

N^o 3. CONDITIONS DE LA PRESCRIPTION.I. *Droit commun.*

202. Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par prescription. Quelles sont les conditions de cette prescription? C'est une prescription acquisitive, laquelle se fonde sur la possession. L'article 690 le dit : il faut une possession de trente ans. Au titre des *Servitudes*, il n'est rien dit des caractères que doit réunir la possession pour qu'elle puisse servir de base à la prescription : le législateur s'en rapporte par cela même aux principes généraux, que nous exposerons au titre de la *Prescription*. Pour le moment, nous ne nous arrêterons qu'à quelques points qui concernent particulièrement les servitudes.

On appelle la possession des servitudes une quasi-possession. Cela implique que ce n'est pas la possession ordinaire. L'article 2228, qui définit la possession, distingue, en effet, entre la possession d'une chose et la possession d'un droit. Quand il s'agit d'une chose, le possesseur la *détient*; quand il s'agit d'un droit, le possesseur en *jouit*. Du reste la *jouissance* doit avoir les mêmes caractères que la détention : car l'article 2229, qui énumère les conditions requises pour que la possession puisse servir à la prescription, ne fait pas de distinction entre la détention d'une chose et la jouissance d'un droit.

203. La possession doit durer trente ans. Il importe donc de fixer le moment où elle commence. On peut répondre qu'elle commence avec la jouissance. Mais cette réponse ne décide pas la difficulté. Quel est le moment précis où le propriétaire du fonds dominant commence à jouir de son droit? La servitude est une servitude apparente. Or, aux termes de l'article 689, les servitudes sont apparentes quand elles s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Donc il faut avant tout que cet ouvrage extérieur soit achevé. C'est seulement quand il y aura une fenêtre d'aspect, qu'il peut être question de jouir de la servitude de vue : mais aussi dès

que la fenêtre est construite, la jouissance du droit commence, puisque la servitude est continue, c'est-à-dire qu'elle s'exerce sans avoir besoin du fait actuel de l'homme (article 688). En cela la quasi-possession des servitudes diffère grandement de la possession des choses. Celle-ci exige toujours le fait de l'homme pour être exercée, et il faut des actes continus de l'homme pour que la possession soit utile à la prescription. Tandis que pour la quasi-possession des servitudes, il suffit que le fait de l'homme interviene au moment où les ouvrages nécessaires se construisent; après cela la servitude s'exerce d'elle-même, puisqu'il s'agit d'une servitude continue (1).

204. Les ouvrages qui annoncent la servitude jouent donc un rôle essentiel dans la prescription. On demande si les travaux doivent être faits sur le fonds servant? Quand il s'agit des ouvrages que le propriétaire inférieur doit faire, d'après l'article 643, pour acquérir par la prescription un droit à l'écoulement des eaux, la jurisprudence exige que les travaux soient faits sur le fonds servant; et l'on a voulu faire de cette condition une règle générale. A vrai dire, l'article 643 ne la prescrit pas et aucun texte du code ne l'établit. Il y a même des servitudes pour lesquelles les ouvrages sont presque toujours faits dans le fonds dominant : telle est la servitude de vue quand la fenêtre qui l'annonce est pratiquée dans un mur qui est la propriété exclusive du propriétaire du fonds dominant. Cela ne fait aucun doute (2).

Une question plus douteuse, du moins en théorie, est de savoir si les travaux doivent être faits par le propriétaire du fonds dominant. On la décide négativement (3); peu importe, dit-on, que les ouvrages soient construits par le propriétaire ou par un possesseur, ou un usufruitier, même par un locataire ou un fermier. Il s'agit d'un fait matériel de possession; or, la possession s'exerce utilement pour le propriétaire par tous ceux qui détiennent le fonds. L'article 2228 le dit en définissant la quasi-possession.

(1) Toullier, t. II, p. 294, n^os 634 et 636.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 79 et note 11, et les auteurs qui y sont cités.

