

doit réunir les caractères déterminés par l'article 2229. Elle doit notamment être continue. Or, comment trouver la continuité dans une servitude qui peut varier d'assiette d'une année à l'autre? Il est certain que, dans l'espèce jugée par la cour de Lyon (n° 102), il ne pouvait y avoir de prescription, puisque chaque année l'assiette de la servitude changeait. La cour de cassation a décidé que l'action en indemnité était prescrite après trente ans, bien que le passage eût été exercé sur divers points du fonds assujéti (1). Cela ne fait aucun doute, puisque la prescription de l'action en indemnité court dès que la servitude est exercée. Mais il est tout aussi certain que, dans cette espèce, le mode d'exercer la servitude n'était pas prescrit, puisque le passage n'avait pas d'assiette fixe; ce qui exclut la continuité de la possession. Il se peut même que l'action en indemnité ne puisse se prescrire, quand le passage est exercé tantôt sur un fonds, tantôt sur un autre appartenant à un propriétaire différent; il a été jugé que dans cette hypothèse l'action en indemnité n'était pas prescrite, parce que la possession ne réunissait pas les conditions voulues par la loi (2); il faut en dire autant de l'assiette de la servitude.

104. Il y a une difficulté très-sérieuse, dans l'opinion généralement admise, lorsque le fonds par lequel le passage s'exerce est un fonds dotal. On suppose que ce fonds ne présente pas le trajet le plus court pour arriver à la voie publique. Est-ce que néanmoins la servitude continuera à s'y exercer après trente ans? La cour de cassation a jugé que dans l'espèce la prescription était impossible, puisqu'elle tendait à grever un fonds inaliénable d'une servitude légale en dehors des conditions voulues par la loi. En effet, la servitude, quoique pouvant être constituée sur tous les héritages voisins, *doit*, dit le code, être prise du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique (art. 683). Donc le fonds dotal ne devait pas être grevé de la servitude en vertu de la

(1) Arrêt de rejet du 21 mars 1831 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 894). Comparez Metz, 19 janvier 1865 (Daloz, 1865, 2, 52).

(2) Besançon, 17 janvier 1865 (Daloz, 1865, 2, 31).

loi, et comme il est inaliénable, il ne peut être démembre qu'en vertu de la loi (1). La décision est très-juridique : mais ne faut-il pas aller plus loin, et dire qu'une servitude établie par la loi, dans l'intérêt général, ne peut jamais être contraire, dans son exercice, aux conditions que la loi elle-même détermine?

II. Effet de la prescription quant à l'indemnité.

105. L'article 685 dit que l'action en indemnité est prescriptible. Quelle est cette action? Il est certain que ce n'est pas l'action en paiement de l'indemnité; celle-ci se prescrit d'après le droit commun : cela allait sans dire. Mais pour qu'il y ait lieu de payer l'indemnité, il faut que la dette soit arrêtée, ce qui suppose que l'assiette de la servitude a été fixée, soit par convention, soit par jugement, et que le contrat, volontaire ou judiciaire, a aussi réglé le montant de l'indemnité. L'article 685 ne parle pas de ce cas, qu'il était inutile de prévoir, puisque c'est l'application des principes élémentaires de droit. Il traite de l'action en indemnité, c'est-à-dire de l'action que le propriétaire du fonds par lequel le passage est réclamé a contre le propriétaire enclavé, pour faire régler l'indemnité à laquelle il est tenu en vertu de l'article 682. On a demandé si cette prescription est acquisitive ou extinctive. Nous avons répondu d'avance à la question, en établissant que la servitude d'enclave ne s'acquiert jamais par la prescription (n° 99), par l'excellente raison que le passage est fondé sur la loi. Le propriétaire enclavé n'a rien à acquérir par la possession, sinon, dans l'opinion générale, le mode d'exercer le passage quand l'exercice de la servitude n'est pas réglé conventionnellement. Dans notre opinion, la possession est toujours subordonnée à la loi (n° 102), de sorte que le propriétaire enclavé n'acquiert rien par la possession; la possession n'est efficace que si elle est conforme à la loi, ce qui revient à dire que c'est

(1) Arrêt de rejet du 20 janvier 1847 (Daloz, 1847, 1, 110), approuvé par Aubry et Rau, t. III, p. 31, note 30, critiqué par Demolombe, p. 104, n° 625.

