

loi a établi comme présomption fondée sur une probabilité, que toute clôture existant sur la limite séparative de deux héritages est présumée mitoyenne (art. 653, 666 et 670).

Enfin la loi favorise la mitoyenneté, en donnant aux copropriétaires des droits plus étendus que ceux dont jouissent en général les communistes. Quand une chose est indivise, l'un des copropriétaires ne peut faire des innovations sans le consentement des autres; tandis que la loi permet au copropriétaire d'un mur mitoyen de l'exhausser. On ne peut expliquer cette différence que par la faveur que la loi accorde à la mitoyenneté (1).

N° 2. DES MURS MITOYENS.

I. Quand les murs sont mitoyens.

**496.** Un mur est mitoyen lorsque deux voisins l'ont fait construire à frais communs sur les extrémités de leurs héritages, ou lorsque l'un des voisins l'ayant fait construire sur la limite de son fonds, l'autre en a acquis de lui la communauté. La mitoyenneté est donc essentiellement volontaire, c'est-à-dire conventionnelle. On ne devient propriétaire que par sa volonté; la copropriété aussi exige un concours de volontés. Dans l'ancien droit, les pays régis par les lois romaines ne connaissaient pas d'autre mitoyenneté que celle qui résulte des contrats. Il ne suffisait pas que l'un des voisins voulût avoir une clôture mitoyenne, l'autre y devait consentir; s'il refusait de concourir à la construction d'un mur commun, ou s'il ne voulait pas céder la mitoyenneté d'un mur dont il avait la propriété exclusive, le voisin y devait renoncer, et bâtir sur son fonds un mur qui lui appartînt en totalité. C'est l'application rigoureuse des principes romains: tout propriétaire est maître absolu de sa chose, et il en fait ce qu'il veut. Dans les pays coutumiers, l'intérêt public qui s'attache à la clôture avait introduit une restriction au droit exclusif de propriété: l'un des voisins pouvait forcer l'autre soit à construire un

(1) Mourlon, *Repetitions*, t. 1<sup>er</sup>, p. 767 et suiv.

mur mitoyen, soit à lui céder la mitoyenneté d'un mur qui lui appartenait. Les auteurs du code ont adopté sur ce point les principes de la coutume de Paris; ils considèrent la mitoyenneté comme un devoir de bon voisinage. Ainsi, dit l'Exposé des motifs, la mitoyenneté est justement classée parmi les servitudes *légales* (1). Cela ne s'applique qu'aux murs mitoyens, puisque les fossés et les haies restent sous l'empire du droit commun. Et même pour la mitoyenneté des murs, il n'est pas exact de dire qu'elle constitue une servitude. La cession forcée de la propriété est à la vérité une restriction de la propriété; mais toute restriction apportée à la propriété n'est pas une servitude, sinon il faudrait dire que la propriété est toujours servie, car elle est, par sa nature, assujettie à des restrictions, comme nous l'avons dit plus haut; or, ce qui est l'état naturel de la propriété ne peut pas être considéré comme une servitude.

Nous n'avons rien à dire de l'acquisition de la copropriété par convention volontaire. On applique le droit commun (2). Nous n'avons à traiter que des dérogations au droit commun, concernant la construction forcée d'un mur mitoyen, ou l'acquisition forcée de la mitoyenneté.

a) De la construction forcée d'un mur mitoyen.

**497.** L'article 663 porte: « Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins, assis es dites villes et faubourgs. » Cette disposition étant limitée aux villes et faubourgs, il importe de déterminer quelles sont les communes qui forment une ville, et jusqu'où s'étendent les faubourgs. On enseigne généralement qu'il appartient au gouvernement de décider si telle commune est ou non une

(1) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 11 (Loché, t. IV, p. 180).

