

donc que l'acte soit contraire, peu importe de qui il émane. Pardessus objecte que le *fait contraire* étant une contradiction au droit du propriétaire du fonds dominant, il implique un refus de souffrir l'exercice de la servitude; qu'il résulte donc de la nature même de cet acte, qu'il doit émaner du propriétaire du fonds assujetti. Cette interprétation dépasse la loi; il n'est pas exact de dire que l'*acte contraire* est un refus de souffrir l'exercice de la servitude. L'*acte contraire* est pour les servitudes continues ce que le fait de *cesser de jouir* est pour les servitudes discontinues; il est uniquement exigé afin de constater le *non-usage* de la servitude. Or, le non-usage ne suppose aucune contradiction de la part du propriétaire du fonds servant, il suffit que la servitude ne soit pas exercée. Par la même raison, il n'est pas nécessaire que l'acte contraire soit fait par le propriétaire du fonds dominant; seulement le fait aura une force plus grande encore s'il émane de celui à qui la servitude est due, puisqu'il implique alors une abdication de la servitude, ce que la loi suppose, en effet, quand il y a extinction par le non-usage. Mais encore une fois la loi ne l'exige pas. Alors même que l'acte serait l'œuvre d'un tiers agissant sans droit aucun, et par conséquent sans intention aucune, il y aurait néanmoins un *acte contraire*, en ce sens qu'il serait constaté que la servitude n'est pas exercée, ce qui suffit pour que la prescription coure. Cela n'est pas même en opposition avec la présomption de renonciation que la doctrine admet en cas de non-usage; car le propriétaire du fonds dominant, en laissant subsister l'acte contraire à son droit, se l'approprie, comme si lui-même en était l'auteur; en effet, il ne dépend que de lui de détruire cet acte; s'il le maintient, c'est qu'il ne veut pas user de la servitude. En ce sens, il y a renonciation (1).

Il a été jugé que l'acte contraire qui sert de point de départ à la prescription des servitudes continues peut être un événement de force majeure. Dans l'espèce, il s'agis-

(1) Duranton, t. V, p. 675, n° 685. Demolombe, t. XII, p. 559, n° 1009. Aubry et Rau, t. III, p. 105 et note 17. Comparez Pardessus, t. II, p. 164, n° 308.

sait d'une servitude de conduite d'eau; le cours d'eau s'était déplacé naturellement, sans aucun fait personnel du propriétaire de l'héritage servant; celui-ci se mit en possession du lit desséché. Y avait-il dans les faits ainsi caractérisés un *acte contraire* à la servitude? La cour de cassation décida que la loi n'exigeait pas, de la part du propriétaire du fonds servant, un fait personnel et physique pour s'opposer à l'exercice de la servitude (1). Au premier abord, on croirait que la cour a confondu le cas de l'extinction par le non-usage, prévu par les articles 706 et 707, avec le cas de l'impossibilité d'user de la servitude prévu par l'article 703. Au fond, peu importe, au moins dans l'opinion que nous avons enseignée, puisque l'impossibilité d'user, quand elle n'est que temporaire, est régie par les mêmes principes que le non-usage (n°s 294 et s.). Dans l'espèce, le déplacement du cours d'eau étant l'œuvre de la nature, on pouvait dire qu'il y avait impossibilité d'user plutôt que non-usage. En réalité, il dépendait du propriétaire du fonds dominant de rétablir le cours primitif de l'eau, donc il pouvait user et il n'usait pas, ce qui est le cas prévu par l'article 706. Au point de vue des principes, la cour a très-bien jugé. L'article 707 est applicable du moment qu'il est constaté que la servitude ne s'exerce pas par suite d'un fait contraire à la servitude.

312. Le non-usage doit durer pendant trente ans. Puisque c'est une prescription extinctive, il faut décider qu'elle peut être suspendue par les causes générales qui suspendent la prescription libératoire, et qu'elle peut être interrompue par les causes qui l'interrompent d'après le droit commun. Le siège de cette matière est au titre de la *Prescription*. Nous nous bornons à remarquer, pour le moment, que la prescription des servitudes discontinues exige qu'il n'y ait aucun acte d'usage pendant trente ans; de sorte qu'un seul fait de passer, pendant ce laps de temps, suffirait pour interrompre la prescription; et ce fait pourrait être prouvé par témoins, puisqu'il s'agit d'un fait matériel. C'est ce que nous établirons au titre des *Obligations*.

