

session (1). On prétend qu'il en est de même sous l'empire du code civil, en ce sens du moins que l'inédification annonce le droit de propriété (2). Cela est dit dans un arrêt de la cour de cassation, lequel invoque l'article 712 (3). Nous croyons que la cour a mal interprété cet article; il porte que la propriété s'acquiert par *accession ou incorporation*, et par prescription. La loi considère donc l'*incorporation* comme une espèce d'*accession*, ce qui se rapporte à l'article 553, lequel décide effectivement qu'il y a accession par l'édification ou l'incorporation (4). Ainsi l'article 712 doit être écarté comme étranger à la question, et l'article 553 ne la tranche pas davantage; en effet, les travaux peuvent être faits pour l'établissement d'une servitude, aussi bien que pour l'acquisition de la propriété. En définitive, c'est la nature de la possession qui décidera. C'est donc une question de fait. Autre est la possession à titre de propriétaire, titre exclusif, absolu; autre la possession à titre de servitude, titre exceptionnel, limité, impliquant un droit supérieur dont il n'est qu'un démembrement. Les juges apprécieront. La même difficulté se présente en cas de copropriété; nous y reviendrons.

161. L'application de ces principes a donné lieu à un débat qui a été porté devant la cour de cassation. Nous dirons plus loin que les sources sont l'objet d'une propriété exclusive au profit du propriétaire du terrain où elles jaillissent. Mais le propriétaire inférieur peut y acquérir un droit, soit par titre, soit par prescription. Quelle est la nature de ce droit? est-ce propriété? est-ce servitude? Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il y avait un titre, c'était une transaction intervenue en 1656; le propriétaire inférieur avait besoin des eaux pour l'irrigation de ses prairies; la transaction lui attribue la totalité de ces eaux, moyennant l'échange d'un pré contre des terrains d'une contenance supérieure. La cour de Grenoble, interprétant cette convention, décida qu'elle donnait au propriétaire

(1) Lalaure, *Traité des servitudes réelles*, livre I, chap. IX, p. 170.

(2) Toullier, t. II, p. 203, n° 469 bis.

(3) Arrêt de rejet du 22 octobre 1811 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 36).

(4) Duvergier sur Toullier, t. II, p. 204, note.

inférieur un droit de propriété sur les veines alimentaires de la source qui se trouvaient dans le fonds supérieur. Il en résultait une conséquence très-importante : le propriétaire du fonds supérieur y avait fait des travaux par suite desquels le propriétaire inférieur n'avait pas fait usage des eaux; il soutenait que le droit aux eaux était éteint par le non-usage. Il fut jugé que le non-usage ne fait pas perdre le droit de propriété (1).

N° 2. LA COPROPRÉTIÉ.

162. La ressemblance entre la servitude et la propriété que nous venons de signaler se présente également et plus souvent entre la copropriété et la servitude. De là surgissent de nouvelles difficultés. Il règne quelque incertitude sur cette matière dans la jurisprudence, et la doctrine aussi est incertaine et obscure. Nous croyons qu'il faut distinguer avant tout le cas où les parties intéressées ont formellement stipulé la copropriété d'une chose, et le cas où l'usage d'une chose est commun entre plusieurs personnes, sans que l'on sache si c'est à titre de servitude ou à titre de copropriété. Il arrive parfois que des propriétaires, en vendant ou en partageant un héritage, réservent une partie accessoire pour leur usage commun; cela a lieu pour les allées, ruelles, cours, fosses d'aisances ou puits destinés au service de plusieurs maisons; cela peut arriver aussi pour les avenues, sentiers, chemins ou abreuvoirs affectés à l'exploitation de divers fonds ou domaines. Dans cette première hypothèse, la copropriété est certaine, puisque nous supposons que l'acte la stipule. Cette copropriété est régie par des principes particuliers sur lesquels nous reviendrons plus loin (2). Ainsi il est généralement admis que si la chose commune est absolument indispensable aux divers copropriétaires pour le service ou l'exploitation de leurs fonds, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 815 aux

(1) Arrêt de rejet du 13 juin 1865 (Dalloz, 1865, 1, 447).

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 411 et suiv., et notes 1-3.

termes duquel nul n'est tenu de rester dans l'indivision; par suite le partage ne pourra pas être demandé. En le décidant ainsi, les cours ont assimilé cette copropriété à une servitude réciproque. Cela est-il exact?

