

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^{er}, p. 493, n° 218. Besançon, 23 mai 1828 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 819, 1^o).

(2) Rouen, 16 juin 1835 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 819, 4^o).

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

si le propriétaire qui réclame le passage a ou non une issue suffisante. Cette interprétation est plus en harmonie avec l'esprit de la loi. Il est vrai que l'expropriation forcée est une atteinte portée au droit de propriété. Mais on a tort de considérer ce droit comme absolu, il reçoit bien des limitations dans un intérêt de bon voisinage, sans que l'on puisse dire que ces restrictions soient fondées sur une nécessité absolue. Alors même qu'il y a expropriation véritable, la loi se contente de l'*utilité publique*; pourquoi serait-on plus sévère pour une simple servitude de passage? Il est vrai qu'elle est établie dans l'intérêt d'un particulier, mais il y a aussi un intérêt général, celui de l'exploitation des fonds. Ce n'est pas à dire que le propriétaire puisse réclamer un passage, à titre d'enclave, pour sa commodité ou son avantage particulier : il y a un intérêt égal pour les voisins à ne pas accorder le passage, et la loi ne sacrifie pas l'intérêt de l'un à l'intérêt de l'autre. Ce serait s'écarter du texte, et s'il ne faut pas l'outrer par une sévérité excessive, il ne faut pas non plus le dépasser par une indulgence qui, pour favoriser le propriétaire enclavé, nuirait à ses voisins. Il y a donc des droits et des intérêts divers à concilier : c'est ce que la jurisprudence a fait avec une sage modération.

76 bis. L'article 682 a encore donné lieu à une autre difficulté : Que faut-il entendre par les mots *voie publique*? Si le propriétaire a issue sur un *sentier*, pourra-t-on dire qu'il est enclavé, parce que ce sentier n'est pas une route? Non, certes. La loi n'exige pas que la *voie publique* soit une route de l'Etat, de la province ou de la commune. Il suffit que la voie soit publique, c'est-à-dire qu'elle serve à l'usage des riverains. De là suit aussi que les propriétaires enclavés peuvent réclamer un passage donnant sur un sentier, car ce passage aboutira à une voie publique (1). La chose est si évidente que nous croyons inutile d'insister.

77. Il y a une issue, mais elle n'est pas légale, c'est-à-

(1) Arrêt de cassation de la cour de cassation de Belgique du 8 août 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 1, 217).

dire qu'elle ne donne pas au propriétaire enclavé le droit de passer; pourra-t-il demander un passage? Le cas se présente quand le fonds aboutit à un chemin de halage. Il faut décider qu'il y a enclave. En effet, le chemin de halage a une destination spéciale, il est affecté à la navigation; les voisins ne peuvent pas s'en servir à titre de passage; les tribunaux ne pourraient pas même accorder un passage sur le marchepied, qui est destiné exclusivement aux navigateurs, car le service public serait entravé si les voisins y pouvaient passer (1). Il y a plus : l'administration des domaines ne pourrait pas, dans un acte de vente, accorder un passage sur le chemin de halage. La cour de Bruxelles a jugé que cela ne se présumerait pas facilement (2). Ce n'est pas assez dire. L'administration n'a pas le droit de disposer du terrain qui sert de marchepied; en dehors du service de la navigation, ce terrain est une propriété particulière dont le maître seul dispose. Quant à la servitude de marchepied, elle a une destination spéciale; elle ne peut pas être étendue à un autre service que celui de la navigation pour lequel elle est établie.

Que faut-il décider si le propriétaire enclavé a une issue de simple tolérance? Il a été jugé qu'il ne pouvait pas réclamer un passage, aussi longtemps que le passage ne lui était pas contesté. Vainement dirait-il que d'un jour à l'autre, cette tolérance pourrait cesser. La cour de cassation répond que les magistrats n'ont à statuer que sur l'état actuel des choses; c'est quand la faculté de passer sera interdite au propriétaire enclavé que les tribunaux auront à voir lequel des voisins devra accorder le passage (3). Il y a là une fin de non-recevoir fondée sur le défaut d'intérêt.

