

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

fondement? Le titre; or, le titre n'est pas contesté. Doit-il aussi prouver qu'il a usé de la servitude? Cette preuve résulte de l'exécution du titre; en effet, la servitude est continue, elle s'exerce donc d'elle-même, par conséquent son usage est prouvé par cela seul que le titre est produit et qu'il est constant que le titre a été exécuté. Ainsi le demandeur a fait la preuve qui lui incombe; c'est au défendeur, au propriétaire du fonds servant à prouver que la servitude est éteinte par le non-usage. Cela suppose qu'un acte contraire à la servitude a été fait; c'est au défendeur qui oppose cette exception de prouver qu'un acte contraire à la servitude a été fait et qu'il subsiste depuis trente ans. Si le propriétaire du fonds dominant soutenait que l'acte n'est pas contraire à son droit parce qu'il a eu lieu par tolérance, ce serait à lui de prouver le fondement de cette nouvelle exception (1).

317. Les servitudes discontinues exigent le fait actuel de l'homme pour être exercées. Il résulte de là une différence quant à la preuve. On distingue si celui qui prétend avoir un droit de servitude est en possession ou non. S'il est en possession, ce fait joint à son titre, quelque ancienne qu'en soit la date, le dispense de toute preuve alors même qu'il serait demandeur; il peut invoquer la présomption établie par l'article 2234 : « Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire. » C'est donc son adversaire qui doit faire la preuve contraire à cette présomption; c'est-à-dire qu'il doit prouver que, dans le temps intermédiaire, le propriétaire du fonds dominant n'a pas possédé, et que le non-usage a duré trente ans. Si, au contraire, celui qui prétend avoir une servitude n'est pas en possession au moment où il réclame son droit, il ne suffit pas qu'il produise son titre, si ce titre a plus de trente ans. Ici la nature de la servitude exerce une influence sur la preuve. La servitude discontinue ne s'exerce pas d'elle-même; la production du titre ne prouve donc pas l'usage de la servitude; de là on con-

(1) Pardessus, t. II, p. 166 et suiv., n° 308.

clut que rien ne prouvant que le demandeur ait possédé, c'est à lui de prouver qu'il a possédé; son adversaire n'a rien à prouver.

Cette doctrine est admise par les auteurs et par la jurisprudence. Toutefois elle a été combattue devant la cour de cassation par l'avocat général Delangle (1). C'est en prenant appui sur l'autorité de cet excellent jurisconsulte que nous exposerons nos doutes et nos objections. Il nous semble que, dans l'opinion généralement suivie, on déroge au principe élémentaire écrit dans l'article 1315, en dispensant le demandeur de faire la preuve pour la rejeter sur le défendeur, et on n'allègue d'autres motifs pour justifier cette dérogation que des présomptions qui ne sont pas écrites dans la loi.

C'est Merlin qui le premier a invoqué la présomption formulée par l'article 2234 (2). A notre avis, il l'étend. J'ai un titre qui a plus de trente ans de date, et j'ai la possession; je n'ai plus rien à prouver. Nous admettons la décision, mais nous repoussons la présomption de l'article 2234 sur laquelle on la fonde. Cette disposition suppose que le possesseur actuel *prouve* avoir possédé anciennement. Or, comment, dans la doctrine de Merlin, fait-il cette preuve? En produisant son titre. Est-ce que le titre prouve la possession? Le titre établit le droit que l'on a d'exercer la servitude, mais il ne prouve certes pas que l'on a exercé le droit. Donc le demandeur n'est pas dans les termes de la présomption; il n'a rien pour lui que son titre, car sa possession actuelle ne prouve pas qu'il a possédé anciennement. Naît maintenant la question de savoir quelle est la force probante du titre. La production du titre, quand il a plus de trente ans de date, suffit-elle pour rejeter la preuve sur l'adversaire? Dans notre opinion, oui : dans l'opinion générale, non. C'est le point important du débat; il faut nous y arrêter.

(1) Voyez l'analyse des conclusions de Delangle, dans Dalloz, au mot *Preuve*, p. 886.

(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Usage*, § IX, n° 3 (t. XVI, p. 300), suivi par Demolombe, t. XII, p. 569, n° 1015, et Aubry et Rau, t. III, p. 106 et note 21.

