

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°).

droit, demande donc que le passage soit accordé sans indemnité. Il y aurait exception si l'acte de partage ou de vente portait que le fonds enclavé n'aurait pas droit à une servitude de passage; on doit supposer que, dans ce cas, le propriétaire enclavé se sera procuré un passage par les fonds voisins, et par suite le fonds aura été estimé d'autant moins; le propriétaire enclavé sera donc indemnisé d'avance, sauf à payer une indemnité au maître du fonds par lequel il a stipulé une issue (1). Ces principes ne s'appliquent pas au vendeur qui, enclavé par suite de la vente, réclame un passage contre l'acheteur; celui-ci n'est pas tenu de fournir un passage en vertu du contrat; si donc il en fournit un, il a droit à une indemnité, à moins qu'à raison des circonstances de la cause et du prix stipulé, le juge n'admette une convention tacite qui réserve au vendeur un passage par le fonds vendu (2).

96. Le propriétaire enclavé doit-il une indemnité préalable? D'après le texte de l'article 682, il est certain que l'indemnité ne doit pas être préalable. Il y a plus. Le code suppose qu'elle n'est pas payée avant le règlement de la servitude. En effet, l'article 685 donne au propriétaire du fonds servant une action en indemnité; cette action peut être prescrite, ce qui n'empêchera pas, dit la loi, que le passage ne doive être continué. On objecte l'article 545, aux termes duquel nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité, et on en conclut que l'indemnité doit toujours être préalable (3). La raison est mauvaise. L'article 545 prévoit le cas d'expropriation; or, l'établissement d'une servitude n'est pas une expropriation dans le système du code civil; donc il faut écarter l'article 545 et par suite l'article 11 de la Constitution belge. Il n'y a lieu à indemnité en matière de servitude que lorsque la loi le dit; et quand elle veut qu'elle soit

(1) Duranton, t. V, p. 463, n° 421. Demante, t. II, p. 631, n° 537 bis I. Demolombe, t. II, p. 86, n° 604.

(2) Comparez arrêt de Caen du 26 mai 1824 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 851. 1°).

(3) Demolombe, t. XII, p. 111, n° 631, d'après Favard et Duranton. En sens contraire, Daloz, au mot *Servitude*, n° 862.

préalable, elle le dit encore. Telle est la servitude d'irrigation, établie par la loi du 27 avril 1848 (art. 1^{er}). On pourrait dire que, dans l'esprit de notre Constitution, toute indemnité doit être préalable, parce que le respect de la propriété le demande. Cela est vrai; mais il y a des cas où l'indemnité ne peut pas être préalable. Nous en avons vu un exemple en matière de servitudes d'irrigation (1). L'indemnité pour cause d'enclave est proportionnée au dommage qui résulte du passage; et le dommage peut varier d'après la culture, le mode d'exploitation; elle peut donc varier d'une année à l'autre, ce qui exclut le payement préalable.

97. Il y a une autre considération qui tient à l'essence même de la servitude légale de passage. Elle n'est établie ni par convention ni par jugement; elle existe en vertu de la loi, on peut dire en vertu de la nécessité; il n'y a qu'une chose à régler par convention ou par jugement, c'est l'exercice de la servitude et le montant de l'indemnité. De là suit que la servitude préexiste à l'indemnité, et partant l'indemnité ne saurait être préalable. Il a été jugé, par application de ces principes, que le droit de passage existant en vertu de la loi, il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition du code pénal qui punit le passage sur le terrain d'autrui préparé ou ensemencé; car il n'y a plus de convention là où il y a droit de passer (2).

S'il n'y a pas lieu à une action pénale, y aurait-il lieu à une action en dommages-intérêts? Cela dépend des circonstances. Si le passage a été exercé sur le fonds qui est assigné ensuite à son exercice, il n'est pas dû de dommages-intérêts, puisque le passage a été légal dès le principe; seulement si l'indemnité était fixée par annuités, elle courrait du moment où le propriétaire enclavé a commencé à pratiquer le passage. Mais si la servitude était établie sur un autre fonds, il y aurait dommage causé et par suite obligation de le réparer.

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 458, n° 394.

