

S. 433 / Nr. 67 Derogatorische Kraft des Bundesrechts (f)

BGE 71 I 433

67. Extrait de l'arrêt du 17 décembre 1945 dans la cause Cretegy contre Conseil d'Etat du canton de Genève.

Seite: 433

Regeste:

Force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 disp. trans. CF). Garantie de la propriété (art. 6 Const. genev.).

1. Limites au pouvoir de légiférer des cantons en matière de restrictions de droit public à la propriété foncière (consid. 4).

2. Nature d'une disposition cantonale d'après laquelle, lorsqu'un chemin aura été ouvert au public pendant cinq ans au moins il ne pourra plus être fermé qu'avec l'autorisation du Conseil d'Etat (consid. 5).

3. Sauf les choses publiques par nature, une chose n'entre dans le domaine public que moyennant un acte d'affectation qui suppose lui-même que la collectivité soit propriétaire de cette chose ou ait acquis sur elle une servitude, soit en vertu d'un titre de droit public (par ex. expropriation), soit en vertu d'un titre de droit privé (convention ou prescription). Consid. 6.

4. Quelque forme qu'elle revête, l'expropriation ne peut avoir lieu sans indemnité (consid. 6 litt. a).

5. Un mode cantonal d'acquisition des servitudes par prescription au profit de l'Etat est incompatible avec le droit fédéral. Réserve de la législation cantonale antérieure. Compétence de la Chambre de droit public. Consid. 6 litt. a et b.

Derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 2 Üb.best. z. BV). Eigentumsгарantie (Art. 6 der Genfer KV).

1. Grenzen der Gesetzgebungsbefugnis der Kantone in Bezug auf öffentlichrechtliche Beschränkungen des Grundeigentums (Erw. 4).

2. Rechtliche Natur einer kantonalen Vorschrift, nach der ein Weg, wenn er dem öffentlichen Verkehr während wenigstens fünf Jahren offen stand, diesem nicht mehr ohne Zustimmung der Kantonsregierung verschlossen werden darf (Erw. 5).

3. Abgesehen von den öffentlichen Sachen, die grundsätzlich dem Privateigentum entzogen sind, wird eine Sache zur öffentlichen nur durch einen Widmungsakt, der voraussetzt, dass dem Gemeinwesen daran das Eigentum oder eine Dienstbarkeit kraft eines Rechtsgrundes des öffentlichen Rechts (z. B. der Enteignung) oder des Privatrechts (Vertrag oder Ersitzung) zusteht (Erw. 6).

Seite: 434

4. Die Enteignung ist in keiner Form ohne Entschädigung zulässig (Erw. 6 litt. a).

2. Eine kantonalrechtliche Ersitzung von Dienstbarkeiten zu Gunsten des Staates ist mit dem Bundesrecht unvereinbar. Vorbehalt der dem Bundeszivilrecht vorausgehenden kantonalen Gesetzgebung. Kompetenz der staatsrechtlichen Kammer des Bundesgerichts. Erw. 6 litt. a und b. Forza derogatoria del diritto federale (art. 2 disp. trans CF). Garanzia della proprietà (art. 6 della Costituzione ginevrina).

1. Limiti al potere di legiferare dei Cantoni in materia di restrizioni di diritto pubblico alla proprietà fondiaria (consid. 4).

2. Natura d'una disposizione cantonale, secondo cui, se una strada sarà rimasta aperta al pubblico durante cinque anni almeno, potrà essere chiusa soltanto con l'autorizzazione del Consiglio di Stato (consid. 5).

3. Eccettuate le cose pubbliche per natura, una cosa diventa pubblica soltanto mediante un atto di attribuzione, il quale presuppone che la collettività sia proprietaria della cosa od abbia acquisito su di essa una servitù, sia in base ad un titolo di diritto pubblico (p. es. espropriazione), sia in base ad un titolo di diritto privato (contratto o prescrizione). Consid. 6.