La cour de cassation l'a jugé ainsi en principe. « Toutes les fois, dit-elle, qu'entre deux héritages, possédés par différents propriétaires, il existe un objet accessoire, une dépendance tellement nécessaire à l'exploitation des propriétés principales, que, sans sa possession et jouissance commune, ces propriétés seraient ou de nul usage ou d'un usage notablement détérioré, alors, pour ne pas sacrifier le principal à l'accessoire, il n'y a pas lieu à partage dudit accessoire, et les deux propriétaires sont censés demeurer, à cet égard, moins dans une indivision que dans une *servitude réciproque* de l'un envers l'autre (1). » La cour de cassation a appliqué ce principe à un partage qui stipulait que la porte cochère et la cour resteraient communes entre les partageants : ce n'est pas une indivision, dit l'arrêt, c'est une *servitude réciproque* de l'un des propriétaires envers l'autre (2).

Cette assimilation de la copropriété et de la servitude est tout à fait inadmissible. Elle est contraire à un principe élémentaire de droit, d'après lequel personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose. Les propriétaires se servent de la chose qui est restée commune entre eux à titre de propriété, puisqu'ils s'en sont expressément réservé le domaine; ce qui exclut toute idée de servitude. La différence n'est pas une différence de mots, car les principes qui régissent la copropriété et la servitude diffèrent en des points essentiels, comme nous l'avons déjà dit de la propriété. Là où il y a copropriété, il faut écarter toute idée de servitude. C'est ce que la cour de cassation a décidé dans une espèce plus récente, en refusant d'appliquer à la copropriété l'article 701 qui régit les servitudes. Un passage avait été réservé dans un partage, comme une dépendance nécessaire de chacun des lots; la cour dit très-

(1) Arrêt de rejet du 10 décembre 1823 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1520). Dans le même sens, Duranton, t. V, p. 141, n° 149.

(2) Arrêt de rejet du 21 août 1832 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 33, 2°).

bien qu'il ne résultait de là aucune servitude, puisqu'il n'y avait ni fonds dominant ni fonds servant. Qu'y avait-il donc? L'avenue était indivise, c'est-à-dire propriété commune avant le partage; on la réserva dans le partage, elle resta ce qu'elle était, propriété indivise, commune entre les copartageants (1).

163. Est-ce à dire que, dans tous les cas où une chose accessoire sert à plusieurs héritages principaux, elle doit être considérée comme une dépendance de ces fonds, et par suite comme une chose commune ou une copropriété? Non; il faut d'abord distinguer s'il y a un titre ou s'il n'y en a pas. Si, dans un acte de vente ou de partage, on stipule qu'il y aura une issue ou une allée qui, tout en étant propriété de l'une des parties contractantes, servira à l'usage de toutes les autres, il est certain qu'il y aura servitude à l'égard de ceux qui useront de la chose sans en être propriétaires, au profit de leurs héritages; ces héritages seront les fonds dominants, et la chose sur laquelle s'exercera le droit d'issue ou de passage sera le fonds servant. Le propriétaire de la porte ou de l'allée s'en servira également, mais à titre de propriété. Il résultera de là qu'une seule et même chose sera l'objet d'une propriété exclusive de l'un des voisins, et d'un droit de servitude pour les autres. De là peuvent naître des conflits d'intérêts. Par contre, il n'y aura plus de contestation possible sur le partage de la chose, puisqu'elle ne sera pas commune, et le droit de servitude assurera aux propriétaires des fonds dominants l'avantage qu'ils voulaient se réserver, puisque les servitudes sont perpétuelles et ne peuvent pas être rachetées (n° 155).

Ainsi un seul et même usage d'une chose, l'issue ou le passage, peut être stipulé, soit à titre de copropriété, soit à titre de servitude. C'est ce que Toullier dit très-bien, et la chose est évidente (2). « Au lieu, dit-il, de laisser en état de communauté forcée les objets qui servent à tous, on peut en donner la propriété à l'un des ayants droit, et les

(1) Arrêt de rejet du 15 février 1858 (Daloz, 1858, 1, 125) En ce sens, Daloz, *Répertoire*, au mot *Servitude*, n° 34.

