

» d'une pièce de terre et d'une usine, je cesse pendant
 » quelques années de faire des actes de possession
 » sur l'une et sur l'autre; un tiers s'empare de ces
 » deux immeubles; j'exerce contre lui l'action pos-
 » sessoire dans le délai utile: par cela seul que l'un
 » des immeubles aura conservé les ruines d'un bâti-
 » ment détruit, le juge en expulsera le nouveau pos-
 » sesseur, tandis qu'il le maintiendra en possession de
 » l'autre immeuble! Aucune raison plausible, aucun
 » motif sérieux ne justifie à mes yeux cette diffé-
 » rence (1). »

Je conviens avec M. Dalloz que le possesseur annal dont il parle devra être maintenu dans l'une et l'autre pièce de terre (2), et il y a une raison aussi simple que tranchante, c'est qu'il a possédé les vestiges de la maison aussi bien que le sol lui-même; c'est qu'il a la saisine du tout de même que s'il eût possédé pendant l'année l'édifice non ruiné et en parfait état de conservation. Mais que M. Dalloz ne triomphe pas de cette concession que je lui fais: le cas qu'il pose est absolument étranger à la règle qui veut que les vestiges conservent la possession. Cette règle a été dictée au bon sens de tous les jurisconsultes, tant anciens que modernes, par un autre ordre d'idées (3). Elle n'est applicable que lorsque les travaux sont établis pour dominer le fonds d'autrui, pour conquérir un démembrement de la propriété d'un tiers, et que ce tiers, ne protestant pas contre ce signe de supériorité imposé sur son héritage, laisse subsister intacte la possession de son adversaire et se soumet tacitement à demeurer asservi.

(1) *Prescript.*, p. 249, n° 9.

(2) Voy. *suprà*, n° 245, l'arrêt de Lyon que je critique.

(3) On peut même dire qu'elle a été érigée en loi par Louis XIV, qui, dans sa déclaration du 6 mai 1680, dit que la conventualité ne se prescrirait pas dans les bénéfices, tant qu'il existerait des lieux réguliers (*Répert.*, v° *Prescript.*, p. 511, col. 1).

345. La possession ne laisse pas d'être continue, quoiqu'un obstacle physique et de force majeure la paralyse momentanément. Je renvoie à ce que j'ai dit ci-dessus, numéro 270, et aux principes que je développerai *infra*, numéros 541 et 549, relativement à l'interruption de la prescription.

Je me bornerai à citer ici un arrêt de la cour d'Amiens, en date du 17-mars 1825 (1).

« Considérant que l'objection opposée à cette pos-
 » session, tirée de son défaut de continuité et des in-
 » terruptions qu'elle a dû éprouver par les flots de la
 » mer, qui viennent de temps à autre couvrir ces
 » molières (lais et relais de la mer), s'écarte par cette
 » réflexion, que ces interruptions momentanées sont
 » un effet périodique de la nature, et non l'ouvrage
 » de l'homme; que, du moment où le possesseur re-
 » prend son terrain, aussitôt ou peu de temps après
 » la cessation de l'interruption, la possession ne cesse
 » pas d'être continue (2).

346. La continuité de la possession conservée par des vestiges est également inhérente à une plantation d'arbres, et, si ces arbres sont plantés à moindre distance que celle qui est prescrite par l'article 671 du Code Napoléon, leur durée trentenaire les met à l'abri de la disposition de l'article 672 du même Code (3).

On a objecté contre cette décision que la possession n'est pas uniforme dans sa continuité; que l'arbre, dans sa jeunesse, ne cause aucun préjudice au voisin; que ce n'est qu'après avoir pris son développement,

(1) *Dall.*, 28, 1, 342.

(2) *Junge* M. Vazeille, t. 1, p. 199 et 200, n° 179. Je cite un autre exemple analogue, *infra*, n° 409.

(3) M. Pardessus, *Servit.*, p. 292 et 293. M. Toullier, t. 5, n° 515. M. Vazeille, t. 1, p. 128 et 129. M. Duranton, t. 5, n° 590. *Cassat.*, req., 9 juin 1825 (*Dalloz, Servit.*, p. 50. *Sirey*, 26, 1, 176), et 9 juin 1825 (*Dall.*, 25, 1, 337 et 338), Toulouse, 9 décembre 1826 (*Sirey*, 27, 2, 210).

pendant trente années de croissance, qu'il étend ses branches au loin, et devient une cause de dommages (1).

