

encore un élément variable. Donc il y a enclave dans le sens légal du mot, lorsque le propriétaire enclavé n'a pas un passage qui réponde aux besoins de son exploitation ; et dès qu'il y a enclave, le propriétaire enclavé peut réclamer un passage.

La jurisprudence est en ce sens. On a cependant proposé une restriction à cette doctrine. Si le propriétaire d'un terrain enclavé et non bâti y élevait une construction, y créait un établissement industriel, il ne pourrait pas, dit-on, réclamer un passage plus étendu que celui auquel il avait droit d'après la nature de son fonds. A l'appui de cette distinction, on dit que surbâtir un fonds, ce n'est pas l'exploiter, mais le transformer en un immeuble d'une autre nature ; or, personne ne peut par son fait se créer un droit à un passage plus étendu que celui qui lui compétait d'après la nature originaire de son héritage (1). La jurisprudence repousse cette distinction ; nous croyons aussi qu'elle est en opposition avec l'esprit et même avec le texte de la loi. Quel est l'objet de la servitude légale de passage ? L'article 682 dit que le propriétaire enclavé peut la réclamer pour l'exploitation de son héritage. Cela implique, dit la cour de cassation, que le passage doit être suffisant pour le service du fonds et approprié à tous ses besoins. Ces besoins sont-ils toujours les mêmes ? Cela ne se peut. La servitude, continue la cour, est susceptible de se modifier, si l'héritage change de nature ou reçoit légitimement une destination nouvelle qui rende cette modification nécessaire (2). Quand peut-on dire que le fonds reçoit légitimement une nouvelle destination ? Tout propriétaire est libre d'exploiter sa chose comme il l'entend ; rien de plus légitime donc que de bâtir sur un terrain ou d'y créer un établissement industriel. Les besoins du fonds enclavé augmentent ; pour mieux dire, il y aura une nouvelle enclave, donc il faut un passage nouveau ou du moins plus étendu. Vainement dira-t-on que c'est le propriétaire qui crée cette enclave. Nous répondons qu'il est dans son droit, et que c'est même son

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 28 et note 14.

(2) Arrêt de rejet du 8 juin 1836 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 835, 2°).

devoir, puisque tout bon père de famille doit améliorer sa propriété. Le but de la loi est précisément de favoriser ces efforts. Quand le propriétaire étend une exploitation existante, on convient qu'il a droit à une servitude proportionnée à ses nouveaux besoins, bien que ce soit lui qui crée ces besoins et qui, en ce sens, crée l'enclave. Donc il peut aussi réclamer un passage pour un bâtiment ou une usine qu'il construit. Le législateur, dit la cour d'Agen, a voulu que le propriétaire retirât de son héritage tout l'avantage qu'il peut lui offrir ; tandis que, dans l'opinion que nous combattons, le fonds serait condamné à une éternelle immobilité ; l'héritage dominant serait en quelque sorte assujéti au profit de l'héritage servant. Est-ce là l'esprit de la loi (1) ? Refuser, dans ce cas, dit la cour de Caen, le passage nécessaire, serait maintenir le fonds enclavé dans un état d'infériorité à l'égard des autres héritages et en entraver l'amélioration ; ce qui serait contraire non-seulement à l'intérêt du propriétaire que la loi a eu pour but de protéger, mais encore à l'intérêt général qui veut que chacun puisse tirer de sa propriété le produit qu'elle peut procurer (2). La cour de Poitiers a très-bien conclu de là que pour constater l'enclave et pour déterminer quel passage il faut accorder, le juge doit recourir non à une enquête, mais à une expertise. L'enquête lui apprendrait comment la servitude a été exercée, eu égard aux besoins du fonds et de la destination qu'il avait jadis ; tandis que c'est l'état actuel du fonds que les experts feront connaître, sa destination et ses besoins (3). Il va sans dire que si le propriétaire enclavé demande un nouveau passage, il devra payer une nouvelle indemnité.

#### IV. Sur quels fonds le passage peut-il être réclamé ?

92. L'article 682 dit que le propriétaire enclavé peut réclamer un passage sur *les fonds de ses voisins*. La loi ne distingue pas, comme elle le fait pour les servitudes

(1) Agen, 18 juin 1823, et Bordeaux, 18 juin 1840 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 835, 3° et 5°).