4. Qualunque sia la forma in cui avviene, l'espropriazione non è ammissibile senz' indennità (consid. 6 lett. a).

5. Una servitù per prescrizione a favore dello Stato in forza d'un disposto cantonale non è compatibile col diritto federale. Riserva della legislazione cantonale anteriore al codice civile svizzero. Competenza della Camera di diritto pubblico. Consid. 6 lett. a e b.

A. - La loi genevoise du 15 juin 1895 sur les routes, la voirie, les constructions, les cours d'eau, les mines et l'expropriation, loi modifiée le 6 avril 1918, contient, dans son chapitre II intitulé «Chemins

vicinaux et privés», les dispositions suivantes qui intéressent le présent recours:

Art. 23: Sont soumis aux dispositions du présent chapitre non seulement les chemins vicinaux ou privés qui sont inscrits comme tels au cadastre, mais toute parcelle de terrain présentant le caractère d'un passage ouvert au public, à l'exception des passages servant exclusivement de dévestiture agricole.

.....

Art. 24: Les lois et règlements sur la police et la voirie sont applicables aux chemins vicinaux ou privés, prévus à l'article 23.

Art. 28: Lorsqu'un chemin aura été ouvert au public pendant cinq ans au moins, il ne pourra plus être fermé qu'avec l'autorisation du Conseil d'Etat.

Art. 29: L'entretien des chemins vicinaux ou privés ouverts au public est à la charge des propriétaires qui y ont un droit de propriété ou de passage.

Seite: 435

Art. 30: Si un chemin ouvert au public est mal entretenu ou s'il n'est pas dans des conditions convenables d'établissement et de canalisation, s'il n'est pas pourvu d'un éclairage jugé suffisant par l'autorité municipale, s'il est dans un état défectueux au point de vue de la propreté et de l'hygiène, la commune met en demeure le ou les propriétaires intéressés de pourvoir à l'entretien du chemin et de procéder aux travaux nécessaires pour sa mise en bon état dans un délai déterminé.

Après ce délai la commune fait procéder d'office, pour le compte et aux frais des propriétaires intéressés, aux travaux qu'elle a ordonnés.

B. - Cretegny est propriétaire à Malagny, commune de Genthod, d'un domaine agricole de 16 hectares environ, qui comprend deux bâtiments servant de logement et trois dépendances de ferme. Ce domaine est bordé à l'est par le chemin communal de Genthod à Malagny. Il existe, partant de l'angle nord-est de la parcelle 1099, un chemin privé qui traverse la parcelle 1150, propriété de Cretegny, et qui aboutit au chemin communal Malagny-Genthod, entre les bâtiments 551 et 49. Ce chemin n'est pas clôturé, mais il est empierré. Il peut être utilisé par des piétons et des chars de campagne. Le passage a servi depuis fort longtemps. Il figure sur le premier plan de la région, dressé en 1720; on le retrouve sur un plan de 1784 et sur une carte de 1786. Il n'a toutefois pas été porté sur les plans du cadastre actuel, datant de 1850. En revanche, le relevé photographique de la région, pris en juin 1932 par le service topographique fédéral, fait apparaître ce chemin sur toute sa longueur. Il a de même été porté, comme chemin de 4e classe, sur les levés auxquels a procédé le géomètre officiel en 1940 en vue de l'établissement du plan d'ensemble du canton de Genève. Il y a quelques années, Cretegny a ouvert, à l'extrémité nord-ouest de son chemin, un nouveau débouché - d'un tracé plus court - sur la route cantonale de Versoix à Ferney. Les propriétaires actuels des parcelles 1098 et 1099, M. Wenger et M. Pfrunder, se servent du chemin qui traverse la parcelle 1150.

En 1943, la ferme des Cretegny a été incendiée. Elle a été reconstruite. Désirant établir un parc à bétail le

Seite: 436

long de ses écuries, Cretegny a détourné le chemin pour le faire passer plus au sud, entre les bâtiments de ferme, sous une dépendance où se trouve un monte-foin.

Par lettre du 19 mai 1945, le Département genevois des travaux publics, se fondant sur l'art. 28 de la loi sur les routes, donna l'ordre à Cretegny de supprimer jusqu'au 31 mai 1945 le barrage que celui-ci avait établi sur le chemin.