Mais ce raisonnement est fautif. L'accroissement progressif de l'arbre est une condition de sa nature; le voisin a dû s'y attendre. La prudence lui faisait un devoir de réclamer; son silence équivaut à un acquiescement. C'est ainsi que, lorsqu'une servitude s'annonce et se conserve par des vestiges, le propriétaire qu'on veut asservir n'éprouve pas toujours un dommage actuel; mais la cause du dommage est là, menaçante et hostile pour l'avenir. Il ne faut pas attendre, pour se prémunir contre un danger, que le mal soit consommé: il faut savoir le prévenir. *Vigilantibus jura scripta sunt.*

Nous ferons observer, du reste, que le commencement de la prescription ne date pas invariablement du jour de la plantation des arbres. Cette plantation peut être ignorée du voisin; un mur peut la masquer, une haie épaisse peut en intercepter la vue. On devra se souvenir que la continuité n'est pas la seule condition requise pour la possession; qu'il faut aussi qu'elle soit publique (2): on interrogera donc les circonstances, pour connaître l'instant approximatif où l'arbre se sera montré à découvert (3).

(1) Duval, de *Reb. dubiis*, t. 8, p. 51. Mornac, *ad leg.* 15, D. *Fin. reg.*

(2) *Infrà*, n° 351.

(3) MM. Pardessus et Vazeille, *loc. cit.* Voy. un arrêt d'Amiens du 2 décembre 1821, dans Sirey, 22, 22, 97. Du reste, je dois faire remarquer que, d'après la jurisprudence, celui qui a acquis le droit de conserver des arbres à haute tige, plantés à une distance des fonds voisins moindre que la distance légale, n'a pas acquis le droit de les remplacer par d'autres dans le cas où ces arbres viendraient à périr ou à être arrachés. Rennes 19 juin 1838, Bourges 8 décembre 1841, Douai 14 avril 1845, Caen 22 juillet 1845; *Rej.* 28 novembre 1853 (*Devill.*, 58, 2, 526; 42, 2, 453; 45, 2, 305; 46, 2, 609; 54, 1, 37). Mais c'est un point sur lequel les auteurs sont loin d'être d'accord.

347. L'arbre ayant une fois acquis le droit d'être respecté, le propriétaire voisin, qui est incommodé par l'avancement de ses branches, pourra-t-il contraindre celui à qui il appartient à les couper, s'il a souffert pendant trente ans qu'elles couvrirent de leur ombre son héritage?

M. Pardessus (1) énonce que la prescription ne peut être invoquée, et il justifie cette proposition par la citation d'un arrêt de la Cour de cassation (2) du 31 septembre 1810. Mais cette décision est citée à tort; elle est rendue dans une espèce où l'on ne s'était pas prévalu de la prescription contre le droit de faire couper les branches faisant saillie. La Cour de cassation en fait elle-même l'observation.

M. Vazeille suit l'opinion de M. Pardessus, en la motivant avec plus de développement (3); il pense que l'extension des branches est trop lente et trop successive pour constituer une possession continue. D'ailleurs le propriétaire sur le fonds duquel tombent les fruits a le droit de les garder, et l'on peut fort bien supposer qu'il n'a souffert les branches au-dessus de son sol qu'à raison de cet émolument qu'il en attendait.

Mais ces raisonnements ne sont pas suffisants pour faire rejeter la possession d'une manière absolue.

D'abord, je dis que le droit du voisin de faire couper les branches incommodes par leur extension n'est pas une simple faculté, car il se traduit en une action (4), et dès lors il est autre chose qu'une faculté qui, comme j'ai dit ci-dessus, se résout en pur fait (5).

Ensuite, pourquoi la possession des branches qui viennent ombrager le fonds limitrophe, et qui font

(1) P. 296, n° 196.

(2) Dalloz, *Servit.*, p. 51. Sirey, 11, 1, 81.

(3) P. 132.

(4) Art. 672, C. Nap.

(5) Nos 112 et 121.

partie même de l'arbre, propriété de celui sur le sol duquel il est planté, ne serait-elle pas continue? Est-ce parce qu'elles ont en elles le principe d'un développement progressif? Mais nous avons vu tout à l'heure que ce n'est pas là une objection sérieuse (1). Sans doute, tant que les branches ne seront pas assez avancées pour faire dommage, la prescription ne commencera pas. Mais nous supposons que leur croissance est parvenue à un degré suffisant pour motiver l'application de l'article 672 du Code Napoléon. Eh bien! nous disons que, dans cette hypothèse, le développement ultérieur des branches ne change rien à la continuité de la possession. Quoi donc! vous pouviez demander la coupe de ces branches lorsqu'elles étaient moins grandes; votre intérêt était déjà né, il était pressant; et cependant vous l'avez négligé; vous avez souffert pendant dix ans que le mal fit des progrès qui étaient dans sa nature et que vous deviez prévoir, et vous prétendez trouver une excuse dans votre silence obstiné, silence que n'a pu vous déterminer à rompre le dommage devenu de jour en jour plus considérable!!!