(2) Toullier, t. II, p. 208, n° 469 (édition de Duvergier).

grever d'un droit de servitude en faveur de l'autre. Par exemple, en partageant deux maisons voisines, ou une maison composée de plusieurs étages, on peut convenir que le puits, la cour, etc., demeureront communs; on peut aussi convenir qu'ils appartiendront à l'un des héritiers, et qu'ils seront seulement grevés de servitude en faveur de l'autre, qui aura le droit de puiser de l'eau au puits, de passer par la cour, etc. » Comment saura-t-on si le droit d'issue est stipulé à titre de copropriété ou à titre de servitude? Nous supposons toujours qu'il y a un titre. Les tribunaux l'interpréteront sans que l'on puisse invoquer une présomption quelconque ni de servitude ni de copropriété, puisque la loi n'en établit aucune.

Il a été jugé qu'un chemin pratiqué sur un terrain indivis, et maintenu après le partage de ce terrain, doit être considéré comme une copropriété plutôt que comme une servitude de passage. En effet, au moment où ce chemin avait été pratiqué, il était indivis comme le fonds, donc copropriété; pour devenir propriété exclusive, il aurait dû être attribué à l'un des copartageants; par cela seul qu'il fut maintenu, sans être mis dans aucun lot, il resta ce qu'il était, indivis, et partant chose commune à tous (1). Par contre, il a été jugé que si le demandeur prouve seulement un droit de servitude, tel que le droit de puisage, il ne peut pas réclamer la propriété en invoquant quelques expressions équivoques qui se trouvent dans les actes. Ainsi il était parlé d'un puits *commun*, ce qui pouvait s'entendre d'un puits dont l'usage était commun : l'acte imposait à celui qui exerçait le droit de puisage l'obligation de contribuer à la réparation et à la reconstruction du puits commun, ce qui, dit l'arrêt, s'explique par les coutumes sous l'empire desquelles la servitude fut établie, et qui règlent de quelle manière les voisins qui ont le droit de puisage contribuent dans l'entretien du puits (2).

164. Nous avons signalé les principes différents qui régissent la propriété et la servitude (n° 159). Ce que nous

(1) Arrêt de rejet du 25 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 160).

(2) Bruxelles, 13 mars 1841 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 259).

avons dit de la propriété s'applique aussi à la copropriété. Toullier dit que les droits de communauté participent de la nature des droits de servitude, en ce qu'ils sont dus à la chose plutôt qu'à la personne; ils passent donc avec le fonds au nouveau propriétaire (1). Cela est évident, puisque la propriété est un droit réel aussi bien que la servitude. Mais la différence est grande entre la servitude et la propriété.

La propriété s'acquiert par la prescription; les servitudes discontinues, telles que le passage, ne s'acquièrent que par titre. Un terrain pavé servant de passage sépare deux maisons; ce n'est que par ce passage que chacun des deux propriétaires contigus peut arriver à sa cave et à son écurie. L'un d'eux se met à construire un mur d'enceinte qui devait enclorre le terrain en litige. L'autre réclame et invoque une possession plus que trentenaire, continue, non interrompue, à titre de propriétaire. A cette prétention le défendeur objecte que la servitude de passage ne s'établit pas par la prescription. Un arrêt de la cour de Pau, confirmé par la cour de cassation, décida qu'il ne s'agissait pas d'une servitude, mais de la copropriété du terrain litigieux. La longue possession, dit l'arrêt de la cour suprême, prouvait qu'il y avait eu originairement entre les deux voisins une convention de jouir indivisément d'un terrain nécessaire à la desserte de leurs maisons respectives; la prescription ainsi acquise faisait présumer l'existence d'un titre, et dispensait de le représenter (2). Il était inutile, nous semble-t-il, de se prévaloir d'une présomption *juris et de jure*, alors que la prescription acquisitive tient lieu de titre. S'il s'était agi d'un droit de passage, il eût fallu décider que cette servitude étant discontinu ne pouvait s'acquérir par prescription (3).

Les servitudes s'éteignent par le non-usage, tandis que le propriétaire conserve son droit, bien qu'il reste plus de trente ans sans en user. Un chemin indivis avant le partage est maintenu comme tel après le partage; le droit de

(1) Toullier, t. II, n° 469, p. 207 (édition de Duvergier).

(2) Arrêt de rejet du 10 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1107, 2°).

(3) Bruxelles, 16 juin 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 16).

passer se prescrira-t-il par le non-usage pendant trente ans? Non, dit la cour de cassation (1); cela est incontestable.