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

(3) Poitiers, 19 mars 1861 (Daloz, 1863, 2, 200).



d'irrigation, si les fonds sont clos ou non, si ce sont des maisons, des parcs ou des jardins (1). Il y a une raison de cette différence. Dans le cas d'enclave, le passage est fondé sur la nécessité, et devant la nécessité toutes les conventions des voisins doivent plier. On ne doit pas considérer non plus quelle est la nature juridique des héritages sur lesquels la servitude est établie. Il y a des immeubles que la loi déclare inaliénables et qui par suite ne peuvent pas être grevés de servitudes conventionnelles : tels sont les fonds dotaux (art. 1554). Ils sont néanmoins grevés de la servitude légale de passage, parce qu'il y a ici un intérêt public qui l'emporte sur l'intérêt particulier. Le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal a cependant une conséquence remarquable : c'est que le mari est sans qualité pour reconnaître l'existence de la servitude. Il est seulement administrateur des biens dotaux, et usufruitier; comme tel, il n'a pas qualité pour grever les immeubles dotaux d'un droit réel, alors même qu'ils ne seraient pas inaliénables; l'inaliénabilité étant une garantie pour la femme, c'est une raison de plus pour écarter tout acte du mari concernant la propriété de ses biens. Nous croyons que le règlement de la servitude devrait se faire en justice, comme l'aliénation se fait en justice, quand elle est permise (art. 1558); car la constitution d'une servitude est une aliénation partielle. Peu importe qu'elle soit établie par la loi, il reste toujours à en régler l'exercice; il faut pour cela le concours de la femme propriétaire et du mari usufruitier. Quant au juge, il doit intervenir pour empêcher que la garantie de l'inaliénabilité ne soit éludée. De là suit que toute reconnaissance émanée du mari seul est inopérante (2).

Le domaine de l'Etat n'est pas affranchi de cette servitude. Il ne peut être aliéné, il est vrai, sans loi; mais pour le passage légal il y a une loi. Il a été jugé que les forêts domaniales sont grevées de la servitude légale de

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 465, n° 403.

(2) Arrêt de cassation du 17 juin 1863 (Daloz, 1864, 1, 140). Comparez arrêt de rejet du 20 janvier 1847 (Daloz, 1847, 1, 110). Aubry et Rau, t. III, p. 28 et notes 16 et 17.

l'article 682 (1). Cela ne peut faire aucun doute. On excepte les biens qui font partie du domaine public (2). Il nous semble que cela est trop absolu. Si le domaine public est placé hors du commerce, c'est qu'il est affecté à une destination qui est incompatible avec des droits réels que des particuliers y exerceraient. En tant que cette incompatibilité n'existe pas, rien n'empêche que les biens du domaine public ne soient grevés d'une servitude. Celui dont les biens sont enclavés par suite de la construction d'un chemin de fer peut stipuler un passage sur la voie ferrée, bien qu'elle fasse partie du domaine public, et que la circulation y soit interdite. S'il peut y avoir un passage conventionnel, à plus forte raison y aura-t-il passage légal, sauf à régler l'exercice de la servitude de manière à ne pas compromettre le service public.

93. Les articles 683 et 684 règlent l'exercice du passage légal; ils sont ainsi conçus : « Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique. Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. » Ces dispositions sont empruntées à l'ancien droit, mais la tradition donne lieu à une légère difficulté. Quand le passage ne peut être pris que sur un seul fonds, il n'y a aucun doute, les tribunaux décideront en conciliant les intérêts divers (3). Si le passage peut être pris sur plusieurs fonds appartenant à des propriétaires différents, lequel sera grevé de la servitude? Bourjon répond : « La contestation entre ces voisins, pour savoir qui fournira le passage, se détermine par *la plus petite étendue*; c'est cette étendue qui doit servir de règle; elle est convenable entre les intéressés, et conforme même au bien public, puisqu'elle ménage le terrain. » Telle était la jurisprudence du Châtelet. « De là suit, continue

(1) Angers, 20 mai 1842 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 858). Caen, 1<sup>er</sup> décembre 1845 (Daloz, 1848, 1, 5). Même au temps où le bois est défensable (Liège, 5 février 1839, *Pasicrisie*, 1839, 2, 24).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 28. Comparez le t. VII de mes *Principes*, p. 151, n° 130.

(3) Bruxelles, 19 novembre 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 534) et 5 juillet 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 132).



