

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^{er}. 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^{er}, 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^{er}, sect. IV, art. 1^{er}). 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^{er}, p. 321, n° 131.

des stipulations des parties. Il a été jugé que le propriétaire du fonds servant ne peut pas y établir des barrières fermant au moyen d'une clef, qu'il remet au propriétaire du fonds dominant, parce que c'est rendre l'usage de la servitude plus incommode et en diminuer l'utilité : en effet, c'est obliger celui qui a le droit de passer à être toujours muni d'une clef sous peine de ne pouvoir passer, ce qui, dans l'espèce, modifiait la servitude, telle qu'elle avait été établie et pratiquée, et en rendait l'exercice plus difficile (1). Par contre, la cour de Bordeaux a décidé que ce n'était pas entraver la servitude que d'établir une barrière qui ouvrait et fermait facilement, sans être assujettie par aucune serrure, ni cadenas, ni autre fermeture de ce genre; que c'était donc le cas d'appliquer le principe qui permet au propriétaire du fonds servant de faire les ouvrages nécessaires pour rendre la servitude moins dommageable, s'ils n'empêchent pas le propriétaire du fonds dominant d'en user commodément suivant son titre (2). Nous reviendrons sur la question (3).

442. Il peut encore y avoir exception au droit de se clore en cas d'indivision. Le copropriétaire d'une chose indivise n'a plus le droit d'exclusion dont jouit le propriétaire unique et absolu; dès lors il ne peut pas invoquer l'article 647; son droit est réglé par les principes qui régissent la communauté. Or, si chaque communiste peut jouir de la chose commune d'après la destination de la chose, il est aussi de principe que la jouissance de l'un ne peut pas entraver le droit égal de l'autre. C'est au juge, en cas de contestation, à décider si le droit de l'un des communistes peut se concilier avec le droit des autres. Par application de ces principes, la cour de Metz a jugé que le copropriétaire d'une cour ne peut pas la clore, si les inconvénients qui en résultent pour les autres communistes dépassent les avantages que lui en retirerait (4).

(1) Arrêt de rejet du 28 juin 1853 (Daloz, 1853, 1, 308).

(2) Bordeaux, 4 mai 1832 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 844). Comparez arrêt de rejet du 31 décembre 1839 (Daloz, *ibid.*, n° 382).

(3) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, n° 273.

(4) Metz, 6 février 1857 (Daloz, 1857, 2, 196).

§ II. De la vaine pâture et du parcours.

N° I. DANS QUELS CAS CES SERVITUDES SONT MAINTENUES.

443. Aux termes de l'article 648, le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et à la vaine pâture. Le parcours et la vaine pâture sont des servitudes rurales maintenues par la loi du 6 octobre 1791. Elles concernent le droit de faire paître des bestiaux sur le terrain d'un autre; quand ce droit est exercé par un particulier sur un fonds appartenant à un autre propriétaire, il s'appelle droit de *pacage*, servitude discontinue qui ne peut être acquise que par titre. Dans l'ancien droit, cette servitude s'était établie par l'usage au profit des habitants d'une commune, qui jouissaient de la faculté de faire paître leurs bestiaux sur les héritages dépouillés de fruits : c'est ce qu'on appelait *vaine pâture*. Lorsque le droit était réciproque entre deux communes, il prenait le nom de *parcours*, ou d'*entre-cours*, ou de *marchage* (1).

On demande si le parcours et la vaine pâture sont de vraies servitudes. Dans l'ancien droit, on enseignait l'affirmative pour le vaine pâturage; en effet, il est de même nature que le droit de pacage, qui est incontestablement une servitude; cependant on le qualifiait aussi parfois de *copropriété* (2). La loi de 1791 donne le nom de servitude au parcours et à la vaine pâture, et le code civil consacre implicitement la même doctrine, puisqu'il maintient ces droits tels que le code rural les avait définis. On objecte qu'il n'y a pas de servitude sans un héritage dominant et un héritage servant; or, dans l'espèce, nul héritage, dit-on, n'est dominant ou servant, tous sont également chargés; il y a par conséquent communauté de pâturage plutôt que servitude. Cela n'est pas exact. Il est certain que le vaine

(1) Pardessus, t. Ier, p. 322, n° 132. Demolombe, t. XI, p. 315, n° 286. Aubry et Rau, t. II, p. 176, note 18 et p. 177, note 22.

(2) Edit du mois de mai 1771, dans Merlin, *Questions de droit*, au mot *Vaine pâture*, § 1 (t. XVI, p. 325) et *Répertoire*, au même mot, § 1 (t. XXXV, p. 456).