Dans une lettre adressée au Département le 1er juin 1945, Cretegny contesta avoir «jamais fermé à qui que ce soit le chemin en question». Il disait vouloir seulement déplacer le passage. Par lettre du 11 juin 1945, Cretegny demanda au Département des travaux publics l'autorisation de détourner le chemin en question. Il ajoutait:

«Par bon voisinage, j'autorise les familles Wenger et Pfrunder et qui que ce soit se rendant chez eux à utiliser ce chemin dans son nouveau tracé, en réservant toutefois que cela soit un droit. A cet effet, il sera placé un écriteau «chemin privé» pour préserver de la création d'une servitude d'usage.»

Par lettre du 15 août 1945, le Conseil d'Etat, confirmant la lettre du Département des travaux publics du 19 mai 1945, a invité Cretegny à rétablir jusqu'au 20 août le passage sur l'ancien tracé. La lettre relève que, le chemin existant depuis un temps immémorial, il remplit toutes les conditions pour ne plus pouvoir être fermé au public. Le Conseil d'Etat ajoutait: «De plus, les réserves que vous formulez dans votre lettre sont incompatibles avec la restriction de droit public résultant de l'application de la loi sur les routes, qui garantit le maintien des chemins ouverts au public depuis plus de cinq ans.»

C. - Par son recours de droit public, Cretegny demande au Tribunal fédéral d'annuler la décision du Conseil d'Etat. A l'appui de ses conclusions, il avance notamment les moyens suivants:

a) La loi genevoise sur les routes est contraire au droit fédéral, le législateur cantonal ayant dépassé sa

Seite: 437

compétence. L'art. 28 de la loi, qui tend à enlever au propriétaire la disposition d'un chemin privé, ne ressortit pas à la police des routes réservée par l'art. 702 CC. Il s'agit d'une expropriation «mineure» qui confère un bien privé à la collectivité, cela sans indemnité et en laissant au propriétaire grevé la charge d'un ouvrage devenu d'usage public. Si l'énumération de l'art. 702 CC n'est pas limitative, il ne s'ensuit pas que les cantons aient le pouvoir d'édicter des règles législatives d'un ordre tout différent. Or l'art. 28 de la loi genevoise est un moyen détourné pour aboutir soit à une expropriation sans indemnité, soit à la création d'une servitude de passage par prescription acquisitive, ce qui est contraire à l'art. 731 CC. La décision cantonale doit être annulée sur la base de l'art. 84 litt. d OJ.

b) La restriction à la propriété foncière résultant de l'art. 28 de la loi genevoise ne rentre dans aucune des catégories de restrictions de droit public prévues par la législation fédérale. Etant incompatible avec le Code civil, elle implique une inégalité de traitement entre citoyens (art. 4 CF) et porte une grave atteinte à l'inviolabilité de la propriété privée garantie par l'art. 6 Constitution genevoise.

c) Il n'a jamais été établi que le chemin litigieux ait été ouvert au public. Il ne présente pas non plus un intérêt public. Le Conseil d'Etat crée donc, dans l'intérêt de deux propriétaires voisins, un droit de passage privé à la charge du recourant. Il viole ainsi les principes de l'art. 4 CF.

D. - Le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours.

Considérant en droit:

3.-Le recourant prétend que le droit civil fédéral n'autorise pas le législateur cantonal à édicter une disposition du genre de celle de l'art. 28 de la loi genevoise sur les routes. Il se prévaut ainsi de la force dérogatoire du droit fédéral consacrée par l'art. 2 disp. trans. CF, encore qu'il n'invoque à ce sujet, à part l'art. 84

Seite: 438

litt. d OJ qui a trait à la compétence des autorités, que l'art. 4 CF; en effet, le moyen de la force dérogatoire est toujours contenu dans le grief d'arbitraire lorsque le recourant soutient que le droit cantonal a été appliqué sans égard au droit fédéral, et, dans ce cas, le Tribunal fédéral exerce librement son pouvoir de contrôle (RO 66 I 208 cons. 2, et 44 I 168, 70 I 213). Cretegny affirme en outre que la dérogation dont il se plaint porte atteinte à l'inviolabilité de la propriété garantie par l'art. 6 de la Constitution genevoise. A cet égard aussi, le Tribunal fédéral a plein pouvoir d'examen.