(1) Arrêt de cassation du 20 décembre 1847 (Dalloz, 1, 13).

Quand la servitude est continue, le propriétaire a trente ans pour réclamer contre l'acte qui constate le non-usage de la servitude. Que s'il n'y a pas d'acte contraire, la prescription ne court pas; quand même le propriétaire du fonds servant aurait possédé son fonds pendant trente ans sans que la servitude ait été de fait exercée, la vanne d'une conduite d'eau, par exemple, n'ayant pas été ouverte pendant ce laps de temps, il ne pourrait pas invoquer la prescription; en effet, il n'a pas possédé un fonds libre de toute charge, puisque la servitude continue s'exerce d'elle-même, légalement parlant.

313. Que faut-il décider si la servitude n'a jamais été exercée? Il est certain qu'après trente ans, elle sera éteinte par la prescription. Mais à partir de quel moment commencera-t-elle à courir? Il n'y a aucune difficulté quand la servitude est discontinue. La servitude existe du moment où elle est constituée; dès cet instant le propriétaire du fonds dominant peut passer; s'il ne passe pas, on est dans les termes de l'article 707; la prescription courra donc du jour où la servitude a été établie. Quant aux servitudes continues qui consistent à ne pas faire, on ne peut pas dire que le non-usage commence du jour où la servitude est stipulée, car elles s'exercent d'elles-mêmes aussi longtemps que le propriétaire du fonds servant ne fait pas ce que la servitude lui interdit de faire. Restent les servitudes continues qui consistent dans un état des lieux, tels que l'existence d'un toit pour une servitude d'égout, ou des fenêtres pratiquées dans un mur pour une servitude de vue. Il faut distinguer si la servitude est établie pour une maison qui doit être bâtie, ou si la maison au profit de laquelle la servitude est stipulée est déjà construite. Dans le premier cas, la servitude n'existe pas encore, puisqu'il n'y a pas de fonds dominant. On n'est donc pas dans l'hypothèse prévue par les articles 706 et 707; il ne peut pas être question d'user d'une servitude alors qu'il n'y a pas de fonds dominant; et il est impossible de faire un acte contraire à une servitude qui n'existe pas. Est-ce à dire que le droit de servitude qui a été stipulé ne s'éteindra pas par la prescription? Tout droit s'éteint

par la prescription extinctive, donc aussi le droit de servitude. La difficulté est de savoir à partir de quel moment la prescription commencera à courir. Celui qui a stipulé la servitude reste trente ans sans bâtir; la servitude sera-t-elle éteinte? Pour mieux dire, le droit à la servitude sera-t-il prescrit? Il a été jugé qu'il y a prescription, et nous croyons que la décision est conforme aux vrais principes (1). En effet, la prescription de tout droit commence à courir du moment que le droit existe; or, le droit à la servitude existe dès l'instant qu'il est stipulé; ce qui décide la question. On objecte que, dans l'espèce, il s'agit d'un droit conditionnel; or, la prescription ne court pas à l'égard des droits qui dépendent d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive (art. 2257). La cour de cassation répond que le droit à la servitude n'est pas conditionnel, quand celui qui l'a stipulé peut immédiatement bâtir et exercer son droit. Il y aurait condition si je stipulais au profit de tel fonds pour le cas où j'en deviendrai propriétaire: l'existence de la servitude dépend alors d'un événement futur et incertain, donc elle est conditionnelle. Mais quand, étant propriétaire d'un terrain, je stipule une servitude pour le bâtiment que je me propose d'y élever, il n'y a rien d'incertain ni d'éventuel; je puis bâtir immédiatement, il dépend donc de ma seule volonté d'user de mon droit; en ce sens mon droit est actuel, il existe, par conséquent il peut s'éteindre.

En serait-il de même si une servitude de vue était stipulée au profit d'une maison déjà bâtie? Le propriétaire reste trente ans sans ouvrir de fenêtres, son droit est-il éteint? ou la prescription ne commencera-t-elle à courir que lorsqu'il aura été fait un acte contraire à la servitude? Il y a une différence entre cette hypothèse et celle que nous venons d'examiner. Dans l'espèce actuelle, il y a une servitude, puisqu'il y a un fonds dominant, la maison au profit de laquelle le droit de vue a été stipulé. Nous sommes donc dans le cas prévu par l'article 706. Est-ce à dire qu'il

