

administrateurs peuvent former la demande en bornage. Que si la propriété est contestée, le juge de paix est incompétent, et par suite les administrateurs, comme tels, sont incapables (1). Cette distinction ne nous paraît pas juridique. Qu'est-ce que la compétence a de commun avec la capacité? et comment la capacité augmenterait-elle ou diminuerait-elle, selon que la compétence est étendue ou restreinte? C'est l'objet de l'action qui détermine la capacité ou l'incapacité de l'intenter. Or, quel est l'objet, quel est l'effet du bornage, lorsque les limites sont contestées? Il en résultera, dit M. Demolombe, il pourra du moins arriver que l'opération produise soit une augmentation, soit une diminution de contenance (2), donc une augmentation ou une diminution de jouissance immobilière. Et ce serait là un acte d'administration! M. Demolombe n'est pas très-convaincu de la vérité de son principe, car il l'abandonne, sans raison aucune, quand il s'agit de l'appliquer au mineur émancipé. Notre science demande plus de logique.

### § III. De l'action en bornage.

**427.** Des lois postérieures au code de procédure ont attribué la connaissance des actions en bornage au juge de paix, avec cette restriction que sa compétence cesse du moment où la propriété ou les titres qui l'établissent sont contestés. Il ne faut pas croire qu'il y ait contestation sur la propriété dès que les limites sont incertaines ou contestées. Il peut y avoir des actes de vente ou de partage concernant les fonds dont on demande le bornage; la propriété est certaine, mais les fonds n'étant pas bornés, des difficultés s'élèvent entre les voisins sur la ligne séparative de leurs héritages; ce débat est étranger à la propriété, il a seulement pour objet de la délimiter d'une manière exacte. Sans doute il pourra résulter de l'examen des titres

(1) Demolombe, t. XI, p. 293, nos 260 et 261. Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 224, note 14.

(2) Demolombe, t. XI, p. 304, n° 273.

et de l'arpentage que l'un des voisins possède plus ou moins de terrain qu'il n'a droit d'en posséder; mais le débat sur la contenance n'est pas, dans l'espèce, un droit sur la propriété, car la contenance est déterminée par les titres; il ne s'agit que de la marquer d'une manière certaine pour empêcher les anticipations et les empiétements qui ont eu lieu et qui, en l'absence de bornes, sont inévitables. C'est parce que les questions de bornage se décident par l'inspection des lieux, ou par des opérations faites sur le terrain, que le législateur en a attribué la connaissance à un magistrat local (1).

**428.** L'action en bornage est-elle personnelle, réelle ou mixte? Pothier dit qu'elle est mixte, mais principalement personnelle, puisqu'elle naît de l'obligation personnelle que les voisins contractent l'un envers l'autre par le voisinage. Elle tient aussi quelque chose de l'action réelle, ajoute Pothier, en ce que par cette action le voisin réclame ce qui fait partie de son héritage et pourrait avoir été usurpé par son voisin (2). Cette doctrine paraît avoir été consacrée par le code civil: d'une part, il place les engagements qui se forment involontairement entre propriétaires voisins parmi les quasi-contrats, et l'action qui naît d'un quasi-contrat est personnelle (art. 1370); d'autre part, il considère le bornage comme une servitude dérivant de la situation des lieux, ce qui donne un caractère de réalité à l'action qui en résulte; l'action serait donc tout ensemble personnelle et réelle, c'est-à-dire mixte. Nous avons déjà fait nos réserves sur la théorie des actions mixtes (3); il est impossible qu'un seul et même droit soit tout ensemble un droit de créance, naissant d'un quasi-contrat, et un droit réel, indépendant de tout lien d'obligation. A vrai dire, le bornage n'est ni un quasi-contrat, ni une servitude; la faculté de demander le bornage est un attribut de la propriété; or, toute action naissant de la propriété, indépendamment d'un lien d'obligation, est une action réelle. C'est

(1) Loi française du 25 mai 1838, art. 6, n° 2. Loi belge du 25 mars 1841, art. 9. Aubry et Rau, t. II, p. 228 et suiv.

(2) Pothier, *De la société*, n° 231.

