

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° C.22.0236.F

1. **S. D.,**

2. **V. D.,**

demandeurs en cassation,

représentés par Maître Geoffroy de Foestraets, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue de la Vallée, 67, où il est fait élection de domicile,

contre

1. **A. D.,**

2. **A. V. D. A.,**

3. **N. S.,**

4. **C. D.,**

5. **A. D.,**

défendeurs en cassation.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement rendu le 14 février 2022 par le tribunal de première instance de Namur, statuant en degré d'appel.

Le 24 janvier 2023, l'avocat général Hugo Mormont a déposé des conclusions au greffe.

Par ordonnance du 24 janvier 2023, le premier président a renvoyé la cause devant la troisième chambre.

Le conseiller Maxime Marchandise a fait rapport et l'avocat général Hugo Mormont a été entendu en ses conclusions.

II. Le moyen de cassation

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, les demandeurs présentent un moyen.

III. La décision de la Cour

Sur le moyen :

Suivant l'article 37, § 1^{er}, de la loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, cette loi, qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021, s'applique à tous les actes juridiques et faits juridiques qui ont eu lieu après son entrée en vigueur. Sauf accord contraire entre les parties, elle ne s'applique pas 1^o aux effets futurs des actes juridiques et des faits juridiques survenus avant son entrée en vigueur ; 2^o aux actes juridiques et aux faits juridiques qui se sont produits après son entrée en vigueur et qui se rapportent à des droits réels découlant d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant son entrée en

vigueur. Les dispositions de ladite loi ne peuvent porter atteinte aux droits qui auraient été acquis avant son entrée en vigueur.

L'article 682, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil dispose que le propriétaire dont le fonds est enclavé parce qu'il n'a aucune issue ou qu'il n'a qu'une issue insuffisante sur la voie publique, qui ne peut être aménagée sans frais ou inconvénients excessifs, peut réclamer un passage sur le fonds de ses voisins pour l'utilisation normale de sa propriété d'après sa destination, moyennant paiement d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.

Il suit de cette disposition qu'un fonds n'est pas enclavé, de sorte qu'aucun droit de passage ne naît, aussi longtemps que l'accès à la voie publique est toléré par le propriétaire ou l'utilisateur d'un fonds voisin.

Le fait juridique de l'enclavement ne se produit donc pas.

L'article 3.135 du Code civil, inscrit dans le livre 3 « Les biens » de ce code, dispose, à l'alinéa 1^{er}, que le propriétaire dont le fonds est enclavé, soit qu'il n'ait aucune issue sur la voie publique, soit qu'une issue suffisante ne puisse être aménagée sans frais ou inconvénients excessifs, peut réclamer un passage sur, au-dessus ou en dessous du fonds de voisins pour l'utilisation normale de son fonds d'après sa destination actuelle ou future et, à l'alinéa 2, que la servitude légale de passage n'est exclue que si 1° le propriétaire du fonds dispose d'un fonds contigu non enclavé ; 2° le fonds enclavé fait partie d'une unité d'exploitation dont d'autres fonds, auxquels il a accès, ne sont pas enclavés ; 3° le propriétaire du fonds dispose d'une servitude de passage du fait de l'homme suffisante ; 4° l'état d'enclave résulte de la faute du propriétaire réclamant le droit de passage ou de son fait personnel qui ne peut être justifié par l'utilisation normale du fonds d'après sa destination actuelle.

À défaut d'un fait juridique d'enclavement sous l'empire de l'article 682 de l'ancien Code civil, en raison de la tolérance du propriétaire ou de l'utilisateur d'un fonds voisin permettant l'accès à la voie publique, l'article 3.135 du Code civil s'applique dès son entrée en vigueur.

En faisant application, non de cette disposition, mais de l'article 682 de l'ancien Code civil pour refuser aux demandeurs un droit de passage au profit de leur fonds, au motif qu'il n'est pas enclavé en raison d'une tolérance accordée par

les deux premiers défendeurs, propriétaires d'un fonds voisin, depuis 2017, alors que les débats ont été clôturés après le 1^{er} septembre 2021, le jugement attaqué viole l'article 37, § 1^{er}, précité.