4.- Sauf dans les matières réservées par le Code civil, les cantons n'ont pas la faculté d'édicter des règles de droit privé (art. B CC). En revanche, les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public (art. 6 CC). Ils ont en particulier le droit, en vertu de l'art. 702 CC, d'apporter dans l'intérêt public «d'autres restrictions à la propriété foncière», à savoir des restrictions non prévues par les art. 680 et sv. CC, par ex. en ce qui concerne la police des routes. Il s'agit là d'une réserve de la compétence législative en faveur des cantons, non d'une délégation du pouvoir de légiférer appartenant à la Confédération (RO 41 I 483, cons. 2; 57 I 211). Aussi bien l'énumération de l'art. 702 CC n'est-elle pas limitative. La réserve comprend aussi le droit d'expropriation forcée (RO 41 I 485).

Toutefois les cantons ne peuvent exercer le pouvoir qui leur est reconnu que dans les limites tracées par la Constitution fédérale et la constitution cantonale. C'est ainsi qu'ils ne peuvent porter atteinte à la propriété que pour des motifs d'intérêt général, et que, même alors, ils doivent respecter le principe de l'inviolabilité de la propriété (arrêts précités). Ils ne peuvent pas non plus, sans méconnaître la force dérogatoire du droit fédéral, édicter des dispositions de droit public qui éluderaient les règles du droit civil ou qui en violeraient la lettre ou l'esprit (RO 63 I 173 sv. et arrêts cités, 69 I 177; 70 I 234).

Seite: 439

6.- Selon l'art. 28 de la loi genevoise-sur les routes, un chemin privé qui a été ouvert au public pendant cinq ans au moins ne peut plus être fermé qu'avec l'autorisation du Conseil d'Etat. Avant l'expiration de ce délai, le chemin ouvert au public est soumis aux dispositions de police destinées à régler la circulation sur les voies publiques (art. 23 et 24 de la loi). L'Etat peut exiger notamment que le chemin soit entretenu, qu'il soit éclairé, etc.; au besoin, il peut faire exécuter ces travaux par le propriétaire (art. 29, 30). Mais celui-ci peut en tout temps fermer son chemin au public et se soustraire ainsi aux obligations qui lui incombent. En revanche, passé le délai de cinq ans, le propriétaire n'a plus la faculté de mettre fin unilatéralement à l'affectation du chemin à l'usage du public. Dans l'interprétation que le Conseil d'Etat donne de l'art. 28 de la loi genevoise, l'autorité peut non seulement s'opposer à ce qu'une voie utilisée par le public soit fermée du jour au lendemain, avant que l'administration ait pris les dispositions utiles, mais elle peut, en refusant l'autorisation

requis, instaurer un régime durable. Sans doute ce régime n'est-il pas définitif, la fermeture pouvant toujours intervenir avec l'assentiment du Conseil d'Etat. D'autre part, l'autorité ne peut pas décider selon son bon plaisir. Il n'en reste pas moins que, jusqu'à révocation éventuelle de la décision et sous réserve d'un refus arbitraire, le propriétaire est tenu de souffrir que le public passe sur son chemin. Dans cette mesure, celui-ci prend le caractère d'un chemin public, bien que le sol sur lequel il est établi demeure propriété privée.

Le Conseil d'Etat voit dans l'art. 28 de la loi genevoise sur les routes une restriction de droit public à la propriété foncière, qu'il est au pouvoir d'un canton d'instituer sans violer la garantie de la propriété. Toutefois, la disposition considérée n'a pas le caractère d'une restriction générale de la propriété, qui astreint tout propriétaire foncier à souffrir un empiétement dès qu'il se trouve dans certaines conditions objectives prévues par une loi. En particulier,