la loi qui confère tous les droits au propriétaire enclavé ; mais elle les lui donne sous une condition, c'est qu'il indemnise le propriétaire, par le fonds duquel il passe, du dommage qu'il lui occasionne. Cette obligation du propriétaire enclavé donne un droit au propriétaire du fonds grevé de la servitude de passage : c'est ce que l'article 685 appelle l'action en indemnité. L'action est prescriptible, dit la loi, c'est-à-dire qu'elle doit être intentée dans les trente ans, comme toute action ; si le propriétaire assujéti reste trente ans sans agir, son droit est éteint, en ce sens que le propriétaire enclavé peut le repousser par la prescription. Donc il s'agit d'une prescription extinctive. Cela est si évident, qu'il ne vaudrait pas la peine d'en faire la remarque, s'il ne se présentait dans l'application une espèce de singularité qui, au premier abord, peut surprendre ceux qui ne sont pas initiés à la science du droit. On lit dans tous les auteurs et dans tous les arrêts que la prescription de l'action en indemnité, quoiqu'elle soit extinctive, exige une possession revêtue des caractères exigés en matière d'usucapion (1). N'est-ce pas dire que la prescription dont parle l'article 685 est tout ensemble extinctive et acquisitive ?

Dans l'opinion générale, cela est vrai. Le propriétaire enclavé qui exerce pendant trente ans le passage par un fonds, acquiert par cette longue possession une servitude sur ce fonds, en ce sens que l'assiette en est irrévocablement fixée par la prescription. Et en même temps qu'il acquiert par la prescription acquisitive le mode d'exercer le passage, il se libère de l'obligation de payer l'indemnité, si le propriétaire du fonds servant est resté trente ans sans intenter son action. De là suit que la prescription extinctive se confond avec la prescription acquisitive et qu'elle en prend les caractères. Nous avons rejeté cette opinion. Néanmoins nous maintenons le principe admis par la doctrine et par la jurisprudence, que la prescription

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 30, note 25, et les autorités qui y sont citées. Voyez les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 867. Il faut ajouter Liège, 2 juin 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 289) et 11 avril 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 321).

de l'action en indemnité, bien qu'étant extinctive, exige une possession de même nature que la prescription acquisitive. En effet, l'action en indemnité implique que le propriétaire enclavé exerce le passage sur le fonds voisin ; c'est l'exercice du passage, c'est-à-dire la possession de la servitude qui donne naissance à l'action ; et pour que l'action se prescrive, il faut naturellement que le propriétaire enclavé continue à exercer le passage, et que cet exercice ait tous les caractères d'une possession requise pour la prescription, car c'est seulement l'exercice du passage à titre de servitude qui fait naître l'action en indemnité, et qui par conséquent met le propriétaire du fonds servant en demeure d'agir. Nous avons vu des applications de ce principe en traitant des effets de la prescription en ce qui concerne le mode d'exercer le passage. Supposons que le propriétaire enclavé passe tantôt par un fonds, tantôt par un autre, sa possession ne sera pas continue ; elle ne pourrait pas servir de base à une prescription acquisitive, et la prescription de l'action en indemnité ne courra pas non plus. Pour qu'elle coure, il faut que l'on sache qui y a droit, qui peut agir ; tant que l'on ignore sur lequel des fonds voisins le passage sera exercé, aucun des voisins n'a qualité pour agir, ou il faudrait dire que tous ont le droit d'agir, ce qui est absurde, puisque, d'après la loi, le passage ne peut jamais être exercé que sur l'un des fonds, celui auquel il est le moins dommageable (n° 103). Mais si le passage est exercé pendant trente ans sur le même fonds, quoique tantôt sur une partie de ce fonds, tantôt sur une autre, cela n'empêchera pas la prescription extinctive de s'accomplir, car le passage a lieu sur un fonds déterminé, à titre de servitude ; ce qui suffit pour mettre le propriétaire du fonds en demeure d'agir. Donc en définitive la prescription de l'action en indemnité se fonde sur la possession du propriétaire enclavé, et cette possession doit avoir les caractères requis pour la prescription acquisitive (1).

(1) Duranton, t. V, p. 468, nos 429 et 430 ; Marcadé, t. II, p. 602, art. 682, n° III.

