

même qu'il serait fondé sur un titre, et la *vaine pâture* de l'article 11 qui, lorsqu'il est fondé sur un titre, exclut la clôture? Nous avons essayé d'établir un principe; mais l'application n'est pas sans difficulté. Si nous en croyions la jurisprudence des cours de Belgique, la question serait une question de fait, abandonnée, comme telle, à l'appréciation du juge. Qu'est-ce que la vaine pâture? La loi de 1791, dit-on, la maintient, mais ne la définit pas, et le code pas davantage. Voici ce que nous lisons dans le code rural (titre I, section IV, art. 3) : « Le droit de vaine pâture dans une paroisse, accompagné ou non de la servitude du parcours, ne pourra exister qu'au lieu où il est fondé sur un titre particulier, ou autorisé par la loi ou par un usage local immémorial, et à la charge que la vaine pâture n'y sera exercée que conformément aux règles et usages locaux qui ne contrarieront pas les réserves portées dans les articles suivants. » Quand il y a un titre, c'est le titre qui fera la loi des parties, et par conséquent aussi des tribunaux; le titre décidera s'il s'agit d'un droit sur les secondes herbes qui n'admet pas le droit de se clore, ou s'il s'agit d'un droit simple de vaine pâture qui permet aux propriétaires de clore leurs héritages. S'il n'y a pas de titre, comment distinguera-t-on ces deux espèces de vaine pâture? C'est une question de fait, dit-on, puisque aucune loi ne définit la vaine pâture; de là suit que les tribunaux jugent souverainement en cette matière, et leurs décisions échappent au contrôle de la cour de cassation⁽¹⁾. Nous ne croyons pas que la définition de la vaine pâture soit une question de fait. L'article 11, qui est le vrai siège de la difficulté, définit clairement le vaine pâturage qui exclut le droit de se clore : c'est quand les prairies deviennent communes aux habitants après la récolte de la première herbe, en vertu d'un titre de propriété; tandis qu'il y a simple droit de vaine pâture, dans le sens de l'article 5, lorsque, conformément aux anciennes coutumes, le pâturage s'exerce sur les terres et les prairies

(1) Arrêt de Bruxelles du 9 décembre 1829, chambre de cassation (*Pasicrisie*, 1829, p. 318). Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 1^{er} mai 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 1, 378).

dépouillées de leurs récoltes. Nous disons conformément aux coutumes. On ne peut pas dire que les coutumes sont abolies par le code Napoléon; car l'article 648, qui maintient les servitudes de parcours et de vaine pâture, maintient par cela même la loi de 1791; or, cette loi dit que la vaine pâture *continuera* à subsister (art. 2), donc telle qu'elle existait dans l'ancien droit; et l'article 3, en ajoutant qu'elle sera exercée *conformément aux règles et usages locaux*, conserve aux coutumes leur force obligatoire en cette matière. Il y a donc des coutumes, ayant force de loi, qui définissent la vaine pâture; on peut les voir dans le *Répertoire* de Merlin. Donc il y a une définition légale de la vaine pâture : nous l'avons donnée plus haut. Nous allons voir que la cour de cassation de Belgique n'est pas restée fidèle à sa doctrine; elle a cassé un arrêt qui décidait qu'il n'y avait pas vaine pâture dans le sens de l'article 5. C'est dire qu'il y a des questions de droit, et elles donnent lieu à bien des doutes.

450. Y a-t-il un droit simple de vaine pâture lorsque les habitants ont le droit de vendre la seconde herbe? Le tribunal de Louvain, jugeant en appel sur une action possessoire, décida qu'il y avait vaine pâture, partant une jouissance précaire, non susceptible de prescription, ni d'être maintenue par l'action possessoire. Sur le pourvoi, intervint l'arrêt que nous venons de combattre; la question étant de fait, dit la cour, échappe au contrôle de la cour suprême. Il nous semble que le tribunal a mal jugé aussi bien que la cour. Dans l'espèce, il s'agissait d'un droit de pâturage exercé sur un héritage particulier, et non sur tous les fonds de la commune, ce qui exclut déjà l'idée d'une vaine pâture, laquelle implique une jouissance réciproque de tous les habitants sur tous les héritages. Et quel était le caractère du droit litigieux? Il ne consistait pas seulement dans le pâturage, il donnait à la commune le droit de vendre la seconde herbe. Voilà plus qu'une servitude, c'est une propriété, puisque le propriétaire a seul le droit de vendre. On ne peut pas dire que la propriété est un acte de tolérance, une jouissance à titre précaire. Un propriétaire permet-il aux habitants de vendre la se-

conde herbe que lui aurait le droit de vendre? le permet-il à titre de tolérance? On est en dehors du texte comme de l'esprit de la loi (1).