Le moyen est fondé.

Par ces motifs,

La Cour

Casse le jugement attaqué ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge du jugement cassé ;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause devant le tribunal de première instance du Brabant wallon, siégeant en degré d'appel.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Mireille Delange, les conseillers Marie-Claire Ernotte, Ariane Jacquemin, Maxime Marchandise et Marielle Moris, et prononcé en audience publique du treize février deux mille vingt-trois par le président de section Mireille Delange, en présence de l'avocat général Hugo Mormont, avec l'assistance du greffier Lutgarde Body.

L. Body

M. Moris

M. Marchandise

A. Jacquemin

M.-Cl. Ernotte

M. Delange

Requête

POURVOI EN CASSATION

POUR: 1/ Monsieur S. D.,

2/ Madame V. D.,

assistés et représentés par Maître Geoffroy de FOESTRAETS, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est situé à 1000 Bruxelles, rue de la Vallée, 67, où il est fait élection de domicile,

demandeurs en cassation,

CONTRE: 1/ Monsieur A. D.,

2/ Madame A. V. D. A.,

3/ Madame N. S.,

4/ Monsieur C. D.,

5/ Monsieur A. D.,

défendeurs en cassation,

* * *

A Madame la Première Présidente, Monsieur le Président, Mesdames
et Messieurs les Conseillers composant la Cour de cassation de Belgique

* * *

Mesdames, Messieurs,

Les demandeurs ont l'honneur de soumettre à votre censure le jugement rendu contradictoirement le 14 février 2022 par le tribunal de première instance de Namur, division de Namur, 8^e chambre B, affaires civiles, statuant en degré d'appel (R.G. n° 20/2078/A).

FAITS DE LA CAUSE ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

Les demandeurs acquièrent le 16 mars 2017 un ensemble de pâtures sur le territoire de la commune de [...], pour une contenance cadastrale de 60 ares 67 centiares.

Soutenant que ces parcelles sont enclavées, ils entament le 21 septembre 2017 la procédure judiciaire prévue par l'article 1371*bis* du Code judiciaire afin de réclamer un droit de passage aux trois derniers défendeurs sur leurs parcelles n° 226 M, 229 A/2 et 227 B, pour rejoindre la voirie *via* la rue [...].

Les deux premiers demandeurs font intervention volontaire, considérant que vu la tolérance de passage existante sur leur propre parcelle, la demande des demandeurs n'est pas fondée.

Après une première vue des lieux ordonnée le 21 novembre 2017, une mission d'expertise judiciaire est confiée au géomètre expert B.

L'expert est notamment chargé «*d'examiner les différentes possibilités d'accès à une voirie pour les demandeurs (...) compte tenu de la disposition des lieux ainsi que de la nature de parcelle agricole des demandeurs*» et de «*donner avis sur l'accès le moins dommageable mais aussi le plus utile à la parcelle des demandeurs*».

Dans son rapport définitif du 15 janvier 2020, l'expert propose trois options, retenant «*la troisième option qui consiste à accéder à la route [...] en traversant les parcelles n° 230 k et 231 c appartenant [aux deux premiers défendeurs]*».

Par un jugement du 20 octobre 2020, le juge de paix du canton de Fosses-la-Ville, retenant la troisième option proposée par l'expert judiciaire, «*Dit que les fonds propriétés des parties intervenantes volontaires [les deux premiers défendeurs] et cadastrées n° 230K et 232C sur la Commune de [...], sont grevés d'une servitude de passage au profit des fonds des parties demanderesses [...]*» (jugement du 20 octobre 2020, p. 7).

Par le jugement attaqué, le tribunal de première instance de Namur, statuant sur l'appel des demandeurs visant à faire adopter la deuxième des trois options envisagées par l'expert judiciaire, dit cet appel principal non fondé.