106. Il y a quelque difficulté dans l'application du principe, en ce qui concerne le commencement de la prescription. Est-ce du jour où la servitude de passage est réclamée et réglée, par convention ou par jugement, que la prescription commence à courir? ou est-ce du jour où le passage est exercé à titre de servitude légale, alors même qu'il n'y aurait eu ni convention ni règlement judiciaire? La question est importante, parce qu'il arrive très-souvent que le passage est pratiqué sans que l'exercice en ait été réglé. L'opinion générale, sauf des dissentiments restés isolés, est que la prescription court à partir du jour où la servitude légale est exercée. C'est une conséquence logique des principes qui régissent la servitude de passage ainsi que des principes sur la prescription. Le passage pour cause d'enclave est établi par la loi, l'exercice seul doit être réglé par les parties intéressées, mais il se peut que ce règlement soit inutile. Il n'y a qu'un seul fonds par lequel le propriétaire enclavé puisse passer; et sur ce fonds unique il n'y a qu'un seul endroit, le moins dommageable, sur lequel le passage puisse s'exercer : l'état des lieux sert, en ce cas, de règlement. Le propriétaire enclavé passe parce qu'il y a nécessité; donc il exerce la servitude, aussi bien que si l'assiette en avait été déterminée par convention. Dès lors la prescription doit courir, parce que le voisin est mis en demeure de réclamer son indemnité.

Si l'opinion contraire a été soutenue, c'est parce que l'article 682 suppose que le propriétaire enclavé doit avant tout *réclamer* le passage. De là on a conclu que la servitude n'existe pas de plein droit, que le propriétaire enclavé a seulement une action pour l'obtenir, action que l'on a comparée à celle qui naît de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Dans cette opinion, le propriétaire du fonds par lequel le passage s'exerce ne peut demander d'indemnité que lorsque la servitude est accordée; son action est une action en paiement plutôt qu'une action en indemnité, car l'indemnité se règle nécessairement au moment où le passage est établi, de même qu'il n'y a pas d'expropriation sans règlement de l'indemnité. Si nous n'avions

d'autre disposition que celle de l'article 682, il y aurait une difficulté de texte, mais la difficulté disparaît en présence de l'article 685. Il ouvre au propriétaire du fonds par lequel le passage s'exerce une *action en indemnité*, ce qui suppose que le passage est exercé sans que l'indemnité ait été réglée, par conséquent sans qu'il y ait eu un accord sur l'assiette de la servitude. Il n'est pas parlé d'une action appartenant au propriétaire enclavé, il n'a donc pas besoin d'agir pour avoir droit au passage, son droit est écrit dans la loi, et la loi ne fait que consacrer la nécessité. L'article 685 explique l'article 682; il résulte du texte de ces dispositions, ainsi que de l'esprit de la loi, que le mot *réclamer* n'a pas le sens qu'on lui donne, ou, si l'on veut, que le droit est *réclamé* par cela seul que la servitude est *exercée* (1).

La jurisprudence est en ce sens. On a soutenu devant la cour de cassation que le passage ne peut pas être exercé avant que la servitude ne soit réglée contradictoirement, puisque l'exercice sans règlement serait une voie de fait, une véritable usurpation. La cour n'a pas admis ce système (2). Il peut se présenter des cas où un règlement de la servitude est nécessaire. Supposons qu'il y ait plusieurs fonds par lesquels le passage puisse s'exercer; le voisin par le fonds duquel le propriétaire enclavé veut passer conteste que son héritage soit celui auquel la servitude sera le moins dommageable, ou celui par lequel le trajet sera le plus court; le propriétaire enclavé passe sans tenir compte de ces réclamations. Un procès s'engage : la servitude est établie sur un autre fonds. Le propriétaire enclavé est coupable, dans ce cas, de voie de fait, personne ne pouvant se rendre justice à soi-même. Mais aussi, dans ce cas, il n'y aura pas de difficulté sur le commencement de la prescription, puisque l'assiette de la servitude se trouvera réglée judiciairement. Que si le passage s'exerce sans con-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 30 et notes 26 et 27. Demante, t. II, p. 634, n° 539 bis I. Demolombe, t. XI, p. 112, n°s 634, 635. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 221, n° 326. En sens contraire, Valette et Murlon (*Répétitions*, t. 1^{er}, p. 800).

