

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.

NO 1. 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).

un titre : c'est un titre, disait l'oracle du droit coutumier, ce n'est pas une prescription (1). Le grand jurisconsulte se trompait. Si, comme le dit Pothier (2), la possession d'une servitude discontinuée est présumée précaire, le temps, fût-il de cent ans et plus, peut-il effacer ce vice? Si la possession de trente ans est vicieuse, la possession de plus de trente ans le sera également. C'est la remarque de Berlier, et elle est décisive contre la possession, quelque longue qu'on la suppose.

Le code maintient les droits acquis : « Sans cependant, dit l'article 691, que l'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature (discontinues ou non apparentes) déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir par la possession immémoriale. » Pour que l'on puisse invoquer le bénéfice de cette disposition, il faut prouver que, lors de la publication du titre des *Servitudes*, il y avait possession immémoriale; cette preuve se faisant par témoins, le laps du temps la rend impossible. Des arrêts rendus en 1833 et en 1834 ont décidé que les témoins, pour déposer d'une possession immémoriale antérieure à la publication du code civil, devaient être âgés lors de cette publication (1804) de cinquante-quatre ans : où trouver, en 1872, des témoins de cet âge (3)?

194. Peut-on invoquer la prescription de dix ou vingt ans avec titre et bonne foi? Celui qui possède un héritage, sans en être propriétaire, concède une servitude; la constitution n'est pas valable; mais le propriétaire du fonds au profit duquel elle est établie en jouit pendant dix ou vingt ans; il a titre et bonne foi. Ces conditions suffiraient pour lui faire acquérir la propriété du fonds, s'il l'avait acheté de celui qui lui a concédé la servitude; suffiraient-elles aussi pour l'acquisition de la servitude? La question est controversée; si elle pouvait être décidée d'après les

(1) Dumoulin, *Consil.* XXVI, nos 24 et 25 : « *Hujusmodi vero tempus habet vim constituti, nec dicitur præscriptio, sed titulus.* »

(2) Pothier, *sur la coutume d'Orléans*, art. 226.

(3) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 236, no 350. Demolombe, t. XII, p. 311, no 798.

principes, abstraction faite des textes, la solution ne serait pas douteuse. Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ou vingt ans (art. 2265); or, la servitude est un immeuble (article 526); elle peut s'acquérir par prescription trentenaire sans titre, donc on devrait aussi admettre l'usucapion avec titre et bonne foi. A l'appui de cette opinion, on ajoute que le motif pour lequel la loi admet la prescription trentenaire a plus de force encore quand il y a titre et bonne foi; Berlier dit que la possession fait présumer un consentement et un titre, ce qui suppose la bonne foi de celui qui prescrit; or, la bonne foi n'est pas requise pour la prescription trentenaire, tandis qu'elle est une condition essentielle de l'usucapion. Ces raisons ont fait diminuer la durée de la possession, quand il s'agit de l'acquisition de la propriété. N'ont-elles pas la même force lorsqu'il s'agit de l'acquisition des servitudes?

Ces motifs ont entraîné d'excellents esprits (1). La jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion contraire, et nous n'hésitons pas à nous ranger à cet avis. Il y a un argument de texte qui est décisif. L'article 2264 porte : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. » Cette disposition se trouve dans le chapitre V, intitulé : *Du temps requis pour prescrire*. C'est ce même chapitre qui établit l'usucapion à côté de la prescription trentenaire. L'article 2264 suppose donc qu'il y a des cas où la loi admet une prescription moins longue que celle de trente ans, et des cas dans lesquels il n'y a pas lieu à la prescription de dix ou vingt ans. Eh bien, au titre des *Servitudes*, il se trouve une disposition spéciale concernant la prescription, c'est l'article 690 qui exige une possession de trente ans pour l'acquisition des servitudes par prescription. Les articles 2264 et 690 combinés tranchent la question. Et il nous semble que l'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. On ne peut contester que

(1) Duranton, t. V, p. 603, no 593. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 233, no 348. Troplong, *De la prescription*, t. II, no 856.