(3) Pardessus, t. II, p. 90, n^o 277.

sion « la jouissance d'un droit que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui l'exerce en notre nom. » Il est certain que la possession peut être exercée par un simple détenteur du fonds. Mais est-il bien vrai que la construction des ouvrages soit un acte de jouissance du droit? La question, nous semble-t-il, implique une absurdité : peut-on jouir d'un droit de vue avant qu'il n'y ait une vue, c'est-à-dire une fenêtre d'aspect? Les travaux précèdent donc nécessairement la jouissance, partant l'article 2228 est inapplicable, et la question doit se décider par les principes, puisqu'il n'y a pas de texte.

Nous avons dit plus haut, et tout le monde est d'accord sur le principe, que le propriétaire du fonds peut seul acquérir une servitude pour le fonds, parce que lui seul a le droit de parler au nom du fonds. De là suit que lui seul aussi a le droit d'agir au nom du fonds. Donc les travaux qui ont pour but d'acquérir un droit au fonds doivent être faits par lui. On objecte qu'en possédant on ne contracte pas, que la possession est un fait matériel et que le droit s'acquiert en vertu de ce fait matériel. N'est-ce pas s'attacher à l'écorce de la prescription? La prescription n'est pas un fait purement physique. Berlier, l'orateur du gouvernement, le dit dans l'Exposé des motifs (1) : l'acquisition des servitudes par une longue possession implique, soit l'existence d'un titre qui a pu se perdre, soit le consentement du propriétaire contre lequel on prescrit, ainsi que du propriétaire qui acquiert un droit par la prescription. Nous ne concevons pas qu'un fait matériel, sans que la volonté y intervienne, engendre un droit. Où serait la raison de différence entre le titre et la prescription? Pourquoi faut-il le consentement du propriétaire du fonds servant quand une servitude s'acquiert par titre? et pourquoi ce consentement ne serait-il plus nécessaire quand cette même servitude s'établit par prescription? On répondra qu'un locataire, bien qu'il ne puisse pas stipuler une servitude, peut néanmoins la posséder, et que cette possession engendre la servitude; or, s'il peut posséder utile-

(1) Exposé des motifs, n° 21 (Loché, t. IV, p. 182).

ment pour le propriétaire du fonds, pourquoi ne pourrait-il pas construire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude? En matière de servitude, la réponse est facile. C'est le fonds qui acquiert le droit; le détenteur doit donc être l'organe du fonds, et il n'y a d'autre représentant du fonds que le propriétaire. Il est vrai que le locataire possède au nom du bailleur, mais quand les travaux se font, il ne s'agit pas encore de posséder, donc le locataire est sans droit. Une fois les ouvrages faits, la possession commence et le locataire pourra jouir au nom du maître. Pour mieux dire, c'est le fonds qui jouit et qui possède, parce que le fait du locataire et du possesseur en général n'est pas requis pour l'exercice d'une servitude continue.

L'opinion contraire est universellement enseignée. On en induit que les ouvrages nécessaires pour l'exercice de la servitude peuvent se faire par tout détenteur du fonds, alors même qu'il n'aurait pas l'intention d'acquérir une servitude; le fait matériel de l'existence des travaux suffit (1). La conséquence est logique; mais ne témoigne-t-elle pas contre le principe d'où elle découle? L'article 2228, qui admet que le détenteur possède pour celui de qui il tient la chose, implique la volonté de posséder, de même que toute possession suppose que le possesseur a l'intention d'exercer un droit. Or, dans l'opinion générale, une servitude pourrait s'acquérir sans volonté aucune. C'est le locataire qui fait les ouvrages, et il les fait sans avoir l'intention d'acquérir un droit; le propriétaire, on le suppose, reste étranger aux travaux. Pendant trente ans, la servitude s'exerce d'elle-même, toujours sans qu'il intervienne aucune volonté; puis le droit sera acquis. Que devient la prescription dans cette doctrine? où est le consentement tacite qu'elle suppose? On ne peut pas même dire qu'il y ait consentement de la part du propriétaire du fonds assujéti; il ne consent pas à l'établissement d'un droit, puisque son voisin n'entend pas acquérir de droit. Il faut rendre à la volonté de l'homme l'influence néces-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 79 et notes 11 et 12, et les auteurs qui y sont cités.

saire qu'elle a dans toutes les relations juridiques. Vainement dit-on qu'il s'agit de droits réels, droits qui s'acquièrent par un fonds et qui s'exercent par un fonds : ce sont là des subtilités ; y aurait-il encore des droits réels s'il n'y avait plus d'hommes ? Les fonds resteraient ce qu'ils sont, et cependant il ne pourrait plus être question de droit ; car l'homme seul est un être capable de droit. Nous revien-drons, au titre de la *Prescription*, sur le rôle que la volonté joue en matière de possession.