78. Le propriétaire a une issue légale sur un chemin public; mais ce chemin est détruit, il est envahi par le débordement d'une rivière. Il y a enclave dans ce cas, mais temporaire, et le passage est de droit sur les fonds rive-

(1) Bordeaux, 15 janvier 1835 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 822). Aubry et Rau, t. III, p. 26 et note 7.

(2) Bruxelles, 23 décembre 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 86).

(3) Arrêt de rejet du 30 avril 1835 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 855).

rains (1). Les propriétaires sur les fonds desquels ce passage de nécessité s'exerce n'ont aucune indemnité à réclamer contre les passants; ils doivent agir contre la commune, s'il s'agit d'un chemin vicinal, ou contre l'Etat, s'il s'agit d'un chemin public. Il peut y avoir faute, négligence de la part de l'administration, donc il y a lieu à responsabilité et à dommages-intérêts. Il suit de là qu'on ne peut pas demander un passage, pour cause d'enclave, s'il y a un chemin, et si ce chemin est en mauvais état. Les propriétaires intéressés doivent s'adresser à la commune ou à l'Etat; il ne saurait être question d'enclave quand il existe un chemin, bien qu'il soit en mauvais état (2).

79. Il y a une issue, mais elle est dangereuse; cela suffit pour que le propriétaire qui n'en a pas d'autre puisse réclamer un passage sur les fonds voisins. La cour de cassation a formulé ce principe dans les termes les plus larges : « Il y a enclave, dit-elle, quand on ne peut avoir accès sur la voie publique sans de graves inconvénients (3). » C'est au juge du fait à décider quand l'inconvénient est grave. La question se présente assez souvent lorsque le propriétaire qui réclame un passage a une issue par eau. S'il s'agit d'un fleuve navigable, et que la navigation est périlleuse, il n'y a guère de doute; une voie pareille ne saurait être considérée comme suffisante. Il a été jugé par la cour de Rouen que la navigation de la Seine présente des dangers tels dans le voisinage de cette ville, que les difficultés de communiquer équivalent en quelque sorte à une impossibilité physique (4). La cour d'Angers a décidé que la Loire n'offre pas une voie d'accession sûre et praticable : ce fleuve, dit l'arrêt, sur lequel il y aurait eu à effectuer dans l'espèce un trajet de 800 mètres, est, de sa nature, très-variable dans son cours, tantôt élevé, impétueux et violent, tantôt réduit aux plus basses eaux, et

(1) Arrêt de rejet du 11 août 1835 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 823). Comparez le tome VII de mes *Principes*, p. 531, n° 465.

(2) Arrêt de rejet du 4 juin 1866 (Daloz, 1867, 1, 10).

(3) Arrêt de rejet du 1^{er} avril 1857 (Daloz, 1857, 1, 164).

(4) Rouen, 24 décembre 1841, confirmé sur pourvoi par un arrêt du 31 juillet 1844 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 821, 3^o). Comparez Gand, 23 novembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838. 2, 237).

entravé par des grèves; le rétrécissement du lit principal, la suppression de diverses branches par l'effet de nombreux travaux, la marche rapide et agitante des bateaux à vapeur, tout contribue à rendre la navigation difficile et dangereuse; elle le serait surtout, ajoute la cour, pour les bateaux qui auraient à transporter les bestiaux envoyés à la pâture et à les ramener. L'arrêt conclut, avec raison, que des communications aussi pleines d'écueils et exposées à de funestes naufrages ne pouvaient être considérées comme praticables, qu'il y avait donc nécessité d'accorder un autre passage aux propriétaires intéressés (1).