Seite: 440

On n'est pas en présence ici d'une restriction ressortissant à la police des routes, ni d'une prescription obligeant un propriétaire, à raison de la situation des lieux, de tolérer le passage du public ou de certaines personnes sur son fonds (chemin de halage visé par l'art. 702 CC, ou «autres passages» du droit civil cantonal, art. 695 CC). Il s'agit bien plutôt de la constitution d'une sorte de servitude en faveur de la collectivité, par suite d'une attitude déterminée du propriétaire. Pour avoir pendant cinq ans toléré à bien plaisir le passage du public sur son fonds, le propriétaire se voit dépouillé de la faculté, inhérente à son droit, de changer la destination du terrain sur lequel est établi son chemin, et tenu de souffrir l'exercice d'un véritable droit de passage en faveur du public, l'entretien du chemin demeurant d'ailleurs à sa charge. Ainsi, l'application de l'art. 28 de la loi genevoise a pour effet, à certaines conditions, d'incorporer au domaine public un chemin privé.

6.- Sauf les choses publiques par nature, telles que les cours d'eaux, les glaciers, une chose n'entre dans le domaine public que moyennant un acte d'affectation qui suppose lui-même, pour que soit respectée la garantie de la propriété, que la collectivité ait la disposition de la chose, c'est-à-dire qu'elle en soit devenue propriétaire ou ait acquis sur elle une servitude (RO 20, p. 327; arrêt non publié du 16 juin 1939 en la cause Bùrgenstock-Hotels A.-G. et consorts c. Nidwald, cons. 6; LEEMANN, Comm., notes 35 sv. à l'art. 664; HAAB, Comm., notes 25, 8 et 21 au même article). L'acquisition de l'Etat peut reposer sur un titre de droit public, tel que l'expropriation, ou sur un titre de droit privé, savoir - s'agissant d'une servitude - un contrat ou la prescription (art. 731, 732 CC). En l'espèce, on pourrait voir l'acte d'affectation dans le refus de l'autorité de permettre la fermeture du chemin ou le déplacement de son assiette. Mais ce refus n'est légitime que si l'Etat possède sur le fonds considéré un droit correspondant, c'est-à-dire une sorte de servitude

Seite: 441

de passage au sens de l'art. 781 CC (servitude en faveur d'une collectivité).

a) Le Conseil d'Etat ne peut invoquer un titre de droit public en vertu duquel il aurait acquis une telle servitude. Il n'a pas ouvert contre le recourant une procédure d'expropriation régulière. Rien n'empêcherait, il est vrai, un canton d'instituer dans certains cas un mode particulier d'expropriation, de prévoir par exemple que l'administration pourra, à l'expiration d'un certain délai, incorporer d'autorité au domaine de l'Etat un chemin privé ouvert au public. Tel serait le sens de l'art. 28 de la loi genevoise sur les routes. Mais le principe de l'inviolabilité de la propriété s'oppose à ce que l'expropriation, quelque forme qu'elle revête, s'opère sans réparation du préjudice que cause au propriétaire la perte ou la diminution de ses droits. La jurisprudence l'a admis même pour des entraves au droit d'user et de disposer que l'administration impose au propriétaire en vertu de simples restrictions générales à la propriété (RO 69 I 241 /2 et arrêts cités). Ici, le jeu de l'art. 28 de la loi genevoise aboutit à une véritable expropriation sans indemnité d'un droit de passage pour un temps indéterminé. Conçue comme une règle d'expropriation, cette disposition viole donc l'art. 6 Const. genevoise statuant l'inviolabilité de la propriété et vicie, par voie de conséquence, la décision prise par le Conseil d'Etat à l'égard de Cretegny.

