

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

commune ont néanmoins le droit de passer sur le fonds servant; et là où il n'y a pas de fonds dominant, il ne peut être question d'une servitude. Il est très-vrai que les habitants exercent le passage, non comme propriétaires, mais comme habitants : c'est dire que le chemin de servitude est un vrai chemin public et que s'il constitue une servitude, elle appartient à la commune. Il nous faut donc voir si la commune peut avoir un droit de passage à titre de servitude.

La commune, être moral, peut être propriétaire; elle peut donc aussi posséder un démembrement de la propriété, tel qu'un usufruit, et partant une servitude. Mais, bien entendu, il faut que les conditions requises pour l'existence d'une servitude soient remplies. Il faut donc un héritage dominant. Il a été jugé qu'une commune pouvait avoir, à titre de servitude, le droit de tenir sa foire sur une propriété particulière, mais que cette servitude, étant discontinuë, ne pouvait s'acquérir par la prescription (1). Où est, dans l'espèce, le fonds dominant? Est-ce le territoire communal? Il faut s'entendre : la commune peut être propriétaire, elle l'est régulièrement des places publiques, elle peut avoir des biens communaux; mais ce n'est pas au profit de ce domaine public ou privé de la commune que la foire se tient, c'est dans l'intérêt des habitants. La commune peut-elle, au nom des habitants considérés comme propriétaires, stipuler une servitude? Nous le croyons. Si la commune est une personne civile, c'est comme organe des intérêts communaux, donc comme organe des habitants; c'est comme telle qu'elle acquiert, qu'elle possède; pourquoi ne pourrait-elle pas, au nom des habitants, stipuler une servitude en faveur de leurs fonds? Ce sont les habitants mêmes qui la stipulent par l'intermédiaire de la commune.

Pour les droits de passage, la question offre moins de doute. On peut considérer les servitudes de passage comme établies dans l'intérêt des chemins publics appartenant à la commune; en effet, d'ordinaire les sentiers de passage

(1) Riom, 30 décembre 1844 (Dalloz, 1846, 2, 88).

servent à relier entre eux des chemins publics, ou à donner accès à ces chemins. Dans ce cas, on peut dire à la lettre que le passage est dû à un bien qui se trouve dans le domaine de la commune; quoique les chemins publics soient hors du commerce, cela n'empêche pas que des servitudes ne puissent être établies au profit de ces voies de communication; de même qu'elles peuvent être grevées de servitudes, pourvu que ces charges ne soient pas un obstacle à la destination publique du chemin. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation de Belgique (1).

Cette manière de considérer les droits de passage ne suffit pas pour mettre fin à tout doute. Il se peut que le droit de passage ne soit pas l'accessoire d'un chemin, qu'il constitue lui-même une voie de communication et la seule qui existe dans la commune. Tel est le fait presque universel dans les Flandres. Lors de la discussion de la loi du 10 avril 1841 sur les chemins vicinaux, il a été dit, sans contradiction aucune, qu'il n'y avait pas un seul chemin vicinal dans ces provinces qui n'eût été établi par voie de servitude. Aussi dans tout le cours de la discussion, on qualifia de servitudes les passages que les communes exercent sur des terrains appartenant à des particuliers. Un membre de la Chambre des représentants définit ce droit en ces termes : « Le droit que peuvent avoir des habitants de passer sur un fonds appartenant à un autre. » La section centrale reconnut formellement que ces chemins de servitude étaient la servitude de passage qui, d'après l'article 691, ne peut s'acquérir par prescription. Il y a des arrêts rendus en ce sens par les cours de Belgique (2). On soutenait devant la cour de Gand que les passages servant de chemin public étaient établis en faveur des habitants, que c'était donc une servitude personnelle; or, le code ne reconnaît pas les servitudes personnelles de passage. La cour répond, et la réponse nous paraît péremptoire : Il est vrai que le passage est exercé par les habi-

(1) Arrêt de rejet du 3 juin 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 1, 200).