Ce n'est pas à dire que le droit de pâturage cesse d'être une vaine pâture par cela seul que ceux qui l'exercent sont en possession de vendre les secondes herbes. Il faut, pour déterminer la nature d'un droit, examiner ce qu'il est dans son essence. Si les habitants d'une commune ont le droit de pâturage dans tous les prés d'une commune après la première herbe, ce droit est une vaine pâture, alors même que de fait la commune vendrait les secondes herbes au lieu de les laisser pâturer; la vente des herbes n'est dans ce cas qu'un mode d'exercer le droit; celui qui a le droit de consommer les herbes a par cela même le droit de les vendre, du moins si tel est l'usage, car c'est la possession qui détermine le mode d'exercer les servitudes. Dans cette supposition, le pâturage restera vaine pâture, et par suite les propriétaires auront le droit de se clore, à moins qu'ils n'aient un titre qui leur donne droit aux secondes herbes.

451. Il y a une autre question sur laquelle la jurisprudence est divisée. Le pâturage est exercé, à une date fixe, le 24 juin à midi, dans des prés appartenant à un propriétaire, alors même que le foin ne serait pas fauché ni enlevé. De là la cour de Liège a conclu que ce pâturage n'était pas une vaine pâture, mais une pâture grasse et vive. D'où suivrait que nous ne sommes pas dans le cas de la servitude communale maintenue sous certaines restrictions par la loi de 1791, que la servitude est une servitude de pacage, et que par conséquent le propriétaire ne peut s'en affranchir par la clôture. Ce qui donne un grand poids à cette décision, c'est que le pâturage litigieux ne s'exerçait pas sur la généralité des prés de la commune, mais seulement sur certains prés, dits *prés de la Saint-Jean*. Cette circonstance est, à notre avis, déterminante, en ce

(1) Comparez le mémoire des demandeurs en cassation, signé par MM. D'Elhoungne père, D'Elhoungne fils et Dedryver (*Pasicrisie*, 1840, 1, 379). En sens contraire, Bruxelles, 14 août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 325) et 25 janvier 1845 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 60).

qui concerne le droit de se clore. Aux termes de l'article 648, le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait. Cela suppose que la vaine pâture est une servitude générale et réciproque. Donc dès qu'elle est particulière et déterminée à certains fonds, il n'y a plus de vaine pâture. Par suite, on rentre dans le droit commun qui régit les servitudes. Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si ce droit pouvait s'acquérir par la prescription; comme les faits de possession remontaient à une époque antérieure au code civil, la cour de Liège décida que la commune avait acquis par la prescription immémoriale le droit de pâturage qui lui était contesté (1).

Un second arrêt de la cour de Liège, rendu dans le même sens, fut déféré à la cour de cassation et cassé. Il y a un motif de douter. L'édit de 1771 considère comme vaine pâture le pâturage exercé dans une partie seulement des prairies d'une commune, aussi bien que celui qui s'exerce sur la généralité des prairies; il ne fait exception au droit de se clore que si la commune justifie par des titres valables qu'elle a droit à la propriété des prairies (art. 6) (2). La loi de 1791, il est vrai, ne reproduit pas cette disposition, mais l'article 11, qui maintient le droit sur les secondes herbes, est conçu en termes généraux, il ne distingue pas si le pâturage est général ou particulier. Ce qui semble décider la question. Néanmoins nous nous rangeons à l'avis de la cour de Liège. L'article 11 exclut le pâturage qui ne s'exerce que sur certaines prairies; en effet, il suppose que « les prairies devienent communes à tous les habitants. » Ce qui implique que toutes les prairies sont communes. L'article 10 est conçu dans le même sens. Quand un propriétaire a clos ses propriétés, son droit de pâturage est restreint proportionnellement: c'est la disposition de l'article 648 du code civil, et le texte comme l'esprit de ces

(1) Liège, 23 mars 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 176) et 16 janvier 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 53). Comparez Liège, 2 avril 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 96) et 3 février 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 221).

