

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) Duranton, t. V, p. 342, n° 321.

Nous le croyons, mais il faut accepter la loi telle qu'elle est, avec toutes ses conséquences. La comparaison de l'article 661 avec l'article 194 de la coutume de Paris ne laisse aucun doute sur le caractère absolu du droit que le code a consacré. L'article 194 paraissait conçu dans des termes restrictifs; il portait : « *Si aucun veut bâtir contre un mur non mitoyen, faire le peut en payant la moitié.* » C'était subordonner la faculté d'acquérir la mitoyenneté à une condition, celle de bâtir; en effet, les motifs que l'on donne pour justifier cette restriction apportée à la propriété impliquent que le voisin qui demande la cession de la mitoyenneté veut bâtir. Mais le code ne reproduit pas cette condition; même dans l'ancien droit, on soutenait que les termes de la coutume étaient énonciatifs, qu'ils prévoyaient le cas ordinaire, où le voisin veut bâtir, sans vouloir exclure les autres. C'est cette large interprétation que les auteurs du code ont sanctionnée, en retranchant les mots qui semblaient impliquer une condition restrictive. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

506. Du principe que le droit d'exiger la cession de la mitoyenneté est absolu, suit que celui qui l'a abdiquée, pour se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions d'un mur mitoyen, peut néanmoins exercer le droit consacré par l'article 661. La coutume de Paris décidait formellement qu'il pouvait rentrer en son premier droit (art. 212), après avoir abandonné la mitoyenneté, et les auteurs modernes enseignent la même doctrine (2). Comment se fait-il que celui qui a renoncé au droit de mitoyenneté puisse revenir sur sa renonciation? Nous ne voyons qu'une explication de cette faculté, c'est que la renonciation au droit d'acquérir la mitoyenneté n'est pas admise. On doit bien permettre à celui qui est copropriétaire d'une chose d'abandonner sa propriété; encore, dans notre opinion, ce droit cesse-t-il quand un intérêt général

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. II, p. 430, note 57, et par Dalloz, au mot *Servitude*, n° 456; arrêt de cassation du 3 juin 1850 (Dalloz, 1850, 1, 185 et la note).

(2) Demolombe, t. XI, p. 397, n° 357. Aubry et Rau, t. II, p. 431 et note 59.

s'y oppose, et tel est le cas de la clôture forcée prévu par l'article 663. La clôture n'étant pas forcée à la campagne, rien n'empêche d'abdiquer la copropriété d'un mur mitoyen. Mais cela n'implique pas que l'on renonce au droit d'acquérir la mitoyenneté quand on y a un intérêt quelconque. Seulement la loi aurait dû exiger un intérêt, et nous n'en voyons d'autre que celui que la coutume de Paris indiquait, la volonté de bâtir. Quand le voisin veut bâtir, on comprend très-bien qu'il puisse acquérir la mitoyenneté après l'avoir abdiquée; car au moment où il l'a abandonnée, il n'avait pas de bâtiment qui s'appuyât sur le mur; il n'avait donc pas besoin du mur, tandis que s'il veut bâtir, il en a besoin, et cette nécessité se lie à un intérêt général. Dans le système du code, au contraire, il y a quelque chose de contradictoire: il autorise l'abandon de la mitoyenneté pour se dispenser des charges, puis il permet l'acquisition forcée de cette même mitoyenneté, sans intérêt aucun.

De là une difficulté très-sérieuse. Peut-on renoncer au droit d'acquérir la mitoyenneté? On est d'accord pour admettre la validité de cette renonciation, parce que, dit-on, la faculté d'acquérir la mitoyenneté ne présente aucun caractère d'ordre public (1). Cela nous paraît bien douteux. Pourquoi la loi permet-elle l'expropriation forcée de l'un des voisins au profit de l'autre? Cela ne suppose-t-il pas qu'il y a un intérêt général en cause? Pourquoi la loi permet-elle à celui qui a abandonné la mitoyenneté de la recouvrer, bien que cet abandon implique une renonciation? n'est-ce pas parce qu'il y a un intérêt général en cause? Sans doute, la loi n'est pas logique parce qu'elle n'a pas défini cet intérêt, ce qui est une source d'incertitudes et de contradictions. Toujours est-il qu'il est difficile de concevoir que le copropriétaire d'un mur mitoyen puisse revenir sur l'abandon qu'il a fait de sa copropriété, et qu'il ne puisse pas revenir sur une renonciation qu'il ferait au droit d'acquérir la mitoyenneté. La loi est inconséquente, il est vrai;

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 431 et les autorités qui sont citées dans la note 60.

mais il faut du moins la rendre aussi conséquente que possible.