(3) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 98, n° 77 et suivants.

l'opinion qui prévaut dans la doctrine (1), bien qu'il y règne une grande incertitude, ce qui est inévitable, puisque les auteurs du code n'avaient eux-mêmes pas une notion précise de la nature du bornage. On voit que l'orateur du gouvernement avait tort de dire que c'était une dispute de mots. Nous n'entrons pas dans ce débat, puisqu'il est étranger à notre travail. Bornons-nous à constater que, de l'aveu de tout le monde, l'action en bornage doit être portée devant le juge de la situation des lieux.

**429.** L'action en bornage se prescrit-elle comme toutes les actions, ou est-elle imprescriptible? Il faut distinguer. L'action en bornage proprement dite est imprescriptible, c'est-à-dire que le bornage peut toujours être demandé, quel que soit le laps de temps pendant lequel deux fonds soient restés sans être bornés (2). La raison en est que le droit de demander le bornage est inhérent à la propriété, et ne peut jamais s'éteindre tant que la propriété subsiste. Comme c'est un de ces droits dont le propriétaire peut user ou ne pas user, à sa volonté, on les appelle droits de pure faculté, et il est de principe que ces droits ne se prescrivent pas : nous en avons déjà fait la remarque. Cela prouve que les auteurs du code ont eu tort de ranger le bornage parmi les servitudes dérivant de la situation des lieux; si c'était une servitude, elle s'éteindrait par le non-usage pendant trente ans.

De ce que le bornage est imprescriptible, il faut se garder de conclure que l'un des voisins ne peut prescrire tout ou partie des fonds limitrophes. Il le pourrait quand même il y aurait des titres qui déterminent la contenance exacte de son héritage. La prescription est de droit commun; et aucune loi ni aucun principe ne s'oppose à ce que l'un des voisins prescrive contre son voisin. Vainement invoquerait-on l'article 2240, aux termes duquel on ne peut pas prescrire contre son titre; l'article explique lui-même le sens de cet adage en ajoutant que l'on ne peut pas se chan-

(1) Demante, t. II, p. 590, n° 500 bis III. Dalloz, au mot *Actions*, n° 131. Demolombe, t. XI, p. 281, nos 243 et 244.

(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. II, p. 225, note 18, et par Dalloz, au mot *Bornage*, n° 13.

ger à soi-même la cause et le principe de sa possession, c'est-à-dire que l'on ne peut pas changer une possession précaire en une possession à titre de propriétaire. Mais rien n'empêche de prescrire contre son titre, en ce sens que l'on prescrit au delà de son titre.

L'application du principe soulève une difficulté de fait dont on a fait, à tort, une question de droit. Il faut que la possession qui sert de base à la prescription réunisse les caractères prescrits par la loi. Avant tout, la possession doit être certaine; il faut donc que le terrain que l'un des voisins prétend avoir prescrit soit délimité par des marques certaines. Une haie vive, un talus, un ravin sont-ils des signes suffisants? C'est une question de fait, et les faits ne s'établissent pas *a priori*, ils s'établissent par les circonstances de la cause (1). Puis la possession doit être publique et non équivoque. On a dit qu'elle ne pouvait pas avoir ce caractère lorsque le terrain litigieux n'a qu'une médiocre étendue, vu que, dans ce cas, la possession se fonde sur des anticipations successives qui le plus souvent sont imperceptibles. Ce n'est pas là, dit-on, une possession publique, exclusive, à titre de propriétaire; elle est, au contraire, clandestine, équivoque. Qu'en fait-il en puisse être ainsi, cela n'est pas douteux; mais de là à décider, comme l'a fait la cour de Paris, que la preuve de la possession n'est pas même recevable, c'est préjuger, par des raisons de théorie, un point de fait : ce qui est inadmissible. Conçoit-on que l'on dise, avant d'avoir ouvert une enquête, que l'on n'entendra pas les témoins, parce que les témoins ne peuvent pas avoir connaissance des faits (2)?

**430.** On demande si la possession annale pourrait être opposée à l'action en bornage. Posée en ces termes, la question doit être décidée négativement sans doute aucun. La loi définit les effets de la possession annale. Quand c'est une possession à titre de propriétaire, elle donne au possesseur un droit aux fruits, et il a les actions possessoires;

(1) Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 225 et note 19.