(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Vaine pâture*, § I (t. XVI, p. 325).

lois prouvent, ainsi que nous l'avons dit, que le droit de se clore ne peut être exercé que par celui qui, en fermant sa propriété, perd son droit de pâturage sur les autres propriétés; tandis que, dans la doctrine consacrée par la cour de cassation, celui dont les prairies seraient grevées d'un droit de vain pâturage, sans titre, pourrait se clore sans rien perdre.

La cour de cassation a raison en un point. Ce qui paraît surtout avoir déterminé la cour de Liège, c'est que le pâturage pouvant s'exercer avant la récolte de la première herbe constituait une pâture grasse ou vive, c'est-à-dire une servitude de pacage. Cela n'est pas exact. En effet, quand le pâturage s'exerçait à jour et heure fixes, le 24 juin à midi, c'est que l'on supposait qu'à la Saint-Jean la récolte était faite, et le plus souvent elle l'est; ce n'est donc qu'accidentellement que le pâturage avait lieu dans des prairies non fauchées; or, ce n'est pas sur une circonstance accidentelle que l'on peut se fonder pour caractériser un droit (1). L'article 10 de la loi de 1791 nous semble décisif contre l'interprétation admise par la cour de Liège. « Partout, dit-il, où les prairies naturelles sont sujettes au parcours et à la vaine pâture, ils n'auront lieu provisoirement que dans le temps autorisé par les lois et coutumes, et *jamais tant que la première herbe ne sera pas récoltée.* » Le pâturage ne cessait donc pas d'être une vaine pâture, alors même qu'il s'exerçait avant la récolte de la première herbe; seulement c'était là un de ces abus que l'édit de 1771 avait signalés, et que le législateur de 1791 voulut supprimer.

452. Reste à savoir ce qu'il faut entendre par *titre de propriété*: c'est l'expression dont le législateur se sert (art. 11). Sur ce point, la cour de Liège est également en dissentiment avec la cour de cassation. Le titre est-il un acte instrumentaire constatant l'établissement du droit de servitude? Ou les communes peuvent-elles aussi invoquer

(1) Arrêt de cassation du 26 décembre 1851, rendu sur les conclusions contraires de l'avocat général Delebecque (*Pasicrisie*, 1852, 1, 257), et sur renvoi, Gand, 22 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 15).

la prescription pour repousser le droit que les propriétaires réclament de se clore? La cour de cassation repousse la prescription tandis que la cour de Liège admet que la prescription forme un titre. Il est certain qu'en théorie la cour de Liège a raison. Le titre est tout fait juridique qui engendre un droit; donc la prescription est un titre. Mais la question est une difficulté de texte: est-ce que, en matière de vaine pâture, la loi de 1791 entend par *titre* tout fait juridique, et notamment la prescription? Le mot *titre* se trouve dans les articles 2 et 11. L'article 2 maintient les servitudes de parcours et de vaine pâture, « lorsqu'elles sont fondées sur un *titre* ou sur une *possession* autorisée par les lois et les coutumes. » Ici le mot *titre* se trouve opposé au mot *possession*; il est donc difficile d'admettre qu'il comprenne une possession quelconque. La *possession autorisée par les lois et les coutumes* se confond avec la prescription immémoriale; aujourd'hui, et d'après le code civil, il ne peut plus s'établir de vaine pâture par la prescription, puisque le pâturage est une servitude discontinuée. Il faut donc une possession antérieure au code pour qu'il y ait vaine pâture. C'est bien là une prescription immémoriale. A vrai dire, l'origine de la vaine pâture se perd dans la nuit des temps, et c'est presque toujours sur la possession qu'elle se fonde. Donc dans l'article 2, le mot *titre* ne peut pas signifier la *possession*, ni par conséquent la prescription.

Vient ensuite l'article 11, aux termes duquel tout propriétaire a le droit de clore ses héritages dans les paroisses où, *sans titre de propriété et seulement par l'usage*, les propriétés deviennent communes à tous les habitants. Ici le mot *titre* est opposé au mot *usage*. Qu'est-ce que cet *usage*? Ce ne peut être que la *possession autorisée par les lois et les coutumes*, dont parle l'article 2, car en dehors de cette possession et des titres, la vaine pâture est abolie. Donc le mot *usage* est synonyme de *possession* ou de *prescription*, et partant la prescription ne peut pas être comprise dans l'expression *titre de propriété*. Ce qui nous conduit à la doctrine consacrée par la cour de cassation: les propriétaires peuvent donc s'affranchir de la vaine pâ-

ture, par la clôture de leurs héritages, lorsque les communes n'invoquent que la longue possession (1).