Après cela, il faudra voir si, dans le cours de trente ans, les branches n'ont jamais été émondées, si le propriétaire de l'arbre n'a pas comprimé leur essor pour prévenir les réclamations du voisin: dans ce cas, la possession ne pourra être qualifiée de possession continue. Mais, s'il n'y a eu aucune interruption dans leur développement dommageable sur le fonds qu'elles ombrageaient, la question de continuité ne me paraît pas douteuse.

On pourra aussi tenir compte des circonstances accessoires. M. Vazeille en fait valoir une qui n'est pas sans gravité: le droit de percevoir les fruits tombés naturellement. Il ne sera pas impossible d'y voir la preuve d'une simple tolérance intéressée de la part de celui qui a cru que la cueillette de ces fruits le dé-

(1) *Suprà*, n° 546.

dommageait de l'ombre que cet arbre lui apportait; mais, si l'arbre ne donne pas de fruit, ou si ce n'est pas un fruitier, que deviendra l'objection de M. Vazeille?

548. Nous verrons, sous les articles 2234 et 2235, d'autres questions qui se rattachent à la continuité de la possession.

549. Passons maintenant à la seconde condition exigée par notre article, c'est que la possession ne soit pas interrompue.

La non-interruption de la possession se lie à sa continuité: il n'y a pas de possession continue si elle est interrompue; mais l'interruption s'entend plus particulièrement d'une solution de continuité opérée par le fait d'autrui ou par la reconnaissance émanée du possesseur. Nous renvoyons à l'article 2263 et suivants les explications auxquelles nous devons nous livrer sur l'interruption naturelle et l'interruption civile.

550. La troisième condition pour que la possession engendre la prescription, c'est qu'elle soit paisible.

On entend par possession paisible celle qui n'est pas viciée par la violence, et qui n'est pas troublée par un droit rival réclamant contre elle; mais ceci a besoin d'explication.

Il y a des auteurs qui confondent la possession paisible avec la possession non interrompue; de ce nombre est Pothier (1). Brodeau, en commentant l'article 113 de la coutume de Paris, qui voulait que le possesseur eût joui *franchement et sans inquiétation*, disait aussi: « Si nous cherchons en droit la force et » l'énergie des mots *inquiéter* et *inquiétation*, dont » use la coutume, nous trouverons que c'est un trouble, une vexation, une interpellation, une demande judiciaire. Ulpien, en la loi 3, § 1, D. *de Liber. legatá*, dit: *Dum à correo meo petitur, ego INQUIETOR*;

(1) *Prescript.*, n° 58.

» le même, en la loi unique, D. *Utrubi: Ut is in hoc*
 » *interdicto vincat, qui nec vi nec clam, nec precario,*
 » *dum super hoc ab adversario INQUIETATUR possessio-*
 » *nem habet;* le même, en la loi 49, § 1, D. *Si quid*
 » *in fraude patron. : Emptorem non esse fabianá INQUIE-*
 » *TANDUM,* etc., et nos lois usent souvent de ce mot en
 » matière de prescription, comme en la loi, C. *de*
 » *Præscript. longi temporis,* et Paul, lib. 5, *Sent.*, t. 2,
 » *de Usucap.*, § ult. Je laisse les autres textes cités par
 » M. Brisson, lib. 9, *de Verb. signif.*, ce qui induit
 » que l'inquiétation ne se fait point par un simple
 » acte extrajudiciaire, etc. (1) » Puis il ajoute (2) : Tout
 » ce qui a été dit ci-dessus est de l'inquiétation ou in-
 » terruption civile; quant à l'interruption naturelle,
 » elle empêche sans difficulté la prescription. *Quum*
 » *quis de possessione vi dejicitur, vel alieni res eripitur,*
 » *quo casu non adversus eum tantum, qui eripit inter-*
 » *rumpitur possessio, sed adversus omnes.* (L. 5. *de Usur-*
 » *pat.*) »

On voit par là que Brodeau ne fait pas de différence entre l'inquiétation et l'interruption.