205. La quasi-possession doit avoir les mêmes caractères que la possession pour qu'elle puisse servir de base à la prescription. Il y a un de ces caractères qui joue un grand rôle en matière de servitude. L'article 2232 dit que les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription. C'est parce que les servitudes discontinues reposent sur des actes qui peuvent être et sont très-souvent des actes de tolérance et de bon voisinage que la loi ne veut pas qu'elles s'acquièrent par la prescription. Dans l'ancien droit, on allait plus loin et l'on présumait que toute servitude était précaire, c'est-à-dire un acte de tolérance. Le code admet l'établissement des servitudes continues et apparentes par la prescription. Mais il faut, bien entendu, que la possession de trente ans soit une possession utile pour prescrire, et elle ne peut plus servir à la prescription quand elle est fondée sur des actes de tolérance. Une servitude, bien que continue, ne s'établirait donc pas par prescription si la possession était une possession de tolérance.

Le principe est certain, puisqu'il est écrit dans la loi. Mais l'application n'est pas sans difficulté. Quand y a-t-il possession de pure tolérance ? La loi ne la définit pas, c'est donc une question de fait ; on essaierait vainement d'établir un principe en cette matière. Ainsi on a dit que la possession ne serait plus de tolérance si la servitude causait une incommodité réelle au propriétaire de l'héritage assujetti, et si ce dernier avait un intérêt sérieux à s'y opposer (1). Il nous semble que l'idée de tolérance ou de fami-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 80 et note 14.

liarité implique des liaisons d'amitié ou du moins de bon voisinage. Par suite le juge doit surtout considérer la nature des rapports qui existent entre voisins ; ils ne toléreront rien s'ils sont ennemis, ils toléreront tout s'ils sont amis. Il n'y a pas moyen de généraliser là où tout dépend des relations individuelles. Des fenêtres percées dans le mur pignon d'une maison, et donnant une vue directe sur le toit de la maison voisine, sont-elles des jours de souffrance ? La cour de cassation a décidé la question affirmativement, mais elle a eu soin de constater que la cour d'appel avait déclaré en fait que le prétendu droit de vue réclamé par le demandeur ne pouvait être considéré que comme un acte de tolérance (1). La question reste donc toujours une question de fait. Il a été jugé encore que l'existence de barrières sur un chemin ne prouvait pas que celui qui les avait établies jouissait d'un droit de servitude ; les juges du fait avaient reconnu que la commune avait toléré les barrières pour faciliter la garde du bétail au pâturage (2). Il est inutile de donner d'autres applications, tout dépendant des circonstances de la cause.

206. Voici cependant une question de droit. On suppose que celui qui ouvre une fenêtre sur le fonds de son voisin reconnaît par un écrit que sa possession n'est que de simple tolérance : cette reconnaissance formera-t-elle obstacle à la prescription ? L'affirmative est généralement admise, et l'article 2232 semble même ne laisser aucun doute : s'il est constaté par l'aveu même de celui qui exerce la possession, que sa jouissance est de pure tolérance, il en résulte que la possession n'est plus une possession dans le sens légal du mot, et qu'elle ne peut pas fonder de prescription : l'article 2232 le dit. Il y a toutefois des raisons de douter. L'article 2248 prévoit le cas où le possesseur qui prescrit reconnaît le droit de celui contre lequel il prescrit, et il n'attache à cette reconnaissance que l'effet d'interrompre la prescription. Ne faut-il pas appliquer cet article à notre espèce ? Non, car celui qui reconnaît que

(1) Arrêt de rejet du 24 décembre 1838 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 474, 5°).