(2) Jugé, par application de ce principe, que lorsque le propriétaire de deux maisons contiguës dispose de l'une des maisons, sans que le contrat contienne aucune réserve à l'égard du mur de séparation, ce mur devient mitoyen. (Bruxelles, 26 mai 1824, dans la *Pasicrisie*, 1824, p. 133).

ville, et si telles habitations font partie d'un faubourg ou d'une commune rurale. Nous ne voyons pas sur quoi cette opinion se fonde. Quand il y a un intérêt administratif en jeu, c'est sans doute au gouvernement à statuer. Mais, dans l'espèce, l'administration est hors de cause, il s'agit d'imposer certaines charges aux particuliers; la question étant purement d'intérêt privé, les tribunaux seuls ont mission de la décider. Alors même qu'il y aurait un acte administratif, il nous semble qu'il ne lierait pas le juge, car cet acte est étranger aux intérêts qu'il est appelé à régler. A plus forte raison, les tribunaux, en l'absence de tout acte administratif, ne doivent-ils pas renvoyer la décision à l'autorité administrative. La loi n'ayant pas classé les communes, ni déterminé les caractères auxquels on reconnaît une ville, la question devient une question de fait. Il n'y a rien d'absolu en cette matière. Telles communes prospèrent et croissent à vue d'œil, telles autres languissent et dépérissent : les juges décideront d'après les circonstances (1). Il a été jugé que le mot *ville* emporte l'idée d'une population nombreuse à laquelle sont réunis des établissements publics, pour l'harmonie de l'association générale et des besoins civils et commerciaux. Par application de ce principe, la cour de Rennes a jugé qu'une commune ne comptant que douze à quinze cents âmes, n'ayant d'établissements que ceux qui se trouvent dans de simples bourgs, ne possédait rien qui caractérise une ville (2). La définition nous paraît trop étroite; c'est moins le chiffre de la population qui décide, que les occupations auxquelles elle se livre : les travaux sont-ils principalement agricoles, la commune est rurale : sont-ils commerciaux ou industriels, c'est une ville.

Il y a plus de difficulté encore pour distinguer le faubourg de la campagne. Là où, comme en Belgique, il n'y a plus d'octroi, donc ni porte, ni murs, ni fossé, il n'y a plus de faubourg proprement dit. Mais la difficulté n'est que déplacée; jusqu'où s'étend la ville? les habitations plus

(1) Voyez en sens divers les auteurs cités par Aubry et Rau, t. II, p. 231 et note 3, et par Dalloz, au mot *Servitude*, nos 550 et 551.

(2) Rennes, 9 mars 1820 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 551).

ou moins isolées qui se trouvent à l'extrême limite sont-elles ville ou campagne? Là où la population s'accroît rapidement, les villes finissent par toucher aux communes rurales : faudra-t-il les comprendre dans la ville? Question de fait; ce qui était commune rurale, hier, peut devenir ville aujourd'hui. Les tribunaux décideront dans le cas de l'article 663, comme ils décident, en fait, dans le cas de l'article 974(1). Il a été jugé que les communes limitrophes de Bruxelles, telles qu'Anderlecht, ne sont pas des faubourgs de la ville (2).

498. Il résulte de l'article 663 que dans les campagnes chacun est libre de clore ou de ne pas clore ses héritages. Se clore est, en principe, un droit de pure faculté, dont on use ou dont on n'use pas, selon ses convenances. La clôture forcée est donc une exception et, à ce titre, d'interprétation rigoureuse (3). Quelles sont les raisons de la différence que la loi établit entre les villes et les campagnes? On trouve dans la discussion un mot qui nous met sur la voie des motifs de cette différence. Tronchet dit que la hauteur du mur doit être suffisante pour garantir la *sûreté* des deux voisins (4). La mitoyenneté forcée est donc une question de sûreté. En effet, dit Duranton, la sûreté des personnes et des propriétés est plus facilement exposée dans les villes que dans les campagnes, à raison de la proximité des habitations, de l'étendue de la population et de l'importance des choses sujettes à être volées. Voilà pourquoi la hauteur du mur augmente à raison du chiffre de la population; plus la richesse mobilière est grande, plus il y a danger, et les garanties doivent croître avec les risques (5).