(2) Paris, 28 février 1821 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 323). En ce sens, Demolombe, t. XI, p. 287, n° 251. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 226 et note 20; Troplong, *De la prescription*, nos 352 et 353.

cela n'a rien de commun avec le bornage. Il n'y a d'autre exception à opposer à la demande en bornage, sinon que des bornes ont été placées de commun accord par les propriétaires contigus, ou que le terrain que l'on veut borner est devenu la propriété du voisin par la prescription.

Un arrêt de la cour de Besançon semble avoir décidé le contraire. On le cite du moins comme ayant jugé qu'en cas de possession annale, il ne peut y avoir lieu qu'à une action en revendication, et non à une action en bornage (1). Cela n'est pas exact. L'arrêt commence par constater que les héritages contigus étaient séparés par une haie vive, qu'à l'une des extrémités de la haie il y avait une partie de mur sur la même ligne, et que dans la haie même il se trouvait trois bornes de distance en distance, toujours dans la même direction. Il y avait donc des limites, les deux terrains étaient clos, partant il ne pouvait plus s'agir de bornage. L'un des voisins prétendait néanmoins que l'autre possédait des parcelles de terre à lui appartenant. Que devait-il faire? Agir en bornage? Il y avait des bornes. Il ne restait que l'action en revendication. C'est ce que la cour a décidé, et avec raison, nous semble-t-il. L'arrêt ne nie pas que, par suite de la délimitation, l'état de possession ne puisse être changé; mais, dans l'espèce, il n'y avait plus lieu à délimitation. Seulement l'arrêt a tort d'insister sur la possession annale; annale ou non, la possession était hors de cause, dès qu'elle était insuffisante pour fonder une prescription.

#### § IV. *But du bornage.*

**431.** Quand les limites sont certaines et non contestées, le bornage est une opération matérielle, qui se fait par la plantation de pierres-bornes ou autres signes de délimitation; les parties sont libres de les choisir, mais elles feront bien d'employer les marques usitées, afin de prévenir toute contestation sur l'existence même des marques. La prudence exige encore que procès-verbal soit

(1) Besançon, 10 mars 1828 (Daloz, au mot *Bornage*, n° 21).

dressé de la plantation des bornes, l'existence seule de bornes ne formant pas preuve qu'elles ont été placées de commun accord : telle est du moins l'opinion que nous avons enseignée (n° 419) (1).

**432.** D'ordinaire les limites sont incertaines; l'objet de l'action est, dans ce cas, de les rechercher et de les fixer par des bornes. Il se peut aussi que les limites soient contestées par l'un des voisins, ce qui les rend encore incertaines jusqu'à ce qu'elles soient établies par le juge. Comment le juge déterminera-t-il la ligne séparative des deux héritages? On invoque, dans ces débats, deux espèces de preuves, les titres et la possession; laquelle mérite la préférence? S'il y a un titre commun aux deux parties, tel qu'un partage, il l'emportera certainement sur des faits de possession qui sont très-souvent le résultat d'un empiétement ou d'une usurpation. Mais si les titres produits par l'une des parties n'émanent pas de l'autre, la preuve n'est plus une preuve littérale, c'est un simple renseignement qui n'a pas, en principe, plus de valeur que la possession. Le juge appréciera les faits et les écrits (2). Si les actes déterminent la contenance des deux fonds, il faudra procéder à un arpentage pour constater si le fait est d'accord avec cette indication. La conséquence de ces opérations pourra être que ce que l'un des voisins possède en moins soit possédé en plus par l'autre; il y aura par conséquent lieu à une restitution de terrain.

**433.** Le résultat ordinaire de l'action en bornage étant une restitution de terrain, on pourrait croire que l'action en bornage implique toujours une revendication, à moins qu'elle n'ait uniquement pour objet la plantation de bornes, les parties étant d'accord sur les limites et sur la ligne où les bornes doivent être placées. Cependant la loi elle-même établit une différence entre le bornage et la revendication, puisqu'elle attribue la connaissance du bornage au juge de paix, tandis que les tribunaux civils sont seuls compétents lorsque la propriété est contestée. De là

(1) Voyez, sur la marche pratique à suivre dans cette hypothèse, Curasson, t. 11, p. 475, et Daloz, au mot *Bornage*, n° 31.