Les droits du copropriétaire sont bien plus étendus que ceux du propriétaire du fonds dominant. S'agit-il d'une servitude de puisage, le propriétaire a seulement le droit de puiser de l'eau; il ne peut pas y laver des herbages, des légumes; il ne peut pas y rincer du linge. Celui qui serait copropriétaire du puits pourrait se servir des eaux pour tous les usages auxquels elles sont destinées, à la seule condition de ne pas porter atteinte au droit égal que le copropriétaire a de se servir de la chose commune (2).

Le droit de propriété est absolu, et la copropriété conserve ce caractère, sous la limitation que nous venons de rappeler. Il n'en est pas de même des servitudes; il y a ici deux droits en collision, et le législateur cherche à les concilier. En général, le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui diminue l'usage de la servitude; cependant si l'exercice du droit lui devenait plus onéreux, s'il l'empêchait d'améliorer son fonds, la loi lui permet d'offrir un endroit aussi commode que celui qui avait été stipulé pour l'exercice de ses droits, et le propriétaire de l'autre fonds ne pourrait pas le refuser. Des acquéreurs d'un domaine conviennent, en le partageant, de laisser en commun une avenue nécessaire à la vidange et à l'exploitation des biens partagés. L'un d'eux, devenu propriétaire, par suite d'acquisitions successives, des quatorze dix-huitièmes de l'avenue, offre à ceux qui ne lui avaient pas cédé leur droit, de leur abandonner un terrain égal aux quatre dix-huitièmes dont ils restent propriétaires et de leur fournir sur son fonds un passage plus commode que l'avenue actuelle pour la desserte de leurs bois. Ceux-ci refusent. Ils en avaient le droit; un propriétaire ne peut être dépossédé malgré lui, quelque avantageuse que soit l'offre qu'on lui fait. Or, dans l'espèce, il y avait copropriété. L'arrêt ajoute qu'il y avait aussi indivision forcée, et il en conclut qu'il y avait

(1) Arrêt de rejet du 25 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 160).

(2) Bruxelles, 13 mars 1841 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 258).

une *servitude réciproque* au profit de chacune des parties (1). Cela est contradictoire. S'il y avait eu servitude, il eût fallu appliquer l'article 701; or, la cour décida précisément que cette disposition était inapplicable, parce qu'il y avait copropriété, et il ne peut pas y avoir tout ensemble copropriété et servitude.

165. Nous arrivons aux vraies difficultés de la matière. Le plus souvent il n'y a pas de titre. Cela est vrai surtout des chemins d'exploitation qui existent entre des fonds ruraux. On lit dans un arrêt de la cour de cassation de Belgique qu'il existait avant le code civil et qu'il existe encore aujourd'hui un grand nombre de ces chemins. La cour dit « qu'ils doivent leur existence au consentement réciproque des propriétaires voisins, qui ont préféré mettre en commun et sacrifier la jouissance d'une portion de leurs terrains que de se trouver gênés dans l'exploitation de leurs terres (2). » Cela est en effet très-probable, mais une probabilité n'est pas une preuve; elle ne devient une preuve que si le législateur l'admet comme telle. Le code aurait dû établir cette présomption, mais il ne l'a pas fait. Que faut-il décider dans le silence du code?

Déjà, dans l'ancien droit, Lalaure écrivait qu'il y avait diverses routes ou petits sentiers, dans les vignobles et dans les prairies, que l'intérêt commun avait tracés pour l'exploitation de ces héritages: il ne faut pas, dit-il, les regarder comme des servitudes; ce sont plutôt des voies communes à tous ceux qui ont des terres, des vignes et des prés dans la plaine. Il en conclut que le propriétaire qui aurait des fonds coupés par une route semblable ne pourrait pas en défendre le passage à ses voisins, sous le prétexte qu'ils n'en rapportent pas de titres. Sur quoi Lalaure fonde-t-il son opinion? La raison en est simple, répond-il; c'est que ces chemins aboutissent à d'autres héritages, et que sans eux on ne pourrait les faire exploiter, de sorte que ceux qui sont propriétaires des héritages qui les environnent, ou qui, pour mieux dire, les *enferment*, seraient

(1) Paris, 15 mars 1856 (Dalloz, 1857, 2, 11).

