

de 650 ne comprend pas les droits de passage servant de voie de communication. Ajoutons qu'il ne pouvait pas entrer dans la pensée du législateur français de comprendre les chemins de servitude parmi les servitudes communales; car il portait une loi, non pour les Flandres, dont il ignorait certainement le droit et les usages, mais pour la France; or, en France, les chemins communaux sont des chemins de propriété, c'est-à-dire que le sol en appartient aux communes. Non pas que les communes ne puissent avoir des droits de servitude, mais ces droits restent sous l'empire de la loi commune, qui est le code civil.

Notre conclusion est que, d'après le code Napoléon, les droits de passage appartenant aux communes ne diffèrent en rien des servitudes de passage appartenant à des particuliers. De là suit que l'article 691 est applicable aux uns comme aux autres; les communes ne peuvent donc pas acquérir un passage par prescription quand le passage est réclamé à titre de servitude. Il nous reste à voir en quel sens la loi du 10 avril 1840 a dérogé à ces principes.

2. SYSTÈME DE LA LOI BELGE DU 10 AVRIL 1841.

211. Aux termes de l'article 10 de la loi du 10 avril 1841, il y a lieu, en matière de chemins vicinaux, à la prescription de dix et vingt ans. Cette prescription exige un titre; la loi admet comme tel l'ordonnance de la députation provinciale qui arrête définitivement le plan d'alignement. Il y a dans toutes les communes des plans généraux d'alignement et de délimitation des chemins vicinaux; ce sont les administrations communales qui les dressent. Ces plans indiquent la largeur que les chemins ont ou doivent avoir; ils sont exposés pendant deux mois au secrétariat de la commune. Dans ce délai, toute personne a le droit de réclamer. Les propriétaires des parcelles indiquées au plan comme devant être restituées ou incorporées au chemin doivent être avertis spécialement, et ils peuvent réclamer dans les deux mois à partir de l'avertissement. S'il y a des réclamations, le conseil communal les examine et statue dans les deux mois. Il y a appel contre ses déci-

sions devant la députation permanente du conseil provincial. La députation statue sans recours ultérieur, par voie administrative; les droits restent saufs et peuvent être débattus devant les tribunaux. Après l'accomplissement de ces formalités, les plans sont arrêtés définitivement par la députation permanente. C'est cette ordonnance qui sert de base à la prescription de dix ou vingt ans (art. 1-10).

212. Cette prescription s'applique-t-elle aux servitudes de passage réclamées par les communes sur les terrains des particuliers? L'affirmative n'est pas douteuse; elle résulte du texte et de l'esprit de la loi. Sous le nom de chemins vicinaux, la loi comprend toute espèce de voies qui servent de communication dans la commune, ceux qui appartiennent à la commune à titre de servitude, aussi bien que ceux qui lui appartiennent à titre de propriété (art. 1 et 29). La disposition de l'article 10 notamment, relative à la prescription, a été introduite dans la loi en vue surtout des chemins de servitude. C'est le ministre de l'intérieur qui l'a proposée, et il l'a motivée en ces termes: « Comme le code civil est interprété par la plupart des auteurs en ce sens qu'une commune ne peut acquérir une servitude de passage par prescription, on a pensé que les communes pouvaient être exposées dans un siècle ou deux à se voir contester la jouissance de tous leurs *droits de servitude*, bien qu'ils fussent portés sur les plans; c'est ce que j'ai voulu éviter par mon amendement (1). » En présence de cette déclaration, il ne peut plus y avoir le moindre doute. La jurisprudence est en ce sens; à vrai dire, la question n'a jamais fait l'objet d'un débat devant les tribunaux (2).

213. Quelles sont les conditions de cette prescription? La loi exige la possession de dix ou vingt ans et un titre; il y faut ajouter la bonne foi. En effet, la loi parle de la *prescription* de dix ou vingt ans; or, cette prescription, que l'on appelle ordinairement usucapion, est fondée sur le

(1) Delebecque, *Commentaire législatif de la loi du 10 avril 1841*, p. 33, n° 66.