(2) Metz, 8 décembre 1857 (Daloz, 1860, 2, 42).

naît la question de savoir comment on distinguera l'action en bornage de la revendication. Ce n'est pas seulement une question de compétence, laquelle est étrangère à l'objet de notre travail; les preuves aussi diffèrent. Dans la revendication, c'est au demandeur à prouver le droit qu'il réclame; le défendeur n'a rien à prouver, il obtient gain de cause par cela seul que le demandeur n'établit pas son droit. Nous avons dit ailleurs combien de difficultés cette question soulève (1). Dans les procès en bornage, chacune des parties est demanderesse, mais que doivent-elles prouver? Qu'elles sont propriétaires? Non; il est vrai que, dans notre opinion, l'action ne pouvant être intentée que par celui qui a, soit un droit de propriété, soit un droit réel dans la chose qui doit être bornée, le demandeur doit prouver l'existence de la qualité qui lui donne le droit d'agir. Mais autre chose est de prouver sa qualité de propriétaire, autre chose est de prouver l'étendue de la propriété; c'est cette preuve que le revendiquant doit faire. Le demandeur en bornage ne doit-il pas aussi la faire? C'est ici que les deux actions semblent se confondre: prouver l'étendue de la propriété, ou prouver les *limites* où elle s'arrête, n'est-ce pas une seule et même chose sous des noms différents?

Il y a un caractère essentiel qui les distingue. Qu'est-ce que revendiquer? C'est exercer le droit de propriété; le propriétaire met la main sur la chose qu'il prétend être la sienne. Or, la propriété suppose une chose déterminée, sur laquelle le maître a le pouvoir absolu de disposition. Donc la revendication a essentiellement pour objet une chose certaine, déterminée. Celui qui revendique un immeuble, un fonds de terre doit prouver quelle est la chose précise qu'il réclame comme sienne. En est-il de même dans l'action en bornage? Nous supposons que les limites soient incertaines ou contestées; ce n'est que dans ce cas qu'il peut y avoir doute. Les limites sont-elles incertaines, alors on ne peut certes pas dire que celui qui demande le bor-

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 216 et suivantes, n<sup>os</sup> 159 et suivants.

nage réclame comme sienne une portion déterminée d'un champ, puisque lui-même reconnaît qu'il ignore la ligne qui sépare sa propriété de celle de son voisin. S'il prétend que son voisin a dépassé cette limite, ce que celui-ci conteste, est-ce qu'il réclame, dans ce cas, une parcelle déterminée, qu'il soutient avoir été usurpée par son voisin? Si tel est l'objet de sa demande, il y a revendication sous le nom de bornage, le juge de paix sera incompétent; le débat devra donc être porté devant le tribunal civil et là le demandeur sera tenu de prouver, soit par titre, soit par prescription, qu'il est propriétaire des parcelles de terre qu'il prétend lui appartenir. Mais est-ce que tel est l'objet nécessaire de l'action en bornage? Non, le demandeur, d'ordinaire, conclut à ce que des bornes soient plantées sur la ligne séparative des héritages contigus; alors même qu'il indique cette ligne, il ne réclame pas comme lui appartenant une portion déterminée d'un champ: la délimitation n'est pas une revendication. Il peut résulter de la délimitation une restitution de terrain, mais c'est une partie indéterminée, inconnue encore, peut-être non existante; pour arriver à la délimitation, le demandeur n'a pas besoin d'opposer à son voisin des titres dans lesquels celui-ci a été partie, il lui suffit de se prévaloir de ses titres, ou des faits qui indiquent la limite. Quand les faits ou la comparaison des titres produits par les parties prouvent que le défendeur possède une contenance plus grande que celle à laquelle il a droit, il devra restituer l'excédant. Dans l'action en revendication, on ne procède pas ainsi. Alors même que le défendeur possède une contenance plus grande que celle que porte son titre, le demandeur n'obtient pas par cela seul gain de cause; il faut qu'il prouve que ce surplus de contenance, lequel forme l'objet déterminé de sa demande, lui appartient, et il ne peut invoquer, pour faire cette preuve, que des titres auxquels son adversaire est partie (1).