(2) Arrêt de rejet du 25 février 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 131).

tenus, suivant le droit commun, de fournir le passage à leurs voisins (1). Lalaure suppose donc des propriétaires enclavés, et c'est parce qu'ils sont enclavés qu'il décide qu'ils ont le droit de passer par un sentier pratiqué dans la plaine pour la desserte de tous les fonds riverains. Mais à quel titre ont-ils le droit de passer? à titre de propriété ou à titre de servitude? Ils l'ont comme propriétaires, dit Lalaure. Il nous semble que la conclusion dépasse la prémisses. L'enclave donne droit au passage, mais seulement à titre de servitude (art. 682), sauf aux parties, si elles le veulent, à convenir que le terrain même sera cédé. De ce que des propriétaires enclavés ont droit au passage, on ne peut donc pas conclure qu'ils soient copropriétaires du chemin d'exploitation.

Cependant la doctrine de Lalaure a été reproduite sous l'empire du code, et elle est consacrée par la jurisprudence. La cour de Douai a décidé que les chemins qui servent de voie commune d'exploitation sont *présumés de droit* appartenir aux héritages qu'ils desservent, et que cette présomption de droit suppose une convention primitive du voisinage (2). La cour de Poitiers dit que « les chemins, ruelles et sentiers d'exploitation rurale, ainsi que les ruelles contiguës ou séparatives d'habitations destinées à la culture, sont *réputées* appartenir en commun aux propriétaires riverains dont elles traversent ou confrontent les héritages, à moins de *titres* ou d'*indications* probantes à ce contraires (3). » Dans un autre arrêt de la même cour, il est dit qu'il y a *présomption* de copropriété et non de servitude (4). Cela a fini par passer en axiome. « Il est de *principe*, dit la cour d'Agen, qu'un chemin de service est la copropriété de tous les riverains (5). » Cela est inadmissible. La *présomption de droit* invoquée par la jurisprudence n'est autre chose qu'une présomption *légale*, et comment y aurait-il une présomption *légale* sans loi? Puisqu'il

(1) Lalaure, *Traité des servitudes*, livre III, chap. VII, p. 233 et suiv.

(2) Douai, 9 janvier 1838 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 33, 4°).

(3) Poitiers, 10 février 1853 (Daloz, 1853, 2, 152).

(4) Poitiers, 15 mai 1856 (Daloz, 1856, 5, 426).

(5) Agen, 4 mai 1853 (Daloz, 1854, 5, 695).

n'y a pas de présomption, l'on reste dans le droit commun. C'est donc au demandeur à prouver le fondement de sa demande. Il prétend qu'il est copropriétaire, et il n'a pas de titre qui établisse cette copropriété; dès lors il ne lui reste qu'à prouver la prescription acquisitive par une possession à titre de propriétaire, continue et non interrompue pendant trente ans.

166. Tel est le principe; mais l'application présente des difficultés sérieuses. Il y a tant d'analogie entre la possession à titre de passage et la possession à titre de propriétaire et la possession à titre de servitude! Comment les distinguer? Je passe pendant trente ans par un chemin d'exploitation: est-ce comme copropriétaire du chemin, ou est-ce comme propriétaire d'un fonds dominant? On dit qu'il ne peut être question d'une servitude lorsque le litige porte sur l'usage d'un chemin d'exploitation, parce que la condition essentielle requise pour qu'il y ait servitude fait défaut; il n'y a pas d'héritage dominant ni d'héritage servant (1). Cela revient à dire avec Lalaure qu'il y a toujours copropriété; pour mieux dire, c'est dépasser la pensée de Lalaure, et créer une présomption de copropriété que le code ignore. Un passage ne peut-il pas être établi à titre de servitude? et un chemin d'exploitation n'est-il pas un passage? Sans doute il est probable qu'il y a eu une convention entre les parties intéressées, comme le dit la cour de cassation de Belgique; mais faut-il répéter qu'une probabilité n'est pas une preuve? Il se peut que le terrain maintenant divisé ait appartenu dans le principe à un seul propriétaire; le chemin d'exploitation aura donc été originairement une propriété exclusive. Puis la propriété a été morcelée par suite d'une vente ou d'un partage. Que s'est-il passé lors de cette division? On ne le sait, puisqu'il n'y a pas de titre. Toujours est-il que le chemin peut être devenu la propriété exclusive de l'acheteur, le vendeur se réservant un simple droit de servitude; ou il peut être devenu la propriété exclusive de l'un des copartageants, sauf la réserve d'un droit de passage pour les

