre chose est de reconnaître l'existence d'une servitude. Pour la constitution d'une servitude, il faut naturellement le concours de volontés des deux parties ; tandis que la reconnaissance est valable dès qu'elle émane du propriétaire du fonds servant, comme le dit

(1) Arrêt de la cour de la Réunion du 30 mars 1855, confirmé par un arrêt de rejet du 11 décembre 1861 (Daloz, 1862, 1, 79).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 75 et note 19.

(3) Arrêt de rejet du 16 décembre 1863 (Daloz, 1864, 1, 215). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 76 et note 21 ; Demolombe, t. XII, p. 252, n° 757 bis.

l'article 695. A vrai dire, l'arrêt de la cour de cassation n'a pas la portée qu'on voudrait lui donner. La cour a confirmé un arrêt de la cour de Bordeaux; or, les arrêts de rejet n'impliquent qu'une chose, c'est que la cour dont l'arrêt est confirmé n'a violé aucune loi. Et qu'est-ce que la cour de Bordeaux avait décidé? Elle avait considéré l'aveu comme un commencement de preuve par écrit, et l'avait complété par la preuve testimoniale; mais elle n'avait pas jugé que l'aveu non accepté n'avait d'autre force probante que celle d'un commencement de preuve; cette question n'était donc pas soumise à la cour suprême, et partant elle n'a pu être tranchée par elle.

152 bis. L'acte reconnaissant doit-il être rédigé dans les formes prescrites par l'article 1337? On admet généralement la négative, mais on la fonde sur une mauvaise raison. Un arrêt de la cour de cassation dit que l'article 695, spécial pour les servitudes, exclut l'application des dispositions que contient l'article 1337 sur les titres reconnaissants en général (1). C'est mal raisonner. Le code établit les règles concernant les preuves au titre des *Obligations*; il est de principe que ces règles sont générales et reçoivent leur application en matière de droits réels. Il faudrait donc dire que les formes prescrites par l'article 1337 pour la validité d'un titre reconnaissant doivent être observées dans tous les cas où un aveu est constaté par écrit. Mais le principe que nous venons de rappeler reçoit une restriction. Comme le code trace les règles sur les preuves au titre des *Obligations*, il les adapte à la matière dont il s'occupe; il faut donc voir si les formes qu'il établit n'ont pas leur unique raison d'être dans les droits de créance qui sont constatés par l'acte. Or, tel est précisément l'article 1337. Nous dirons au titre des *Obligations* que cette disposition déroge aux principes généraux; c'est une exception qui ne s'explique que par des motifs historiques; loin de la considérer comme une règle générale, il faut donc la limiter et la restreindre. Le vrai principe général

(1) Arrêt de rejet du 16 novembre 1829 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 997). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 75 et note 20; Demolombe, t. XII, p. 250, n° 757. En sens contraire, Mourlon, t. I^{er}, p. 807, note 1.

est posé par l'article 1356, aux termes duquel l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait; dès que l'écrit constate un aveu, tout est décidé.

153. On demande si l'article 2263 est applicable en matière de servitudes; il porte « qu'après vingt-huit ans de la date du dernier titre, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir à ses frais un titre nouvel à son créancier ou à ses ayants cause. » La question ne devrait pas même être posée. Il suffit de lire l'article 2263 pour se convaincre qu'il n'a rien de commun avec les servitudes; le texte parle du débiteur d'une rente, et une servitude n'est certes pas une rente. Les motifs de cette disposition sont encore plus étrangers aux servitudes. Quand je suis créancier d'une rente, je risque de perdre mon droit par la prescription, alors même que les arrérages sont régulièrement payés, car les quittances qui constatent le paiement sont entre les mains du débiteur; après trente ans, celui-ci pourrait donc m'opposer la prescription; pour prévenir cette fraude, la loi me permet d'exiger une reconnaissance du débiteur après vingt-huit ans. Est-ce que je risque aussi de perdre ma servitude après trente ans? Pour la conserver je n'ai qu'à l'exercer, et je puis prouver par témoins que j'ai fait usage de mon droit (1).