Au premier abord, la loi, telle que la cour de cassation l'interprète, paraît en opposition avec les principes généraux de droit. En effet, sur quoi la prescription est-elle basée? Elle suppose qu'il y a eu une convention dont la preuve ne peut être administrée; dans ce cas, elle implique l'existence d'un titre. Ou elle suppose le consentement de celui contre qui l'on prescrit, ce qui aboutit à une convention tacite; donc encore un titre; et ce titre est même plus significatif que ne le serait un acte, un écrit, car il suppose un consentement qui s'est perpétué pendant de longues années. Pourquoi donc le législateur de 91 ne tient-il compte que des titres et pourquoi permet-il aux propriétaires de s'affranchir de la vaine pâture, quand elle est établie par la possession, c'est-à-dire avec leur consentement tacite? C'est que, dans l'espèce, la possession n'a pas le caractère exclusif qui lui appartient d'habitude. Quand pour la première fois un propriétaire a permis le pâturage sur ses prairies dépouillées de leur récolte, il l'a fait par tolérance ou indifférence; les habitants n'ont donc entendu acquérir aucun droit. Si cet état de choses se prolonge et se perpétue, le législateur maintient, à la vérité, la vaine pâture fondée sur cette longue possession, mais il ne la met pas sur la même ligne que la servitude acquise par titre, parce qu'il suppose toujours un élément de tolérance et par suite de précarité dans la possession. Il y a encore une autre considération : l'article 11 se sert des termes *titre de propriété*. Qui dit propriété dit droit particulier et exclusif portant sur un objet déterminé; le plus souvent le titre ne concerne que certaines prairies, ce qui constitue une servitude de pacage. Tandis que la possession s'étend sur toutes les prairies d'une commune, ce qui est la véritable vaine pâture.

453. L'article 11 est une disposition exceptionnelle, en ce sens qu'il permet au propriétaire d'un fonds grevé de

(1) Liège, 20 février 1861 et arrêt de rejet du 25 juillet 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 7).

servitude de s'en affranchir, en l'entourant d'une clôture. Toute exception est de rigoureuse interprétation; donc on ne peut étendre le droit de se clore à des servitudes de pâturage qui ne seraient pas comprises dans les termes de la loi de 91. Le principe n'est pas douteux (1); l'application a donné lieu à une difficulté qui s'est présentée en France et en Belgique, dans les mêmes circonstances, ce qui fait supposer qu'il s'agit d'un ancien usage qui s'est perpétué à travers les siècles. Dans tous les cas sur lesquels les tribunaux ont eu à statuer, les prairies étaient entièrement closes. Ce fait suffit déjà pour nous placer en dehors du code rural, car toutes les dispositions de la loi de 91 n'ont qu'un but, c'est de donner aux propriétaires le droit de se clore : ce qui implique des héritages non clos. Mais à un jour fixé, le 1^{er} août par exemple, l'on faisait une trouée à la clôture, après la récolte des premières herbes, afin que les habitants pussent y introduire leurs bestiaux et jouir de la seconde herbe. Ce n'est pas là un droit de pâturage sur des terrains ouverts, donc ce n'est pas une vaine pâture. C'est une servitude de pacage. La seule difficulté est de savoir si elle pouvait s'établir par la possession. Il y avait des coutumes qui n'admettaient pas la prescription en matière de pacage. La cour de cassation de France a décidé que cette servitude de pâturage avait pu s'établir par prescription. En effet, même dans les coutumes où la servitude d'usage ne s'acquerrait pas par titre, l'on reconnaissait qu'elle pouvait se prescrire du jour où il y avait eu contradiction. Or, la clôture des prairies témoignait que le propriétaire avait voulu s'affranchir du vain pâturage; mais il avait rencontré une résistance devant laquelle il avait été obligé de reculer; chaque année, les habitants forçaient la clôture; cette lutte aboutit à une convention expresse ou tacite qui permit aux communes de faire paître leurs bestiaux dans les prairies closes à partir d'un jour fixé. Ici la possession implique donc un

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 178 et note 25, et les autorités qui y sont citées.

titre, ce qui ne permet plus au propriétaire d'invoquer le bénéfice de la loi de 91 (1).