Si tel est le motif de la clôture forcée, il faut dire qu'elle est d'ordre public, et que, par suite, les parties intéressées

(1) Comparez Dalloz, au mot *Servitude*, nos 552 et 553.

(2) Bruxelles, 19 décembre 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2. 80). Comparez les jugements du tribunal de Bruxelles des 25 mars 1841 et 29 juin 1852 (*Belgique judiciaire*, t. X, p. 957).

(3) Limoges, 20 mars 1822 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 553).

(4) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, n° 23 (Loché, t. IV, p. 168).

(5) Duranton, t. V, p. 330, n° 319. Dans le même sens, Demolombe, t. XI, p. 425, n° 378.

ne pourraient pas déroger à la loi. La question est cependant controversée et il y a quelque doute. Il nous semble que la nature même de cette obligation prouve qu'elle est d'ordre public. C'est une dérogation au droit de propriété, une restriction au droit facultatif de se clore. Cette restriction n'est pas imposée dans un intérêt privé; la loi n'intervient pas dans le règlement des intérêts individuels, parce que personne ne les connaît mieux que les individus eux-mêmes. Si donc elle permet à l'un des voisins de contraindre l'autre à construire un mur mitoyen, ce doit être pour cause d'utilité publique. Or, conçoit-on que le législateur dise aux propriétaires contigus : « L'un de vous peut forcer l'autre à construire un mur mitoyen, parce que la sûreté des propriétés l'exige; cependant je vous permets de renoncer à ce qui peut se faire malgré vous, et de convenir que vos héritages seront ouverts. » On objecte que si la clôture était d'ordre public, l'administration devrait avoir le droit de l'ordonner; tandis que le code laisse l'initiative aux parties intéressées. Il y a, en effet, quelque chose d'illogique à rendre la clôture forcée parce qu'elle est d'ordre public, et à permettre aux voisins de ne pas se clore. Toutefois grande est la différence entre ne pas se clore et convenir, à titre de servitude, qu'il n'y aura pas de clôture. Cette dernière convention blesse ouvertement l'ordre public; car elle revient à dire qu'on renonce à clore son héritage quand même le défaut de clôture favoriserait les voleurs; on peut négliger ses intérêts, mais on ne peut pas prêter la main au vol.

Il y a une autre objection. Si l'article 663 est d'ordre public, dit-on, il n'est pas même permis d'y déroger en ce qui concerne la hauteur des murs. Le code dit que la hauteur du mur mitoyen sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus; à défaut d'usage et de règlement, le mur mitoyen doit avoir la hauteur déterminée par l'article 663, laquelle varie d'après le chiffre de la population, comme on peut le voir dans le texte. Cette disposition a donné lieu à une discussion au sein du conseil d'Etat. Bérenger la critiqua en disant qu'elle gênait inutilement la liberté des propriétaires; Treilhard

répondit que si les voisins étaient d'accord, ils pourraient donner au mur l'élévation qu'il leur plairait; les autres membres du conseil, qui prirent part au débat, furent du même avis. « S'il est libre aux voisins, dit Tronchet, de faire les conventions qu'il leur plaît, il n'y a plus de difficulté à décider que le mur sera d'une hauteur déterminée, suffisante pour la sûreté des deux voisins (1). » Ainsi les parties intéressées peuvent déroger à l'article 663, en ce qui concerne la hauteur des murs; pourquoi ne le pourraient-elles pas en ce qui concerne la clôture même? Nous répondons que la différence est grande: la hauteur précise du mur est une disposition arbitraire, on ne peut pas dire que l'ordre public soit compromis quand le mur a un centimètre de moins, tandis qu'il est compromis quand il n'y a pas de clôture. Nous expliquons la loi sans la justifier: une disposition absolue, bien qu'arbitraire, eût été préférable à la liberté des conventions, laquelle conduit également à l'arbitraire (2).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Rennes, mais il n'a aucune valeur doctrinale, car la cour se borne à affirmer, sans donner aucun motif à l'appui de son opinion, que l'obligation imposée par l'article 663 n'est pas de droit public (3). Une affirmation n'est pas une preuve.