Il y a une autre difficulté très-sérieuse. Le propriétaire du fonds qui joint le mur le grève de la servitude de ne pas bâtir ou de ne bâtir qu'à une certaine distance. Peut-il encore, dans ce cas, acquérir la mitoyenneté du mur? Non, du moins il ne peut pas l'acquérir avec cet effet que le voisin ait le droit de bâtir contre le mur. N'est-ce pas là renoncer au droit d'acquérir la mitoyenneté? Quand nous disons que la renonciation à ce droit est nulle, nous entendons une renonciation faite par celui qui a le droit de bâtir; il y a alors un intérêt public à la cession forcée de la mitoyenneté, qui s'oppose, à notre avis, à ce que l'on y renonce. Mais si le voisin n'a plus le droit de bâtir, l'intérêt public cesse, et par suite la renonciation est de pur intérêt privé. La difficulté est donc déplacée; elle consiste à savoir si l'on peut renoncer au droit de bâtir. L'affirmative est certaine; le législateur admet cette restriction au droit de propriété, parce que, si elle déprécie le fonds servant, elle augmente l'utilité du fonds dominant; en ce sens elle se concilie avec l'intérêt général. De là suit que l'on peut renoncer indirectement à acquérir la mitoyenneté, au moins dans le but de bâtir, en se soumettant à une servitude quelconque qui empêche de bâtir, soit d'une manière absolue, soit à une certaine distance ou à une certaine hauteur (1).

507. L'article 661 dit : « Tout propriétaire *joignant* un mur. » Il faut donc la contiguïté pour que le voisin ait la faculté de rendre le mur mitoyen. Le texte est formel, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Il s'agit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur, et la loi suppose, comme le disait la coutume de Paris, que c'est dans le but de bâtir; or, pour bâtir, il faut être propriétaire du terrain qui touche au mur; si ce terrain appartient au propriétaire du mur, il faut l'exproprier, le forcer de vendre le terrain : la loi ne permet l'expropriation que pour cause d'utilité

(1) Orléans 1^{er} décembre 1848 Dalloz, 1849, 2, 22). Arrêt de rejet du 23 juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1. 264).

publique. C'est déjà une grave dérogation au droit de propriété que d'obliger le propriétaire du mur d'en céder la copropriété; on ne peut aller plus loin sans dépasser la loi. On objecte que le voisin peut demander la mitoyenneté, alors même qu'il n'a pas l'intention de bâtir. Sans doute; toujours est-il que la mitoyenneté suppose la contiguïté; en effet, qu'est-ce qu'un mur mitoyen? C'est celui qui sépare deux héritages; or, on ne peut plus dire que le mur sépare les deux héritages, alors qu'il y a un terrain intermédiaire entre le mur et le fonds voisin.

Le principe n'est pas contestable, mais l'application soulève une difficulté sérieuse. On suppose que celui qui bâtit laisse un petit espace entre le mur et la ligne séparative des deux héritages; il construit ainsi précisément pour empêcher son voisin de demander la mitoyenneté. Le voisin pourra-t-il néanmoins l'acquérir? Si l'espace est assez considérable pour être utile au propriétaire du mur, soit pour y déverser les eaux pluviales ou ménagères, soit pour y placer une échelle et y faire circuler des ouvriers, il n'y a aucun doute : l'on n'est plus ni dans le texte, ni dans l'esprit de l'article 661. Mais si l'espace est si étroit qu'il ne saurait être d'aucune utilité au propriétaire du mur, s'il l'a laissé uniquement pour empêcher son voisin de réclamer la mitoyenneté, la question devient douteuse. La cour de cassation a décidé que le voisin ne pouvait acquérir la mitoyenneté quand il n'y avait pas contiguïté absolue. Elle en a conclu que le propriétaire a le droit de s'affranchir de cette servitude et de s'assurer la propriété exclusive de son mur, en laissant au delà un espace intermédiaire qui le protège contre l'exercice de la faculté introduite par l'article 661. La cour de Rennes avait jugé en sens contraire, en se fondant sur ce que le terrain intermédiaire formait une impasse sans utilité; l'arrêt dit que le propriétaire refusait de céder la mitoyenneté sans intérêt, par mauvaise humeur, malveillance et esprit de chicane. A cela la cour de cassation répond que, quelque peu important que soit le terrain intermédiaire, il suffit pour maintenir le droit que le propriétaire a entendu se réserver. On n'a pas le droit de s'enquérir, ajoute la cour, des

motifs qui le déterminent à agir ainsi ; il use de son droit de propriété, et le juge ne peut pas s'enquérir des motifs pour lesquels il en fait tel ou tel usage (1).

