

de mariage de celui-ci ; puis un acte de partage intervenu entre le donateur et le donataire attribue à l'enfant la moitié d'une pièce de terre, pour le remplir de la quote-part qui lui avait été précédemment donnée. Cette attribution fut maintenue après la mort du père, par l'acte de partage de sa succession. Y avait-il dans ces divers actes une *disposition* telle que l'exige l'article 694? La cour de Toulouse jugea négativement ; mais son arrêt fut cassé. Il ne faut pas isoler ces divers actes, dit la cour de cassation, ils forment un tout ; or, il résulte des actes de partage combinés avec l'acte de donation, que le père a disposé en faveur de son fils des biens définitivement assignés à celui-ci (1). Nous préfererions l'avis de la cour de Toulouse. La donation ne pouvait pas être invoquée, car c'était une donation de biens à venir ; or, une pareille donation n'est pas un acte de disposition. Restaient les partages. Le premier intervenu entre le donateur et le donataire ne faisait qu'un avec le second dressé par les héritiers. Or, un *partage* fait entre héritiers n'est pas un acte de *disposition* ; ce n'est pas même un acte de *disposition*, à tous égards, quand c'est un partage d'ascendant. Cela décide la question au point de vue de l'interprétation stricte. La cour a donc encore une fois admis une interprétation extensive, et cela en opposition avec les principes, en opposition avec la jurisprudence relative à l'article 694.

N° 4. EFFET DE LA DESTINATION.

**190.** L'article 692 dit que la destination du père de famille vaut titre. En réalité, elle se fait par un concours de consentement, aussi bien que le titre onéreux ou gratuit ; il n'y a que cette différence que dans la destination le consentement des parties intéressées est tacite, tandis que le titre suppose une convention expresse. De là résulte une différence quant aux effets de la servitude. Quand

(1) Arrêt de cassation du 17 novembre 1847 (Daloz, 1847, 1, 376).

elle est établie par titre, elle n'a d'effet à l'égard des tiers que lorsque l'acte constitutif de la servitude a été transcrit (n° 155). La transcription n'est pas requise lorsque la servitude est établie par destination. On ne pourrait exiger la transcription qu'en forçant les parties à dresser acte de leur consentement tacite, mais alors le consentement deviendrait exprès, c'est-à-dire que la destination deviendrait un titre ; ce qui aboutirait à supprimer la destination, telle que le code l'organise (1).

**191.** Les servitudes ont souvent une grande analogie avec la propriété, soit exclusive, soit commune, comme nous l'avons dit en exposant les principes généraux concernant les servitudes. Mais les principes sur l'acquisition de la propriété diffèrent de ceux qui régissent l'acquisition des servitudes. Il peut y avoir copropriété d'une cour ou d'une allée servant au passage ; cette copropriété s'établit par concours de consentement exprès ou tacite, et elle se prouve par témoins, sous les conditions prescrites par le code. Tandis que la servitude de passage ne peut s'établir que par une convention expresse, le consentement tacite ou la destination du père de famille n'étant pas admis pour les servitudes discontinues. C'est aux tribunaux à apprécier, d'après les faits et les circonstances de la cause, ce que les parties ont voulu. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs (2). Il y a des arrêts qui donnent le nom de destination du père de famille à l'établissement d'une copropriété, quand elle résulte des dispositions prises par le père de famille et maintenues par ses héritiers. Le nom est impropre et fait pour induire en erreur. C'est confondre la propriété avec la servitude, qui n'est qu'un démembrement de la propriété. Ainsi on lit dans un arrêt que les droits des communistes sur une cour séparative d'héritages partagés, et restée commune entre les copartageants, en vertu de ce que la cour appelle destination du père de famille, sont des droits qui participent

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 88 et note 12. En sens contraire, Mourlon, *De la transcription*, t. I<sup>er</sup>, nos 115 et 116.

(2) Voyez le tome VII de mes *Principes*, nos 165 et suiv. Comparez arrêt de rejet de la chambre civile du 21 avril 1858 (Daloz, 1858, 1, 182)

à la fois des attributs de la propriété et des droits de servitude. Il s'agissait de savoir si l'usage de la cour commune pouvait être étendu à d'autres héritages acquis par l'un des communistes. La cour de Poitiers décida la question négativement (1); nous n'entendons pas critiquer la décision en fait, mais elle est mal motivée. Les principes que nous exposerons plus loin, sur les droits du propriétaire du fonds dominant, ne peuvent pas être invoqués quand il s'agit de communauté; il y a là deux ordres d'idées très-distincts. Sans doute la copropriété d'une cour ne donne pas des droits illimités aux communistes, mais la limite de leurs droits résulte, non des principes qui régissent les servitudes, car il n'y a pas de servitude; elle résulte de l'intention des parties contractantes : c'est cette intention seule qui détermine leurs droits.

### § III. Prescription.

#### N° I. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

**192.** Aux termes de l'article 690, les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la possession de trente ans. L'article 691 ajoute que les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent se constituer que par titres; la possession, même immémoriale, ne suffit pas pour les établir. Pourquoi le code admet-il la prescription comme mode d'acquisition des servitudes? pourquoi ne l'admet-il que pour certaines servitudes? quelle est la prescription par laquelle les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir?

L'article 2219 dit que la prescription est un moyen d'acquérir par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi. En général, tous les droits qui sont dans le commerce peuvent s'acquérir par la pres-

(1) Poitiers, 16 février 1853 (Daloz, 1854, 2, 73). Comparez arrêt de rejet du 8 décembre 1824 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1047).

cription (art. 2226). Ce principe reçoit cependant une restriction en matière de servitude. Dans l'ancien droit, l'exception était bien plus étendue. La coutume de Paris, qui est la source de notre titre, portait (art. 186) : « Droit de servitude ne s'acquiert par longue possession, quelle qu'elle soit, sans titre, encore que l'on en ait joui par cent ans. » Pourquoi la coutume interdisait-elle la prescription? Dumoulin répond que c'est « pour obvier aux grandes entreprises qui se faisaient sous couleur de souffrance ou tolérance, pour cause d'amitié ou de familiarité, dont on abusait (1). » L'interdiction prononcée par la coutume de Paris et par beaucoup d'autres coutumes dépassait le motif pour lequel on l'établit. Toutes les servitudes ne se fondent pas sur la tolérance et la familiarité; cela est vrai des servitudes discontinues, telles que les droits de passage, de puisage; cela n'est pas vrai des servitudes bien plus gênantes de vue ou d'aqueduc. Les auteurs du code ont tenu compte des raisons qui avaient fait interdire la prescription dans les pays coutumiers, en maintenant la prohibition pour les servitudes discontinues et non apparentes. Mais le motif donné par Dumoulin ne s'applique pas aux servitudes tout ensemble continues et apparentes. Il fallait donc maintenir pour ces servitudes le droit commun, qui admet la prescription comme un mode d'acquisition de la propriété (art. 711). Afin d'écartier le danger d'un droit fondé sur la tolérance, le code exige le temps le plus long requis pour la prescription des droits immobiliers, c'est-à-dire une possession de trente ans. « Des actes journaliers et patents, dit Berlier, exercés pendant si longtemps sans aucune réclamation, ont un caractère propre à faire présumer le consentement du propriétaire voisin; le titre même a pu se perdre, mais la possession reste et ses effets ne sauraient être écartés sans injustice (2). »

**193.** Dans l'ancien droit, on avait admis, sur l'autorité de Dumoulin, que la possession immémoriale équivalait à

(1) Ferrière, *Commentaire sur la coutume de Paris*, t. II, p. 1519.

(2) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 21 (Loché, t. IV, p. 182).