

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 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1121). Bastia, 5 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 2, 3). Agen, 23 novembre 1857 (Dalloz, 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.

pour les servitudes discontinues ou non apparentes, tout autre mode d'acquisition qu'un titre, elle exclut donc la prescription; or, si la servitude pouvait s'établir par une possession de trente ans, moyennant titre et bonne foi, elle se fonderait sur la prescription. Donc ce mode d'établissement des servitudes discontinues et non apparentes est repoussé par le texte formel de la loi. Vainement dirait-on que, dans ce cas, celui qui réclame la servitude a un titre, que par conséquent l'on est dans les termes de l'article 691. Qu'est-ce que l'article 691 entend par *titre*? Cette disposition est une suite de l'article 690, d'après lequel les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par *titre*, ou par la possession de trente ans. Il est certain que le mot *titre* signifie dans l'article 690 un titre véritable, c'est-à-dire un titre émané du propriétaire du fonds servant; donc ce mot a la même signification dans l'article 691, lequel ne fait qu'un avec l'article qui précède. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. En déclarant en termes restrictifs que les servitudes discontinues ou non apparentes ne s'établissent que par titres, la loi entend exclure toute espèce de prescription; or, la possession de trente ans, bien qu'elle s'appuie sur un titre émané du non-propriétaire, est une prescription et non un titre. La loi ne veut pas de la prescription pour les servitudes discontinues: nous venons d'en dire la raison. Est-ce que cette raison cesse par hasard quand il y a un titre émané du non-propriétaire? On le prétend; la possession n'est plus précaire, dit-on, puisqu'elle s'appuie sur un titre. L'argument n'est pas sérieux. A qui oppose-t-on la prescription? Ce n'est pas à celui de qui émane le titre, c'est au vrai propriétaire qui n'a aucune connaissance du titre; à son égard la possession reste donc une possession présumée précaire et par conséquent insuffisante pour la prescription (1).

L'opinion contraire invoque l'ancien droit (2). Cet argu-

(1) C'est l'opinion généralement suivie. Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. III, p. 78, note 2, et Demolombe, t. XIII, p. 295, n° 788.

(2) C'est l'opinion de Maleville, *Analyse raisonnée*, t. II, p. 141, et de Toullier, t. II, p. 289 et 292, n° 629.

ment aurait une grande valeur si le code avait consacré les principes du droit coutumier. Il les a rejetés au contraire. Les coutumes disaient: Nulle servitude sans titre. A cette prohibition elles admettaient une exception, lorsque la possession s'appuyait sur un titre et sur la bonne foi. Le texte de la coutume de Paris autorisait cette exception, en ce sens qu'on pouvait l'induire par argument *a contrario*. En est-il de même de l'article 691? Il est conçu dans les termes les plus restrictifs; la rédaction est telle, qu'elle exclut toute espèce de raisonnement *a contrario*, raisonnement toujours mauvais, à moins qu'il ne soit en harmonie avec les principes; or, ici il contrarierait les principes, puisqu'il aboutirait à admettre la prescription, alors que la loi exige un titre.

196 bis. On a encore essayé d'apporter une exception au principe posé par l'article 691 dans le cas où la servitude serait exercée pendant trente ans après contradiction opposée aux droits du propriétaire que l'on prétend grevé. Je passe sur le fonds de mon voisin, je puise de l'eau à sa fontaine; il s'y oppose. Je lui signifie qu'il ait à s'abstenir de tout empêchement semblable. Mon voisin s'abstient en effet, et pendant trente ans j'exerce le droit de passage ou de puisage sans opposition aucune. Cette contradiction, dit-on, à laquelle le voisin a cédé, purge ma possession du vice de précarité qu'on pouvait lui reprocher: elle l'intervertit, et il en résulte que la possession devient une possession à titre de propriétaire. Le code admet, en effet, que la possession précaire puisse être intervertie (art. 2238) par la contradiction opposée à celui contre lequel on veut prescrire. Mais cela suppose que la prescription est possible; or, dans l'espèce elle ne l'est pas, puisque la servitude étant discontinue n'est pas susceptible d'être acquise par la prescription. Le législateur aurait pu tenir compte de la contradiction, et déclarer la servitude prescriptible dans ce cas; mais il ne l'a pas fait, et il n'appartient pas à l'interprète de créer des exceptions en dérogeant à la loi: ce serait faire la loi (1).