La preuve étant plus facile en matière de bornage, il

(1) Nous empruntons ces développements à un excellent rapport du conseiller Mesnard, sur l'arrêt de rejet du 2 avril 1850 (Daloz, 1851, 1, 206).

peut arriver que le demandeur déguise une revendication sous le nom d'une demande en délimitation. Ce n'est certes pas le nom qu'il lui a plu de donner à l'action qui en déterminera la nature, et il ne peut pas se soustraire aux conditions de la revendication, en la qualifiant de bornage. Il faut donc que le juge examine à quoi tend l'action : a-t-elle pour objet direct ou indirect un corps certain, une partie déterminée de l'héritage contigu, il y a revendication. Il y aura bornage si la réclamation ne porte pas sur une partie déterminée du fonds voisin. Nous allons donner des applications empruntées à la jurisprudence.

**434.** L'une des parties soutient, sous forme de demande reconventionnelle, que dans son pré il y a un déficit de 9 ares 45 centiares, et que le pré de son voisin comprend nécessairement la portion qui lui manque. Après examen des titres de chacune des parties, il a été jugé que les limites de l'héritage du défendeur seraient reculées de l'étendue de terrain qui manquait au demandeur. Sur le pourvoi en cassation, l'arrêt fut maintenu. Il y avait doute. La cour de cassation décida que la demande avait pour objet un abornement, et non la revendication d'une partie déterminée d'un héritage (1). Nous aurions décidé en sens contraire ; car sous le nom de déficit, le demandeur réclamait bien une partie déterminée de l'héritage voisin. Donc, d'après les principes établis dans cette cause même par le rapporteur, il y avait revendication.

Deux communes furent réunies, en formant des sections distinctes ; la borne séparative du territoire des deux sections ayant été détruite, des difficultés s'élevèrent sur la ligne où elle devait être replacée. La demanderesse conclut à ce qu'il fût procédé par experts, et à l'aide de titres, de signes matériels et de tous autres documents, à la recherche et à la fixation des limites respectives des deux territoires qui avaient jadis formé deux communes distinctes. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute ; la section demanderesse ne réclamait pas une portion déterminée du

(1) Voyez l'arrêt précité du 2 avril 1850, rendu sur le rapport du conseiller Mesnard.

territoire de l'autre section ; elle concluait à la recherche des limites qui séparaient les deux sections. La cour de Besançon jugea qu'il s'agissait d'une simple action en délimitation, et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1).

Deux voisins possédaient en commun une cour ; l'un d'eux y construisit un mur. Plainte de l'autre et demande en bornage de leurs propriétés contiguës. La cour de cassation décida qu'il s'agissait d'une demande en revendication. Elle se fonda sur l'action même, telle qu'elle avait été formulée. Le demandeur se disait propriétaire de la totalité du terrain litigieux, il se plaignait que son voisin eût fait élever sur la propriété de lui, demandeur, un mur qui le privait de la plus grande partie de sa cour. Un arrêt de cassation décida que la prétendue action en bornage était une revendication, puisqu'elle avait pour objet une chose déterminée, la cour (2).

#### § V. Effet du bornage.

**435.** Aux termes de l'article 646, le bornage se fait à frais communs. Cela veut dire que chacune des parties supporte la moitié des frais, quelle que soit l'étendue et la valeur des deux fonds. Au premier abord, cette proportion paraît injuste ; mais le législateur a considéré, et avec raison, que le bornage était également avantageux aux deux voisins, parce qu'il prévient les anticipations et les procès. La règle est-elle absolue ? s'applique-t-elle à tous les frais que la demande en bornage peut occasionner ? Il n'y a aucun doute quant aux frais que nécessite la plantation des bornes ; ceux-là sont faits dans l'intérêt des deux voisins ; il est donc juste qu'ils les supportent par moitié, comme le dit la loi du 28 septembre 1791. Quant aux frais d'ar-

(1) Arrêt du 29 juillet 1856 (Daloz, 1856, 1, 411).

