

du fonds servant est sans intérêt à s'opposer à cette division, car la charge qui grève son fonds reste la même. Si la quantité ou la mesure à laquelle le fonds dominant a droit n'est pas fixée par le titre, il y aura lieu à l'intervention du juge, comme le disait Dumoulin, afin d'empêcher que la somme réunie des besoins particuliers, pour mieux dire, des prétentions particulières ne dépasse pas les besoins du fonds unique, tels qu'ils étaient avant le partage; sinon il y aurait aggravation de la condition du fonds assujéti; or, la loi ne veut pas que la servitude soit aggravée et les principes s'y opposent (1).

N° 2. DIVISION DU FONDS SERVANT.

**284.** Le code ne parle pas de la division du fonds servant. Il peut aussi être divisé soit par suite de vente, soit par suite d'hérédité. Quelle sera l'influence de cette division sur la servitude? Si l'héritage assujéti est possédé indivisément par plusieurs héritiers, il n'y a absolument rien de changé quant à la charge qui le grève, ni quant au droit du maître de l'héritage dominant. Le fonds servant reste le même, par conséquent aussi la servitude; elle s'exercera pendant l'indivision comme elle s'exerçait alors que le fonds appartenait à un seul propriétaire.

Il n'en est plus de même quand le fonds servant est divisé. Une première question se présente. La partie du fonds par laquelle la servitude s'exerce est mise au lot de l'un des héritiers : les autres portions du fonds seront-elles affranchies de la servitude? On suppose que la servitude n'est pas limitée à la partie du fonds sur laquelle on la pratique; si cette partie seule est grevée, alors il n'y a plus de question. Que si tout le fonds était grevé, il restera grevé, même les portions sur lesquelles la servitude ne s'exerçait pas, car autre chose est l'exercice de la servitude, autre chose est le droit. Le droit subsistera donc sur toutes les portions du fonds. Mais comment sera-t-il exercé?

(1) Demante, t. II, p. 652, n° 556 bis II et 556 bis III.

Il faut appliquer, par analogie, au fonds servant ce que la loi dit de la division du fonds dominant. La division de l'héritage assujéti ne peut pas aggraver la condition de ce fonds. Si donc il s'agit d'une servitude de passage, elle continuera à s'exercer par le même endroit. Il pourra résulter de là que la servitude ne sera pas exercée sur quelques portions du fonds, devenues des héritages séparés. La conséquence en sera que la servitude s'éteindra par le non-usage après trente ans, sauf au propriétaire du fonds dominant à conserver son droit par l'interruption de la prescription. En effet, la division du fonds servant a le même effet que la division du fonds dominant; il y aura plusieurs fonds servants, donc plusieurs servitudes distinctes, dont chacune par conséquent peut s'éteindre. Si la servitude est divisible, chacune des portions du fonds servant sera grevée du droit dans la proportion du droit des copartageants. On applique les principes généraux qui régissent le partage. Il va sans dire que, dans cette hypothèse, la servitude s'éteindra si elle n'est pas exercée pendant trente ans sur l'un des fonds divisés (1).

§ VI. Des actions qui naissent des servitudes.

**285.** Le code ne parle pas des actions auxquelles les servitudes donnent lieu, pas plus qu'il ne parle de l'action qui naît de la propriété. Il abandonne cette matière à la doctrine. Il faut donc remonter à la tradition. Pothier distingue deux actions concernant les servitudes, la *confessoire* et la *négatoire* : les termes ainsi que les principes viennent du droit romain. L'action *confessoire*, dit Pothier, est une action réelle par laquelle celui à qui appartient un droit de servitude sur quelque héritage conclut, contre celui qui le trouble dans l'usage de cette servitude, à ce que l'héritage soit déclaré sujet à ce droit et qu'il soit fait défense au défendeur de l'y troubler. L'action *négatoire* est aussi une action réelle que le propriétaire d'un héritage

(1) Demolombe, t. XII, p. 428, n° 907 et 910.

forme contre celui qui s'y attribue sans droit quelque servitude, et conclut à ce que son héritage soit déclaré franc de cette servitude, et qu'il soit fait défense au défendeur d'en user (1).

