

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.

tion à l'égard de tous (art. 709). La cour de cassation a appliqué ce principe dans une espèce où l'on contestait l'indivisibilité du droit. Plusieurs usines étaient établies sur un canal auquel une rivière fournissait les eaux. Le canal et le barrage qui les transmettaient aux divers moulins appartenaient en commun aux usiniers; chacun usait de la totalité des eaux et la transmettait ensuite aux usiniers inférieurs. Il existait sur le canal une prise d'eau au profit d'une ville qui, en 1802, en pratiqua une nouvelle. L'un des usiniers intenta un procès contre la ville et le gagna. En 1853, la ville acheta une concession d'eau des héritiers de celui qui avait fait supprimer la prise d'eau. Alors les autres usiniers en demandèrent à leur tour la suppression. La ville opposa la prescription, la prise d'eau existant depuis 1802; les demandeurs repoussèrent l'exception en soutenant que la prescription avait été interrompue par l'action que l'un des copropriétaires du canal avait intentée contre la ville. Cette défense, admise par le tribunal de première instance, fut rejetée par la cour de Lyon.

La cour ne conteste pas le principe, il est écrit dans l'article 709; mais elle dit qu'il ne s'applique que lorsque la servitude est indivisible de sa nature; tandis que, dans l'espèce, l'indivisibilité résultait de la convention. Son arrêt fut cassé. La distinction que l'arrêt attaqué fait entre l'indivisibilité naturelle et l'indivisibilité conventionnelle est arbitraire; la loi l'ignore. Comme le dit très-bien la cour de cassation, chacun des meuniers avait droit à la totalité des eaux du canal; l'indivisibilité de leur droit résultait du mode de son exercice et du but que toutes les parties s'étaient proposé en mettant les lieux dans l'état où ils se trouvaient. La conséquence était incontestable. L'un des usiniers avait interrompu la prescription; possédant le droit pour le tout, il avait nécessairement interrompu la prescription pour le tout, donc il avait conservé tout le droit (1).

**321.** Si parmi les copropriétaires du fonds dominant il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu cou-

(1) Arrêt de cassation du 12 juillet 1869 (Dalloz, 1869, I, 498).

rir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres. Ce sont les termes de l'article 710. Le mineur, dit Pothier d'après Dumoulin, relève le majeur. Il est censé jouir par cela seul qu'il est à l'abri de la prescription à raison de son incapacité; il conserve le droit, puisque son incapacité l'empêche de périr; or, tout le droit lui appartient, donc tout le droit est conservé (1). C'est une conséquence logique de l'indivisibilité. Mais la conséquence n'est-elle pas une de ces subtilités que l'on aime de reprocher à notre science? Le droit n'a pas été exercé pendant trente ans, et cependant il est conservé. Qu'il le soit au profit du propriétaire incapable, cela se comprend; mais pourquoi ce motif tout à fait personnel profite-t-il aux propriétaires capables? Là est la subtilité du droit dont on se plaint. Demante dit avec raison que l'équité est, dans l'espèce, d'accord avec la rigueur des principes. Puisque l'incapable conserve son droit, et le droit tout entier, le propriétaire du fonds servant n'a pas d'intérêt à empêcher les autres de l'exercer, le nombre des personnes qui usent de la servitude n'étant pas considéré comme une aggravation de la charge (2).

**322.** L'application de l'article 710 a fait naître une difficulté qui divise la doctrine et la jurisprudence. Une succession est indivise pendant cinq ans; l'un des cohéritiers est mineur, la prescription ne court pas contre lui, il conserve donc les droits de servitude dus à l'immeuble héréditaire. Le partage se fait et le fonds dominant tombe au lot d'un des cohéritiers majeurs. Peut-il se prévaloir de la suspension de la prescription pendant les cinq ans qu'a duré l'indivision? Les cours d'Amiens et de Nancy avaient décidé que la suspension de la prescription profitait à l'héritier. Ces arrêts ont été cassés comme violant l'article 883. Aux termes de cet article, chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. Ce principe est absolu,

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans*, art. 226, note 2. Demolombe, t. XII, p. 535, n° 996.