(2) Gand, 4 juin 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 279). Bruxelles, 24 juin 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 339).

titre et la bonne foi du possesseur. Le texte suffirait donc pour décider la question. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. En proposant son amendement, le ministre de l'intérieur a déclaré formellement qu'il était bien entendu que, pour que l'ordonnance de la députation pût servir de titre, il fallait que la *possession* et les *autres conditions* requises par le code civil y fussent jointes. Les arrêts que nous venons de citer décident aussi la question en ce sens.

Il y a cependant une grande différence entre la prescription de la loi de 1841 et l'usucapion de l'article 2265. L'une et l'autre sont fondées sur un titre, mais le titre exigé par le code civil est un juste titre, c'est-à-dire un titre translatif de propriété; tandis que l'ordonnance qui sert de titre en matière de chemins vicinaux est fondée sur un acte administratif, lequel certes n'est pas translatif de propriété, puisqu'il laisse, au contraire, la question de propriété entière, aux termes mêmes de l'article 10. C'est donc très-improprement que la loi de 1841 donne le nom de titre à cette ordonnance. Il en résulte même une singulière anomalie. L'usucapion proprement dite, celle de l'article 2265, bien que basée sur un juste titre, n'est pas admise pour l'acquisition des servitudes. Dans la discussion de la loi de 1841, on avait proposé de l'admettre; la proposition fut rejetée, parce qu'on ne voulait pas déroger au code civil. Cependant la loi consacre le principe de la prescription acquisitive fondée sur l'ordonnance de la députation provinciale. L'anomalie n'est qu'apparente. Quel est le motif pour lequel le législateur français a repoussé la prescription comme mode d'acquisition des servitudes discontinues? C'est que la possession est présumée précaire, pour mieux dire, de tolérance et de familiarité. Ce motif subsiste, comme nous l'avons dit (n° 194), alors même qu'il y a un titre émané de celui qui n'est pas propriétaire du fonds servant. Mais il disparaît quand un acte de l'autorité publique, après une longue procédure, constate qu'un passage est exercé par la commune à titre de servitude. On peut encore contester l'existence d'un droit de servitude, et empêcher par conséquent la prescription;

l'ordonnance de la députation met les parties intéressées en demeure d'agir; si elles gardent le silence pendant dix ou vingt ans, alors que journallement le passage est pratiqué par les habitants, toute présomption de tolérance cesse, car le passage est revendiqué et exercé à titre de droit.

214. La loi de 1841 déroge donc au code civil. Il importe de préciser en quoi consiste la dérogation et quelle en est l'étendue. Sous l'empire du code, les communes ne pouvaient pas réclamer de passage, à titre de servitude, en se fondant sur la prescription. La loi nouvelle admet la prescription comme moyen d'acquisition des chemins de servitude, à une condition, c'est qu'il y ait une ordonnance de la députation provinciale qui comprenne le passage parmi les chemins vicinaux. Donc s'il n'y a pas d'ordonnance, il ne peut plus être question de prescription, en vertu de la loi de 1841; on rentre par conséquent sous l'empire du code civil qui rejette toute prescription en matière de servitudes discontinues.

La servitude de passage acquise par prescription, en vertu de la loi de 1841, diffère grandement de la servitude de passage dont le code civil interdit la prescription. Celle-ci est d'intérêt privé, l'autre est d'intérêt général; elle constitue un chemin public, elle est classée comme tel parmi les chemins vicinaux par un acte de l'administration; le chemin acquis à titre de servitude est assimilé en tout aux chemins publics dont le sol appartient à la commune. De là des conséquences importantes. Il y en a une qui est consacrée par le texte de la loi de 1841: aux termes de l'article 12, les chemins vicinaux sont imprescriptibles, parce qu'ils font partie du domaine public de la commune, lequel est hors du commerce. Cette disposition s'applique également aux chemins de servitude; en effet, elle comprend tous les chemins vicinaux, « reconnus et maintenus par les plans généraux d'alignement; » or, les chemins de servitude sont aussi portés sur ces plans. Il n'y a qu'une différence entre les chemins de servitude et les chemins de propriété, c'est que le sol des premiers appartient aux riverains, et continue à leur appartenir,

quelque longue que soit la possession de la commune, car sa possession est toujours une possession de servitude. Aussi longtemps que les chemins de servitude sont consacrés à l'usage public, les propriétaires du sol ne peuvent y exercer aucun droit de jouissance en leur qualité de propriétaires, la propriété utile est dans les mains de la commune. Mais si le chemin est abandonné, les riverains rentrent dans la plénitude de leurs droits; ils reprennent les terrains qui n'ont jamais cessé de leur appartenir. Toutefois cette reprise est soumise à des conditions spéciales. Il faut que le collège échevinal prenne un arrêté qui constate l'abandon total ou partiel du chemin; les propriétaires doivent de plus demander au collège une autorisation qui du reste ne peut leur être refusée, sauf l'obligation de payer la plus-value (art. 29).