Quand il ne s'agit pas d'un fleuve navigable, mais d'un canal, la solution de la difficulté dépend avant tout des habitudes nationales. Il a été jugé par la cour de Hollande qu'il n'y avait pas d'enclave si le terrain que l'on prétend enclavé touche à un canal (2). Dans un pays moins aquatique, une pareille décision serait trop absolue, tout en cette matière dépendant des circonstances. La cour de cassation de France a décidé qu'il n'y avait pas d'enclave, lorsque le propriétaire peut passer par une rivière qui est presque guéable en tout temps (3). Dans les pays de montagne, il peut y avoir enclave, bien qu'il s'agisse d'un simple torrent, si, comme le dit un arrêt, le torrent offre toujours un trajet peu sûr, incommode et même impraticable pendant une partie de l'année (4).

80. Ce que nous venons de dire des cours d'eau prouve que l'on ne peut pas poser en principe qu'un fonds n'est pas enclavé quand il a une issue, quelles que soient les difficultés qu'elle présente (5). La cour de Besançon, tout en répétant, à la suite de Pardessus, que le droit d'exiger un passage est subordonné à l'impossibilité absolue de passer par un autre endroit public, prend soin, en refusant le passage, de constater qu'il existait un chemin de desserte qui n'était pas impraticable, bien qu'il fût difficile

(1) Angers, 14 janvier 1847 (Daloz, 1847, 2, 47).

(2) Arrêt du 18 novembre 1861 (*Weekblad voor het regt*, n° 2327).

(3) Arrêt de rejet du 30 avril 1855 (Daloz, 1855, 1, 158).

(4) Bastia, 2 août 1854 (Daloz, 1856, 2, 281).

(5) Aubry et Rau le disent en termes trop absolus (t. III, p. 26 et note 8).

d'y passer avec une charge complète ; que cet inconvénient pouvait disparaître par une rectification de la pente peu dispendieuse ; de sorte que quelques travaux faciles mettraient le chemin dans un état de viabilité complète (1). Avec ces restrictions, on peut admettre le principe que des difficultés ne suffisent pas pour qu'il y ait enclave. Par contre, si les dépenses qu'il faudrait faire pour rendre un chemin viable étaient excessives, il y aurait enclave, quoiqu'il n'y eût pas impossibilité absolue. Le conseiller Mesnard dit très-bien qu'il y a, dans ce cas, une impossibilité morale qui équivaut à une impossibilité physique ; peut-on exiger qu'un propriétaire dépense dix mille francs pour donner une issue à un terrain qui n'en vaut pas dix mille (2) ? Dès que les frais qu'il faudrait faire sont tout à fait hors de proportion avec la valeur de l'héritage, il y a enclave (3). La difficulté se résout donc en un calcul de dépenses : si les travaux sont faciles et peu dispendieux, il n'y a pas d'enclave. Quand donc les frais excèdent de peu de chose l'indemnité que le propriétaire enclavé devrait payer pour obtenir un passage sur les fonds voisins, le principe de conciliation qui domine en cette matière demande que le propriétaire enclavé supporte cette légère dépense plutôt que de faire peser sur les voisins une servitude de passage toujours onéreuse (4).

81. La jurisprudence est encore allée plus loin dans cette voie d'interprétation équitable. Il a été jugé qu'un fonds est enclavé lorsqu'il a une issue, mais insuffisante pour les besoins de l'exploitation (5). Cette décision est

(1) Besançon, 23 mai 1828 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 819, 1°). Comparez Bruxelles, 12 avril 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 200). Dans l'espèce, les frais ne s'élevaient qu'à 54 francs, et le voisin offrait de les supporter ; cependant le prétendu enclavé réclama !

(2) Le cas s'est présenté. Paris, 24 mai 1844, et arrêt de rejet du 25 novembre 1845 (Daloz, 1846, 1, 325).

(3) Paris, 24 mai 1844 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 821, 4°) et arrêts de rejet du 25 novembre 1845 (Daloz, 1846, 1, 326), du 14 avril 1852 (Daloz, 1852, 1, 154). Caen, 16 mars 1861 (Daloz, 1861, 2, 167). Bruxelles, 7 février 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 194). Arrêt de rejet du 14 avril 1852 (Daloz, 1852, 1, 164).