Nous disons que celui qui réclame une servitude, alors même qu'il ne serait pas en possession, n'a rien à prouver sinon l'existence de ce droit, et qu'il fait cette preuve en produisant son titre. Le titre, en effet, établit qu'il a un droit de servitude. Pourquoi le repousse-t-on? Nous allons entendre les réponses que l'on fait dans l'opinion générale; elles sont loin de concorder; les partisans de cette opinion ne s'entendent réellement que sur un point, c'est que tous invoquent des présomptions que la loi ignore. Écoutons d'abord la cour de cassation (1).

Le titre que produit le demandeur a plus de trente ans de date; dès lors, dit la cour, il doit prouver que son droit n'est pas éteint, car le titre est réduit à un non-titre : ce sont les expressions de l'arrêt. Pourquoi le titre est-il éteint? Parce que le titre est resté sans exécution, au moins pendant les trente années antérieures à la demande. Qu'est-ce qui prouve que le titre est resté sans exécution? C'est que le demandeur n'a pas la possession actuelle, dit la cour; il ne peut donc pas se prévaloir de la présomption de l'article 2234. Évidemment il ne le peut pas; mais qu'est-ce que cela prouve? Qu'il n'a rien pour lui que son titre. Mais le titre ne fait-il pas preuve du droit? Pourquoi la cour décide-t-elle que ce titre devient un non-titre? De ce que le demandeur n'est pas présumé avoir possédé, peut-on conclure qu'il n'a pas possédé? C'est à cela qu'aboutit le raisonnement de la cour et de Merlin. Nous répondons d'abord avec Delangle : Le demandeur n'a qu'une chose à prouver, son droit; il fait cette preuve en produisant son titre. Ce titre ne peut être réduit à néant que si on prouve qu'il n'a pas été mis à exécution, que l'on n'en a pas usé pendant trente ans; voilà bien une exception que l'on oppose au demandeur; donc c'est au défendeur qui prétend que le titre est éteint par le non-usage à le prouver. Nous ajoutons que la cour et Merlin créent une présomption de non-usage contre celui qui produit son titre

(1) Arrêts de rejet du 15 février 1842 (Daloz, au mot *Preuve*, n° 52) et du 6 février 1833 (Daloz, au mot *Prescription*, n° 315); arrêts de rejet du 3 avril 1833, du 11 juin 1834 et du 3 juin 1835 (Daloz, au mot *Usage*, n° 190, 2° et 4°). Comparez Bruxelles, 13 août 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 278).

alors qu'il ne possède pas. Le rapporteur, Lasagni, nous renvoie à Pardessus; et que dit Pardessus? Quand le titre a plus de trente ans, il ne suffit pas pour prouver le droit du demandeur, car celui-ci peut avoir perdu son droit par le non-usage; cela même est *présumable*, puisqu'il ne jouit pas au moment où il réclame (1). Voilà la *présomption*; où est-elle écrite? C'est une simple probabilité que le demandeur pourrait combattre par d'autres probabilités. Nous renvoyons ce débat au législateur : lui seul peut créer des présomptions en se fondant sur des probabilités. Quant aux présomptions imaginées par Merlin et Pardessus, nous les repoussons parce que la loi ne les consacre pas. Merlin et la cour de cassation font dire à l'article 2234 ce qu'il ne dit pas, en transformant une présomption de possession en une présomption de non-usage; et Pardessus crée une présomption de non-usage fondée sur une simple probabilité.

Proudhon a aussi son explication qui diffère de la doctrine que nous venons d'exposer, bien qu'elle aboutisse également à décider la question par des présomptions. Il invoque le vieil adage : *in pari causa possessor potior haberi debet*. Le demandeur n'est pas en possession, tandis que le défendeur est en possession de la liberté de son fonds, donc le défendeur n'a rien à prouver, et la preuve incombe au demandeur (2). Notre réponse est très-simple : Où est-il dit que le possesseur n'a rien à prouver? La possession est un pur fait, et ce fait n'a d'autres conséquences en droit que celles que la loi y attache; où est la loi qui dispense le possesseur de la preuve et la rejette sur son adversaire? Il y a ici une nouvelle présomption contre celui qui ne possède pas. Le demandeur a un titre qui prouve son droit de servitude, qui prouve par conséquent que l'héritage du défendeur n'est pas libre. Comment détruit-on cette preuve? Par une présomption attachée à la possession. Nous rejetons cette présomption parce que la loi l'ignore. Or, dès qu'il n'y a pas de présomption, nous

(1) Pardessus, t. II, p. 171, n° 308

(2) Proudhon et Curasson, *Traité des droits d'usage*, t. II, p. 24, n° 603.

restons sous l'empire des principes formulés par l'article 1315 : le demandeur ayant prouvé son droit, c'est au défendeur à prouver que ce droit est éteint.