Bourjon, que le passage *doit* se prendre du côté où le trajet est moins grand, à partir de l'héritage entouré jusqu'à la voie publique. Outre ce, le passage doit être limité dans l'endroit le moins incommode à celui qui le livre (1). « Le code paraît avoir consacré cette doctrine traditionnelle; il en résulterait que le passage doit toujours être pris sur celui des fonds par lequel le trajet est le plus court, et que la question de savoir quel est le trajet le moins dommageable ne peut pas s'agiter entre voisins; qu'elle ne peut être débattue que par le propriétaire sur le fonds duquel, comme étant le plus proche de la voie publique, la servitude sera établie. Nous croyons, en effet, qu'en général on procédera ainsi, parce que, comme le dit Bourjon, cela convient à tous les intéressés. Mais ce n'est pas une règle absolue, le texte même du code le dit; l'article 683 ne prescrit pas de prendre *toujours* le passage par le fonds le plus rapproché de la voie publique, il dit que cela doit se faire *régulièrement*, ce qui implique qu'il peut y avoir des exceptions. En effet, l'intérêt de toutes les parties, qui a dicté la règle, peut exiger une exception. Le fonds le plus proche est une habitation, et il y a plus loin un terrain nu : donnera-t-on le passage par la maison, le jardin, le parc, de préférence à un terrain de peu de valeur? Tout le monde y perdrait; il faut donc appliquer le principe d'équité établi par l'article 684, à plusieurs fonds aussi bien qu'aux diverses parties d'un seul et même fonds. L'esprit de la loi le veut ainsi, et le texte le permet. La doctrine (2) et la jurisprudence (3) sont en ce sens

**94.** Si le passage est exercé par un fonds, le propriétaire de l'héritage servant pourra-t-il demander que la servitude soit déplacée? Qu'il puisse demander le déplacement de la servitude sur ses fonds, cela ne fait pas de doute, c'est le droit commun (art. 701). Peut-il aussi de-

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, livre IV, titre I, partie II, chap. I, nos 1-3 (t. II, p. 9).

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 220, n° 324. Demolombe, t. XII, p. 98, n° 618. Duranton, t. V, p. 466, n° 423.

(3) Voyez les arrêts rapportés dans Dalloz (au mot *Servitude*, n° 824), arrêt de rejet du 29 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 1, 204) et Bourges, 9 mars 1858 (Dalloz, 1859, 2, 38).

mander que la servitude soit reportée sur le fonds d'un voisin? La jurisprudence paraît contraire. La cour de Toulouse s'est fondée sur la possession immémoriale pour rejeter la demande du propriétaire du fonds servant, mais elle a eu soin d'ajouter et de démontrer qu'alors même qu'il n'y aurait pas eu possession, le passage aurait été établi par le fonds qui depuis un temps immémorial était grevé de la servitude. Ce qui implique que la décision eût pu être contraire, en supposant que le réclamant aurait eu intérêt au déplacement du passage (1). Nous avons établi que la servitude de passage est variable en ce qui concerne le fonds dominant. Il y a aussi un élément variable quant au fonds servant. Au moment où la servitude commence, elle est établie sur tel fonds comme étant moins dommageable au propriétaire. Mais elle peut lui devenir plus dommageable dans la suite. Il a le droit de changer son exploitation, aussi bien que le propriétaire du fonds dominant; s'il bâtit, s'il crée un établissement industriel, la servitude sera singulièrement aggravée : il est juste qu'elle soit déplacée, lorsqu'il est prouvé qu'elle n'aurait pas été établie sur ce fonds si dès le principe il avait été dans cette condition.

#### V. De l'indemnité.

**95.** Aux termes de l'article 682, le propriétaire qui réclame un passage pour cause d'enclave doit payer une indemnité proportionnée au dommage qu'il occasionne. La loi suppose qu'il s'agit du passage forcé. Si le passage était réclamé par un copartageant ou par un acheteur, il ne serait pas dû d'indemnité, en règle générale du moins. En effet, le passage est établi dans ce cas en vertu d'une convention, expresse ou tacite, qui oblige les copartageants ou le vendeur à fournir une issue sur la voie publique au fonds enclavé; le fonds enclavé ayant été partagé ou vendu comme tel, il aura été estimé à raison de l'issue qui lui sera donnée; l'équité, d'accord avec le

(1) Toulouse, 20 mai 1818 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 829, 1°).