Il nous semble que cette décision est en opposition avec le principe que la jurisprudence proclame à toute occasion : c'est que l'article 661 est fondé sur un motif d'utilité publique. La disposition est donc d'intérêt général. Dès lors il ne peut pas dépendre des propriétaires d'en rendre l'application impossible, en laissant un étroit espace de terrain au delà du mur de clôture ; ce sont précisément ces impasses que le législateur a voulu empêcher. Or, n'est-il pas de principe que les lois qui concernent l'ordre public doivent toujours être observées ? et n'est-ce pas les violer que de les éluder ? Cela s'appelle faire fraude à la loi, et ce que l'on fait en fraude de la loi est nul (2). Tout ce que le propriétaire peut demander, c'est que le voisin qui réclame la mitoyenneté l'indemnise de la valeur que peut avoir le terrain intermédiaire.

508. Que faut-il entendre dans l'article 661 par le mot *mur* ? La cour de cassation a jugé, avec raison, que la loi s'applique à toute espèce de clôture. Dans l'espèce, il y avait une clôture en planches, connue au Havre sous le nom de *pal*. Le tribunal avait admis le voisin à en acquérir la mitoyenneté. C'était étendre la disposition de l'article 661 à un cas que le texte ne prévoit pas ; or, la disposition est une dérogation au principe d'après lequel nul ne peut être contraint de céder en tout ou en partie sa propriété ; elle est donc essentiellement exceptionnelle, et partant de stricte interprétation. La cour ajoute que les motifs qui ont fait admettre la cession forcée de la mitoyenneté des murs n'existent pas pour les clôtures en planches ; en effet, la juxtaposition des planches n'a pas les mêmes in-

(1) Arrêt de cassation du 26 mars 1862 (Daloz, 1862, 1, 175). Dans le même sens, Douai, 7 août 1845 (Daloz, 1847, 4, 446). Aubry et Rau, t. II, p. 429 et note 50, et les auteurs qui y sont cités.

(2) Gand, 18 mai 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 358). Dans le même sens, Bourges, 9 décembre 1837 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 460) ; Caen, 27 janvier 1860 (Daloz, 1860, 2, 204). Demolombe, t. XI, p. 394, n° 354, et les auteurs qu'il cite.

convénients que celle des murs. Est-ce à dire que le voisin ne puisse pas demander que l'on remplace la clôture en planches par un mur ? Dans les villes et faubourgs, chacun peut contraindre son voisin à construire un mur dont la loi fixe la hauteur ; une clôture en planches n'étant pas un mur, le voisin peut certes exiger qu'elle soit remplacée par un mur ; mais, dans les campagnes, l'article 663 n'est pas applicable, le propriétaire pourrait donc refuser de céder la mitoyenneté d'une clôture en planches, sauf au voisin à se clore de son côté comme il l'entend (1).

509. L'article 661 est-il applicable quand le mur dont le voisin veut acquérir la mitoyenneté appartient à un bâtiment qui dépend du domaine public ? La jurisprudence et la doctrine s'accordent à décider que l'article 661 n'est pas applicable. Ainsi il a été jugé que l'on ne peut réclamer la mitoyenneté d'un mur qui fait partie d'une chapelle, d'une église (2), d'un cimetière (3), ni celle d'un mur de clôture d'un arsenal (4), ni la copropriété d'un mur de soutènement d'une place publique (5). Toutes ces décisions sont fondées sur un seul et même motif : les immeubles qui dépendent du domaine public ne sont pas dans le commerce, donc ils ne peuvent être grevés d'une servitude (6). Nous avons examiné la question de principe plus haut (n° 130). A notre avis, il n'est pas exact de poser comme règle générale et absolue que les dépendances du domaine public ne peuvent faire l'objet de conventions, ni être grevées de droits réels, notamment de servitudes légales ; il suffit, pour le prouver, de rappeler l'article 681 qui établit une servitude légale sur la voie publique, laquelle fait cependant partie du domaine public, soit de l'Etat, soit de la province, soit de la commune. Est-ce à dire que, dans

(1) Arrêt de cassation du 15 décembre 1857 (Daloz, 1858, 1, 56). Arrêt de rejet du 1^{er} février 1860 (Daloz, 1860, 1, 125). Aubry et Rau, t. II, p. 429 et note 52.

(2) Voyez, plus haut, p. 164, n° 140. Liège, 5 décembre 1860 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 280).

(3) Jugement de Lyon du 24 janvier 1866 (Daloz, 1867, 3, 45).

(4) Douai, 21 août 1865 (Daloz, 1866, 5, 434).