(1) Arrêt de rejet du 18 novembre 1863 (Daloz, 1864, 1, 126). Orléans. 16 février 1865 (Daloz, 1865, 2, 60).

faillie appliquer l'article 707 et exiger un acte contraire pour que la prescription commence à courir? Nous ne le croyons pas. Si l'article 707 exige un acte contraire, c'est uniquement pour constater que la servitude n'est pas exercée; or, un acte est-il nécessaire pour constater que le propriétaire n'exerce pas le droit de vue, alors qu'il ne pratique pas de fenêtres? Ce fait négatif est la meilleure preuve du non-usage. D'ailleurs conçoit-on que l'on fasse un acte contraire à la servitude de vue tant que l'usage de cette servitude est impossible faute de fenêtres? L'article 707 n'étant pas applicable, on rentre dans le droit commun de l'article 2262; la prescription courra à partir de l'établissement de la servitude.

314. L'article 706 ne parle que de la prescription trentenaire; est-ce à dire qu'il exclut la prescription de dix et vingt ans? Celui qui a acquis par juste titre et de bonne foi, comme franc de toute charge, un fonds grevé en réalité d'une servitude, et qui le possède libre pendant dix ou vingt ans, acquiert-il la franchise de cet immeuble? La question est très-controversée. Nous croyons que l'usucapion affranchit l'immeuble des charges réelles qui le grevent. Cela peut arriver dans deux cas. J'achète un immeuble de celui qui en est le propriétaire; il est grevé de servitudes que le vendeur ne déclare pas et que j'ignore par conséquent. Si je possède l'immeuble, libre de toute charge, pendant dix ou vingt ans, j'aurai usucapé la liberté de l'immeuble. En théorie, cette doctrine est conforme aux principes qui régissent la prescription; si je puis usucaper la propriété par dix et vingt ans, pourquoi ne pourrais-je pas l'usucaper tout entière, c'est-à-dire libre de tout droit réel? On prescrit ce que l'on possède; or, je possède un immeuble franc de toute servitude, j'acquiers donc un immeuble en toute propriété. Il en est de même dans la seconde hypothèse: j'acquiers un immeuble de celui qui n'en est pas le propriétaire avec juste titre et bonne foi; il est grevé de servitudes dont j'ignore l'existence; après dix ou vingt ans, j'aurai usucapé la propriété de l'immeuble. Dans ce cas, les principes paraissent encore plus évidents; si je puis prescrire le droit du propriétaire, pourquoi ne

prescrirais-je pas le droit de celui qui n'a qu'un démembrement de la propriété? Les principes permettent-ils de diviser la possession? Suffisante pour repousser l'action en revendication, conçoit-on qu'elle soit insuffisante pour repousser l'action confessoire?

Mais la question n'est pas une question de théorie. Il faut un texte pour que l'on puisse admettre une prescription quelconque; c'est donc le texte du code civil qui doit décider la difficulté. Nous pouvons d'abord invoquer l'article 2265, aux termes duquel « celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ou par vingt ans. » La propriété est le droit absolu, illimité, tel qu'il est défini par l'article 544, donc la propriété entière; c'est la propriété entière que j'ai possédée, c'est donc la propriété entière que j'ai usucapée. L'article 2265 à lui seul n'est pas décisif, il faut voir si le législateur l'entend comme nous l'interprétons, il faut un texte qui prouve que l'on usucape la liberté du fonds, de même que l'on usucape la propriété. Ce texte existe: l'article 2180 admet la prescription extinctive par dix ou vingt ans des hypothèques, quand le fonds est dans les mains d'un tiers détenteur; la loi assimile donc la prescription de l'hypothèque à la prescription de la propriété. Voilà bien une application de l'article 2265. Donc il est prouvé par le texte même du code que les droits réels s'éteignent par la prescription de dix ou vingt ans. La doctrine vient à l'appui de cette argumentation; elle admet que l'usufruit s'éteint par l'usucapion: si celui qui possède pendant dix ou vingt ans prescrit les hypothèques et l'usufruit, pourquoi ne prescrirait-il pas les servitudes? La règle étant que l'article 2265 s'applique aux droits réels, il faudrait qu'il y eût une exception pour les servitudes. On prétend que cette exception résulte des principes et du texte de la loi.