En revanche, il dit fondé l'appel incident des deux premiers demandeurs et, réformant complètement ce jugement et statuant par voie de dispositions nouvelles, il dit la demande originaire des demandeurs irrecevable dès lors qu'il n'est pas contesté qu'il existe déjà une tolérance de passage des deux premiers défendeurs de sorte qu'ils ne disposent pas d'un intérêt actuel pour réclamer un droit de passage.

MOYEN UNIQUE DE CASSATION

Les dispositions légales violées

- les articles 3.135 et 3.136 du Code civil créé par la loi du 13 avril 2019, insérés dans le Livre 3 par la loi du 4 février 2020;
- l'article 29 de la loi du 4 février 2020 insérant le livre 3 «*Les biens*» dans le Code civil, abrogeant l'article 682 de l'ancien Code civil;
- l'article 37, § 1^{er} de la loi du 4 février 2020 insérant le livre 3 «*Les biens*» dans le Code civil, réglant les dispositions transitoires;
- les articles 3.14, 3.116 et 3.117 du Code civil créé par la loi du 13 avril 2019, insérés dans le Livre 3 par la loi du 4 février 2020;
-
- l'article 1^{er} de l'ancien Code civil;
- l'article 18, alinéa 1^{er} du Code judiciaire.

La décision attaquée

Le jugement attaqué en ce que, disant fondé l'appel incident des défendeurs, il réforme le jugement entrepris et, statuant par voie de dispositions nouvelles, il dit irrecevable, pour défaut d'intérêt actuel, leur demande originaire.

Les motifs de la décision attaquée

(jugement attaqué, pp. 5-7)

«Les parties [défenderesses] ont formé un appel incident visant à réformer la décision du premier juge en ce qu'il a déclaré la demande originaire des parties [demanderesses] recevable; elles opposent en effet à la demande d'octroi d'une servitude de passage formée par ces dernières une fin de non-recevoir tirée d'un défaut d'intérêt dans le chef de ces dernières.

«Elles considèrent que dans la mesure où il existe une tolérance de passage selon l'option n° 3 telle que décrite par l'expert, les parties [...] n'auraient pas d'intérêt à agir puisqu'elles ne peuvent invoquer aucun état d'enclave.

« (...)

«Les parties [demanderesse] ont acquis les parcelles concernées par le litige par acte du 16 mars 2017, lequel renseigne en page 4 que lesdites parcelles sont enclavées, (...)

« Il n'est pas contesté que dans le courant de l'année 2017, des aménagements ont été réalisés par les parties [défenderesse] sur leurs parcelles rendant possible l'accès à ces parcelles enclavées par la route [...].

«Les parties [défenderesse] affirment avoir fait l'acquisition des parcelles E230k, E231C, E230M, E231D, E230H et E231E précisément pour offrir cette voie d'accès et éviter ainsi qu'une servitude de passage ne soit créée sur les fonds appartenant aux parties [défenderesse] depuis la rue [...]. Elles reconnaissent d'ailleurs cette tolérance dans leurs écrits de procédure.

«Les parties [demanderesse] ne contestent pas l'aménagement d'un tel passage mais disent que ce passage est impraticable et qu'en outre, la position défendue par les parties [défenderesse] est destinée 'à contourner les dispositions légales en matière d'enclave'.

«L'article 682 de l'ancien Code civil prévoit que le propriétaire dont le fonds est enclavé parce qu'il n'a aucune issue ou qu'il n'a qu'une issue insuffisante sur la voie publique, peut réclamer un passage sur le fonds de ses voisins, moyennant paiement d'une indemnité.

« (...)

«Force est de constater que les parcelles dont les parties [demanderesse] sont propriétaires ne sont pas enclavées dans la mesure où il n'est pas contesté qu'il existe une tolérance de passage pour y accéder, sans qu'il ne soit démontré que ce passage créé à l'initiative des parties [défenderesse]

ne serait pas praticable ou serait dangereux puisque c'est précisément cet accès-là qui a été choisi par l'expert dans son rapport, après avoir analysé la déclivité et la dangerosité dénoncées.