Nous disons que la propriété que les riverains conservent sur les chemins de servitude ne leur donne aucun droit aussi longtemps que les chemins servent au public. C'est une conséquence de la destination publique de ces chemins. En faut-il conclure que les riverains peuvent ouvrir des vues et des issues sur les chemins de servitude, comme ils en ont le droit quand il s'agit d'un chemin dont le sol appartient à la commune? Ici il y a quelque doute. On peut dire que le chemin de servitude reste une servitude de passage, que la loi nouvelle n'a dérogé au code civil qu'en ce qui concerne l'acquisition de ces chemins par prescription, qu'à tous autres égards les principes du droit commun doivent recevoir leur application. Or, il est certain que le propriétaire du fonds dominant n'a pas les droits de vue et d'issue sur le fonds grevé d'une servitude de passage. La cour de Bruxelles s'est prononcée en ce sens; mais son arrêt a été cassé. Il n'est pas exact de dire que la dérogation apportée par la loi de 1841 au code civil se borne à l'acquisition des chemins de servitude par la prescription. Une fois acquis, ces chemins sont soumis en tout au régime des chemins vicinaux dont le sol appartient à la commune. Ce sont des chemins publics; or, les chemins publics ne servent pas uniquement au passage; ils donnent aussi aux riverains des droits de vue et d'issue.

La loi ne fait aucune distinction, sous ce rapport, entre les chemins de servitude et les chemins de propriété. L'article 12 déclare tous les chemins vicinaux imprescriptibles, aussi longtemps qu'ils servent à l'usage public; tous ont donc la même destination, c'est de servir au public, et naturellement pour tous les avantages que le public retire d'un chemin. Cela décide la question sur laquelle la cour de Bruxelles et la cour de cassation sont en désaccord (1).

b) *Du passage à titre de propriété.*

215. Les communes peuvent-elles acquérir la propriété d'un chemin par la prescription? En principe cela ne fait pas de doute. La prescription est un des moyens d'acquérir la propriété (art. 711 et 2219); et les communes, étant des personnes civiles, sont par cela même capables d'acquérir, sans distinguer entre la prescription et les autres modes légaux d'acquisition. Mais l'application du principe soulève de sérieuses difficultés. La commune réclame un chemin comme lui appartenant à titre de propriété; elle invoque la prescription. Comment prouvera-t-elle son droit? La prescription se fonde sur la possession; la possession s'établit par des actes de passage; il est constant que les habitants ont passé depuis plus de trente ans sur le chemin revendiqué par la commune: cela suffira-t-il pour que la commune en soit reconnue propriétaire? Posée en ces termes, la question devrait être décidée négativement. En effet, le fait de passer sur le fonds d'autrui est présumé par le code un acte de tolérance; c'est la raison pour laquelle il n'admet pas l'acquisition par prescription d'une servitude de passage. Que si le fait de passer ne peut pas fonder une servitude, c'est-à-dire un démembrement de la propriété, comment fonderait-il la propriété même? Si le passage est présumé de tolérance quand il s'agit d'une servitude, comment changerait-il de caractère quand il s'agit de la propriété? N'est-il pas plus rationnel de reconnaître

(1) Bruxelles, 24 juin 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 337). Cassation, 18 mars 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 1, 153, et le réquisitoire du procureur général M. Leclercq (*ibid.*, p. 159 et suiv.).