L'usucapion est une prescription acquisitive qui repose sur la possession. Il faut donc que le possesseur ait possédé ce qu'il prétend avoir prescrit. Est-ce que celui qui possède un immeuble comme libre de tous droits réels possède ces droits contre celui à qui ils appartiennent? Oui,

s'il s'agit de l'usufruit, car le possesseur jouit comme propriétaire pendant dix ou vingt ans, ce qui exclut la jouissance de l'usufruitier ; on peut donc dire qu'il acquiert cette jouissance. Mais on prétend que cela ne peut pas se dire des servitudes : je n'exerce pas les droits qui appartiennent au propriétaire de l'héritage dominant, je ne possède donc rien contre lui, partant je ne puis rien acquérir par la prescription acquisitive ; je peux seulement me prévaloir de la prescription extinctive, et celle-là est de trente ans, d'après l'article 706. On peut répondre, en théorie, que celui qui possède la toute propriété possède par cela même les divers démembrements de la propriété ; possédant son fonds comme libre, il possède par cela même contre ceux qui prétendent qu'il n'est pas libre, donc il peut invoquer la prescription acquisitive. Il y a une réponse plus péremptoire dans une matière qui exige des textes : c'est que l'article 2180 consacre l'extinction des hypothèques par la prescription de dix ou vingt ans ; or, on ne peut certes pas dire que le tiers détenteur possède le droit du créancier hypothécaire ; si néanmoins la loi admet que sa possession éteint le droit du créancier hypothécaire, c'est que, dans la théorie du code, l'usucapion fait acquérir la propriété pleine et entière, donc affranchie de tout droit réel.

On prétend qu'il y a un texte qui repousse l'interprétation que nous donnons au code ; c'est l'article 2264, aux termes duquel « les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. » C'est cette disposition qui nous a fait rejeter la prescription acquisitive des servitudes par l'usucapion ; par la même raison, dit-on, il faut rejeter l'usucapion comme prescription extinctive, car au titre des *Servitudes*, le législateur règle ce qui concerne l'extinction des servitudes par la prescription aussi bien que ce qui concerne leur acquisition ; et quel est le système du code ? Pour acquérir les servitudes, comme pour les éteindre, la loi exige la prescription trentenaire (art. 690 et 706). Voilà un système complet qui, d'après l'article 2264, écarte l'application des règles géné-

rales sur la prescription. L'argument est très-sérieux, et c'est le seul qui, à notre avis, rend la question douteuse. Si pour l'acquisition des servitudes nous avons admis l'application de l'article 2264, c'est que le code consacre réellement un système spécial en cette matière, en exigeant la possession de trente ans ; il y a là une dérogation évidente à l'article 2265. On ne peut pas en dire autant de l'extinction des servitudes ; l'article 706, loin d'établir une exception au droit commun, ne fait qu'appliquer aux servitudes le principe général de l'article 2262. Appliquant le droit commun en ce qui concerne la prescription libératoire de trente ans, il ne peut pas exclure le droit commun en ce qui concerne l'usucapion. Toujours est-il que l'on ne peut pas nous opposer l'article 2264, car cette disposition, en renvoyant aux titres qui leur sont propres les règles établies sur d'autres objets que ceux qui sont mentionnés au titre de la *Prescription*, suppose que ces titres particuliers contiennent des principes particuliers.

Il y a un argument qui nous paraît décisif en faveur de cette interprétation, c'est la tradition. Les auteurs du code ont suivi la coutume de Paris ; or, la coutume contenait une disposition analogue à celle de l'article 706 du code civil, portant : « La liberté se peut réacquérir contre le titre de servitude par trente ans. » Une autre disposition de la coutume (144) consacrait l'usucapion au profit de celui qui avait acquis héritage ou rente à juste titre et de bonne foi : c'est notre article 2265. Le système de la coutume est donc identique avec celui du code Napoléon ; puisque le code n'a fait que reproduire la doctrine traditionnelle, il faut l'interpréter dans le sens de la tradition. Pothier nous donnera le commentaire authentique de la législation moderne : « La prescription de trente ans, dit-il, dont il est parlé dans l'article 186 (art. 706 du code civil), est la prescription à l'effet de se libérer qui résulte uniquement du non-usage de la servitude, et qui en fait acquérir la libération même à ceux qui les auraient constituées ou à leurs héritiers ; ce n'est que de cette espèce de prescription qu'il est parlé en l'article 186 (706), qui n'a rien de commun avec la prescription de

l'article 114 (2265), qui résulte de la possession qu'un acquéreur de bonne foi a eue d'un héritage qu'il a possédé comme franc des droits de servitude dont il était chargé (1). » Ainsi la prescription trentenaire de l'article 706 n'a rien de commun avec l'usucapion de l'article 2265; donc la première ne peut pas exclure la seconde.