«Le fait que cette tolérance de passage soit par essence révocable, comme souligné par le premier juge, n'y change rien au regard de la situation d'enclave qui doit être appréciée strictement.

«En conséquence, les parties [demanderesse] ne disposent pas d'un intérêt actuel pour réclamer un passage et ce, aussi longtemps qu'il est toléré un passage pour y accéder, en sorte que leur action est irrecevable en conformité avec l'article 18 du Code judiciaire.»

Les griefs

Le jugement attaqué déduit l'absence d'intérêt actuel des demandeurs à réclamer judiciairement un passage sur le fonds de leurs voisins de la seule circonstance qu'ils bénéficient déjà d'une tolérance de passage des deux premiers défendeurs.

Le jugement se fonde sur l'article 682 de l'ancien Code civil qui disposait que:

«Le propriétaire **dont le fonds est enclavé** parce qu'il n'a aucune issue ou qu'il n'a qu'une issue insuffisante sur la voie publique, qui ne peut être aménagée sans frais ou inconvénients excessifs, peut réclamer un passage sur le fonds de ses voisins pour l'utilisation normale de sa propriété d'après sa destination, moyennant paiement d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner».

Sous l'empire de l'ancien article 682 du Code civil, n'était pas considéré par Votre Cour comme enclavé le fonds qui bénéficie d'un accès à la voie publique en vertu d'une **tolérance** accordée par le propriétaire ou l'occupant d'un fonds voisin.

Cette solution avait cependant été critiquée par la doctrine qui considérait que l'application aveugle de cette jurisprudence priverait le propriétaire d'un fonds enclavé de la possibilité d'obtenir un **droit réel** de passage et ainsi d'assurer **de manière durable** le désenclavement de son fonds, alors que la simple tolérance ne crée aucun droit dans son chef et peut être retirée à tout moment.

L'article 682 de l'ancien Code civil a toutefois été abrogé par la loi du 4 février 2020 (article 29, 1°) portant le livre 3 «*Les biens*» du [nouveau] Code civil, avec effet au 1^{er} septembre 2021.

Il en découle que depuis le 1^{er} septembre 2021, ce n'est plus l'article 682 de l'ancien Code civil qui est d'application mais bien les articles 3.135 à 3.137 du livre 3 du nouveau Code civil dont les dispositions pertinentes pour le présent litige disposent comme suit:

«**Art. 3.135.**

- Servitude légale de passage: définition

Le propriétaire **dont le fonds est enclavé** soit qu'il n'ait aucune issue sur la voie publique, soit qu'une issue suffisante ne puisse être aménagée sans frais ou inconvénients excessifs, peut réclamer un passage sur, au-dessus ou en-dessous du fonds de voisins pour l'utilisation normale de son fonds d'après sa destination actuelle ou future.

La servitude légale de passage n'est **exclue que si:**

(...)

3° le propriétaire du fonds dispose d'une **servitude de passage du fait de l'homme suffisante**»;

«**Art. 3.136.**

- Servitude légale de passage: acquisition et fixation

Le propriétaire du fonds enclavé agit en justice pour obtenir le passage légal.

(...) »

La loi nouvelle a donc expressément pris en considération la critique de la doctrine puisque le nouvel article 3.135 du Code civil dispose désormais que: «La servitude légale de passage n'est exclue que si: (...) 3° le propriétaire du fonds dispose d'une servitude de passage du fait de l'homme suffisante».

En d'autres termes, il ne faut plus seulement un accès suffisant à la voie publique, mais une servitude suffisante, soit un droit réel.

En vertu de l'article 3.14, qui règle les modes d'acquisition des droits réels, le § 1^{er} indique que ceux-ci peuvent s'acquérir «à titre particulier, entre vifs ou pour cause de mort, à titre gratuit ou à titre onéreux, ainsi que par les modes originaires d'acquisition prévue dans le présent Livre», le § 2 précisant que: «La constitution d'un droit réel se réalise par un acte juridique translatif constitutif émanant d'une personne disposant du pouvoir de disposition, en exécution d'un titre valable emportant obligation de donner».