(2) Arrêt de rejet du 23 août 1827 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 820, 2°).

testation aucune, bien que sans règlement, il n'y a plus d'usurpation, puisque la servitude a son principe dans la loi, et le silence du propriétaire intéressé vaut consentement; l'équité est donc d'accord avec le droit.

107. Il se peut que le passage s'exerce par plusieurs fonds appartenant à différents propriétaires. Y aura-t-il autant de prescriptions diverses de l'action en indemnité qu'il y a d'héritages divers? L'affirmative nous paraît certaine. En effet chaque propriétaire a un droit à lui, naissant du dommage que la servitude lui occasionne. Donc le droit de l'un est tout à fait indépendant du droit de l'autre. On a invoqué devant la cour de cassation le principe de l'indivisibilité des servitudes pour en conclure que la prescription, suspendue à l'égard de l'un des propriétaires assujettis, était par cela même suspendue à l'égard des autres. La cour a rejeté cette opinion qui repose sur une vraie confusion d'idées. On lit dans l'arrêt que le principe d'indivisibilité doit s'appliquer lorsque le fonds asservi appartient au même propriétaire, que c'est en ce sens que la servitude de passage ne peut se prescrire par fraction (1). Il fallait dire mieux, c'est que, dans le cas d'enclave, il n'est pas question de prescrire la servitude de passage, puisque la servitude existe en vertu de la loi. C'est l'action en indemnité qui se prescrit, action purement personnelle, qui n'a rien de commun avec l'indivisibilité des servitudes.

107 bis. Les principes que nous venons d'exposer supposent qu'il y a enclave, dans le sens légal du mot, telle que nous l'avons définie d'après la doctrine et la jurisprudence. Si le propriétaire n'est pas enclavé, il n'a pas droit à un passage pour cause d'enclave. Par suite, il se trouve sous l'empire des principes généraux qui régissent l'acquisition des servitudes. C'est dire qu'il ne pourra pas réclamer de passage en vertu de l'article 682, et comme le passage est une servitude discontinue, il ne pourra invoquer la possession pour établir son droit; il lui faudra un titre. La destination du père de famille ne suffirait pas, puisqu'elle exige aussi la continuité de la servitude. Il suit de là que

(1) Arrêt de rejet du 31 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 376).

s'il n'y a pas d'enclave, il ne peut plus s'agir de la prescription de l'action en indemnité; car cette action suppose l'existence d'un passage fondé sur l'enclave. Donc la première question que les tribunaux auront à examiner en cette matière sera s'il y a ou non enclave. Si le fonds n'est pas enclavé, quelque longue qu'ait été la possession, elle ne donnera aucun droit à celui qui a exercé le passage, ni à celui par le fonds duquel il a été pratiqué: ce sera un passage de pure tolérance, ce qui exclut tout ensemble l'idée d'une servitude et le droit à une indemnité (1).

N° 3. EFFETS DE LA SERVITUDE DE PASSAGE.

108. Le passage que le propriétaire enclavé exerce est une servitude. Il faut donc appliquer les principes généraux qui régissent les droits et les obligations des propriétaires du fonds dominant et du fonds servant. Le propriétaire enclavé ne peut pas demander que le voisin lui cède la propriété du terrain par lequel le passage doit s'exercer; car il ne s'agit pas d'une expropriation. Par la même raison, le voisin ne peut pas forcer le propriétaire enclavé à acheter le terrain par lequel il passe; l'article 682 dit quels sont ses droits: il doit être indemnisé du dommage que l'exercice du passage lui occasionne.

Le passage étant une servitude, le propriétaire enclavé n'a que les droits qui appartiennent à celui qui jouit d'une servitude de passage. Il ne peut bâtir sur le fonds servant, cela va sans dire; il ne peut y avoir des jours et des vues que sous les conditions déterminées par la loi, puisque ces jours et ces vues donneraient sur la propriété d'autrui. Il ne peut céder le passage à un tiers, car les servitudes sont attachées au fonds; il en est surtout ainsi du passage en cas d'enclave, puisqu'il n'est accordé au propriétaire qu'à raison de l'enclave (2).

(1) Demante, t. II, p. 634, n° 539 bis I. Lyon, 18 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 888); Nancy, 28 janvier 1833 (Dalloz, *ibid.*, n° 819, 3°), Besançon, 16 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 2, 130).

(2) Duranton, t. V, p. 472, n° 432. Demolombe, t. XII, p. 119, nos 636, 637.