Dans une autre espèce, la commune jouissait d'un droit de vaine pâture sur l'universalité de son ban; ce droit s'arrêtait au 1^{er} avril. De plus, elle avait le droit de faire paître les bêtes aumailles et chevalines dans un canton spécial, au printemps jusqu'au 4 mai, en été du 24 juin au 6 juillet, en automne jusqu'à la levée des regains. Les propriétaires ne contestaient pas l'existence du droit de pâturage, mais ils soutenaient que c'était une servitude de vaine pâture qui ne pouvait s'exercer après le 1^{er} mars. La cour de Colmar décida que ce droit n'était pas une vaine pâture, bien que les prairies ne fussent pas closes. Cette décision est conforme à l'opinion que nous avons enseignée; elle est douteuse au point de vue de la jurisprudence. La cour de cassation l'a confirmée (2).

Il est hors de doute que la loi de 1791 cesse d'être applicable lorsque la commune a la copropriété des fonds grevés d'un droit de pâturage à son profit; car cette loi ne concerne que les servitudes de vaine pâture, et la copropriété exclut toute idée de servitude. La difficulté est de savoir quand il y a servitude, quand il y a copropriété. Il a été jugé qu'il y avait copropriété lorsque les habitants jouissent des secondes herbes en les vendant ou en les affermant par adjudication publique. Nous avons dit plus haut que, dans notre opinion, ce fait seul ne suffit point, puisque ce n'est qu'un mode d'exercer la vaine pâture. Dans l'espèce, cette jouissance ne pouvait être considérée comme une vaine pâture, parce que celle-ci était interdite par un règlement du parlement de Toulouse. De plus, la commune était portée sur le rôle des contributions pour un tiers de l'impôt. Ces circonstances ont paru suffisantes à la cour de cassation pour établir l'existence d'un droit de copropriété (3).

(1) Arrêts de rejet du 7 mars 1826 (Dalloz, au mot *Droit rural*, n° 57, 1^o) et du 27 avril 1859 (Dalloz, 1859, 1, 436). Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 25 juillet 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 7).

(2) Arrêt de rejet du 7 mai 1838 (Dalloz, au mot *Droit rural*, n° 57, 2^o).

(3) Rejet du 21 novembre 1841 (Dalloz, au mot *Droit rural*, n° 57, 3^o). Comparez Liège, 19 décembre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 324).

N° 3. CONSÉQUENCE DE LA CLÔTURE.

454. Aux termes de l'article 648, « le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait. » Ce principe est emprunté à la loi de 1791, dont les dispositions sont le commentaire du code civil. Chaque propriétaire peut envoyer à la pâture une quantité de bétail proportionnée à l'étendue du terrain qu'il possède dans la commune; elle est fixée à tant de bêtes par arpent, d'après les règlements et usages locaux, et à défaut de documents positifs à cet égard, il y est pourvu par le conseil de la commune (article 13). Quand un propriétaire clôt une partie de sa propriété, le nombre de têtes de bétail qu'il peut continuer à envoyer sur les terres particulières des habitants de la communauté est restreint proportionnellement, suivant la règle que nous venons d'établir (art. 16).

455. Reste à déterminer quand un héritage est clos. L'article 6 de la loi de 1791 répond à la question : « L'héritage sera réputé clos, lorsqu'il sera entouré d'un mur de quatre pieds de hauteur avec barrière ou porte, ou lorsqu'il sera exactement fermé et entouré de palissades ou de treillages, ou d'une haie vive, ou d'une haie sèche, faite avec des pieux ou cordelée avec des branches, ou de toute autre manière de faire les haies en usage dans la localité, ou enfin d'un fossé de quatre pieds de large au moins à l'ouverture et de deux pieds de profondeur. » Cette disposition n'est pas conçue dans des termes restrictifs; la clôture est donc une question de fait plutôt que de droit. Il s'est cependant élevé des difficultés dans l'application. Un propriétaire avait clos son terrain d'un côté par des piquets enfoncés dans le sol, à la distance d'un mètre les uns des autres, et reliés entre eux par des fils de fer et par des branches d'arbres, les intervalles étant remplis par des fascines et des broussailles, ce qui formait une espèce de haie morte. On objecta qu'elle n'était pas assez solide pour être à l'abri de la malveillance. Ces exigences dépassaient la loi; elle