(1) Réquisitoire de l'avocat général Dewandre, dans l'affaire jugée par l'arrêt du 25 février 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 130).

autres. Donc on ne peut pas dire qu'il y a nécessairement copropriété. Partant la difficulté subsiste. C'est une difficulté de fait. Il s'agit d'apprécier les actes de possession établis par celui qui se prétend copropriétaire; prouvent-ils la propriété? ou ne prouvent-ils qu'un droit de passage? Le tribunal décidera d'après les circonstances de la cause.

167. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation de Belgique, il s'agissait d'un chemin d'exploitation servant à la desserte des héritages qui appartenaient aux parties en cause. La cour de Gand, tout en invoquant la doctrine des auteurs et la jurisprudence, d'après laquelle on présume que les chemins d'exploitation ont été pratiqués primitivement par suite d'une convention intervenue entre des copropriétaires, décida que l'état des lieux, la nature et la destination du chemin, le nom qu'il portait dans le terrier de la commune ne suffisaient pas pour attribuer la copropriété du chemin au demandeur, « qu'il devait prouver que depuis au moins trente ans il était en possession de l'usage du chemin de la manière qu'il l'alléguait. » En conséquence, elle l'admit à prouver qu'il avait fait usage, au moins depuis trente ans, du chemin contentieux en y passant et repassant avec chariots et chevaux. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet. Il est dit dans l'arrêt que l'existence pendant plus de trente ans d'un pareil chemin fait présumer un titre conforme à la possession, d'après la maxime : *talis præsumitur præcessisse titulus, qualis apparet usus et possessio.*

Il nous semble que l'arrêt de la cour de Gand et celui de la cour de cassation manquent de netteté. Sans doute la preuve de la possession trentenaire était admissible, mais à une condition, c'est que la possession eût les caractères requis pour conduire à la prescription acquisitive de la propriété. Il pourrait y avoir possession pendant trente ans, « en passant et repassant avec chariots et chevaux, » sans qu'il y eût pour cela acquisition de la propriété du chemin. Si les actes de possession portent sur un simple droit de servitude, quelque caractérisés qu'on les suppose, ils seront inefficaces, puisque la servitude de passage étant discontinue, ne peut s'acquérir par la prescription. La cour

d'appel devait donc insister sur ce point et exiger que le demandeur prouvât une prescription acquisitive de la propriété.

On voit par l'arrêt de rejet que la cour de cassation a prévu l'objection que nous faisons; car elle cherche à établir que la possession d'un chemin à titre de servitude ne peut pas conduire à l'acquisition de la servitude, parce que la possession peut être à titre précaire. Lalaure a déjà fait cette remarque (1) et elle est élémentaire : c'est la raison pour laquelle la loi n'a pas admis la prescription des servitudes discontinues. Mais cela ne décide pas la difficulté. Si la possession peut être précaire quand on prétend avoir acquis une servitude par prescription, ne peut-elle pas être précaire aussi quand on prétend avoir acquis la propriété du chemin par prescription? Il fallait donc exiger la preuve précise que le demandeur avait entendu pendant trente ans user du chemin comme étant sa copropriété. La difficulté est grande, mais il n'est pas permis de l'é luder. Il faut l'avouer, il y a une espèce de contradiction dans le code civil. La loi ne permet pas d'acquérir un droit de passage par prescription; pourquoi? Parce que les actes de possession sont souvent douteux; on ne sait s'ils sont exercés à titre de droit ou à titre de bon voisinage et de tolérance. Mais voilà que celui qui a usé du passage soutient qu'il a acquis la propriété du chemin en y passant et repassant. On doit l'admettre à la preuve. Ainsi des actes de possession que la loi considère comme douteux, et par suite comme insuffisants pour acquérir une servitude, seront suffisants pour acquérir la toute propriété. Raison de plus pour exiger une preuve bien précise, comme nous venons de la définir.