**499.** L'article 663 établit le principe de la clôture forcée pour les maisons, cours et jardins. Cette énumération est-elle restrictive? La cour de Bordeaux avait admis l'affirmative; son arrêt a été cassé, et avec raison. Il est vrai que la disposition de l'article 663 est exceptionnelle, et l'on pourrait invoquer le principe d'après lequel toute exception est de stricte interprétation. Nous voyons ici combien il importe d'appliquer les adages juridiques dans l'esprit qui les a dictés. Sans doute la clôture forcée est une exception, mais les motifs qui l'ont fait établir prouvent qu'elle doit recevoir son application à tous les fonds urbains, quelle que soit leur nature. La sûreté des personnes et des

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, nos 20-23 (Loché, t. IV, p. 168).

(2) Demolombe, t. XI, p. 425, n° 378 et p. 440, n° 483 bis. En sens contraire, Toullier, t. II, p. 68, n° 162; Aubry et Rau, t. II, p. 231 et note 5.

(3) Rouen, 24 février 1844 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 561).

biens sera-t-elle moins exposée si l'un des héritages est un chantier au lieu d'être une cour, ou si c'est un passage au lieu d'être un jardin? En ce sens, l'exception forme une règle générale, et l'interprétation de cette règle doit être extensive. Cela est admis par la doctrine et la jurisprudence (1). Toutefois la cour de Limoges a jugé que l'article 663 n'est pas applicable quand l'un des héritages est une prairie, à raison de son étendue et de sa nature (2). Nous ne voyons pas ce que l'article 663 a de commun avec l'étendue et la nature des fonds urbains; n'est-ce pas introduire dans le texte une distinction que les termes et l'esprit de la loi repoussent?

Il y a un motif de douter qui a entraîné la cour de cassation de Belgique (3); c'est que l'article 663 est emprunté à l'ancien droit; or, les dispositions des coutumes étaient restrictives, ou interprétées dans un sens restrictif. La cour nie d'ailleurs que la clôture forcée soit d'ordre public; elle n'y voit qu'une restriction purement d'intérêt privé, et par suite de la plus stricte interprétation. Dans cet ordre d'idées, l'article 663 serait inapplicable, quand même l'un des fonds serait un chantier ou un passage. Nous n'admettons pas le point de départ et nous rejetons les conséquences. Quant à l'ancien droit, il n'aurait d'autorité que s'il était prouvé que les auteurs du code ont voulu le maintenir avec son sens restrictif. Or, nous le répétons, on ne trouve rien dans les travaux préparatoires à cet égard; il faut donc s'en tenir au texte, en l'interprétant restrictivement si l'on y voit une exception d'intérêt privé, et extensivement si l'on y voit une règle d'intérêt général; mais il est illogique d'admettre l'interprétation restrictive et de faire exception pour certains héritages seulement, tels que les prés. C'est ce qu'a fait la cour de Limoges et M. Demolombe à sa suite (4).

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 231 et note 1, et les autorités qu'il cite. Arrêt de cassation du 14 mai 1828 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 554, 1°).

(2) Limoges, 26 mai 1838 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 554, 2°). Comparez un jugement du tribunal d'Épernay du 26 juin 1868 (Daloz, 1870, 3, 40).

(3) Arrêt de cassation du 24 avril 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 310).

(4) Demolombe, t. XI, p. 439, n° 382. En sens contraire, Lepage, *Lois des bâtiments*, t. 1er, p. 103 et suiv.