(4) Colmar, 26 mars 1831 et Rennes, 22 mars 1826 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 819, 2° et 6°).

(5) Caen, 16 avril 1859 (Daloz, 1859, 2, 199).

fondée en droit aussi bien qu'en équité. Pourquoi la loi accorde-t-elle un passage forcé au propriétaire enclavé ? L'article 682 le dit : « pour l'exploitation de son héritage. » Le législateur veut que le propriétaire ait toujours une issue pour exploiter ses fonds. Un sentier serait-il une issue suffisante, alors que pour l'exploitation il faut passer avec chevaux et chariots ? Le propriétaire qui n'aurait qu'un sentier, tandis qu'il lui faudrait un chemin, est réellement enclavé, puisqu'il ne peut pas cultiver son héritage.

82. L'enclave suffit-elle pour qu'il y ait lieu au passage forcé en vertu de l'article 682 ? Non, il faut voir d'où l'enclave procède. Maleville dit qu'il y a lieu de s'étonner qu'après tant de siècles écoulés depuis que la terre est mise en culture, il y ait encore des fonds enclavés (1). Cependant les enclaves doivent être fréquentes, à en juger par le nombre considérable d'arrêts rendus sur la servitude de passage. Est-ce à dire que toute enclave donne le droit d'exiger un passage forcé par les fonds des voisins ? L'enclave implique une idée de nécessité, physique ou morale ; et la nécessité suppose que si un propriétaire est enclavé, il l'est sans sa volonté. S'il s'est privé d'une issue en faisant des constructions, il n'y a pas d'enclave (2). De même si l'enclave vient d'un fait volontaire, auquel le propriétaire enclavé a concouru par son consentement, il ne peut pas invoquer le bénéfice de l'article 682. Par suite de l'égalité qui est le principe fondamental de notre système de succession, les fonds de terre vont sans cesse en se morcelant. Il arrive donc tous les jours qu'un héritage étant partagé en un grand nombre de lots, il se trouve des parcelles qui n'ont plus d'issue sur la voie publique. Voilà des fonds enclavés. Est-ce que les propriétaires pourront demander à leurs voisins, étrangers au partage, un passage forcé en vertu de l'article 682 ? Non, certes, car c'est par leur volonté qu'ils sont enclavés, et ils ne peuvent pas par leur volonté imposer une servitude à leurs voisins. Dira-t-on que les fonds enclavés, quelle que soit la cause

(1) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. II, p. 129.

(2) Rejet, 16 mars 1870 (Daloz, 1870, 1, 421).

de l'enclave, doivent obtenir une issue, sous peine de rester inutiles à ceux qui les possèdent et inutiles à la société? Cela est évident, mais ils doivent demander cette issue à leurs copartageants. Si le partage est fait de bonne foi et avec un peu de prévoyance, il accordera un passage à ceux dont les lots sont enclavés. Que si par négligence ou par dol l'un des copartageants a dans son lot un fonds sans issue, il aura une action contre ses copartageants, pour obtenir un passage par le lot de celui qui aboutit à la voie publique. C'est une conséquence de l'obligation de garantie qui existe entre copartageants; ils doivent se garantir la propriété des immeubles mis dans leurs lots, donc aussi une propriété utile. Or, tant qu'un copartageant a une action contre ses cohéritiers, il ne peut pas agir contre les tiers; il n'est réellement pas enclavé, puisqu'il a droit à une issue (1).