168. Une espèce analogue a été décidée dans le même sens par la cour de Bruxelles. Il s'agissait aussi de savoir si un chemin d'exploitation est une servitude ou une copropriété des riverains. Le demandeur soutenait que de temps immémorial les riverains avaient fait usage du sentier litigieux en y passant et repassant aussi souvent que

(1) Lalaure, *Traité des servitudes*, livre III, chap. VII, p. 229.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
D. A. N. LI
CAPILLA ALFONSIANA

l'exploitation des terres l'exigeait. Il demandait à prouver que ledit sentier reliait la route de l'abbaye de Lierre (dite *Cloosterweg*) et celle d'Herenthals à Lierre. Enfin il prétendait que le public aussi avait passé de temps immémorial par le chemin qui était l'objet du litige. Ce dernier point est considérable. Il est certain que s'il s'était agi d'un droit de passage établi en faveur d'un fonds sur un autre fonds, le propriétaire du fonds servant n'aurait pas permis à tout le monde de passer par le sentier dont il conservait la propriété exclusive. Mais cette circonstance pouvait aussi faire naître un autre doute : le sentier n'était-il pas un chemin public, ou du moins une servitude établie au profit de tous sur les fonds par lesquels il était pratiqué? Cette dernière difficulté ne fut pas soulevée. La cour décida que les faits allégués par le défendeur, s'ils étaient prouvés, seraient exclusifs d'un droit de servitude, que l'existence pendant plus de trente ans d'un chemin d'exploitation établi pour la culture des terres faisait présumer un titre conforme à la possession. Il y a toujours dans cette jurisprudence une prétendue présomption qu'un chemin d'exploitation n'est pas une servitude, que c'est une copropriété. Nous regrettons que le législateur n'ait pas établi cette présomption; mais nous ne reconnaissons pas aux tribunaux le droit de présumer qu'un passage est une copropriété plutôt qu'une servitude.

169. La même difficulté se présente pour l'action possessoire. Comme les servitudes discontinues ne peuvent pas s'acquérir par la prescription, la possession seule, à défaut de titre, ne donne pas la complainte possessoire à celui qui est troublé dans sa possession; la loi suppose que cette possession est purement précaire. Tandis que la possession qui conduit à la prescription de la propriété d'un chemin d'exploitation est garantie par une action possessoire, puisqu'elle implique un titre primitif conforme à la possession. Mais comment distinguer l'usage d'un chemin à titre de servitude et l'usage d'un chemin à titre de copropriété? Le juge de paix de Ghistelles décida que le possesseur troublé par un propriétaire voisin ne pouvait être admis à la preuve des faits de possession qu'il allé-

guait, parce que l'enquête devrait porter sur le fond du droit, c'est-à-dire sur la question de savoir si le demandeur était copropriétaire du chemin litigieux. Sur l'appel, le tribunal de Bruges rejeta la demande, par le motif qu'il s'agissait d'une servitude discontinue. C'était mal juger, en toute hypothèse. Il n'y avait pas de titre; dès lors il fallait une enquête pour déterminer le caractère de la possession; avant l'enquête, le tribunal ne pouvait pas savoir s'il y avait possession d'une servitude ou possession d'un terrain à titre de propriétaire, servant de passage. La cour de cassation cassa le jugement; l'arrêt dit très-bien que le juge aurait dû apprécier le caractère de la possession invoquée par le demandeur; en effet celui-ci n'entendait pas exercer une action fondée sur une possession à titre de servitude, il réclamait la copropriété d'un chemin d'exploitation, ou du moins il alléguait la possession à titre de copropriétaire d'un chemin (1). Les termes dont nous nous servons sont plus précis que ceux de l'arrêt, mais ils rendent mieux, nous semble-t-il, la pensée de la cour.

§ IV. Classification des servitudes.

170. Aux termes de l'article 639, il y a trois espèces de servitudes : celles qui dérivent de la situation naturelle des lieux, celles qui sont imposées par la loi et celles qui sont établies par les conventions entre particuliers. Le mot *conventions* dont la loi se sert n'est pas exact, puisque les servitudes peuvent aussi être léguées; il faut donc dire, comme le fait l'intitulé du chapitre III de notre titre, que les servitudes sont établies par le *fait de l'homme*, ou par la *volonté* de l'homme, comme l'article 579 le dit de l'usufruit.

On a encore critiqué la classification du code sous d'autres rapports. Il distingue des servitudes naturelles et des servitudes légales. On peut admettre avec Domat (2) qu'il y a

(1) Arrêt de cassation du 13 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 354).

(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. XII, sect. I, art. 5.