Que si l'on considère l'art. 28 de la loi genevoise comme une disposition de droit public réservant un mode cantonal d'acquisition des servitudes par prescription au profit de l'Etat, cette disposition se heurte alors au principe de la force dérogatoire du droit fédéral. En effet, le Code civil n'admet la prescription acquisitive des servitudes qu'aux conditions prévues pour la prescription des immeubles: prescription de dix ans d'une servitude inscrite à tort au registre foncier, ou prescription extraordinaire de trente ans à l'égard d'immeubles qui ne sont pas immatriculés au registre foncier, dont ce registre ne révèle pas le

Seite: 442

propriétaire ou dont le propriétaire est mort ou déclaré absent (art. 731 al. 2 et 3, 661 et 662 CC). C'est délibérément que le législateur fédéral, pour protéger le propriétaire et fermer la porte aux

procès, a supprimé l'acquisition des servitudes par le simple usage (Ersitzung), telle que la connaissaient nombre de législations cantonales. Une disposition du genre de celle de l'art. 28 de la loi genevoise, qui permet à la collectivité de prétendre un droit de passage sur un chemin privé du simple fait que celui-ci a été ouvert au public pendant un certain temps, vise à éluder les règles du droit civil et à rendre illusoire le but qu'a visé le législateur fédéral en limitant la faculté de prescrire les servitudes. Elle excède ainsi la compétence de droit public réservée aux cantons par l'art. 6 CC (ci-dessus consid. 4 in fine; 63 I 173 sv.; 42 I 354; 58 I 32).

Dans ces conditions, il est oiseux de rechercher si, depuis 1912, le chemin de Malagny a été ou non ouvert au public pendant cinq ans.

b) En revanche, avant l'entrée en vigueur du Code civil suisse, il se peut que l'ancien art. 24 de la loi de 1895 (devenu l'art. 28 de la loi actuelle) ait fait acquérir à l'Etat de Genève un droit de passage sur le domaine de Malagny ou du moins le droit de refuser au propriétaire l'autorisation de fermer son chemin. Cette disposition aurait eu le caractère d'une *lex specialis* dérogeant aux dispositions du droit civil genevois sur l'acquisition des servitudes. A cet égard, elle permettrait peut-être à l'Etat d'invoquer un titre de droit privé antérieur à 1912, qui fonderait l'affectation du chemin à l'usage public (seul titre privé qui puisse entrer en ligne de compte, une convention, même tacite n'étant pas alléguée). De fait, le Conseil d'Etat prétend que le chemin tendant de la route Malagny-Genthod à la route cantonale de Versoix-Ferney était ouvert au public bien avant 1912, voire depuis un temps immémorial. Toutefois, l'autorité intimée ne s'est pas placée sur le terrain de l'ancien droit civil genevois, mais a toujours fait état de l'art. 28 de la loi sur les routes comme

Seite: 443

d'une restriction de droit public opposable à la législation fédérale actuelle. Aussi n'a-t-elle pas constaté de façon précise et complète la situation de fait existant avant 1912. Pour cette raison déjà, le Tribunal fédéral ne pourrait pas vérifier en l'état s'il est arbitraire d'admettre qu'en vertu de la législation antérieure le propriétaire du domaine de Malagny a perdu le droit de fermer son chemin au public. D'autre part, si le canton de Genève avait entendu se prévaloir d'un titre d'acquisition valable au regard du droit privé genevois en vigueur avant 1912, le Tribunal fédéral n'aurait pu entrer en matière, car la question aurait d'abord dû être soumise à la juridiction civile par la voie d'une action négatoire de droit intentée à l'Etat par Cretegny (cf. RO 17, 781/2; 31 II 876; 41 II 161; 43 I 206; 46 II 300; 60 II 486; arrêt *Bürgenstock* précité, consid. 7). Dans le cas où le recourant aurait obtenu gain de cause et où l'autorité eût néanmoins maintenu sa prétention de s'opposer à la fermeture du chemin, il eût alors été loisible à Cretegny de former recours de droit public pour violation de la garantie de la propriété.

Telle qu'elle est motivée, c'est-à-dire en tant qu'elle repose sur une restriction de droit public dissimulant une expropriation sans indemnité ou constituant une dérogation au droit fédéral, la décision du Conseil d'Etat qui refuse à Cretegny l'autorisation de détourner son chemin en raison du caractère public de celui-ci doit être annulée. Demeure réservée la faculté pour le Conseil d'Etat d'invoquer en faveur de la collectivité un droit acquis avant l'entrée en vigueur du Code civil suisse et de prendre en conséquence une nouvelle décision, sauf au recourant à dénier à l'Etat un tel droit par toutes voies utiles