**500.** Pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 663, il faut que les héritages soient contigus. Cette condition résulte du texte et de l'esprit de la loi. Le code dit que chacun peut contraindre son *voisin* à la construction de la clôture *faisant séparation de leurs maisons*. C'est donc la clôture qui sépare les maisons, ce qui implique qu'il n'y a pas de terrain intermédiaire qui sépare les héritages. D'ailleurs de quelle clôture s'agit-il? D'un mur mitoyen, ou, comme le dit l'article 663, d'un *mur de séparation*; or, la mitoyenneté suppose la contiguïté, elle ne se conçoit pas quand les héritages sont voisins sans être contigus. Il a été jugé, par application de ce principe, qu'il n'y a pas lieu à la clôture forcée quand deux propriétés sont séparées par une sente commune. L'un des propriétaires demandait la construction, à frais communs, d'un mur commun sur la ligne qui séparait l'héritage de son voisin de la sente commune. Sa prétention fut repoussée par la cour de Paris et, sur pourvoi, par la cour de cassation. Il y avait plus d'une raison de le décider ainsi. Les deux héritages n'étaient pas contigus, ce qui était déjà décisif. Comme le dit très-bien la cour, l'article 663 a pour but la tranquillité publique et la sûreté réciproque entre voisins; il ne peut donc recevoir d'application que dans le cas de deux propriétés contiguës. Or, dans l'espèce, il n'y avait pas de contiguïté. Il ne faut pas confondre ce cas avec celui dont nous venons de parler. La cour de cassation a jugé que la clôture peut être exigée même au profit d'un terrain qui ne serait qu'un simple passage (n° 499), mais il s'agissait d'un passage appartenant exclusivement au voisin qui réclamait la construction d'un mur mitoyen; il y avait donc contiguïté, tandis que, dans la nouvelle espèce, le passage était commun, et par cela même on ne pouvait en demander la clôture forcée, parce que c'eût été priver le voisin de la communication avec sa propriété dont le passage était la voie nécessaire (1).

**501.** L'article 663 dit que la *clôture* est forcée. Qu'est-ce

(1) Arrêt de rejet du 1er juillet 1857 (Daloz, 1857, 1, 400). Comparez Bruxelles, 29 mars 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 146).

que cette clôture? La suite de l'article l'explique : c'est un *mur de séparation*. Si donc il existait une haie entre deux héritages, ce ne serait pas là une clôture dans le sens de l'article 663; l'un des voisins pourrait contraindre l'autre à remplacer la haie par un mur construit à frais communs (1). La loi ne décide rien quant aux matériaux qui doivent être employés, ni quant au mode de construction; pour ces détails qui varient d'une ville à l'autre, la loi s'en réfère tacitement aux usages locaux (2). Nous avons déjà parlé de la hauteur du mur.

Il y a quelque difficulté quand les héritages reposent sur un sol de hauteur inégale. Donnera-t-on au mur la hauteur prescrite par la loi, en prenant pour base le terrain le plus bas? Dans ce cas, le mur n'aura pas la hauteur légale sur le terrain le plus élevé. Que si l'on calcule la hauteur du mur d'après le sol supérieur, il dépassera la hauteur légale sur le sol inférieur; de là une question de droit et de frais. Il nous paraît incontestable que le mur doit avoir une hauteur telle, que sur le terrain le plus élevé il réponde aux prescriptions de la loi; et dès que le mur est mitoyen pour le tout, les frais doivent être communs; cela est de l'essence de la mitoyenneté (3). Pardessus ajoute une réserve : le propriétaire de l'héritage supérieur pourrait, dit-il, offrir de creuser son terrain, de manière que le mur séparatif eût de son côté la hauteur légale. En effet, le résultat de cet abaissement des terres serait que le mur aurait la hauteur que la loi prescrit; c'est tout ce que l'on peut exiger. Ainsi jugé par la cour d'Angers (4).