que la présomption de tolérance ou de précarité qui empêche les actes de passage d'établir une simple servitude, doit à plus forte raison leur enlever toute efficacité pour prescrire la propriété? Cette objection a été faite par d'excellents esprits (1); et dans les termes où nous avons posé la question, il n'y a rien à y répondre. Il a été jugé, en ce sens, que les actes de passage invoqués par une commune ne pouvaient fonder à son profit ni servitude ni propriété (2). N'est-ce pas aller trop loin? Du moins il faut se garder de conclure de cet arrêt que la propriété d'un chemin ne peut être acquise par prescription. La difficulté est une difficulté de preuve, c'est-à-dire de fait plutôt que de droit. C'est en ce sens que la cour de cassation s'est prononcée. Elle pose en principe que les communes peuvent acquérir la propriété d'un chemin *public* par la prescription; sauf à elles à prouver que la possession qu'elles allèguent présente les caractères voulus par la loi; le simple fait du passage ne suffira pas; il faudra d'autres faits que les tribunaux apprécieront; s'ils trouvent que les actes de possession établissent un droit de servitude plutôt qu'un droit de propriété, la commune n'aura le chemin ni à titre de propriété, puisqu'elle ne prouve pas son droit, ni à titre de servitude, puisqu'elle ne peut pas acquérir la servitude par prescription (3).

216. Telle est la solution de la difficulté d'après le pur droit civil. Il faut encore tenir compte de la modification que la loi de 1841 a apportée au code Napoléon. L'article 10 admet la prescription de dix et vingt ans, quand il y a une ordonnance de la députation provinciale qui classe le chemin parmi les chemins communaux. Cette disposition ne distingue pas entre les chemins de propriété et les chemins de servitude; il est donc certain qu'elle s'applique à l'acquisition de la propriété d'un chemin public. Il résulte de là une conséquence importante et une nouvelle dérogation aux principes du code civil. Il y a une ordonnance

(1) Voyez le rapport du conseiller Mesnard sur l'arrêt de rejet du 15 février 1847 (Daloz, 1847, 1, 109; il cite Pardessus, Garnier et Daloz.

(2) Bordeaux, 13 novembre 1852 (Daloz, 1856, 2, 26).

(3) Arrêt de rejet du 16 juin 1858 (Daloz, 1858, 1, 450).

qui comprend le chemin litigieux dans la voirie vicinale; la propriété de la commune est contestée; elle sera admise, dit l'article 10, à établir son droit de propriété par la prescription de dix ou vingt ans. Pourra-t-elle alléguer les faits de passage pour prouver son droit? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse; car l'ordonnance de la députation détruit, comme nous venons de le dire, la présomption de précarité que le code Napoléon attachait aux actes de passage. Dès qu'il y a une ordonnance de la députation, le fait de passer établit l'existence d'un droit. Mais de quel droit? Ce peut être un droit de servitude ou un droit de propriété; la difficulté de la preuve reparait donc. Il ne suffira pas à la commune de prouver que les habitants ont passé pendant dix ou vingt ans, pour qu'elle soit déclarée propriétaire du chemin, car ils peuvent avoir passé à titre de servitude. Il faudra donc que la commune prouve par d'autres faits qu'elle a possédé le passage à titre de propriété (1).

La loi de 1841 ne déroge pas seulement au code civil en ce qui concerne la preuve; elle y déroge aussi quant au mode de prescription. D'après le code civil, la prescription sans titre ni bonne foi exige une possession de trente ans (art. 2262), et une possession de dix ou vingt ans, lorsque le possesseur a la bonne foi et un titre; ce titre doit être juste, c'est-à-dire translatif de propriété (art. 2265). Lorsqu'il y a une ordonnance de la députation permanente, la prescription est réduite à dix ou vingt ans, quoiqu'il n'y ait pas de juste titre; l'ordonnance de la députation en tient lieu.

217. Quel est l'effet de l'ordonnance quant aux droits de la commune et des tiers? L'article 10 de la loi porte que l'ordonnance de la députation provinciale qui arrête définitivement le plan, ne fait aucun préjudice aux réclamations de propriété ni aux droits qui en dérivent. Dans le projet du gouvernement il était dit que l'ordonnance ne faisait aucun préjudice aux droits des tiers. Lors de la discussion, on critiqua cette disposition comme n'étant

(1) Comparez Agen, 23 juillet 1845 (Daloz, 1845, 2, 175).