(2) Arrêt du 27 novembre 1865 (Daloz, 1866, 1, 97). Il y a un arrêt dans le même sens, et du même jour, de la chambre des requêtes (Daloz, *ibid.*, p. 102). Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 228, n° 167. Comparez avec l'arrêt de rejet du 20 avril 1868 (Daloz, 1869, 1, 85).

pentage, la question est douteuse; on peut dire que le texte ne distingue pas; mais est-il bien exact qu'il comprend ces frais? En parlant des frais de bornage, le législateur n'a pensé qu'aux frais que tout bornage nécessite, et il n'y en a pas d'autres que les bornes mêmes. L'arpentage n'est pas toujours nécessaire; ce ne sont donc pas des frais de bornage, ce sont plutôt des frais du procès; or, tout le monde est d'accord pour mettre ces derniers à la charge de celui qui succombe; en effet, celui qui succombe a eu tort de contester la délimitation, c'est sa résistance reconnue injuste qui a rendu l'arpentage nécessaire, il doit supporter les conséquences de son fait. Par exception, le juge pourra partager les frais d'arpentage, si les deux parties l'ont demandé; mais dans ce cas, il tiendra compte de l'étendue et de la valeur des fonds dont on demande le bornage (1).

**436.** Quel est l'effet du bornage quant à la propriété? Nous venons de dire que l'action en bornage ne porte pas sur la propriété; il peut cependant avoir pour effet une restitution de terrain. Ce n'est pas à dire que le jugement qui ordonne cette restitution soit translatif de propriété. Le juge déclare quels sont les droits des parties; cela est vrai du jugement qui admet la revendication, et à plus forte raison de celui qui ne fait que délimiter les fonds (2). Il faut dire plus: le juge qui prescrit de planter des bornes sur la limite séparative de deux héritages ne juge pas une question de propriété, il n'a pas même le droit de la juger. De là suit que le bornage n'empêcherait pas la partie qui succombe d'intenter une action en revendication; le défendeur ne pourrait pas repousser la demande par l'exception de chose jugée; car la revendication constitue une demande nouvelle. Cela a été décidé ainsi par la cour de cassation dans une autre espèce. La demande de bornage avait été faite en appel; la cour jugea qu'elle ne pouvait

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 307, n° 276, et dans Aubry et Rau, t. II, p. 226 et notes 23 et 24. Comparez arrêt de Besançon du 31 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Bornage*, n° 67).

(2) Comparez Duranton, t. V, p. 241, n° 260; Demolombe, t. XI, p. 309, n° 278.

être faite en appel, dans une instance en revendication, parce que le bornage, essentiellement différent de la revendication, constituait une demande nouvelle (1). Le bornage n'a donc d'effet que quant à la délimitation.

**437.** L'abornement peut-il être attaqué? Si les parties intéressées consentent au bornage, il se forme un contrat entre elles; cette convention peut être annulée pour les causes qui, d'après le droit commun, permettent de demander la nullité d'un contrat. Il a été jugé que la convention par laquelle deux propriétaires s'engagent à délimiter leurs héritages d'après une ligne de démarcation qu'ils indiquent, peut être annulé pour erreur de fait. Dans l'espèce, on découvrit des bornes anciennes au moment où l'on procédait au bornage; l'existence de ces marques était inconnue aux parties lors de leur convention; cette ignorance constituant une erreur essentielle, il y avait lieu d'appliquer les principes généraux qui régissent les vices du consentement (2).

Si un jugement était intervenu, il faudrait appliquer les principes sur les recours qui sont admis contre les décisions judiciaires, l'opposition, l'appel et la cassation (3).

**438.** Si par quelque accident les bornes avaient été détruites, il est certain que les parties intéressées auraient le droit de demander leur rétablissement. Mais supposons qu'elles n'agissent pas et que cette inaction dure trente ans; pourront-elles encore invoquer leurs conventions après ce délai? Toute action étant limitée à trente ans, il faut décider que l'action qui naît au moment où les bornes disparaissent se prescrit par ce laps de temps. Il n'est pas question, dans l'espèce, de la faculté de demander le bornage; nous avons dit que cette faculté est imprescriptible: le propriétaire agit en vertu d'une convention; or, toute action naissant d'une convention se prescrit par trente ans. Il en serait ainsi dans le cas où les bornes auraient été déplacées ou enlevées par suite d'un délit. Le propriétaire intéressé aurait alors deux actions, celle qui naît du délit

(1) Arrêt de rejet du 23 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 292).

(2) Douai, 21 février 1848 (Dalloz, 1849, 2, 48).

(3) Aubry et Rau, t. II, p. 227 et note 27, et les auteurs qui y sont cités.

et celle qui naît de la convention; cette dernière se prescrirait toujours par trente ans; de sorte qu'après ce délai, on rentrerait dans le droit commun de l'article 646.