Enfin on peut encore se prévaloir, au profit de notre opinion, de l'article 1665 que nous avons déjà invoqué au titre de l'*Usufruit* (t. VII, n° 90).

La jurisprudence est presque unanime en faveur de l'opinion contraire; si, malgré cela, nous avons discuté la question, c'est que nous sommes de l'avis de la cour de Nancy, qui dit, dans un arrêt très-bien motivé : *Non exemplis sed legibus judicandum est* (2). Les auteurs sont divisés (3).

N° 2. DE LA PREUVE.

315. La preuve de l'extinction des servitudes par le non usage fait naître de nouvelles difficultés. Il y a un principe qui est admis par tout le monde et qui ne saurait être contesté : le code ne dit rien de la preuve au titre des *Servitudes*; par cela même il s'en rapporte aux règles générales sur les preuves, telles qu'elles sont établies au titre des *Obligations*; mais le sens de ces règles et leur application sont une des matières les plus difficiles du droit. Il n'y en a pas de plus élémentaire que celle qui est écrite dans l'article 1315 : c'est au demandeur à prouver le fondement de sa demande, et le défendeur devient demandeur quant à l'exception qu'il oppose à la

(1) Pothier, *De la prescription*, n° 139.

(2) Nous ne citons que les arrêts de la cour de cassation qui contiennent un exposé de principes. Arrêt de rejet du 20 décembre 1836 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1238, 1°); arrêts de cassation du 31 décembre 1845 (Daloz, 1846, 1, 39) et du 14 novembre 1843 (Daloz, 1853, 1, 328). La jurisprudence des cours de Belgique est conforme. Liège, 6 juillet 1842 et 30 novembre 1843 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 316 et 1844, 2, 99). Comparez Bruxelles, 3 janvier 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 83). Dans le sens de notre opinion, Nancy, 14 mars 1842 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1238).

(3) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. III, p. 106, note 23; Demolombe, t. XII, p. 550, n° 1004, et Daloz, au mot *Servitude*, n° 1238.

demande formée contre lui. Cette règle reçoit son application aux droits réels. L'on est encore d'accord pour rejeter la preuve sur celui qui prétend avoir droit à une servitude; mais quand on interroge les auteurs et les arrêts sur les motifs de leurs décisions, on rencontre autant d'avis que d'opinants. De là une grande incertitude sur les vrais principes; nous allons essayer de les établir. Il faut distinguer entre les servitudes continues et les servitudes discontinues.

316. S'il s'agit d'une servitude continue dont le propriétaire du fonds servant prétend être libéré par le non-usage, il n'y a pas de doute; c'est en tout cas à lui de faire la preuve de l'extinction. Cela va sans dire quand il est demandeur; on est alors dans la lettre de l'article 1315. Il en est encore de même si c'est le propriétaire du fonds dominant qui est demandeur. La preuve lui incombe, mais de quoi? Il n'est pas contesté que la servitude ait existé; le débat porte sur l'extinction de la servitude; est-ce au demandeur à prouver qu'il a usé de son droit? Pour qu'il y ait lieu à débat, il faut supposer que le titre a plus de trente ans de date. On pourrait dire que dans ce cas il ne suffit pas de produire un titre, qu'il faut aussi prouver que l'on a exécuté le titre. En effet, si le titre n'a reçu aucune exécution, il sera éteint après trente ans. A vrai dire, cette hypothèse n'est pas celle de l'article 706, c'est l'hypothèse de l'article 2262. J'ai stipulé une servitude d'égout pour une maison à bâtir, et la maison n'a jamais été bâtie, ou une servitude de vue, et je n'ai jamais partiqué de fenêtres; si je veux user de mon droit après trente ans, j'ai beau produire mon titre, on me repoussera par la prescription; il n'y a pas de débat possible dans ce cas sur le non-usage, puisque la servitude n'a jamais existé de fait : il ne peut pas s'agir de non-usage là où il n'y a jamais eu d'usage.

Mais si le titre a été exécuté et s'il y a un acte contraire à la servitude qui en a empêché l'usage, le propriétaire du fonds dominant qui veut user de son droit devra-t-il prouver que son droit n'est pas éteint? Il est demandeur, il doit prouver le fondement de son droit; quel est ce