L'article 3.116 du Code civil dispose que: «Les servitudes s'établissent par la loi ou par le fait de l'homme».

Le chapitre 2 du titre 5 du Livre 3 du Code civil précise les modes spécifiques d'acquisition des servitudes du fait de l'homme.

Celles-ci peuvent s'établir par acte juridique (article 3.117), par prescription acquisitive (article 3.118) ou par destination du propriétaire (article 3.119).

En ce qui concerne la première option, l'article 3.117 précise que: «Toutes les servitudes peuvent s'établir par acte juridique. Les servitudes établies par acte juridique peuvent être prouvées au moyen d'un titre récongnitif émanant du titulaire du fonds servant au moment de sa rédaction».

Les servitudes du fait de l'homme s'établissent en conséquence par acte juridique et, seule une servitude de passage du fait de l'homme suffisante, prouvée par un acte juridique, et non une simple tolérance, peut, depuis l'entrée en vigueur de ces dispositions, exclure la servitude légale de passage et, par voie de conséquence, l'intérêt actuel du demandeur en droit de passage.

Au titre des dispositions transitoires, la loi du 4 février 2020 introduisant le Livre 3 dans le Code civil, dispose en son article 37:

«§ 1^{er}. La présente loi s'applique à tous les actes juridiques et faits juridiques qui ont eu lieu après son entrée en vigueur.

Sauf accord contraire entre les parties, la présente loi ne s'applique pas:

1° aux effets futurs des actes juridiques et des faits juridiques survenus avant son entrée en vigueur;

2° aux actes juridiques et aux faits juridiques qui se sont produits après son entrée en vigueur et qui se rapportent à des droits réels découlant d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant son entrée en vigueur.

Les dispositions de la présente loi ne peuvent porter atteinte aux droits qui auraient été acquis avant l'entrée en vigueur de la présente loi ».

Il en découle que, depuis l'abrogation de l'article 682 de l'ancien Code civil, la cour d'appel ne pouvait plus faire application, ni de cette disposition légale abrogée, ni de l'interprétation qu'en avait faite Votre Cour.

Devant la cour d'appel, les défendeurs n'ont pas invoqué un acte juridique permettant d'exclure la demande en passage des demandeurs et l'arrêt attaqué ne constate pas l'existence d'une servitude du fait de l'homme au profit de ces derniers.

Le litige dont la cour d'appel était saisie après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle concerne donc un **fait juridique** d'enclavement.

Le fait juridique est une circonstance qui entraîne des conséquences de droit.

En vertu de l'article 37, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, la loi nouvelle s'applique au fait matériel d'enclavement des demandeurs auquel la loi nouvelle oblige le juge à associer des conséquences de droit.

En vertu de l'alinéa 2, 1^o, cette loi nouvelle ne s'applique certes pas aux effets futurs des faits **juridiques** survenus avant son entrée en vigueur.

Mais précisément, avant le 1^{er} septembre 2021, les demandeurs ne disposaient que d'une «tolérance de passage (...) par essence révocable» et non d'un **droit** (arrêt attaqué, p. 7). En d'autres termes, il existait un fait matériel mais non un fait juridique dès lors que les demandeurs ne pouvaient tirer aucun droit de ce fait matériel à l'égard des fonds voisins.

La cour d'appel se prononçant après le 1^{er} septembre 2021 ne devait donc pas statuer sur les effets futurs d'un fait juridique mais sur ceux d'un fait matériel préexistant en tant que seul fait matériel.

L'arrêt attaqué mentionne: «Le fait que cette tolérance de passage soit par essence révocable (...) n'y change rien au regard de la **situation d'enclave** qui doit être appréciée strictement» (arrêt attaqué, p. 7, soulignement ajouté).