Mais je n'hésite pas à dire que l'article 2229 a un autre sens. Avant d'exiger une possession paisible, cet article avait déjà imposé la condition d'une possession non interrompue : il n'y a pas de pléonasme dans sa rédaction, et ce serait lui en prêter un que de faire rentrer la possession paisible dans la possession non interrompue. Quelle pensée a-t-il donc voulu exprimer ?

D'abord, pour que la possession soit paisible, il faut que, dans son origine, elle ne soit pas viciée par la violence; c'est ce que les anciennes coutumes exprimaient par ces mots : *nec vi* (3), empruntés à une for-

(1) Sur Paris, art. 113.

(2) *Loc. cit.*, n° 4, *in fine.*

(3) Loisel, liv. 5, t. 4, n° 10. Cout. de Valois, art. 116. Voy. *suprà*, n° 300 (note).

mule des prêteurs romains (1). Nous verrons bientôt que l'article 2233 exprime la même idée.

Mais il ne suffit pas que la possession soit exempte de violence pour qu'elle soit paisible, sans quoi nous trouverions ici un nouveau pléonasme entre l'article 2229 et l'article 2233. Une possession peut échapper au reproche de violence, et cependant n'être pas paisible. Par exemple, il est certain, en droit, qu'il n'y a de possession violente que celle qui a été conquise par la force, et qui a, à son origine, la souillure de la violence. Quant à celle qui, paisible dans son berceau, se conserve par la force, elle n'est pas violente dans le sens de l'article 2233, d'accord avec les lois romaines (2). Qui ne comprend, en effet, que le possesseur a le droit de repousser celui qui veut lui enlever sa jouissance, et qu'il ne commet pas un acte blâmable en se maintenant dans sa possession ? S'il n'est troublé qu'une fois ou deux, dans le cours de longues années, par des tentatives d'usurpation, et qu'il les ait comprimées par la force, non-seulement sa possession ne sera pas violente, mais elle sera paisible; car ces troubles n'ont rien eu d'assez grave et d'assez fréquent pour constituer une véritable et sérieuse *inquiétation*. Mais supposons que le possesseur soit tous les ans vexé par un rival qui, se proclamant hautement propriétaire, descend en armes sur les lieux, s'empare des récoltes, et qu'il faille autant de fois livrer combat pour vaincre ses agressions : assurément, on fausserait le sens naturel des mots, si l'on soutenait que ce possesseur, quoique n'ayant pas laissé interrompre sa possession, quoique n'étant pas même un possesseur violent, est cependant un possesseur paisible (3). Les

(1) *Nec vi, nec clam, nec precario.* Ulp., liv. 1, § 9, D. *ut possidetis.*

(2) *Infrà*, n° 418, et *suprà*, n° 336. Sic M. Marcadé, art. 2229-2234, n° 4.

(3) *Infrà*, n° 546.

contradictions ont été trop réitérées et trop flagrantes pour ne pas rendre sa jouissance inquiète. Une possession qui ne peut se défendre que les armes à la main, qui ne se soutient que par la supériorité des forces, n'est pas une possession paisible. Sans doute, je ne voudrais pas aller jusqu'à dire avec l'empereur Constantin : « *Eam dici legitimam possessionem quæ OMNIUM ADVERSARIORUM SILENTIO ET TACITURNITATE FIRMATUR* (1) : » c'est aller beaucoup trop loin, et quelques réclamations isolées et réduites au silence, quelques voies de fait repoussées par des voies de fait contraires, ne devraient pas être considérées comme rendant la possession inquiète et agitée; il n'y a pas de propriétaire qui soit à l'abri de ces troubles passagers. Mais si les contestations étaient éclatantes et geminées, si la possession n'avait été qu'une longue dispute accompagnée de voies de fait, de rixes, d'empiétements ou d'entreprises, elle manquerait de ce caractère pacifique que l'article 2229 exige d'elle. Au surplus, les circonstances doivent être consultées avec soin par le juge. Nous n'avons pas eu la prétention de donner ici un tableau qui exclue tous les autres cas de trouble; notre but a été de montrer la différence qui existe soit entre l'article 2229 et l'article 2255, soit entre la troisième et la deuxième condition exigée par le premier de ces articles.

351. Il faut, en quatrième lieu, que la possession soit publique, *nec clàm*.

La clandestinité est un obstacle radical à la prescription; car les intéressés qui n'ont pas connu la possession, occupée de se dérober aux regards, sont excusables de ne l'avoir pas empêchée.