**502.** Quand l'un des voisins réclame la construction d'un mur mitoyen, l'autre peut-il user du droit que donne l'article 656? Aux termes de cet article, tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de

(1) Amiens, 15 août 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 504, 2°). Gand, 24 mai 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 211). Liège, 1<sup>er</sup> février 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 19).

(2) Arrêt de rejet du 3 août 1836 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 558).

(3) Caen, 13 mai 1837 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 565).

(4) Pardessus, t. I<sup>er</sup>, p. 361, n° 150. Angers, 23 avril 1819 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 504, 1°). Comparez Demolombe, t. XI, p. 441, n° 384.

mitoyenneté. On demande si le copropriétaire peut user de ce droit dans les villes où, d'après l'article 663, la clôture est forcée. C'est une question très-controversée; la jurisprudence et la doctrine sont divisées. La cour de cassation a toujours décidé que le droit consacré par l'article 656 étant général, absolu, reçoit son application dans les villes aussi bien que dans les campagnes; mais les cours d'appel résistent, et la plupart des auteurs se prononcent pour l'opinion contraire (1).

La cour de cassation invoque le texte de l'article 656, texte général et absolu, qui ne distingue pas entre les villes et les campagnes; et on ne peut pas introduire cette distinction dans la loi, car les articles 653 et 655 dont l'article 656 est la suite la repoussent formellement. « Dans les *villes* et les *campagnes*, dit l'article 653. L'article 655, qui met la reconstruction et la réparation à la charge de tous ceux qui y ont droit, se réfère à l'article 653, donc il s'applique aux villes. Puis vient l'article 656, qui permet de s'affranchir de cette charge, moyennant l'abandon de la mitoyenneté; cet abandon est donc de droit commun. En effet, c'est l'application d'un principe général, consacré par l'article 699 : le propriétaire assujéti peut toujours s'affranchir de la charge dont il est tenu comme détenteur d'un fonds servant, en abandonnant ce fonds au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

Dans l'opinion contraire, on répond, et la réponse nous semble péremptoire, que le texte de l'article 663 est aussi absolu, et tellement impératif qu'il résiste à toute interprétation qui prétendrait le limiter en permettant au propriétaire de se soustraire à la clôture forcée par l'abandon de la mitoyenneté. « Chacun, dit la loi, peut *contraindre* son voisin à construire une clôture qui sépare leurs maisons, cours ou jardins. » Que devient ce droit de *contrainte*

(1) Demolombe, t. XI, p. 427, n° 369 et les autorités qu'il cite. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 232 et note 6. Arrêts de la cour de cassation du 29 décembre 1819 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 503, 1°), du 5 mars 1828 (*ibid.*, n° 503, 2°), du 3 décembre 1862 (Dalloz, 1862, 1, 503) et du 7 novembre 1864 (Dalloz, 1864, 1, 474). Comparez Bruxelles, 17 décembre 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 42). Voyez, en sens contraire, les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Servitude*, n° 503.

dans la doctrine de la cour de cassation? Il disparaît pour faire place à une option; le propriétaire, sommé de contribuer à la construction d'un mur mitoyen, a le choix, ou de consentir, ou de refuser en abandonnant la mitoyenneté, c'est-à-dire le terrain sur lequel le mur doit être élevé, car nous supposons qu'il n'est pas encore construit. Peut-on dire avec le code que le voisin a le droit de *contraindre* son voisin à construire un mur mitoyen, alors que celui-ci aurait le droit de refuser son concours? Ce n'est pas là interpréter la loi, c'est la faire et, dans l'espèce, c'est l'abroger. Si celui que l'on veut contraindre, l'article 663 à la main, à construire une clôture commune, n'y peut pas être contraint, on efface l'article 663.