Au contraire, s'agissant d'apprécier après le 1^{er} septembre 2021 les effets futurs d'un fait **matériel** d'enclave préexistant, la cour d'appel devait appliquer la loi nouvelle conformément à l'alinéa 1^{er} de l'article 37, l'alinéa 2, 1^o, ne pouvant s'appliquer dès lors que la cour d'appel constate elle-même que ce fait matériel, même sous l'empire de la loi ancienne, n'entraînait aucun **droit** au profit du demandeur, mais une simple

tolérance révocable. En d'autres termes, même sous la loi ancienne, le fait matériel n'était pas un fait juridique.

Quant à l'article 37, § 1^{er}, alinéa 22,2°, il ne peut davantage faire obstacle à l'application de la loi nouvelle pour les mêmes raisons: le fait matériel d'enclavement devient certes un fait juridique après l'entrée en vigueur de la loi (et même en vertu de celle-ci) mais il ne peut «se rapporter à des droits réels découlant d'un fait juridique survenu avant son entrée en vigueur» puisque précisément il n'existait pas antérieurement le moindre **droit réel** dont les demandeurs pouvaient se prévaloir à l'égard des fonds voisins et qu'il n'existait pas davantage de fait juridique dont pouvait «découler» un tel droit réel en leur faveur.

Enfin, les dispositions nouvelles ne portent nullement atteinte à des droits qui auraient été acquis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle puisque, précisément, les demandeurs n'ont acquis aucun droit avant cette entrée en vigueur (alinéa 3).

Et il ne saurait être considéré que les défendeurs eux-mêmes ont acquis le droit de ne jamais devoir concéder de droit de servitude aux demandeurs.

En résumé, la loi nouvelle doit s'appliquer aux faits juridiques qui ont eu lieu après son entrée en vigueur: tel est assurément le cas de la situation d'enclavement des demandeurs puisqu'il n'est désormais plus permis depuis cette date de contester ce fait juridique d'enclavement au motif de l'existence d'une tolérance accordée par un voisin.

Saisie de cette question litigieuse, la cour d'appel devait, depuis le 1^{er} septembre 2021, appliquer la loi nouvelle pour constater le fait juridique d'enclavement et y remédier, sous peine de priver les demandeurs, propriétaires d'un fonds enclavé au sens de la loi nouvelle, d'un droit que cette loi nouvelle leur accorde incontestablement pour y remédier.

Si Votre Cour considère que la loi nouvelle est une loi interprétative de l'article 682 de l'ancien Code civil, alors il y aurait violation de l'article

1^{er} de cet ancien Code, la loi nouvelle devant faire corps avec la loi ancienne.

Il en résulte qu'en faisant droit à la fin de non-recevoir tirée d'un défaut d'intérêt dans le chef des demandeurs, déduite de l'existence d'une tolérance de passage, sans constater l'existence d'un acte juridique constitutif d'une servitude du fait de l'homme à leur profit, l'arrêt attaqué viole toutes les dispositions légales visées en tête du moyen.

Développements

Le juge d'appel constate qu'«*Il n'est pas contesté que dans le courant de l'année 2017, des aménagements ont été réalisés par les parties [défenderesses] sur leurs parcelles rendant possible l'accès à ces parcelles enclavées par la route [...]*».

Il en conclut que: «*Force est de constater que les parcelles dont les parties [demandereses] sont propriétaires ne sont pas enclavées dans la mesure où il n'est pas contesté qu'il existe une tolérance de passage pour y accéder, sans qu'il ne soit démontré que ce passage créé à l'initiative des parties [défenderesses] ne serait pas praticable ou serait dangereux puisque c'est précisément cet accès-là qui a été choisi par l'expert dans son rapport, après avoir analysé la déclivité et la dangerosité dénoncées*» et que «*Le fait que cette tolérance de passage soit par essence révocable (...) n'y change rien au regard de la situation d'enclave qui doit être appréciée strictement*» (jugement du 14 février 2022, feuillet n° 7 – soulignement ajouté).