Qu'est-ce que la clandestinité? *Clàm possidere eum dicimus qui furtivè ingressus est possessionem, ignorante eo quem sibi controversiam facturum suspicabatur,*

(1) L. *Nemo*, 10, C. de Acq. posses.

et ne faceret, timebat (1). La coutume de Melun (2) définissait ainsi la possession publique : « *Quand aucun a joui, au vu et au sçu de tous ceux qui l'ont voulu VOIR ET SCAVOIR* (3). »

C'est pourquoi si quelqu'un, pour agrandir ses caves, en a fouillé une sous le terrain de la maison voisine, et l'a unie aux siennes, sans que le propriétaire s'en soit aperçu, et si, depuis, il a vendu sa maison *telle qu'elle se poursuit et se comporte*, quoique l'acquéreur ait possédé de bonne foi la cave qui a été fouillée ainsi qu'il vient d'être dit, il ne pourra l'acquérir par la prescription, cette possession n'étant pas une possession publique (4). L'article 253 de la coutume d'Orléans disait : « *Fouillement de terre, grattement....., n'attribuent, par quelque laps de temps que ce soit, droit de possession à celui qui aura fait ladite entreprise* (5). »

352. La question suivante a été soulevée devant la cour impériale de Paris, et elle y a été décidée par un arrêt du 28 février 1821 (6), dont il est important de discuter les conséquences, parce que la difficulté se présente fréquemment dans les contrées où la propriété est fort divisée.

Devesvres, propriétaire d'un champ anciennement composé de trente-six perches, reconnu, par suite d'un arpentage, qu'il n'en contenait qu'environ vingt-

(1) L. 6, D. de Acq. posses. Cujas, sur cette loi, p. 1288, col. 1, Dunod, p. 31.

(2) Art. 170.

(3) Voy., au surplus, les *Pand.* de Pothier, sur le titre : *Quod vi aut clàm* (t. 1, p. 234). Voy. *infra*, n° 508, un exemple remarquable.

(4) Pothier, *Prescript.*, n° 57.

(5) *Junge* arrêt du parlement de Paris du 16 juin 1755, rendu dans une espèce à peu près semblable à celle rapportée par Pothier. (*Répert.*, *Prescript.*, p. 529).

(6) Dalloz, *Prescript.*, p. 249. *Palais*, t. 25, p. 164. Sirey, 22, 116. *Junge* autre arrêt, 30 novembre 1825. *Palais*, t. 15, p. 681.

huit. Cette diminution de contenance provenait, suivant lui, d'empiétements successifs opérés par Martin et Legris, dont le champ limitrophe s'était agrandi, par ce moyen, bien au delà de leurs titres. Assignés par Devesvres, ces individus opposèrent la prescription, et offrirent la preuve d'une possession trentenaire. Mais le tribunal de première instance de la Seine déclara cette offre inadmissible, attendu qu'il s'agissait d'usurpations graduelles, presque toujours imperceptibles, et ne donnant lieu qu'à une possession clandestine; qu'une pareille possession, quelque longue qu'elle soit, ne peut jamais faire supposer, de la part du propriétaire, l'abandon de ses droits.

Sur l'appel, voici comment Devesvres soutenait le bien jugé.

L'article 2229 exige que la possession réunisse plusieurs conditions.

Il faut d'abord qu'elle soit continue; or, il est sensible que celle des appelants, variable et mobile de sa nature, manque de ce caractère : la continuité d'une telle possession échappe presque toujours à l'observation, et les témoignages sont impuissants pour l'établir d'une manière certaine.

Il faut, de plus, que la possession ne soit pas équivoque; mais, dans l'espèce, comment Martin et Legris pourraient-ils établir l'origine de leur possession, les progrès qu'elle a faits, l'époque précise qui doit servir de point de départ pour la prescription de chaque section du terrain usurpé?

Enfin, il faut la publicité; mais cette condition est nécessairement écartée par la nature même de la possession, qui prend naissance dans les usurpations sur le fonds d'autrui. On sent en effet que cette possession est environnée de mystère, lente, imperceptible dans sa marche.

Sur ces raisons, la cour impériale confirma les motifs des premiers juges.