Pardessus suppose que par suite de négligence dans la rédaction des actes ou par le laps de temps, le copartageant enclavé n'ait plus d'action contre ses garants; dans ce cas, dit-il, il pourra agir en vertu de l'article 682. On a critiqué cette opinion (2). En effet, la rédaction de l'acte de partage ne peut pas priver les copartageants de l'action tendante à obtenir une issue. D'ordinaire l'acte sera muet; mais le silence des copartageants n'enlève pas à celui dont le lot est enclavé le recours contre ses garants. Si l'acte portait que les copartageants enclavés n'auraient pas d'action en garantie du chef d'enclave, cela n'empêcherait pas les propriétaires enclavés de réclamer un passage, de préférence contre leurs copartageants, parce que le partage ne peut jamais grever d'une servitude les fonds voisins: la clause de non-garantie n'aurait d'autre effet que d'obliger celui qui demande le passage à le payer, son lot ayant été estimé en conséquence. Il en serait autrement si l'action était prescrite; n'ayant plus d'action en

(1) Duranton, t. V, p. 461, n° 420. Demante, t. II, p. 631, n° 537 bis I. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 220, n° 325. Aubry et Rau, t. III, p. 23, note 18.

(2) Pardessus, t. 1^{er}, p. 495, n° 219. Duranton, t. V, p. 463, n° 420. Demolombe, t. XII, p. 584, n° 602.

garantie contre ses copartageants, le propriétaire enclavé devra agir en vertu de l'article 682 (1).

83. La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que le partage d'un fonds donne un droit de passage à la partie la plus éloignée du chemin public, sur les autres parties. L'arrêt dit que cette *présomption de concession* résulte de la nécessité des choses. C'est une mauvaise expression: la servitude ne naît pas d'une présomption, car on n'est jamais présumé grever son fonds d'une servitude. Mais, comme la cour l'explique elle-même, la partie du fonds qui est enclavée n'a pas droit à un passage sur le fonds du voisin, parce que les copartageants ne peuvent créer des servitudes sur le fonds d'un tiers; il est juste de faire supporter au fonds partagé les servitudes qui naissent de sa division (2). Non-seulement cela est juste, mais cela est aussi fondé en droit, comme nous venons de le dire. Si l'acte ne contient aucune stipulation à cet égard, les tribunaux régleront le passage. C'est un cas où, en apparence, le juge établit une servitude; à vrai dire, ce n'est pas le juge, c'est la volonté tacite des parties contractantes. Il ne faut donc pas invoquer, comme le fait la cour de Bastia, l'article 682 qui s'oppose à ce qu'une portion quelconque d'une hoirie demeure inaccessible et soit frappée de stérilité (3). Il ne s'agit pas ici de la servitude d'intérêt public que crée l'article 682; le partage est un contrat, qui oblige les copartageants à se garantir leurs lots, et, par une conséquence nécessaire, à donner accès aux divers lots sur la voie publique. Le juge ne crée jamais de servitude, comme nous le dirons plus loin; si, dans l'espèce, il l'établit, c'est en se fondant sur la volonté des parties contractantes; pour mieux dire, il se borne à en régler l'exercice. Parfois l'acte de partage contient une clause concernant les servitudes, mais conçue en termes tellement généraux, qu'elle semble autoriser les prétentions les plus excessives. Il est dit « que les copar-

(1) Toulouse, 12 mai 1866, et arrêt de rejet du 15 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 1, 166).

(2) Riom, 10 juillet 1850 (Dalloz, 1851, 2, 244).

(3) Bastia, 17 décembre 1856 (Dalloz, 1858, 2, 210).

tageants doivent se donner chemin de servitude l'un à l'autre, partout où requis sera, en temps et saison convenables. » La cour de Rennes a décidé que cette clause ne s'appliquait qu'aux passages nécessaires pour desservir les terres labourables qui faisaient l'objet du partage, et qu'elle ne s'entendait pas d'un passage permanent et journalier que l'un des copartageants réclamait pour des magasins établis après le partage (1).