la possession des servitudes soit moins caractérisée que celle de la propriété. Le propriétaire qui est sur les lieux doit apprendre qu'un tiers prescrit un fonds contre lui; tandis qu'il peut très-bien ignorer qu'un tiers a pratiqué dans son mur des ouvertures qui constituent le droit de vue; il faut habiter le fonds pour distinguer la servitude de vue du droit de jour; or, le temps requis pour prescrire a précisément pour objet de garantir les intérêts de ceux qui n'habitent pas leurs propriétés contre la négligence des locataires ou des fermiers; donc ce temps doit être plus long quand il s'agit d'une servitude que quand il s'agit de la propriété. Voilà pourquoi l'article 690 définit et limite l'espèce de prescription qui fait acquérir les servitudes; il ne dit pas : les servitudes s'acquièrent par la *prescription*; il dit : les servitudes s'acquièrent par la *possession de trente ans*. Cela nous paraît décisif (1).

N° 2. QUELLES SERVITUDES S'ACQUIÈRENT PAR PRESCRIPTION ?

I. *Principe.*

195. Pour qu'une servitude puisse s'acquérir par la prescription, il faut qu'elle soit tout ensemble continue et apparente : ce qui exclut la prescription des servitudes discontinues et non apparentes. Le code le dit formellement en ajoutant que ces servitudes ne peuvent s'établir que par titres. Quels sont les motifs pour lesquels la loi exige la double condition de l'apparence et de la continuité? La première s'explique d'elle-même. En effet, la prescription acquisitive a pour base la possession, et la possession doit réunir certains caractères; l'un des plus essentiels est qu'elle soit publique. Or, la possession d'une servitude non apparente n'a pas ce caractère de publicité, sans lequel il ne saurait y avoir de prescription. Quant à la condition de continuité, elle ne tient pas aux caractères

(1) Arrêt de cassation du 10 décembre 1834 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 1121). Bastia, 5 janvier 1847 (Daloz, 1847, 2, 3). Agen, 23 novembre 1857 (Daloz, 1858, 2, 27). Aubry et Rau, t. III, p. 77, note 1, et les auteurs qui y sont cités. Demolombe, t. XII, p. 285, n° 781, et les autorités qu'il cite.

que doit réunir la possession en vertu de l'article 2229. Il est vrai que cette disposition exige que la possession soit *continue*, et il y a des auteurs qui ont cru que la loi interdisait la prescription des servitudes *discontinues*, parce que la possession n'en était *pas continue* (1). C'est confondre la *continuité* de la *possession* et la *continuité* des *servitudes*. Le mot est le même, mais l'idée est toute différente. On dit que la *servitude* est *continue* quand elle peut être exercée sans le fait actuel de l'homme; et la *possession* est *continue* quand le possesseur fait les actes de jouissance que la nature de la chose comporte. La possession d'une servitude *discontinue*, telle qu'une servitude de passage, pourrait donc être *continue*, et néanmoins la loi n'admet pas qu'elle s'acquière par prescription. Nous en avons dit d'avance la raison; c'est que les actes qui constituent l'exercice d'une servitude discontinue impliquent d'ordinaire la tolérance, et se font à raison des rapports de bon voisinage, sans que celui qui les fait et celui qui les souffre entendent y attacher une idée de droit ou de charge. On peut donc dire de ces servitudes ce que dans l'ancien droit Pothier disait de toute espèce de servitudes : la possession en est présumée précaire; or, une possession précaire ne peut pas fonder de prescription. La condition de continuité, exigée par l'article 690, est donc une application de l'article 2232, aux termes duquel les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription (2).

196. On a prétendu que l'article 690 reçoit une exception dans le cas où une servitude discontinue est constituée par titre, mais que le titre émane de celui qui n'est pas propriétaire du fonds sur lequel la servitude doit s'exercer. Cette opinion est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi. L'article 691 dit que les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, *ne peuvent s'établir que par titres*. Cette disposition est conçue en termes restrictifs. Elle exclut,

(1) Duranton, t. V, p. 587, n° 578, et d'autres auteurs cités par Demolombe, t. XII, p. 291, n° 786.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 235, n° 349, et Demolombe, t. XII, n° 786.