Je n'affirmerai pas que le tribunal et la cour ont

agi avec trop de promptitude; car dans des questions qui gisent tout entières en faits, l'exposé succinct que donnent les arrêstistes ne fait pas pénétrer assez profondément dans le cœur de l'affaire, pour en parler comme le ferait le témoin des débats. Néanmoins il me semble, du moins en prenant le procès dans l'état retracé par les recueils, que les magistrats ont peut-être préjugé un peu trop brusquement le résultat de l'enquête offerte par les appelants, et supposé en fait ce qui était en question. Les appelants articulaient que, depuis trente ans, ils possédaient publiquement et paisiblement six perches de plus que la contenance indiquée par leurs titres : c'était offrir de justifier que les usurpations avaient précédé le point de départ de la prescription, et assurément rien n'était plus pertinent que de telles conclusions. Néanmoins le tribunal et la cour raisonnent comme si les usurpations avaient eu graduellement lieu pendant les trente ans. N'était-ce pas déplacer la question et faire grief aux appelants? Presque toujours les contenance indiquées dans les anciens titres sont inexactes, et l'on sait que rien n'est plus variable que les résultats obtenus par les arpentages (1) : il ne faut donc pas se faire un système trop exclusif de détacher les actes écrits du fait de la possession, et de donner toute l'autorité aux titres et rien aux jouissances longtemps respectées; car, à ce compte, il n'y aurait presque pas de propriétaire qui ne fût taxé d'usurpation, pas de champ qui ne fût la matière d'un procès, pas de limites qui ne devinssent une cause de disputes, de troubles et d'inquiétudes. La possession est ordinairement la meilleure interprète des titres; elle supplée à leurs inexactitudes, elle crée un ordre de choses respectable, et donne des droits précieux. Il faut en tenir grand compte, et je crois que la cour de Paris a

(1) Voy. mon *Comm. de la Vente*, t. 1, nos 338 et 339.

eu pour elle trop de dédain dans l'espèce dont il s'agit.

553. La cour craignait-elle que la preuve dans laquelle les appelants demandaient à s'engager ne fût trop difficile à faire? Il est possible que cela fût ainsi dans le cas particulier; mais il ne faudrait pas conclure de ce cas à d'autres. Les cultivateurs ont ordinairement sur les limites des héritages des données positives. Un buisson, un fragment de haie, une pierre, un arbre, un alignement, un point quelconque de repaire, peuvent indiquer le point extrême où la culture s'arrête depuis trente ou quarante ans, et, dans ce cas, la prescription doit faire maintenir ces limites, quand même elles seraient hors des contenances fixées par les titres. Le parti le plus prudent est donc d'attendre le résultat des enquêtes. Si elles déposent d'une possession continue, publique, dans des limites connues depuis trente ans, il ne faudra pas hésiter à se prononcer en faveur de la prescription, quand même le terrain disputé serait de peu d'importance; l'on n'écoutera pas surtout le propriétaire voisin, qui prétendra qu'à raison de l'exiguïté de la parcelle, l'usurpation a échappé à sa surveillance, et qu'ainsi la possession manque de publicité: on ne saurait, en effet, transformer en actes clandestins une jouissance qui s'est produite au grand jour, et ce serait tout renverser que de mettre sur le compte de la ruse d'autrui la négligence dont on s'est rendu coupable envers soi-même. Mais si les témoins ne peuvent indiquer depuis combien de temps les anticipations ont eu lieu; s'ils laissent croire que, pendant les trente ans, elles se sont avancées d'une manière lente, occulte, imperceptible (1), on rejettera la prescription, et l'on s'en

(1) Voy. argum. de l'art. 556 du C. Nap. *Junge* MM. Solon, *Servitude*, n° 74; *Pardessus*, t. 1, n° 126; *Garnier*, *Act. posses.*, p. 162; *Augier*, *Encycl.*, t. 5, p. 249, n° 2; *Carou*, *Act. posses.*, n° 67.

référer aux énonciations contenues dans les titres.

Toutefois, je crois que ces énonciations ne feront loi que lorsqu'il y aura des indices intrinsèques d'anticipation; car, je le répète, les indications de consistance sont habituellement trop fautives pour s'y arrêter aveuglément, surtout quand il s'agit de titres rédigés à des époques reculées, et où les mesures n'étaient peut-être pas les mêmes que celles qui plus tard ont été mises en vigueur. En un mot, il faut presque toujours quelque chose de plus que des titres, dans lesquels la loi suppose facilement une erreur d'un vingtième, pour se plaindre d'une usurpation (1).