(1) Pardessus, t. II, p. 85, n° 276, et les auteurs cités par Dalloz, au mot

Il faudrait le décider ainsi, alors même que celui qui réclame la servitude appuierait sa contradiction sur un titre émané d'un non-proprétaire. Ce titre seul est insuffisant, nous venons de le prouver. La contradiction à elle seule serait également insuffisante; tout le monde le reconnaît. Qu'importe donc qu'il y ait tout ensemble titre apparent et contradiction? On serait toujours en dehors de la loi qui exige formellement un titre valable (1).

II. Applications.

197. Il s'est présenté bien des difficultés dans l'application de ces principes; la plupart trouvent une solution facile dans les définitions que le code donne des servitudes continues et discontinues, apparentes et non apparentes (2). Nous ne nous arrêtons qu'aux applications qui offrent quelque doute. La servitude de passage est bien évidemment discontinue, elle ne peut s'acquérir par la prescription; cependant elle a donné lieu à un débat judiciaire. Un acte de partage réservait le droit de passage réciproque pour le service des fonds de terre qui y étaient compris, en ajoutant: si besoin est. Un des copartageants exerce le passage pour une prairie, sans nécessité aucune, puisqu'elle était bordée par un chemin public, donc pour sa seule commodité. Il invoque cette possession, non pour y fonder l'établissement de la servitude par prescription, mais pour interpréter le titre. La cour de Bordeaux repoussa cette prétention, parce qu'elle tendait à intervertir les stipulations de l'acte plutôt qu'à les interpréter; en effet, elle aboutissait à créer, moyennant la possession, une servitude que l'acte de partage repoussait (3).

L'article 688 place le droit de puisage parmi les servitudes discontinues. Le riverain d'un étang réclame un droit sur les eaux de l'étang, en invoquant la prescription. Il

Servitude, n° 1133; par Demolombe, t. XII, p. 299, n° 789, et par Aubry et Rau, t. III, p. 78, note 3 et t. II, p. 129, note 32.

(1) Voyez les autorités citées par Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1134, et Aubry et Rau, t. III, p. 78, note 4.

(2) Voyez, plus haut, p. 158, nos 126 et suiv.

(3) Bordeaux, 26 avril 1830 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1002, 3°).

avait en effet acquis par la prescription la propriété des francs-bords; ne pouvait-il pas dire qu'il avait acquis en même temps le droit de puisage? Non, les deux droits sont d'une nature différente: la propriété s'acquiert toujours par prescription, tandis que les servitudes discontinues ne s'établissent que par titre. Il intervint un arrêt de cassation en ce sens (1).

Le code place aussi les droits de pacage au nombre des servitudes discontinues; c'est dire qu'une servitude de pâturage ne peut s'établir par prescription. Il y a plusieurs arrêts en ce sens, ce qui prouve que le fait n'est pas toujours d'accord avec le droit, mais le droit est si évident, qu'il est inutile d'y insister (2).

198. Il y a des questions plus sérieuses. La loi range les égouts parmi les servitudes continues qui peuvent s'acquérir par la possession de trente ans. Cela ne fait aucun doute pour l'égout des eaux pluviales, quand il s'annonce par un ouvrage extérieur. En est-il de même des eaux ménagères? La question a été examinée plus haut (n° 132), elle divise les meilleurs esprits. Nous renvoyons aussi à ce que nous avons dit (n° 131) sur la servitude qui consiste dans le droit de faire écouler les eaux d'un étang sur les fonds inférieurs; il a été jugé qu'elle est continue, bien qu'on ne puisse en user qu'en levant la bonde qui retient les eaux. Si de plus elle se manifeste par des ouvrages apparents, tels que des fossés destinés à faciliter l'écoulement des eaux, elle est susceptible de prescription (3).

199. Nous avons exposé plus haut (nos 61 et 62) les principes qui régissent les jours et les vues établis à titre de servitude. Il est souvent très-difficile de distinguer les jours pratiqués en vertu du droit de propriété, et que l'on appelle jours de souffrance ou de tolérance, des jours qui, n'étant pas conformes à la loi, ne peuvent être établis qu'à titre de servitude. Le châssis est-il à verre dormant, c'est

(1) Arrêt de cassation du 28 avril 1846 (Dalloz, 1846, 1, 206).

(2) Chambéry, 23 janvier 1866 (Dalloz, 1866, 2, 79). Arrêt de rejet du 27 mai 1868 (Dalloz, 1869, 1, 399).

(3) Arrêt de cassation du 18 juin 1851 (Dalloz, 1851, 1, 296).