pas assez large. Le but de l'article 10, tel qu'il est rédigé, est de limiter les attributions de la députation; elle ne décide aucune question de propriété, donc ces questions restent entières (1). Cela va sans dire, puisque, d'après notre Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont du ressort exclusif des tribunaux (art. 92). Il y a sous ce rapport une différence entre le droit belge et le droit français; nous la signalons pour tenir nos jeunes lecteurs en garde contre l'application de la jurisprudence des cours de France. Il a été jugé par la cour de Bordeaux que l'arrêté qui classe un chemin parmi les chemins vicinaux emporte attribution légale du chemin à la commune (2). Il résulte de là que la commune qui réclame un chemin comme lui appartenant n'a rien à prouver; l'arrêté de classement forme un titre en sa faveur, sauf à ceux qui se prétendent propriétaires à faire la preuve contraire. D'après notre droit public, et notamment d'après la loi de 1841, l'ordonnance ne forme aucun titre de propriété, pas même une présomption, à moins qu'il n'y ait prescription.

218. Que faut-il décider s'il n'y a pas d'ordonnance de la députation provinciale? Cela n'empêche pas la commune de revendiquer les chemins qui lui appartiennent. En effet l'ordonnance est étrangère aux questions de propriété; elle n'a d'influence sur le droit de la commune que lorsqu'il y a prescription de dix ou vingt ans. Si la commune n'allègue pas cette prescription, on n'est plus dans le cas de l'article 10; c'est dire que l'on rentre sous l'empire du droit commun. La jurisprudence française admet aussi que le classement administratif n'est pas nécessaire pour que les communes puissent réclamer la propriété d'un chemin public; leur propriété sera établie par tous les modes légaux que les particuliers peuvent invoquer. Il en résulte que la commune pourra fonder son droit sur la prescription ordinaire de trente ans (3). Mais alors les difficultés

(1) Delebecque, *Commentaire*, p. 32, n° 64. Gand, 1^{er} juillet 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 324).

(2) Bordeaux, 13 novembre 1852 (Dalloz, 1856, 2, 26).

(3) Arrêt de rejet du 11 février 1857 (Dalloz, 1857, 1, 256). Bourges, 30 janvier 1826 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1137, 3°).

de preuve reparassent. Sur ce point l'on peut se prévaloir de la jurisprudence française.

La difficulté consiste à distinguer les chemins de servitude des chemins de propriété : les premiers ne peuvent pas être acquis par la possession de trente ans, tandis que l'on peut prescrire les autres. Il faut que la commune prouve que le chemin est public. Le fait que les habitants ont passé par le chemin ne suffit pas pour qu'il soit public, puisque le passage peut n'être qu'un passage de servitude, c'est-à-dire de tolérance, ce qui exclut tout droit et de servitude et de propriété; il faut, comme l'a jugé la cour de cassation dans l'arrêt que nous venons de citer, « que la commune ait fait passer le chemin dans le domaine communal par une appropriation caractérisée. » L'arrêt indique le genre de preuves que la commune devrait fournir : le creusement des fossés, l'empierrement et l'entretien du chemin aux frais de la communauté, l'érection d'un monument public, par exemple d'une croix; la circonstance que le chemin sert de communication entre deux communes ou de jonction entre deux chemins publics. C'est aux juges du fait à constater si la possession fait preuve de la propriété, ou si ce n'est qu'un passage de tolérance (1). La jurisprudence des cours de Belgique est conforme, en ce point, à celle des cours de France; en droit il n'y a aucun doute, la difficulté ne concerne que la preuve. Il a été jugé par la cour de Bruxelles que le seul fait que les habitants ont passé par un chemin, fût-ce de temps immémorial, ne suffit pas pour rendre la commune propriétaire, alors que le passage n'est que de simple tolérance (2), et tout passage, lorsqu'il n'y a pas d'ordonnance de la députation permanente, est présumé de tolérance par le code. Comme le dit très-bien la cour de Gand (3), le fait seul de passer, insuffisant pour caractériser une possession capable de faire acquérir une simple servitude de passage au

(1) Bordeaux, 11 novembre 1848 (Dalloz, 1849, 2, 230); Grenoble, 27 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1138).

(2) Bruxelles, 26 octobre 1859 et 16 janvier 1860 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 61 et 63). Comparez Bruxelles, 18 juillet 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 201).

(3) Gand, 30 juin 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 185).