**286.** Ces deux actions concernent le droit, elles sont analogues à l'action en revendication. Les servitudes donnent aussi lieu à des actions possessoires. Celui qui est propriétaire peut agir au possessoire, d'après le droit commun, quand il est troublé dans l'exercice de son droit par le voisin qui exerce une servitude sur son fonds. De même celui qui depuis un an exerce paisiblement une servitude peut se faire maintenir en possession de ce droit. C'est l'application du droit commun. Les immeubles incorporels aussi bien que les immeubles corporels sont susceptibles de possession; donc le possesseur peut invoquer l'article 23 du code de procédure, qui accorde les actions possessoires à tous ceux qui depuis une année au moins sont en possession paisible. La loi ajoute : *à titre non précaire*. Cette condition est essentielle; la possession précaire n'est pas une possession, elle ne peut donc pas être protégée par les actions possessoires. De là suit que les servitudes discontinues ne donnent pas lieu à une action possessoire; le code ne permet pas de les acquérir par la possession de trente ans, parce que la possession de ces servitudes est précaire de son essence; dès lors elles ne peuvent pas donner lieu à des actions possessoires. Cela est admis par la doctrine et par la jurisprudence (2). La matière n'entrant pas dans l'objet de notre travail, nous nous bornons à poser le principe.

**287.** Pothier dit que les actions concernant les servitudes sont réelles, parce qu'elles naissent du droit de propriété ou du droit de servitude, lesquels sont des droits réels. Et comme les servitudes n'existent que sur des immeubles, il faut ajouter que les actions auxquelles elles donnent lieu sont immobilières. De là suit qu'elles doivent

(1) Pothier, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, n° 11.  
 (2) Duranton, t. V, p. 633, n°s 632-635. Demolombe, t. XII, p. 459 et suiv., n°s 939-956. Et la jurisprudence, dans Dalloz, au mot *Action possessoire* n°s 445 et suiv.

être intentées au tribunal de la situation de l'immeuble que l'on prétend grevé d'une servitude, ou franc de toute charge (C. de proc., art. 59). Les actions naissant d'un droit réel, elles ne peuvent être formées que par celui qui a ce droit réel, c'est-à-dire que par le propriétaire du fonds auquel la servitude est due, ou que l'on prétend libre de cette charge : c'est, dans les deux cas, le fonds qui est en cause, et le propriétaire seul a le droit de parler au nom du fonds (1). Il n'en faut pas conclure que l'usufruitier n'a pas les actions concernant les servitudes. Nous avons dit ailleurs qu'il a la possession, donc les actions possessoires; il jouit des servitudes, donc il a les actions qui les concernent (2).

De ce que la servitude est un droit réel, on a conclu que les actions personnelles qui naissent à l'occasion de leur exercice prennent un caractère de réalité. C'est une erreur, à notre avis; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 271).

**288.** La preuve fait naître une question sur laquelle il y a une assez vive controverse. C'est un principe élémentaire que la preuve incombe au demandeur. Est-ce à dire que celui qui soutient que son fonds est libre doit prouver que le voisin n'a pas droit à la servitude qu'il exerce? Nous disons : qu'il exerce, car pour qu'il y ait lieu à débat, il faut supposer que le voisin est en possession de la servitude. Plaçons-nous dans l'hypothèse la plus favorable au possesseur : il a obtenu au possessoire un jugement qui le maintient en possession. Le propriétaire qui prétend que son fonds est libre doit agir au pétitoire; doit-il prouver la liberté de son fonds? La jurisprudence est presque unanime en faveur du propriétaire; il n'a rien à prouver, dit-on, parce qu'il a pour lui la présomption que la propriété est libre; d'ailleurs l'obliger à prouver la liberté de son fonds, ce serait l'obliger à faire une preuve négative, puisqu'il devrait prouver que le voisin n'a pas de servitude sur son héritage; or, la preuve de ce fait négatif est im-

(1) Gand, 24 juin 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 126).