L'état d'enclave, qu'elle soit relative ou absolue, constitue une condition *sine qua non* de l'attribution de la servitude légale de passage. Dès lors que l'accès à la voie publique est possible et suffisant, la demande en attribution d'un passage légal est rejetée.

Le juge du fond apprécie souverainement le caractère suffisant ou non d'une issue : il doit examiner *in concreto* si l'accès à la voie publique dont dispose éventuellement le fond du demandeur permet l'usage normal de la propriété d'après sa destination. Cette appréciation

souveraine gisant en fait échappe à la censure de la Cour de cassation: cette dernière contrôle néanmoins si le magistrat a pu déduire l'état ou l'absence d'enclave des faits par lui relevés (Lecocq, Manuel de droit des biens, Tome 2 – *Droit réel principaux démembrés*, Larcier 2016, p. 322).

Le bénéfice d'une servitude **conventionnelle** de passage peut justifier que le demandeur en enclave soit débouté si cette servitude confère à ce dernier une issue suffisante vers la voie publique pour permettre son utilisation normale d'après sa destination (*ibidem*, p. 329).

Sous l'empire de l'ancien article 682 du Code civil, n'était toutefois pas considéré comme enclavé «*le fonds qui bénéficie d'un accès à la voie publique en vertu d'une **tolérance** accordée par le propriétaire ou l'occupant d'un fonds voisin*». Ces principes avaient été énoncés pour la première fois par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 1929, réaffirmé depuis lors dans deux arrêts des 6 avril 2000 et 26 septembre 2013.

Cette solution avait cependant été critiquée par la doctrine qui considérait que l'application aveugle de cette jurisprudence priverait le propriétaire d'un fonds enclavé de la possibilité d'obtenir un droit réel de passage et ainsi d'assurer **de manière durable** le désenclavement de son fonds, alors que la simple tolérance ne crée aucun droit dans son chef et peut être retiré à tout moment.

La loi nouvelle a pris en considération cette critique de la doctrine puisque le nouvel article 3.135 du Code civil dispose désormais que: «La servitude légale de passage n'est exclue **que si**: (...) 3° le propriétaire du fonds dispose d'une servitude de passage **du fait de l'homme** suffisante».

Les servitudes du fait de l'homme s'établissent par acte juridique, contrairement aux simples actes de tolérance, ces derniers ne pouvant donc légalement exclure la servitude légale de passage.

Cette interprétation est confortée par les travaux préparatoires:

«On écarte enfin l'exclusion jurisprudentielle pourtant bien ancrée (Cass., 6 avril 2000, *Larcier Cass.*, 2000, p. 182; *R.W.*, 2000-01, p. 908 (erronément référencée comme une décision du 3 février 2000); Cass., 26 septembre 2013, *Larcier Cass.*, 2014, p. 45; *J.J.P.*, 2014, p. 80; *R.G.D.C.*, 2015, p. 35; Cass., 6 avril 2000, *Larcier Cass.*, 2000, p. 182; *R.W.*, 2000-01, p. 908), critiquée en doctrine récente (voy. E. RIQUIER et P. VAN HOOLAND, "Enclave et tolérance de passage: où le quiproquo devient source de droit", *R.G.D.C.*, 2004, p. 475; K. SWINNEN, "Het recht van uitweg. Over een gedogende buurman en zelf veroorzaakte ingeslotenheid", note sous Cass., 6 février 2009, *R.W.*, 2009-10, p. 447), basée sur l'existence d'une simple tolérance au bénéfice du propriétaire du fonds enclavé: la seule chose sur ce point qui exclut, dans le projet, l'enclave est l'existence d'une servitude de passage du fait de l'homme suffisante» (Ch. Repr., session extraordinaire 2019 – doc 55-0173/001, p. 25 – soulignement ajouté).

La loi du 4 février 2020 introduisant le nouvel article 3.135 abrogé l'ancien article 682 et est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021.

Depuis cette date, le juge ne peut plus décider qu'un bien n'est pas enclavé lorsqu'un accès existe, comme en l'espèce, en vertu d'une seule tolérance d'un voisin.