84. Il ne faut pas confondre le passage dû en vertu d'un partage et le passage légal de l'article 682. Plus loin nous dirons que le premier est dû, en général, sans indemnité. Il y a une autre différence. La servitude légale de passage naît de la nécessité, et elle cesse avec la cause qui lui a donné naissance : nous reviendrons sur ce principe. Il en est autrement de la servitude dont sont tenus les copartageants ; lors même que celui qui est enclavé acquerrait un fonds riverain d'un chemin public, et que par suite il ne serait plus enclavé, il conserverait le passage qui lui a été accordé par le partage, car c'est une servitude conventionnelle, et une servitude pareille ne s'éteint pas parce qu'elle devient inutile au fonds dominant. Cela est aussi fondé en raison et en équité. Le propriétaire enclavé par suite d'un partage a droit à un passage parce que son fonds aura été estimé en conséquence de l'enclave, c'est donc une servitude acquise à titre onéreux et par un concours de consentement ; or, les contrats sont irrévocables. La jurisprudence est en ce sens (2).

85. Les mêmes principes s'appliquent à la vente. Quand un fonds est divisé par une vente et qu'une partie du fonds se trouve enclavée, celle qui a accès à la voie publique est grevée d'une servitude de passage au profit de l'autre. C'est une conséquence logique des obligations qui incombent au vendeur. Il doit délivrer la chose vendue à l'acheteur et il doit la garantir ; or, aux termes de l'article 1615, l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ; certes,

(1) Rennes, 18 novembre 1817 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1002, 2°).

(2) Poitiers, 31 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 857). Arrêt de rejet du 1^{er} août 1861 (Dalloz, 1862, 1, 162).

le plus indispensable de tous les accessoires, c'est le passage, sans lequel l'acheteur ne peut pas même être mis en possession. Que faut-il décider si c'est le vendeur qui se trouve enclavé ? Ici on ne peut plus invoquer d'obligation, car l'acheteur ne doit rien au vendeur que le prix. Est-ce à dire que le vendeur ait le droit de réclamer un passage en vertu de l'article 682 ? Non, car c'est par sa volonté qu'il est enclavé ; or, les parties contractantes n'ont pas le droit d'imposer une servitude aux fonds voisins. Il faut donc décider qu'il y a un engagement tacite en vertu duquel le passage est dû par l'une des parties à l'autre (1). Ce sera toujours un passage conventionnel et non un passage légal.

86. Puisque l'enclave volontaire, par suite de vente ou de partage, ne donne pas lieu au passage forcé, l'article 682 ne recevra son application que dans les cas où l'enclave résultera d'un fait accidentel, tel que l'éboulement d'un terrain, l'invasion des eaux, le changement de lit d'une rivière, l'établissement d'un canal, la suppression d'un chemin (2). Cependant il se peut que le passage, conventionnel à son origine, devienne par la suite légal. Au moment de la vente, les parties stipulent un passage pour le fonds enclavé. Ce passage se trouve insuffisant à raison des besoins nouveaux de l'exploitation. Il a été jugé que le propriétaire enclavé pouvait demander un passage plus étendu, moyennant indemnité (3). Est-ce en vertu de la vente que ce nouveau passage est réclamé ? Non, car il a été satisfait aux engagements résultant de la vente par la concession du premier passage. Donc les parties contractantes ne se doivent plus rien. Si un passage plus étendu est devenu nécessaire, il y a réellement enclave dans le sens de l'article 682. Comme le dit la cour de Caen, l'enclave est un état relatif ; le propriétaire qui a besoin d'un chemin pour chevaux et charrettes est enclavé quand il

(1) Caen, 26 mai 1824 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 851, 1°). Agen, 16 février 1814 (Dalloz, *ibid.*, n° 851, 2°). Douai, 23 novembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 244). Arrêt de rejet du 14 novembre 1859 (Dalloz, 1860, 1, 176).

(2) Demolombe, t. XII, p. 583, n° 602, et tous les auteurs.

(3) Caen, 10 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 2, 167).

n'a qu'un passage à pied. Le passage est donc réclamé à cause de l'enclave, par suite, en vertu de l'article 682.