(2) Demante, t. II, p. 664, n° 568 bis I.

dit-on; la loi ne faisant aucune distinction, il faut l'appliquer au cas prévu par l'article 710. Il en résulte que le copartageant au lot duquel tombe le fonds dominant est censé en avoir eu la propriété dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité; donc le partage efface l'indivision, en ce sens que la copropriété résultant de l'indivision est censée n'avoir jamais existé; par conséquent le propriétaire du fonds dominant ne peut pas dire que cet immeuble a été possédé par indivis, et que la minorité de l'un des communistes a suspendu la prescription de la servitude; car l'héritier mineur est censé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble; donc l'effet que produit la minorité est effacé aussi bien que le droit de propriété indivise. Admettre que les effets de l'indivision survivent au partage, c'est anéantir le principe établi par l'article 883; si la prescription a été suspendue, il faut dire que le fonds dominant a été pendant cinq ans la propriété de l'héritier mineur; or, l'article 883 dit le contraire: l'héritier mineur n'a jamais été propriétaire de cet immeuble (1).

Cette doctrine n'a pas trouvé faveur, tous les auteurs la combattent (2), et nous nous rangeons de leur avis. La cour de cassation anéantit l'article 710 au profit de l'article 883, et elle donne à ce dernier article une portée qu'il ne doit pas avoir. Il faut d'abord se fixer sur un point: est-il vrai que le principe de l'article 883 efface l'indivision et tout ce qui s'est fait pendant que la succession était indivise? Supposons que l'un des cohéritiers ait exercé la servitude pendant l'indivision; sa jouissance, dit l'article 710, empêche la prescription à l'égard de tous. Le partage par suite duquel l'héritage dominant est mis au lot d'un de ses cohéritiers, effacera-t-il cette jouissance, en ce sens que l'héritier qui a exercé la servitude sera censé ne l'avoir pas exercée, et que par suite la prescription aura couru malgré sa jouissance? L'arrêt de 1845 va jusque-là, puisqu'il pose comme principe que l'immeuble n'a jamais

(1) Arrêts de cassation du 2 décembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 21) et du 29 août 1853 (Dalloz, 1853, 1, 230).

(2) Demante, t. II, p. 664, n° 568 bis II. Demolombe, t. XII, p. 537, n° 999. Dalloz, au mot *Servitude*, p. 322, n° 1231.

été l'objet d'une possession commune avant le partage, et qu'après le partage il n'est plus permis d'invoquer la possession commune. Ici la cour va trop loin, nous semble-t-il. La possession est un fait; et un fait une fois accompli ne s'efface pas; cela ne pourrait se faire qu'en vertu d'une fiction, et il n'y a pas de fiction sans texte. Or, l'article 883 règle un point de droit: le partage est-il translatif du droit de propriété, ou est-il déclaratif? Telle est l'unique question que l'article 883 décide; il règle la transmission du droit, il ne s'occupe pas du fait; donc on ne peut pas dire avec la cour de cassation qu'il efface la possession indivise. De fait les héritiers ont possédé, ils ont joui, ils ont recueilli les fruits; tous ces faits subsistent. Donc il y a eu une possession commune, il y a eu des actes de jouissance, ces actes ont produit des effets; le partage va-t-il anéantir des faits consommés et les effets qu'ils ont produits? Que le législateur puisse aller jusque-là, nous ne le nions pas, mais nous nions qu'il l'ait fait.

Les articles 709 et 710 résistent à cette interprétation. Quand le législateur dit dans l'article 709 que la jouissance de l'un des cohéritiers empêche la prescription à l'égard de tous, il devait bien s'attendre à ce que l'indivision prit fin, puisqu'il n'y a pas d'indivision perpétuelle; il statue donc non-seulement pour le temps de l'indivision, il statue définitivement; c'est pour toujours que la prescription est interrompue, et non pour un ou deux ans. Dans la doctrine de la cour de cassation, au contraire, il n'est plus vrai de dire que la prescription est empêchée à l'égard de tous, elle n'est pas empêchée à l'égard de ceux qui n'ont pas joui, elle n'est empêchée qu'à l'égard de celui qui a joui. La cour altère donc l'article 709, et elle altère aussi l'article 710. Celui-ci dit en termes énergiques que la minorité de l'un des héritiers *conserve* le droit des autres; d'après la cour de cassation, cela voudrait dire que le droit des autres est *conservé* pendant un an ou deux, aussi longtemps que l'indivision durera: cela s'appelle-t-il *conserver un droit*? Qui dit *conserver*, dit *conserver pour toujours*: un droit qui est anéanti par le partage n'est pas un droit conservé.

