

## § VII. De la servitude d'enclave.

**73.** L'article 682 porte : « Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage. » Cette disposition établit une vraie servitude de passage, qui ne diffère que par son origine de la servitude de passage constituée par titre. Elle existe en vertu de la loi, indépendamment de toute convention. Il est vrai que la loi dit que le propriétaire enclavé peut réclamer un passage sur les fonds voisins. On a conclu de là que l'établissement de cette servitude était une espèce d'expropriation, laquelle n'existe que lorsque le propriétaire est privé de sa propriété par un jugement ou par une convention (1). Cette interprétation est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi. Il y a expropriation, d'après l'article 545, quand un propriétaire est contraint de céder sa propriété pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. Or, le propriétaire du fonds qui doit fournir le passage en cas d'enclave conserve la propriété du terrain par lequel le passage s'exerce; il n'est donc pas privé de sa propriété. On lui impose seulement une servitude. Et dans le système du code, l'établissement d'une servitude n'est pas considéré comme une expropriation, alors même qu'elle est créée dans un intérêt public : telles sont les servitudes militaires pour lesquelles la loi ne donne pas même d'indemnité; preuve certaine qu'il n'y a pas d'expropriation dans le sens légal du mot. En cas d'enclave, il y a aussi une espèce d'utilité publique. « Il est de droit naturel, dit Domat, qu'un héritage ne demeure pas inutile. » Bourjon dit que le bien public est la loi suprême (2). Mais ce n'est pas à l'Etat ni

rét de rejet du 28 juillet 1851 (Daloz, 1851, 1, 184). Pardessus, t. 1<sup>er</sup>, p. 476, n° 215.

(1) Valette, d'après Mourlon, t. 1<sup>er</sup>, p. 800 et suiv. En sens contraire, Demolombe, t. XII, p. 115, n° 635. Duranton, t. V, p. 467, n° 426.

(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XII, section 1, n° 10. Bourjon, *le Droit commun de la France*, t. II, p. 9, livre IV, titre I, partie II, chapitre I, n° 1.

pour des besoins publics que la servitude est accordée (1); cela suffit pour exclure l'expropriation qui porte le nom d'expropriation pour cause d'utilité publique. Si la loi veut que le propriétaire grevé du passage reçoive une indemnité, c'est que la servitude est constituée dans l'intérêt d'un particulier et lui profite.

La servitude existe donc en vertu de la loi, c'est-à-dire de plein droit. On a invoqué en faveur de cette opinion les anciennes coutumes. Coquille dit que la coutume permet de *prendre* passage par l'héritage du voisin; et la coutume de Malines porte que le fonds enclavé *doit avoir* une issue (2). Mais Bourjon s'exprime dans un sens tout contraire; d'après lui, le propriétaire enclavé a *action* contre le voisin « pour l'obliger à lui livrer un passage. » Il appelle cela une *vente forcée*; ce qui répond précisément à la théorie que nous avons combattue. La tradition est donc douteuse. Mais l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Berlier dit dans l'exposé des motifs que le propriétaire qui fournit le passage doit être indemnisé, et que celui qui le *prend* doit en user de la manière qui portera le moins de dommage à l'autre (3). C'est l'expression de Coquille; elle suppose l'existence d'une servitude. La servitude est établie par la loi, donc il ne faut pas d'action. Nous reviendrons sur ce point (n°s 97 et 106).

## N° 1. CONDITIONS.

## I. Qui peut réclamer le passage?

**74.** L'article 682 dit que le *propriétaire* enclavé peut réclamer un passage sur les fonds voisins. Est-ce à dire que le propriétaire seul ait ce droit? On pourrait le soutenir en invoquant les principes qui régissent les servitudes conventionnelles. Le propriétaire a seul qualité pour stipuler une servitude, car lui seul est le représentant légal du fonds. Or, en cas d'enclave, il s'agit aussi d'acquérir

(1) Ainsi jugé par la cour de Liège, 12 juin 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 108).

(2) Faider, *Réquisitoire* (*Pasicrisie*, 1859, 1, 310).