**439.** S'il s'est écoulé plus de trente ans depuis la plantation des bornes, pourra-t-on demander un nouveau bornage? Non, certes, en supposant que les anciennes bornes subsistent; il ne peut pas s'agir d'un bornage nouveau, alors qu'il y a des bornes (1). Il ne faut pas conclure de là que l'existence de bornes empêche toute prescription fondée sur une possession contraire. La prescription efface même les titres; à plus forte raison peut-elle s'accomplir lorsqu'il n'y a que des signes séparatifs de deux héritages, signes qui indiquent une simple délimitation, et n'empêchent pas la revendication de tout ou partie des terres délimitées. Là où il y a lieu à revendication, il y a aussi lieu à prescription (2).

#### SECTION III. — De la clôture.

##### § 1<sup>er</sup>. Principe.

**440.** « Tout propriétaire peut clore son héritage, » dit l'article 647. La faculté de se clore est une conséquence du droit de propriété, droit absolu et par cela même exclusif; or, le seul moyen d'exclure les tiers d'un fonds qui nous appartient, c'est de l'entourer d'une clôture. On se demande comment les auteurs du code ont pu placer parmi les servitudes un droit qui n'est que l'exercice de la propriété, et qui dit propriété écarte toute idée de servitude. Il n'y a pas même une obligation de voisinage, comme dans le cas de bornage, puisque celui qui se clôt ne demande rien à son voisin. Si le législateur a cru devoir consacrer un droit qui découle naturellement de la propriété, et s'il l'a fait au titre des *Servitudes*, c'est qu'avant 89, ce droit

(1) Demolombe (t. XI, p. 312, n° 281) et Pardessus (t. I<sup>er</sup>, p. 313, n° 124) semblent dire le contraire. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 227 et note 30.

(2) Tout le monde est d'accord sur ce point. Voyez les autorités citées par Dalloz, au mot *Bornage*, n° 54, et par Aubry et Rau, t. II, p. 228, note 31.

naturel, comme tant d'autres, était méconnu. D'après telle coutume, on ne pouvait enclorre sa terre de haies ni de fossés sans la permission du seigneur; c'était une vraie servitude que la féodalité avait introduite pour assurer aux propriétaires dominants le plaisir de la chasse; les rois mêmes sacrifiaient la propriété des citoyens à leurs plaisirs, tandis qu'elle ne devrait céder que devant l'utilité publique (1). Ces privilèges odieux furent abolis dans la fameuse nuit du 4 août: la loi du 6 octobre 1791, connue sous le nom de Code rural, proclame « que le droit de clore et de déclore ses héritages résulte essentiellement de celui de propriété, et ne peut être contesté à aucun propriétaire » (tit. I<sup>er</sup>, sect. IV, art. 1<sup>er</sup>). Il y avait de plus des servitudes communales, la vaine pâture et le parcours, qui entraient le droit de se clore. L'Assemblée nationale abrogea toutes les lois et coutumes qui contredisaient ce droit: ce sont les expressions du code rural. Les auteurs du code civil ont reproduit ces principes; de sorte que l'on peut dire que, loin d'établir une servitude, l'article 647 maintient l'abolition des servitudes féodales et autres qui apportaient des restrictions au droit de propriété (2).

**441.** Après avoir déclaré que tout propriétaire peut clore son héritage, l'article 647 ajoute: « Sauf l'exception portée en l'article 682. » Cet article établit une servitude de passage au profit du propriétaire dont les fonds sont enclavés, sur les fonds de ses voisins. Ceux-ci devant souffrir le passage, ne peuvent naturellement pas clore l'héritage par lequel le propriétaire enclavé a le droit de passer. Ce que le code dit du passage, en cas d'enclave, est vrai de toute servitude de passage; l'article 647 ne fait qu'appliquer un principe général, d'après lequel le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui diminue l'usage de la servitude; bien moins encore peut-il en empêcher l'exercice (art. 701). La servitude de passage peut empêcher le propriétaire débiteur de la servitude de se clore, soit d'une manière absolue, soit d'une manière relative; cela dépend

(1) Voyez l'ordonnance de 1669, tit. XXX, art. 24; Toullier, t. II, p. 66, n° 159.

(2) Pardessus, t. I<sup>er</sup>, p. 321, n° 131.