On objecte que l'article 656 est aussi absolu, et que, se référant aux articles qui précèdent, il s'applique aux villes comme aux campagnes. Soit, il y a deux dispositions absolues : est-ce une raison pour effacer l'une? S'il s'agissait de deux lois portées à des dates différentes, on ne raisonnerait pas même ainsi; le premier devoir de l'interprète serait de concilier les deux lois. A plus forte raison faut-il concilier deux dispositions d'un même code, d'un même titre, d'une même section. Conçoit-on que l'article 656 déroge à l'article 663? La conciliation est très-simple. Il y a une clôture volontaire et une clôture forcée; les articles 653, 655 et 656 ne parlent que de la clôture volontaire, tandis que l'article 663 parle de la clôture forcée. Et pourquoi est-elle forcée? Par des motifs d'ordre public. Ces motifs excluent la faculté d'abandon. Comprendrait-on que le législateur dise qu'un voisin peut être contraint par son voisin à construire une clôture commune, pour garantir la paix et la sûreté, et qu'il permette néanmoins aux voisins de se soustraire à cette charge, et par conséquent de compromettre l'ordre public! Cela répond à l'argument que la cour de cassation puise dans l'article 699. Sans doute celui qui n'est tenu que comme détenteur de la chose peut se soustraire à la charge en abandonnant la chose à raison de laquelle il est tenu, mais cela suppose qu'il s'agit d'une charge d'intérêt privé; or, la cour de cassation proclame dans tous ses arrêts que la clôture forcée est d'ordre

public; renonce-t-on à une charge qui est d'ordre public!

Dans ses premières arrêts, la cour de cassation invoquait aussi la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat; les arrêts de 1862 et de 1864 ne font plus mention de cet argument, qui a entraîné les savants interprètes de Zachariæ. Voici ce qui s'est passé. Il importe avant tout de constater que le projet soumis au conseil d'Etat n'établissait pas la clôture forcée; il se bornait à fixer la hauteur des murs mitoyens qui seraient construits ou rétablis à l'avenir (art. 25). Bérenger dit que cette disposition gênait inutilement la liberté des propriétaires. Là-dessus un débat s'engagea sur la hauteur des murs : fallait-il la fixer dans la loi? fallait-il s'en rapporter aux usages locaux? Berlier remarqua que l'article proposé deviendrait d'une exécution plus facile, si l'on y exprimait que le propriétaire sommé de contribuer à la clôture peut s'en dispenser en renonçant à la mitoyenneté, et en cédant la moitié de la place sur laquelle le mur doit être construit; ce droit d'option existait dans plusieurs coutumes. Tronchet répondit que cette modification était exprimée dans l'article 656. Voilà l'interprétation authentique de la loi, dit-on. Si l'on avait discuté sur le sens et la portée de l'article 663 qui établit la clôture forcée, et si le conseil d'Etat s'était approprié l'opinion de Tronchet par un vote, nous admettrions l'autorité que l'on attache à la discussion. Mais la clôture forcée, bien que supposée par Berlier, n'était pas encore inscrite dans le code. C'est Bigot-Préameneu qui le premier en fit la remarque. Puis on revint au débat sur la hauteur du mur de séparation. Et qu'est-ce que le conseil décida? Le renvoi à la section de législation (1). Telle est la discussion que l'on prétend décisive. A vrai dire, la question que nous agitions ne fut pas débattue au conseil d'Etat; c'est incidemment que Tronchet émit une opinion sur le sens de l'article 656; cette opinion resta isolée, on n'y revint plus. L'interprétation que l'on attribue au conseil n'est donc rien que l'avis d'un de ses membres. Quel que soit notre res-

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, nos 20-24 (Loché, t. IV, p. 168).

pect pour l'autorité de Tronchet, nous donnons la préférence au texte et à l'esprit de la loi.