(3) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 16 (Loché, t. IV, p. 182).



une servitude; ce qui semble décider la question. Il y a cependant une différence considérable. Le propriétaire enclavé ne stipule rien, il *réclame*, dit le code. C'est la loi qui établit le passage; aussi est-il compris parmi les servitudes légales. L'article 682 ajoute que le passage est accordé pour l'exploitation de l'héritage. Il faut conclure de là que tous ceux qui ont un droit dans le fonds, l'usufruitier, l'emphytéote, le superficiaire, peuvent demander le passage s'ils sont enclavés. Ils ont le droit de réclamer, au nom du fonds, un droit que la loi établit dans l'intérêt de l'exploitation, puisque en vertu du droit réel qui leur appartient, ils ont le même droit de jouissance que le propriétaire (1). Il y a cependant une réserve à faire, comme nous allons le dire.

75. Un arrêt de la cour d'Amiens va plus loin; il décide que le fermier pourrait réclamer le passage en cas d'enclave, pour faire valoir le fonds qu'il exploite (2). Cela est contraire aux principes qui régissent le bail. Le fermier n'a pas de droit dans l'héritage, il n'a aucune qualité pour parler en son nom. Ce n'est pas lui qui devrait payer l'indemnité, ce n'est donc pas lui qui agit; il n'a d'action que contre le bailleur, qui est obligé de le faire jouir. Vainement dirait-on que la servitude existe en vertu de la loi, qu'il n'est pas question de l'établir, mais de l'exercer; nous répondons que pour qu'elle puisse être exercée, il faut que l'on fixe l'endroit par lequel le passage sera pratiqué, ainsi que le montant de l'indemnité. Le fermier n'a aucune qualité pour régler l'exercice d'une servitude, parce qu'il ne peut pas stipuler au nom du fonds; il ne peut pas davantage consentir une indemnité que lui ne doit pas payer. Ceux-là mêmes qui ont un droit réel dans la chose ne peuvent pas, en tout, représenter le propriétaire. L'indemnité est une charge qui pèse tout ensemble sur le nu propriétaire et sur l'usufruitier; il faut donc que le nu propriétaire prenne part au règlement de l'indemnité.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 25 et note 3, et les auteurs qui y sont cités.  
(2) Amiens, 25 mai 1813 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 847).

## II. De l'enclave.

76. Quand y a-t-il enclave? L'article 682 le dit; lorsque « le propriétaire n'a aucune issue sur la voie publique. » Il semble résulter du texte de la loi qu'il faut une absolue nécessité, pour qu'un propriétaire enclavé puisse demander un passage sur les fonds de ses voisins, c'est-à-dire une impossibilité absolue de se procurer une issue par ses propres fonds. Tel paraît aussi être l'esprit de la loi. En effet, la servitude qu'elle impose aux fonds voisins est une restriction forcée au droit de propriété, on l'a comparée à une expropriation partielle; or, l'expropriation, quand elle est prononcée dans l'intérêt d'un propriétaire, est une exception, une dérogation au droit commun, donc de la plus stricte interprétation. Il y a des auteurs et des arrêts qui se prononcent en ce sens. Pardessus parle d'une nécessité absolue; la cour de Besançon exige une absolue impossibilité (1). Ce système sévère a été formulé par la cour de Rouen en ces termes: « D'après la loi, d'accord avec la raison et l'équité, le passage forcé sur un héritage contigu ne doit avoir lieu que pour le cas d'*impossibilité physique* d'arriver au fonds enclavé; dès lors il faut, pour l'accorder, qu'il y ait nécessité absolue. Quelque pénible, quelque longue que soit une issue sur la voie publique, elle fait disparaître l'obligation de passage forcé sur les propriétés voisines (2). »

La cour de cassation a condamné cette interprétation rigoureuse. Il avait été jugé par la cour de Toulouse « qu'il suffisait, en droit, pour ne pas rendre la servitude nécessaire, qu'il y eût une issue, quelque étroite et dangereuse qu'elle pût être. » La décision fut cassée comme contraire à la loi, qui veut que l'issue soit suffisante pour l'exploitation de l'héritage (3). Ainsi la question devient une question de fait: c'est au juge à voir, dans chaque espèce,

(1) Pardessus, t. I<sup>er</sup>, p. 493, n° 218. Besançon, 23 mai 1828 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 819, 1<sup>o</sup>).

(2) Rouen, 16 juin 1835 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 819, 4<sup>o</sup>).

(3) Arrêt de rejet du 16 février 1835 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 886).