(2) Pardessus, t. II, p. 301, n° 332. Demolombe, t. XII, p. 484, n° 958. Arrêt de cassation du 5 mars 1850 Dalloz, 1850, 1, 78).

possible (1). Les auteurs sont divisés; il y en a qui prennent parti pour le possesseur, et qui opposent à la présomption invoquée par le propriétaire une autre présomption qui la détruit. Le possesseur est présumé propriétaire, disent-ils; donc celui qui est en possession de la servitude est présumé avoir droit à la servitude, et par suite c'est au propriétaire à renverser cette présomption, en prouvant que la servitude n'existe pas. A plus forte raison en doit-il être ainsi quand le possesseur a obtenu gain de cause au possessoire; dans ce cas, il est de droit commun qu'au pétitoire le fardeau de la preuve retombe sur celui qui a succombé au possessoire, c'est-à-dire sur le propriétaire qui soutient la liberté de son héritage (2).

Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour l'opinion consacrée par la jurisprudence. Mais nous n'aimons pas les présomptions que l'on invoque de part et d'autre; aucune n'est écrite dans la loi, et peut-il être question d'une présomption légale sans loi? C'est ce que les partisans du propriétaire ne manquent pas d'opposer aux défenseurs du possesseur. Ils demandent où il est dit que le possesseur est présumé propriétaire? La loi n'établit pas même cette présomption en faveur de celui qui a obtenu gain de cause au possessoire. Cela est très-vrai; mais l'argument ne peut-il pas être rétorqué contre la jurisprudence? C'est au demandeur à prouver le fondement de sa demande; il n'est dispensé de cette preuve que lorsqu'il a une présomption en sa faveur: où est la loi qui établit la présomption qu'il invoque?

Il nous semble que les principes généraux suffisent pour rejeter la preuve sur celui qui prétend avoir droit à une servitude, alors même qu'il serait en possession. C'est en ce sens que Pothier s'exprime; il dit: « Dans l'une et l'autre action, c'est-à-dire dans la négatoire aussi bien que

(1) Nous citons les arrêts les plus récents. Agen, du 30 novembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 28) et du 23 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 27). Bruxelles, 23 mai 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 8). Jugement du tribunal de Gand du 26 février 1855 (*Belgique judiciaire*, t. XIII, p. 406). Comparez Demolombe, t. XII, p. 480, n° 957.

(2) Durantou, t. V, p. 639, n° 641, et les autorités citées dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1277.

dans la confessoire, c'est à celui qui prétend un droit de servitude à le justifier, selon la maxime: *Incumbit onus probandi ei qui dicit*. Ainsi Pothier se fonde sur les principes généraux, sans distinguer si celui qui réclame la servitude est en possession ou non. Cela ne fait aucun doute quand le débat s'engage directement au pétitoire. Le propriétaire est demandeur. Que doit-il prouver? Son droit de propriété; s'il prouve qu'il est propriétaire, il prouve par cela seul qu'il a sur sa chose un droit absolu, exclusif, un droit en vertu duquel il peut repousser toute entreprise qu'un voisin fait sur son héritage. Que lui oppose le défendeur? Qu'il possède une servitude? Le propriétaire lui répondra: « La possession est un fait; en présence de ma propriété, ce fait n'est qu'une usurpation, à moins que vous ne prouviez que le fait est l'exercice d'un droit. Vous prétendez avoir un droit, c'est une exception que vous m'opposez, et cette exception vous constitue demandeur; prouvez donc que vous avez un droit de servitude. »

On dit que le jugement intervenu au possessoire intervertit les rôles; que s'il n'en résulte pas une présomption de propriété, il en résulte au moins que le propriétaire sera demandeur au pétitoire, ce qui met la preuve à sa charge. Sans doute le propriétaire demandeur doit prouver le fondement de sa demande. Mais que doit-il prouver? Il doit prouver son droit de propriété. Sa position est donc exactement la même que s'il n'y avait pas eu de débat au possessoire. On objecte que c'est annuler le jugement qu'a obtenu le possesseur. Du tout; car si le propriétaire l'avait emporté au possessoire, il n'aurait plus besoin d'agir au pétitoire, tandis que maintenant il doit agir et faire une preuve très-difficile, celle de son droit de propriété. On voit qu'en définitive la question se décide par les principes généraux qui régissent la preuve.