Dira-t-on que c'est forcer le défendeur à faire une preuve impossible, puisqu'elle consiste à prouver que le demandeur n'a pas usé de son droit? Or, il y a un vieil adage qui dit que l'on n'est jamais tenu à prouver une négative. Nous signalons l'objection parce qu'on la fait à chaque occasion. Un de nos plus vieux légistes, Beaumanoir, a déjà fait la remarque que la preuve négative n'est pas impossible, elle est plus ou moins difficile; mais, comme l'a dit dans notre débat le rapporteur de la cour de cassation, la difficulté d'une preuve n'est pas une raison pour en dispenser celui à qui elle incombe d'après la loi (1). Il faut donc laisser là ces adages que notre code ne connaît pas. Restent les principes qui imposent au défendeur l'obligation de prouver le fondement de son exception, ce qui décide la question contre le possesseur du fonds servant.

N° 3. EFFET DE LA PRESCRIPTION.

318. Quand le non-usage pendant trente ans est prouvé, le droit est éteint; l'article 706 le dit. Il suit de là que lors même qu'après les trente ans le propriétaire du fonds dominant aurait exercé la servitude, elle n'en reste pas moins éteinte. Ce propriétaire est dans la position de celui qui n'a jamais eu de droit; s'il continue à exercer la servitude éteinte, il pourra acquérir une servitude nouvelle par une possession trentenaire, bien entendu si elle est continue et apparente; si elle est discontinuée ou non apparente, il faudra un nouveau titre.

319. Ce principe reçoit cependant une restriction. Le fait du propriétaire de l'héritage de souffrir l'exercice de la servitude après qu'elle est éteinte, peut impliquer une renonciation aux effets de la prescription. L'article 2220 permet de renoncer à la prescription acquise. Il n'est pas

(1) C'est l'opinion généralement suivie. Voyez le rapport de Lasagni, dans Dalloz, au mot *Preuve*, n° 685, et les auteurs cités, n° 47.

nécessaire que la renonciation soit expresse; l'article 2221 admet la renonciation tacite dans le cas où un fait posé par celui au profit duquel la prescription est acquise suppose l'abandon du droit acquis. Le code ne déroge pas à ces principes au titre des *Servitudes*; il est donc hors de doute que le maître du fonds servant peut renoncer tacitement au bénéfice de la prescription par laquelle son fonds a été libéré. Mais il ne faut pas croire que tout acte de possession qu'il souffre emporte renonciation à son droit. Toute renonciation est de stricte interprétation; celui qui renonce à la prescription abdique un droit, il aliène; or, l'on admet difficilement que celui qui a un droit, l'aliène. En matière de servitude, il y a un motif de plus pour ne pas admettre facilement une renonciation; car elle aboutit à grever d'une servitude un fonds qui en était affranchi. Il faut donc que le fait dont on se prévaut contre le propriétaire du fonds servant soit de telle nature qu'on ne lui puisse pas donner une autre signification que la volonté de renoncer. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1).

N° 4. INFLUENCE DE L'INDIVISIBILITÉ SUR LA PRESCRIPTION.

320. En exposant les principes généraux sur les servitudes, nous avons dit qu'elles sont indivisibles, en ce sens qu'elles ne peuvent s'acquérir ni se perdre pour partie. Elles sont encore indivisibles en ce sens qu'elles sont dues à chaque partie de l'héritage dominant, et qu'elles grèvent chaque partie de l'héritage assujéti (2). Le code consacre des conséquences de l'indivisibilité en matière de prescription. Avant de les exposer, nous rappellerons ce qui a été dit plus haut. Il y a des servitudes qui sont divisibles, en ce sens que l'utilité qu'elles procurent peut se diviser, ainsi que la charge qui en résulte (n° 281).

Si l'héritage dominant appartient par indivis à plusieurs copropriétaires, la jouissance de l'un empêche la prescrip-

(1) Pardessus, t. II, p. 116, n° 286; Demolombe, t. XII, p. 308, n° 795 et p. 572, n° 1019. Arrêt de cassation du 15 mai 1856 (Dalloz, 1856, I, 285).

(2) Voyez le tome VII de mes *Principes*, nos 156, 157.