**503.** Celui qui bâtit un mur de clôture sur son héritage peut-il forcer son voisin à en acquérir la mitoyenneté? Cette question est aussi controversée; elle ne nous paraît pas douteuse, le texte la décide. Il permet à celui qui veut construire un mur mitoyen de contraindre son voisin à y contribuer; c'est à lui à user de ce droit, s'il veut une clôture commune. S'il n'en use pas, il ne peut pas ensuite exercer un droit que la loi ne lui accorde pas, c'est-à-dire contraindre son voisin à acheter la mitoyenneté. Vainement dit-on que ce dernier droit est une conséquence du premier. Il n'appartient qu'au législateur de tirer cette conséquence, car il s'agit de droits tout à fait exceptionnels, de dérogations au droit de propriété et à la liberté des propriétaires; ces restrictions sont de l'interprétation la plus étroite : cela décide la question. On a imaginé je ne sais quel mandat en vertu duquel le propriétaire qui bâtit aurait construit au nom de son voisin. Nous croyions que le mandat est volontaire; il paraît qu'il y a aussi un mandat forcé. Ce sont des suppositions toutes gratuites que les auteurs font pour le besoin de la cause et dont nous prions nos jeunes lecteurs de se défier (1).

Il y a cependant un cas dans lequel celui qui a construit le mur peut contraindre son voisin à élever une clôture nouvelle. On suppose que le mur, qui était la propriété exclusive de l'un des voisins, tombe en ruine; dans ce cas, il n'y a plus de mur qui sépare les deux héritages, et par suite on rentre dans le texte et dans l'esprit de l'article 663. La cour de Bruxelles l'a décidé ainsi, et cela n'est pas douteux (2).

b) *Du droit d'acquérir la mitoyenneté.*

1. CONDITIONS.

**504.** L'article 661 porte : « Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen, en tout ou en

(1) Voyez les diverses opinions dans Aubry et Rau, t. II, p. 233 et note 7, et dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 567.

(2) Bruxelles, 17 mai 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 247).

partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. » D'après la rigueur des principes, l'acquisition de la mitoyenneté devrait être volontaire; les auteurs du code l'ont considérée comme un devoir de bon voisinage; l'Exposé des motifs dit que l'on a voulu prévenir des refus dictés par l'humeur et le caprice. Berlier avoue que celui à qui la mitoyenneté est demandée peut avoir intérêt à la refuser (1); pourquoi donc la loi sacrifie-t-elle cet intérêt et oblige-t-elle le voisin à céder malgré lui la copropriété d'un mur qu'il est intéressé à conserver? La seule raison que l'on trouve dans les auteurs, c'est que l'on évite par là la construction de murs inutiles, la perte de terrain qu'ils auraient occasionnée; en même temps on donne plus de sûreté aux habitations et on rend les villes d'un aspect plus agréable (2). Ce dernier motif n'est que secondaire, puisque la loi s'applique aux campagnes aussi bien qu'aux villes; dans les villes, d'ailleurs, on a la clôture forcée; mais l'intérêt général, qui demande qu'on ne perde pas un terrain précieux en constructions inutiles, suffit pour justifier la disposition de l'article 661, l'intérêt général l'emportant toujours sur les convenances privées.

**505.** Puisque cette espèce d'expropriation est fondée sur un intérêt général, il s'ensuit que celui qui demande la cession de la mitoyenneté n'est pas tenu de prouver un intérêt quelconque qu'il aurait à devenir copropriétaire; on ne peut pas davantage lui opposer la prescription, car on ne prescrit pas contre l'intérêt public. De même celui qui est propriétaire exclusif ne peut pas invoquer l'intérêt qu'il aurait à conserver son droit dans son intégralité. Il a des jours dans son mur, quand la clôture sera devenue mitoyenne, on lui en demandera la suppression; il serait donc très-intéressé à refuser la cession; c'est précisément pour cela que la loi l'y oblige. Le législateur n'a-t-il pas poussé trop loin la faveur qu'il accorde à la mitoyenneté?

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 11 (Loché, t. IV, p. 180).

(2) Durantou, t. V, p. 342, n° 321.