(2) Arrêts de la cour de cassation du 25 avril 1846 (Daloz, 1846, 4, 149) et du 16 septembre 1853 (Daloz, 1853, 5, 151). Arrêts conformes de la cour de cassation de Belgique du 17 et du 31 octobre 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 1, 316 et 319).

98. D'après quelle base l'indemnité est-elle calculée? L'article 682 veut qu'elle soit proportionnée au dommage que le propriétaire enclavé occasionne au fonds sur lequel il passe. Elle consiste donc dans une réparation du dommage causé. Le juge peut fixer une somme capitale, qui représente la diminution de valeur qu'éprouve le fonds servant par l'établissement de la servitude : ce sera le prix de la vente forcée que le voisin doit consentir. Le juge peut aussi décider que le propriétaire enclavé payera une somme annuelle à titre d'indemnité. La cour de cassation l'a jugé ainsi en disant que la loi n'impose pas au juge l'obligation de déterminer un capital invariable et une fois payé; qu'en abandonnant à son pouvoir discrétionnaire le soin de fixer l'indemnité, elle lui laisse la faculté de la convertir en une somme payable chaque année, et proportionnelle au dommage que peut occasionner le passage (1). On a reproché à la cour d'avoir oublié l'article 545 qui, en prescrivant une indemnité préalable, veut par cela même qu'elle consiste dans un capital une fois payé (2). S'il s'agissait d'une expropriation, la critique serait fondée; mais, comme nous venons de le dire, l'établissement d'une servitude ne prive pas le propriétaire du fonds servant de sa chose; l'article 545 est donc inapplicable. L'indemnité peut même être variable; l'arrêt de la cour de cassation le suppose, et rien de plus naturel, le dommage pouvant varier selon la culture. En ce sens, une indemnité payable par annuités et variable répond mieux à l'esprit de la loi qu'une indemnité capitalisée.

Le même arrêt décide que s'il y a plusieurs propriétaires enclavés, auxquels un seul et même passage est accordé, cela n'empêche pas l'indemnité de se diviser entre eux. Cela n'est guère douteux : l'indemnité est de sa nature divisible, donc, s'il y a plusieurs débiteurs, elle se divise entre eux dans la proportion réglée par le juge, proportion qui dépend du dommage que chacun d'eux cause en passant sur le fonds assujetti. Si les propriétés domi-

(1) Arrêt de rejet du 25 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 325).

(2) Demolombe, t. XII, p. 111, n° 632.

nantes sont divisées, il y a autant de servitudes que de fonds; donc autant d'indemnités différentes.

Il se peut que l'indemnité soit réciproque; cela arrive quand les divers fonds sont tout ensemble dominants et servants. La cour de Metz a décidé qu'il n'y a pas lieu à indemnité lorsque les propriétaires de prairies enclavées sont dans l'usage de se livrer réciproquement passage pour l'exploitation de leurs héritages. C'était méconnaître la disposition formelle de l'article 682. Dès que l'indemnité est réclamée, le tribunal doit l'adjuger, à moins qu'il n'y ait prescription. L'arrêt a été cassé (1).

N° 2. DE LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE D'ENCLAVE.

99. L'article 685 porte : « L'action en indemnité, dans le cas prévu par l'article 682, est prescriptible; et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable. » Cette disposition a donné lieu à de nombreux procès, ce qui suppose de grandes difficultés. Si l'on s'en tient au texte et à l'esprit de la loi, les difficultés disparaissent; il faut l'avouer, c'est la jurisprudence qui les a créées. Le langage des arrêts est si inexact, que le vague des expressions réagit sur les principes mêmes et qu'en définitive tout devient incertain. Il faut voir avant tout quel est l'objet de la prescription. L'article 685 ne parle que de la prescription de l'*action en indemnité*; il n'y est pas dit un mot de la prescription de la servitude de passage, et, d'après les principes qui régissent l'enclave, il ne peut être question ni d'acquérir le droit de passage par la prescription acquisitive, ni de le perdre par la prescription extinctive.

La prescription acquisitive a lieu quand une servitude continue et apparente est exercée pendant trente ans (article 690); les servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titre (art. 691). Or, la servitude de passage est discontinue (art. 688), donc il ne peut s'agir de l'acquérir

(1) Arrêt de cassation du 30 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 281).