(2) Delebecque, *Commentaire législatif de la loi du 10 avril 1841 sur les chemins vicinaux*, p. 9, n° 10. Comparez arrêt de Bruxelles du 24 juin 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 340).

tants, mais il en est de même de tout passage, ce n'est pas le fonds qui l'exerce, c'est la personne qui occupe le fonds. En réalité, le passage n'est pas établi en faveur des habitants personnellement, il est établi en faveur des habitations et des établissements qui composent la commune; c'est donc un droit imposé sur un héritage pour l'usage et l'utilité des héritages appartenant aux habitants de la commune, donc c'est une servitude réelle (1). Reste à voir si la commune peut la stipuler ou l'acquérir au nom des habitants. Nous venons de répondre à la question.

209. Naît maintenant la question de savoir si les communes peuvent acquérir par prescription une servitude de passage sur des fonds appartenant à des particuliers? Ainsi posée, la question doit être résolue négativement. L'article 691 dit que les servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titres; il n'admet pas même la possession immémoriale. Si les droits de passage réclamés par une commune sont des servitudes de passage, l'article 691 doit recevoir son application, à moins qu'il n'y ait dans le code une exception en faveur des communes; or, cette exception, on la chercherait vainement. Telle est l'opinion unanime des auteurs (2), et la jurisprudence est dans le même sens. Nous supposons, bien entendu, qu'il est constant que le terrain sur lequel la servitude s'exerce n'appartient pas à la commune. Dès lors le passage ne peut être exercé qu'à titre de servitude, et par conséquent il tombe sous l'application de l'article 691. On a essayé d'échapper à la prohibition de cet article en se prévalant d'un consentement tacite du propriétaire du fonds servant. La cour d'Angers a repoussé ce système, qui n'est qu'un moyen d'éluder la loi. Ce n'est pas à dire que le titre ne puisse résulter d'un concours de consentement tacite; l'arrêt ne le nie pas, mais il dit très-bien que le consentement à un acte aussi important qu'une servitude de passage doit résulter d'actes ou de faits qui ne laissent aucun doute sur la volonté des parties intéressées. La prescrip-

(1) Gand, 20 juin 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 186).
 (2) Demolombe, t. XII, p. 310, n° 797. Aubry et Rau, t. III, p. 82, note 23, et les auteurs qui y sont cités. Comparez Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1135.

tion de la servitude suppose aussi un consentement tacite; malgré cela, la loi n'a pas voulu de la prescription pour les servitudes discontinues, précisément parce que la volonté des parties intéressées est douteuse. La cour de cassation confirma l'arrêt en décidant que l'article 691 ne permettait pas l'acquisition d'un droit de passage au profit de la commune, à titre de servitude, sans titre (1).

210. La jurisprudence des cours de Belgique n'est pas d'accord avec cette doctrine. Il faut l'avouer, notre jurisprudence est confuse. Nous rapporterons plus loin des arrêts qui consacrent la distinction que nous avons faite entre le passage exercé à titre de propriété et le passage réclamé à titre de servitude. Or, cette distinction sert de base à la doctrine que nous venons d'exposer. Il y a aussi des arrêts qui contredisent les principes sur lesquels s'appuie la jurisprudence française. Nous allons écouter les objections et nous essayerons d'y répondre.

L'article 691, dit la cour de Bruxelles, n'est applicable qu'aux droits de passage que le code range parmi les servitudes; or, l'article 637, qui définit les servitudes, ne reçoit pas d'application aux droits de passage exercés à titre de chemin public, en faveur et à l'usage du public, indépendamment de tout fonds dominant (2). Ainsi la cour nie qu'il y ait un fonds dominant; nous venons d'entendre la cour de Gand affirmer le contraire (n° 208). A notre avis, la cour de Gand a bien jugé; il est inutile de répéter ce que nous avons dit. La circonstance relevée par la cour de Bruxelles, que le passage est exercé par le public, ne change rien au caractère juridique du droit. Quel est en effet le *public* qui pratique les voies vicinales? Ce sont les habitants de la commune; le passage est donc établi pour l'usage et l'utilité de ceux qui habitent la commune, c'est-à-dire des propriétaires qui y résident. Qu'importe que le passage soit ouvert à tout venant (3)? Il suffit qu'il soit imposé sur

(1) Arrêt de rejet du 5 juin 1855 (Dalloz, 1855, 1, 394). Comparez arrêt de rejet du 27 mai 1834 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1135, 1°).

(2) Bruxelles, 18 décembre 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 17); 19 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 304).