La cour a prévu l'objection, elle sacrifie décidément les droits des cohéritiers par indivis; ils sont réglés par l'article 883; quant aux articles 709 et 710, dit l'arrêt de 1853, ils ne s'appliquent pas à une indivision temporaire, laquelle est détruite par le partage; ils statuent pour le cas d'une copropriété permanente et définitive, telle qu'est la copropriété d'un canal qui profite à plusieurs usiniers. Nous répondons que la cour introduit dans la loi une distinction que le texte ignore, une distinction qui tend à restreindre une disposition générale pour ne l'appliquer qu'à des cas extrêmement rares, alors que le législateur a déduit une conséquence générale découlant de l'indivisibilité. Et quelle est l'hypothèse que l'on a en vue quand on traite de l'indivisibilité des servitudes? C'est la mort, c'est l'indivision de l'hérédité, c'est le partage de l'hérédité. Comment croire que le législateur ait eu en vue un cas tellement rare qu'il est exceptionnel, alors qu'il pose une règle sur une matière qui n'a d'intérêt pratique qu'en cas d'hérédité?

Qu'importe? dira la cour. La restriction qui ne se trouve pas dans le texte des articles 709 et 710, résulte de l'article 883. Cet article est absolu, dit l'arrêt de 1845. Ici il y a une nouvelle erreur, nous semble-t-il. Il est certain que l'article 883 établit une fiction; d'après les vrais principes, le partage est translatif de propriété. Pourquoi la loi décide-t-elle qu'il est déclaratif? Afin d'empêcher que les actes de disposition faits pendant l'indivision ne donnent lieu à des actions récursoires. Voilà le but de la fiction, son objet unique; or, toute fiction n'est-elle pas d'étroite interprétation? ne doit-elle pas être limitée aux effets que le législateur a eus en vue? La possession, la jouissance sont des faits que le législateur n'a pas voulu anéantir, parce qu'il n'y avait aucune raison de le faire. Donc l'article 883 est étranger aux dispositions des articles 709 et 710; dans ces articles, il n'est question que de possession, de jouissance; la fiction qui considère le partage comme déclaratif de propriété n'a rien de commun avec l'exercice d'une servitude; donc les articles 709 et 710 subsistent. Nous maintenons aussi l'article 883,

mais en le limitant à l'objet pour lequel il a été établi.

**323.** Il se présente encore une difficulté dans cette difficile matière. Les articles 709 et 710 consacrent des conséquences de l'indivisibilité des servitudes. Il y a des servitudes qui sont divisibles, de l'aveu de tous les auteurs. Faut-il appliquer à ces servitudes les règles qui concernent l'interruption et la suspension de la prescription pendant l'indivision? Au premier abord, la question paraît impliquer une contradiction logique : conçoit-on que l'on étende à des servitudes divisibles des principes qui découlent de l'indivisibilité des servitudes? Cependant les auteurs appliquent les articles 709 et 710 à toutes les servitudes, sans distinguer entre celles qui sont divisibles et celles qui sont indivisibles (1). Cette interprétation, quelque absurde qu'elle paraisse, se justifie par les textes. Le code ne dit pas que les servitudes sont indivisibles; il ne dit pas que les articles 709 et 710 ne sont applicables qu'aux servitudes indivisibles. L'interprète se trouve donc en présence d'un texte absolu; lui est-il permis de distinguer là où la loi ne distingue pas? Il le pourrait certes, si le code posait le principe de l'indivisibilité des servitudes; mais il est difficile de limiter des dispositions générales alors que la loi n'établit aucune règle sur l'indivisibilité. Voilà ce que l'on peut dire en faveur de l'opinion générale. Nous préférerions toutefois l'interprétation contraire; il est par trop contradictoire d'appliquer à des servitudes qui sont divisibles, des règles qui n'ont de sens que pour les servitudes indivisibles. Qu'importe que le code ne dise pas que les servitudes sont indivisibles? Il le dit implicitement, et il le dit dans les articles mêmes que l'on voudrait appliquer aux servitudes divisibles : la nécessité de distinguer résulte donc des principes mêmes que le code établit, car il dit en d'autres termes : les servitudes étant indivisibles, la prescription est nécessairement interrompue et suspendue pour le tout. Ce qui revient à dire que, s'il y a des servitudes divisibles, l'interruption se fera pour partie ainsi que la suspension.