Est-ce à dire que le propriétaire du fonds dominant ne puisse jamais demander un titre nouvel? Il y a grand intérêt si les choses se trouvent en tel état qu'il ne peut plus user de la servitude, mais qu'elles sont dans le cas d'être rétablies, de manière qu'il en pourra user; il risque alors de perdre son droit si trente ans s'écoulent sans qu'il exerce la servitude. Pour prévenir l'extinction, il peut demander une reconnaissance, mais aucune loi n'obligeant le propriétaire du fonds servant à lui fournir un titre nouvel, c'est lui qui en devra payer les frais. Toutefois si le propriétaire du fonds débiteur de la servitude refusait de signer une reconnaissance, le propriétaire du fonds auquel la servitude est due aurait le droit d'agir en justice pour obtenir une déclaration judiciaire qui constate l'existence de la

(1) Demolombe, t. XII, p. 249, n° 756. Aubry et Rau, t. III, p. 76.

servitude; si le propriétaire du fonds servant succombe dans cette instance, il en devra supporter les frais (1).

II. A l'égard des tiers.

154. Sous l'empire du code civil, la propriété des immeubles se transférait à l'égard des tiers comme entre les parties, par le seul effet du contrat, c'est-à-dire par le concours de volontés des parties contractantes. Ce principe s'appliquait également à la transmission des droits réels, tels que les servitudes. Il recevait exception pour les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques (art. 939); les servitudes ne pouvant être hypothéquées, la donation d'une servitude n'était pas sujette à transcription. Nous exposerons le système du code civil au titre des *Obligations*.

155. Il a été profondément modifié, en France et en Belgique, par les lois nouvelles qui ont prescrit la transcription des actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers. Aux termes de l'article 1^{er} de notre loi hypothécaire, ces actes doivent être transcrits pour qu'on puisse les opposer aux tiers de bonne foi. Au titre des *Obligations*, nous dirons les motifs de cette importante innovation. Pour le moment, nous nous bornons à constater les principes, et les conséquences qui en découlent quant aux servitudes. Entre les parties, la servitude existe dès que l'acte juridique qui la constitue a reçu sa perfection. Est-ce un acte à titre gratuit, il faut observer les formes prescrites pour les donations et les testaments, mais il ne faut pas de transcription. A l'égard des tiers, il faut distinguer. D'après la loi nouvelle (du 16 décembre 1851), la donation d'une servitude est soumise à la transcription, car l'article 1^{er} veut que les actes entre vifs à titre gratuit translatifs de *droits réels immobiliers* soient transcrits; il déroge sous ce rapport à l'article 939 du code Napoléon. La loi hypothécaire n'exige pas la transcription des actes de dernière

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 76 et notes 25 et 26. Duranton, t. V, p. 592, nos 580 et 581. Pardessus, t. II, p. 130, n° 296. Toullier, t. II, p. 338, n° 722.

volonté : une servitude établie par testament ne devrait donc pas être transcrite. L'innovation est plus profonde encore en ce qui concerne les actes à titre onéreux. D'après le code civil, il ne fallait pas d'écrit pour la validité de la servitude, ni entre les parties, ni à l'égard des tiers. D'après la loi nouvelle, la servitude n'existe à l'égard des tiers que lorsque l'acte qui la constate a été transcrit; il faut donc un écrit, et en principe un écrit authentique, puisque la loi n'admet à la transcription que les jugements, les actes notariés et les actes sous seing privé reconnus en justice ou devant notaire (art. 2). Il n'y a pas à distinguer entre les servitudes apparentes et les servitudes non apparentes; car la loi est générale, elle s'applique à tous droits immobiliers : la distinction entre les diverses espèces de servitudes, proposée lors de la discussion de la loi belge, n'a pas été admise, l'intérêt des tiers exigeant que le registre aux transcriptions leur donne des renseignements exacts et complets sur les droits qui peuvent grever un immeuble. Le système de publicité, introduit en Belgique par la loi du 16 décembre 1851, a aussi été consacré en France par une loi spéciale sur la transcription du 23 mars 1855 (1).

N° 2. QUI PEUT CONSTITUER UNE SERVITUDE?

156. Le code ne le dit pas, mais les principes ne laissent aucun doute. Comme la servitude est un démembrement de la propriété, elle constitue une aliénation partielle de l'immeuble; or, le propriétaire seul peut aliéner, car aliéner est un des attributs essentiels du droit de propriété. Il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut encore avoir la capacité d'aliéner; les incapables qui, tout en étant propriétaires, ne peuvent pas exercer les droits qui sont attachés à la propriété; ne pouvant pas disposer, ils ne peuvent par cela même constituer une servitude.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 74 et suiv.