554. Je sais que quelques auteurs font une distinction entre les empiétements d'une certaine importance et ceux qui portent sur des quantités minimales. S'agit-il d'un espace de terrain qui peut passer d'un champ à un autre sans qu'on s'en aperçoive aisément? ils considèrent comme clandestine la possession même trentenaire; mais, si le terrain est plus considérable, si le déficit a été sensible, ils consentent plus facilement à laisser régler la limite des héritages par la longue possession (2). On peut fortifier cette distinction de la disposition de la fameuse loi *Quinque pedum*, au C. *Finium regundor.*, qui, à ce que l'on croit, déclarait imprescriptible le petit terrain de cinq pieds qui, chez les Romains, séparaient les héritages voisins. Mais, d'abord, cette loi est fort obscure; Accurse avouait ne pas la comprendre, et, pour s'en excuser, il racontait que Pierre Abeilard, ce subtil argumentateur, qui savait toutes les choses qu'on savait de son temps, et qui se vantait de donner le vrai sens de quelque loi qu'on lui proposât, ne laissa pas de rester court sur uné loi si courte, et fut contraint de dire *nescio*, avouant en ce point son ignorance. Les interprètes

(1) Art. 1619.

(2) *Dunod*, p. 85 et 98. *Henrys*, t. 2, p. 559. *M. Vazeille*, t. 1, p. 50.

plus modernes ont cru qu'elle ne rejetait que la prescription de dix et vingt ans, et non la prescription de trente ans, et c'est l'opinion de Cujas (1), de Fachin (2), de Bretonnier (3). Enfin, quel que soit le sens de cette loi, elle peut tenir à des usages nationaux qui ne sont pas adoptés chez nous. Dunod fait mention d'un arrêt du parlement de Dijon rendu entre les chartreux et les religieux de Cîteaux, par lequel, sans s'arrêter aux limites désignées dans les anciens titres, il fut dit que la délimitation serait faite suivant l'ancienne possession (4). Henrys cite une décision semblable émanée du siège près lequel il exerçait les fonctions d'avocat du roi (5). Il n'y a pas de jour où la question ne soit jugée de même par la cour de Nancy, située au milieu d'un ressort où les terres ont une grande valeur, et où les moindres parcelles du sol sont disputées par les cultivateurs avec une passion qui atteste le vif sentiment de la propriété dont est imbuë cette population laborieuse. Pour le petit propriétaire, un sillon a une valeur très-grande, et il ne faut pas juger les intérêts de la classe agricole par les habitudes de la grande propriété. Considérable ou minime, le terrain litigieux doit être jugé d'après des principes identiques, et l'exiguïté de l'empiètement n'est pas une raison de le réputer clandestin. Tout dépend, encore une fois, des faits prouvés par les enquêtes. Y a-t-il eu publicité dans la possession? on dira, avec Dunod (6), au propriétaire qui prétend que sa surveillance a été en défaut: « Les personnes intéressées n'ont pas d'excuse en ce cas; elles sont présumées avoir su ce qu'elles ont vraisemblablement

(1) Paratitle, sur le titre du C. *Finium regund.*

(2) *Controv.*, p. 658, lib. 8, cap. 35.

(3) Sur Henrys, *loc. cit.*, p. 541, n° 9.

(4) P. 98.

(5) Il est vrai qu'elle fut rendue sur ses conclusions contraires (*loc. cit.*)

(6) P. 33.

» pu savoir; il faut s'informer de ce à quoi l'on a intérêt. Si on ne l'a pas su, on a dû le savoir quand l'acte est public: *Nec enim perpetua cujusquam ignorantia ferenda est, quæ potest discuti, et magna negligentia culpa est.* » Toutes les fois qu'une chose se fait publiquement, la clandestinité est exclue, et l'on présume la connaissance de l'acte chez ceux qui avaient intérêt à le connaître: *Præsumitur enim scientia in his quæ publicè fiunt* (1).

355. On peut encore citer comme exemple de possession clandestine celle du propriétaire dont les arbres poussent des racines souterraines dans le fonds voisin: celui dont l'héritage est gêné par ces excroissances a droit de les couper, aux termes de l'art. 672 du Code Napoléon. On ne pourrait par conséquent lui opposer une possession trentenaire: il n'a pas été obligé de fouiller son fonds pour savoir ce qui se passait au-dessous de la surface du sol, et le séjour des racines en terre a été clandestin pour lui (2).

D'ailleurs, je pense que le droit de couper les racines est de pure faculté; il ne se traduit qu'en fait, et pas en action. Sous ce nouveau rapport, aucune prescription ne saurait militer contre lui (3).