Il y a un cas dans lequel le passage est légal, dès le moment où la vente est passée. Le vendeur avait aliéné la partie de son fonds qui touchait à la voie publique, longtemps avant la vente de l'autre partie du fonds. La vente a donc pour objet un fonds enclavé. On demande si, dans ce cas, l'acheteur a une action contre le vendeur. Si celui-ci s'est engagé à fournir un passage à l'acheteur, il n'y a plus de question; mais on suppose que le contrat ne contient aucune clause à cet égard. Il n'y a plus d'engagement tacite résultant de la division du fonds, car il n'y a pas de division; c'est un fonds enclavé qui est vendu. L'acheteur est sans action naissant de la vente. Par suite, il y a enclave dans le sens de l'article 682 (1).

87. Rentre-t-on aussi dans le cas de l'article 682 lorsque le fonds vendu aboutit à un chemin de desserte, c'est-à-dire à une voie qui n'est pas publique? La difficulté s'est présentée devant la cour de cassation. Dans l'espèce, le propriétaire enclavé réclamait le bénéfice de la servitude légale qui lui procurait un passage plus direct. On lui opposait qu'il ne pouvait pas demander un passage sur les fonds voisins, puisqu'il avait droit à un passage comme acheteur contre son vendeur. Cela serait vrai, répondait le propriétaire enclavé, si le fonds de mon vendeur était riverain d'un chemin public. Mais un chemin de desserte est une servitude; or, on ne peut transmettre une servitude d'un fonds à un autre, ni établir une servitude sur une servitude. La cour de cassation s'est tirée d'embarras en invoquant le principe consacré par la jurisprudence, que les chemins de desserte sont présumés la propriété commune des propriétaires dont ils desservent les héritages; or, un propriétaire peut transmettre son droit à l'acheteur (2). Nous n'admettons pas cette prétendue présomption de copropriété (3). A notre avis, la question n'était pas douteuse, et elle aurait dû être décidée dans le même sens, en sup-

(1) Arrêt de rejet du 19 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 852).

(2) Arrêt de rejet du 27 avril 1868 (Dalloz, 1868, 1, 337).

(3) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 195, n° 165.

posant que le chemin d'exploitation constituât une servitude. En effet, aux termes de l'article 700, si l'héritage dominant vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion. Les difficultés que soulève l'application de cette disposition ne se présentaient pas dans l'espèce, puisque la servitude de passage était évidemment due à chaque partie du fonds dominant, et lui restait due après la division.

88. L'acheteur a droit à un passage contre son vendeur. Il n'use pas de ce droit, parce qu'un voisin lui permet de passer sur son fonds par tolérance. Puis il revend son fonds. Le second acheteur pourra-t-il réclamer le passage auquel son auteur avait droit? Non, dit-on, car il a acheté un fonds enclavé, il n'a donc pas d'action en vertu de la vente, il ne peut en avoir qu'à raison de l'enclave. La cour de cassation a jugé en ce sens (1). Il nous semble que l'acheteur avait action contre l'auteur de son vendeur. Sur quoi est fondée l'action de l'acheteur tendant à obtenir un passage? Sur l'obligation de garantie contractée par le vendeur. Or, en cas de ventes successives, le dernier acheteur peut exercer l'action en garantie qui appartenait à son vendeur. C'est ce que nous établirons au titre de la *Vente*. Si l'on admet ce principe, la question est décidée. Le passage est un accessoire nécessaire du fonds; si le vendeur l'avait demandé et obtenu, il est certain que, sans stipulation aucune, il l'aurait transmis à l'acheteur; or, il avait une action pour réclamer le passage, et celui qui a une action est censé avoir la chose même. Si le vendeur transmet le passage à l'acheteur, il lui transmet aussi l'action qui tend à obtenir le passage.

III. *Quel est l'objet du passage légal.*

89. L'article 682 porte que le propriétaire enclavé peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage. Ce mot d'exploitation doit-il être pris au pied de la lettre, et faut-il en conclure que la ser-

(1) Arrêt de rejet du 24 avril 1867 (Dalloz, 1867, 1, 227).