(1) Demante, t. II, p. 664, n° 563 bis I. Demolombe, t. XII, p. 536, nos 997 et 998.

**324.** Les articles 709 et 710 supposent qu'il y a indivision. Après le partage du fonds dominant, il y a autant de servitudes qu'il y a de parties divisées; chacune de ces servitudes se conservera et s'éteindra d'après le droit commun, sans que l'un des propriétaires partiels puisse invoquer ni la jouissance ni la minorité d'un autre propriétaire. Sur ce point il n'y a aucun doute (1).

N° 5. PRESCRIPTION DU MODE DE LA SERVITUDE.

I. *Principe.*

**325.** L'article 708 dit que « le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même et de la même manière. » Cette disposition, placée dans la section qui traite de l'extinction des servitudes, semble ne s'appliquer qu'au cas où un mode plus avantageux d'exercer la servitude s'éteint par le non-usage, quand le propriétaire du fonds dominant use d'un mode moins avantageux. L'inverse peut se présenter : celui qui ne pouvait user que d'un mode peu avantageux en vertu de son titre, use d'un mode plus avantageux; ce nouveau mode s'acquerra-t-il par la prescription (2)? Lorsque la servitude est discontinuée, la question ne peut pas même être posée. Mon titre me donne le droit de passer à pied seulement; je passe pendant trente ans à cheval, en voiture : aurai-je acquis ce mode plus avantageux par la prescription? Non; car les servitudes discontinuées ne peuvent pas s'acquérir par la prescription; or, le mode fait partie de la servitude, et les raisons qui ont fait rejeter la prescription des servitudes discontinuées s'appliquent aussi au mode de les exercer. Je n'ai que le droit de passer à pied, mon voisin me permet de passer à cheval ou en voiture; il est plus que probable que c'est par tolérance, par relations de bon voisinage. Je ne puis pas plus me prévaloir d'une possession pareille pour étendre une servitude que pour l'acquérir.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 106 et note 22, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 254, n° 369. Demolombe, t. XII, p. 237, n° 784.

Il en est autrement quand la servitude est continue. La servitude même pouvant s'acquérir par la possession, il en doit être de même du mode de l'exercer. Cela va sans dire quand la servitude a été acquise par la prescription. J'ai prescrit une servitude de vue en possédant pendant trente ans deux fenêtres. Mon voisin peut s'opposer à ce que j'en ouvre une troisième; mais si j'en ouvre une et si mon voisin la laisse subsister pendant trente ans, j'aurai acquis par la prescription le droit d'avoir une troisième fenêtre. En effet, pendant ces trente ans, j'aurais pu acquérir le droit d'en ouvrir une troisième. Lorsque le mode de la servitude est établi par titre, cela n'empêche pas d'acquérir un mode plus avantageux par la prescription, toujours par la même raison : c'est que, pouvant acquérir la servitude même par la possession, je puis acquérir aussi par la possession un mode plus avantageux de l'exercer. On objecte que c'est là prescrire contre son titre, ce qui ne se peut d'après la disposition de l'article 2240. Nous sommes étonné de trouver cette objection dans l'ouvrage de Demante, et de voir qu'il y insiste. Dunod y a déjà répondu sous l'ancien droit en remarquant que, dans l'espèce, on possède et on prescrit au delà de son titre, ce que les principes les plus élémentaires permettent. D'ailleurs on n'a qu'à lire l'article 2240 et les dispositions qui précèdent pour se convaincre que l'adage invoqué par Demante ne concerne que les possesseurs précaires. Nous en avons déjà fait la remarque. Si nous la répétons, c'est qu'un de nos bons auteurs s'est laissé égarer par une objection qui devrait tout au plus embarrasser des élèves (1).

**326.** Le mode des servitudes se prescrit encore en ce sens qu'elles peuvent être réduites, restreintes par la prescription extinctive. Il n'en était pas ainsi en droit romain; on conservait toute la servitude, quand même on n'usait pas de tout le droit. Celui qui avait usé d'un chemin plus étroit que ne le portait le titre, conservait néanmoins tout

(1) Demante, t. II, p. 662, n° 567 bis I.