356. Si la possession a été clandestine dans le commencement, elle peut devenir plus tard publique et manifeste. Dès ce moment, elle est utile pour prescrire: c'est l'argument qu'on peut tirer de l'article 2233 du Code Napoléon (4). Les lois romaines qui décident le contraire, et que M. Vazeille ne me paraît pas avoir parfaitement comprises, n'arrivent à d'autres résultats que parce qu'elles n'envisagent que la possession nécessaire pour usucaper, laquelle exigeait la bonne foi (5).

(1) Glose sur la loi 5, C. *de Peric. tutor.* Dunod, p. 53.

(2) M. Vazeille, t. 1, p. 131.

(3) *Suprà*, n° 112 et 121.

(4) M. Vazeille, p. 52.

(5) Africanus, l. 40, § 2, D. *de Acq. posses.* Connanus, lib. 3, cap. 13, n° 9. *Infrà*, n° 527 et 419.

557. Mais la possession publique dans le commencement peut-elle impunément devenir clandestine dans son cours? ou bien dira-t-on que, si elle se cache pendant une partie de sa durée, elle sera insuffisante pour prescrire?

Les lois romaines ont expressément prévu ce cas, et elles se prononcent en faveur du possesseur : *Is autem qui quum possideret non clam, se celavit, in eâ causâ est ut non videatur clam possidere. NON ENIM RATIO OBTINENDÆ POSSESSIONIS, SED ORIGO NANCISCENDÆ EXQUIRENDA EST.*

Africain nous a donné un exemple de cette règle.

J'achète de bonne foi auprès de Titius un esclave qui vous appartient, et je le possède après qu'il m'a été livré; mais plus tard j'apprends que vous en êtes propriétaire, et je le cache pour que vous ne le réclamiez pas : je ne dois pas être considéré comme possesseur clandestin (1).

Dunod adopte cette décision (2), ainsi que Pothier, trop enclin, en cette matière, à faire plier son esprit, ordinairement si judicieux, à l'empire des lois romaines (3). On peut la fortifier par l'article 2269 du Code Napoléon, qui se contente que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition.

Je ne pense pas cependant que la décision des lois romaines puisse être suivie, et que l'argument tiré de l'article 2269 soit concluant. La publicité est exigée dans la possession pour qu'elle frappe par son évidence celui auquel on prétend se substituer. Mais ce but est-il rempli si le possesseur, inquiet d'une publicité momentanée, s'efforce de dissimuler son droit et de tromper la vigilance du propriétaire? Pourra-t-on supposer, en présence d'une jouissance qui cherche à

(1) L. 40, § 2, de Acq. posses. Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 122, n° 8.

(2) P. 52.

(3) *Possession*, n° 28.

s'envelopper de ténèbres, que le propriétaire a renoncé à son droit?

On argumente des dispositions spéciales du Code Napoléon en matière de bonne foi; mais quelle différence! La bonne foi est une condition toute personnelle au possesseur; elle n'est qu'une opinion, une croyance intérieure; c'est le sentiment du droit chez celui qui a un juste titre. Mais cette circonstance n'est pas requise pour éclairer le tiers contre qui court la prescription; il est donc indifférent pour lui qu'elle s'affaiblisse, ou même qu'elle disparaisse tout à fait. Mais il n'en est pas de même de la publicité de la possession : c'est là une condition destinée à réagir sur lui, à le mettre en éveil, à solliciter son attention; si elle est supprimée, ou, ce qui est la même chose, si on la réduit à un simulacre puéril, le but de la loi n'est pas rempli, et la prescription n'est plus qu'un piège tendu à la propriété (1). « Par cette règle générale, la possession ni la prescription, dit Coquille (2), ne sont » considérables, quand les actes ne sont ordinaires, » *continus et BIEN APPARENTS, et si la science de celui » qui y a intérêt n'y est (3).* » Quand la possession flotte entre des intermittences de publicité et de clandestinité, son incertitude la rend équivoque, et par conséquent vicieuse, comme nous le verrons aux numéros 359 et suivants.

558. Suivant Dunod (4), on doit être plus exigeant sur les preuves de publicité lorsqu'il s'agit de droits incorporels, par exemple, d'usage et de servitude. Cet avis de Dunod était surtout excellent sous l'empire des coutumes qui autorisaient l'établissement de servitudes discontinues et non apparentes par la prescription; mais on sait que le Code s'est montré plus dif-

(1) C'est aussi l'avis de M. Vazeille, n° 48.

(2) Sur Nivernais, tit. 4, art. 15.

(3) *Infrâ*, n° 508.

(4) P. 33.