(3) La cour de cassation de Belgique appuie sur cette circonstance (arrêt de rejet du 28 juillet 1854, dans la *Pasicrisie*, 1854, 1, 425).

un héritage pour l'utilité de ceux qui occupent d'autres héritages; dès lors le droit est une servitude, et il est régi par les principes généraux sur les servitudes.

La cour de Bruxelles insiste et dit que les motifs pour lesquels le code a repoussé l'acquisition des servitudes discontinues par la prescription sont étrangers aux droits de passage appartenant aux communes. Pourquoi le code ne veut-il pas qu'une servitude de passage s'acquière par prescription? Parce que la possession est présumée être de tolérance et de familiarité. Or, peut-il être question de rapports de bon voisinage, qui sont presque des liaisons d'amitié, alors que le passage est exercé par tout le monde, par des inconnus? Nous pourrions renvoyer l'objection au législateur, car elle tend à apporter une exception à l'article 691; or, quelque puissantes que soient les raisons qui légitimeraient une exception, l'interprète n'a pas le droit de la faire, le législateur seul le peut. Mais est-il bien vrai qu'un chemin public, pratiqué à titre de servitude, exclue la tolérance? Celui qui souffre un passage ne le fait pas toujours par affection pour celui à qui il permet de passer sur son fonds: la tolérance n'est pas l'amitié. On tolère bien des choses que l'on voudrait empêcher; parfois on le souffre parce qu'on n'a aucun intérêt à s'y opposer; parfois c'est pour se concilier la bienveillance des habitants. Peu importe après tout: la possession est présumée précaire, comme on le disait dans l'ancien droit, ce qui exclut toute prescription.

Nous ne nions pas qu'il n'y ait des différences entre le droit de passage qui sert de chemin public et le droit de passage établi sur un fonds au profit d'un autre fonds. Le procureur général à la cour de cassation de Belgique les a très-bien exposées. La servitude communale de passage a tous les caractères d'un chemin public, d'une voie de communication, tandis que la servitude de passage dont le code civil s'occupe est une voie privée; d'un côté, il y a un intérêt général en cause et, d'un autre côté, un intérêt particulier. La nature des deux droits étant différente, n'est-il pas logique qu'ils soient régis par des principes diffé-

rents (1)? Nous l'admettons volontiers en théorie. Mais la théorie ne suffit pas pour consacrer une exception, il faut un texte, et où est ce texte? On cite l'article 650, aux termes duquel il y a des servitudes établies pour l'utilité communale; l'article ajoute que tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou des règlements particuliers. Or, les droits de passage dus à une commune sont des servitudes communales; donc l'article 691 ne peut pas leur être appliqué. Et la conclusion? C'est que ces servitudes de passage peuvent s'acquérir par la prescription (2). Supposons que l'article 650 comprenne les droits de passage parmi les servitudes d'utilité communale; la conséquence que l'on en tire serait encore inadmissible. En effet, le code renvoie tout ce qui concerne les servitudes communales à des lois particulières: où est la loi qui admet l'acquisition par prescription des droits de passage réclamés par une commune? Nous raisonnons toujours dans le système de la législation française, dans le système du code civil; et à la question que nous venons de poser il n'y a qu'une seule réponse: il n'existe pas de loi particulière qui admette la prescription des servitudes discontinues. Donc l'article 650 ne peut pas être invoqué. Cela est si vrai que la jurisprudence que nous combattons ne cite aucune loi; elle admet la prescription d'après le droit commun: ainsi elle applique le code civil alors que l'article 650 de ce code nous renvoie à des lois particulières. Cela ne prouve-t-il pas que l'on a eu tort d'invoquer l'article 650? En réalité, cette disposition est étrangère aux droits de passage; elle ne se borne pas à déclarer que les servitudes d'utilité communale sont régies par des lois ou des règlements particuliers, elle énumère ces servitudes, donc elle les limite. Quelles servitudes sont d'utilité communale? Celles, dit le texte, « qui ont pour objet la construction ou la réparation des chemins communaux. » Est-ce que les droits de passage ont pour objet la construction d'un chemin communal? La question n'a pas de sens, donc l'arti-

(1) Réquisitoire de M. Leclercq, dans l'affaire jugée par l'arrêt de cassation du 18 mars 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 1, 158).

(2) Bruxelles, 2 mai 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 205).