(2) Arrêt de rejet du 15 juin 1868 (Daloz, 1868, 1, 433).

sa possession est de tolérance fait plus que reconnaître le droit de son voisin à la liberté de son fonds, il avoue que sa possession est vicieuse et qu'elle ne peut pas servir de base à la prescription; or, dès que la possession est vicieuse, elle reste telle et elle rend la prescription impossible. Ici on fait une nouvelle objection. L'article 2220, dit-on, défend de renoncer d'avance à la prescription; et n'est-ce pas y renoncer que de déclarer que la possession est de pure tolérance? Non, il n'y a aucune analogie entre la renonciation de l'article 2220 et la reconnaissance qu'un possesseur fait que sa possession est de pure tolérance. Celui qui renonce d'avance à la prescription y renonce dans la supposition qu'il pourrait s'en prévaloir, toutes les conditions requises pour la prescription étant accomplies. Tandis que celui qui reconnaît que sa possession est de tolérance constate que l'une de ces conditions fait défaut; il ne renonce pas à la prescription, il avoue qu'elle ne peut pas s'accomplir (1).

Quel sera l'effet de la reconnaissance à l'égard de ceux qui succéderont au possesseur du fonds qui l'a faite? S'ils sont des successeurs à titre universel, la reconnaissance de leur auteur leur nuira, en ce sens que la possession reconnue vicieuse par lui continuera à être vicieuse et empêchera toute prescription; tandis que les successeurs à titre particulier n'étant pas les représentants de leur auteur, rien n'empêche qu'ils ne commencent une possession nouvelle, bonne pour la prescription; seulement ils ne pourront pas joindre à leur possession celle de leur auteur, puisque celle-ci est vicieuse. Nous reviendrons sur ces distinctions au titre de la *Prescription*.

II. De la prescription des chemins publics au profit des communes.

207. Les communes peuvent-elles acquérir un passage par prescription? Cette question présente bien des difficultés. Il faut d'abord distinguer à quel titre la commune

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 80, note 16. Demolombe, t. XII, p. 272, n° 779 *ter*. Arrêt de rejet du 14 novembre 1853 (Daloz, 1854, I, 154).

réclame le passage. Le passage peut être un chemin public dans le sens propre du mot, c'est-à-dire que le terrain qui sert de passage appartient à la commune. Il est certain que la commune peut être propriétaire des chemins qui servent à la circulation des habitants, elle l'est même régulièrement; et il est tout aussi certain qu'elle peut acquérir la propriété par toutes les voies légales, donc par la prescription. En effet, la commune est une personne civile; comme telle, elle jouit des mêmes droits que les particuliers, en ce qui concerne l'acquisition de la propriété. Il n'y a de difficulté qu'en ce qui concerne la preuve, lorsque la commune fonde son droit sur la prescription. Nous examinerons la question plus loin.

Le passage peut-il aussi être dû à la commune à titre de servitude? Ici le doute commence. Le passage, alors qu'il s'exerce sur des terrains appartenant à des particuliers, est-il une véritable servitude? La commune est-elle soumise au droit commun en ce qui concerne l'acquisition du droit de passage, c'est-à-dire ne peut-elle invoquer la prescription? Les principes établis par le code civil ont-ils été modifiés par des lois spéciales, et quelle est la portée de ces modifications? Nous commençons par l'examen de ces questions.

a) Du passage à titre de servitude.

1. SYSTÈME DU CODE CIVIL.

208. On suppose que les habitants d'une commune exercent, comme tels, un droit de passage sur des fonds appartenant à des particuliers : est-ce là une servitude réelle de passage? Cette première question déjà est controversée. On objecte que l'un des caractères essentiels des servitudes fait défaut; il y a bien un héritage servant sur lequel le passage s'exerce, mais où est l'héritage dominant au profit duquel le passage existe? Les habitants pratiquent le passage, non pas comme propriétaires de fonds dominants, mais comme habitants de la commune; de sorte que ceux-là mêmes qui n'auraient aucune propriété dans la

CAPILLA ALFONCINA