En vertu de l'article 3.136, le propriétaire du fonds enclavé a le droit d'agir en justice pour obtenir le passage légal.

La loi du 4 février 2020 prévoit, au titre des dispositions transitoires, que «La présente loi s'applique à tous les actes juridiques et faits juridiques qui ont eu lieu après son entrée en vigueur» et qu'en principe elle ne s'applique pas «aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques avant son entrée en vigueur».

Il en découle qu'en l'espèce, le fait juridique invoqué (la situation d'enclave) a lieu depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle puisqu'il n'était pas reconnu antérieurement en cas de tolérance de passage d'un voisin, de sorte que cette loi nouvelle doit régir ce fait juridique reconnu,

sous peine de priver le propriétaire d'un fonds enclavé d'un droit que cette loi nouvelle lui accorde incontestablement.

Certes, en vertu de l'article 18 du Code judiciaire, une action ne peut être admise que si le demandeur a un intérêt né et actuel pour la former et que «*l'intérêt requis pour l'introduction d'une action en justice doit s'apprécier au moment où la demande est formée*» (Cass., 4 décembre 1989, Pas. 1990, p. 414).

Mais, en 2022, le juge d'appel ne pouvait décider que les demandeurs étaient sans intérêt au moment de l'introduction de leur action en 2017: la seule circonstance que déjà à ce moment-là les demandeurs soutenaient que leur bien était enclavé, ne lui permettait en effet pas de décider, après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, que les demandeurs n'avaient pas un intérêt «*actuel*» pour obtenir un droit de passage au moment de l'introduction de leur action puisque, précisément, la loi nouvelle qui s'impose au juge donne à présent ce droit à **tout** propriétaire d'un fonds enclavé au sens de cette loi nouvelle. En d'autres termes, pour apprécier si le fonds était enclavé en 2017, le juge qui statue doit appliquer la loi nouvelle au fait juridique pour qualifier celui-ci exactement et en déduire les conséquences de droit.

Le moyen qui critique un motif que le juge a donné pour justifier sa décision est recevable. Il est aussi recevable en tant que moyen de pur droit, c'est-à-dire un moyen fondé sur des dispositions que le juge doit appliquer pour trancher la contestation, quand bien même ces dispositions ne revêtent pas un caractère d'ordre public ou impératif.

Le jugement attaqué ne pouvait donc déclarer irrecevable la demande des demandeurs au motif que les parcelles litigieuses ne seraient pas enclavées au sens de la loi ancienne.

À l'estime des demandeurs, on peut même se demander si la loi nouvelle n'est pas une loi interprétative puisqu'elle vise à mettre fin à l'interprétation jurisprudentielle de la notion d'enclave selon le texte

ancien. La loi interprétative faisant corps avec la loi interprétée, celle-ci est réputée avoir dès l'origine le sens défini par la loi interprétative (Cass., octobre 1962, Pas. 1963, p. 157). Il y aurait dans ce cas violation de l'article 1^{er} de l'ancien Code civil.

Enfin, si Votre Cour ne suivait pas la thèse des demandeurs, elle devrait alors poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle car, à l'estime des demandeurs, il y aurait alors discrimination entre deux propriétaires dont le fonds est enclavé à l'heure actuelle, l'un pouvant bénéficier d'une servitude légale de passage et l'autre pas, selon qu'il aurait introduit son action avant ou après le 1^{er} septembre 2021.

A CES CAUSES,

L'avocat à la Cour de cassation soussigné, pour les demandeurs, conclut qu'il vous plaise, Messieurs, Mesdames, casser et annuler le jugement attaqué, renvoyer la cause et les parties devant un autre tribunal et statuer comme de droit sur les dépens de l'instance de cassation.

Bruxelles, le 23 juin 2022

Geoffroy de FOESTRAETS

Annexe:

Il est joint à l'original du présent pourvoi une copie certifiée conforme de la signification commandement du 29 mars 2022 contenant élection de domicile de tous les défendeurs [...].