(5) Aix, 24 juillet 1855, confirmé par un arrêt de rejet du 16 juin 1856 (Daloz, 1856, 2, 210 ; et 1856, 1, 423).

(6) Dans le même sens, Aubry et Rau, t. II, p. 429 et note 51.

l'espèce, les tribunaux et les auteurs se soient trompés? Nous adoptons leur décision, mais en la fondant sur un autre motif.

Il ne s'agit pas de servitude en matière de mitoyenneté. Le code place, il est vrai, la mitoyenneté parmi les servitudes légales, et les arrêts qualifient de servitude l'obligation que l'article 661 impose à tout propriétaire de céder la mitoyenneté de son mur. Ce langage est impropre. La mitoyenneté, de quelque manière qu'elle soit acquise, est une copropriété. La question n'est donc pas de savoir si les biens du domaine public peuvent être grevés d'une servitude, elle doit être posée dans les termes suivants : est-ce qu'un mur peut être la copropriété du domaine public et du domaine privé? Ainsi posée, la question n'est pas douteuse. On ne conçoit pas qu'un immeuble soit tout ensemble une dépendance du domaine public et une propriété particulière, ce qu'il faudrait admettre si le mur était mitoyen ; car la mitoyenneté est une copropriété qui porte indivisément sur toutes les parties de la chose commune. Dans l'espèce, cela est juridiquement impossible, car le domaine privé et le domaine public sont deux droits d'une nature différente ; l'un est dans le commerce, l'autre n'est pas dans le commerce ; or, une seule et même chose peut-elle être tout ensemble dans le commerce et hors du commerce? aliénable et non aliénable? prescriptible et imprescriptible? Cela ne se conçoit pas ; donc la mitoyenneté ne se conçoit pas entre le domaine public et le domaine privé. Il y a un arrêt de la cour de cassation qui se rapproche de notre doctrine. Dans l'espèce, un propriétaire demandait que la commune lui cédât la mitoyenneté d'un mur qui soutenait une place publique. S'il s'était agi d'une simple servitude, le pourvoi aurait eu raison de dire que la nature et la destination d'une place publique n'empêchent pas que les habitants ne bâtissent contre le mur ; elle est, au contraire, destinée à être entourée d'habitations ; dès lors il eût fallu décider, dans notre opinion (n° 130), que le mur de soutien de la place publique pouvait être grevé d'une servitude légale. Mais il ne s'agissait pas de servitude. Aussi l'arrêt de la cour de cassation ne prononce

pas ce mot. Il part du principe que les places publiques des villes et villages sont des dépendances du domaine public et, à ce titre, inaliénables et imprescriptibles. Puis il dit que la mitoyenneté d'un mur donne à celui qui l'obtient la *copropriété* de ce mur ; d'où il conclut que le mur de soutien de la place publique ne pouvait pas devenir mitoyen, le mur étant inaliénable et imprescriptible aussi bien que la place publique (1).

510. La jurisprudence n'est pas toujours conséquente avec le principe sur lequel elle se fonde. Il a été jugé que le mur d'un hôtel de préfecture peut devenir mitoyen par application de l'article 661. L'arrêt pose en principe qu'il ne suffit pas qu'un immeuble soit destiné à un service public pour que l'on puisse dire que par sa nature il est hors du commerce (2). Par sa *nature*, non, mais par son affectation à l'usage de tous. Sinon, comment saura-t-on si un bien, qui par sa nature est dans le commerce, est mis hors du commerce par la destination qui lui est donnée? Où est la différence légale entre un hôtel de ville, un hôtel de préfecture et une place publique?

Un presbytère n'est pas destiné à un service public. Il a été décidé par le ministère de l'intérieur, en France, que le voisin peut rendre mitoyen le mur d'un presbytère. La décision est fondée sur ce que « les presbytères ne semblent pas présenter le caractère de biens placés hors du commerce (3). » Nous venons de dire en quel sens cette décision peut se concilier avec l'opinion que nous avons enseignée.

Les cimetières, par contre, sont hors du commerce. Il a été jugé qu'une commune pouvait acquérir la mitoyenneté d'un mur qui joint son cimetière, bien que les voisins ne puissent pas demander la mitoyenneté du mur de clôture d'un cimetière. On peut bien, dit le tribunal de Lyon, avoir une servitude sur un héritage privé au profit d'un héritage public ; on ne peut pas avoir une servitude sur un

(1) Arrêt précité du 16 juin 1856 (p. 587, note 5).

(2) Paris, 18 février 1854 (Daloz, 1854, 2, 178).

(3) *Bulletin du ministère de l'intérieur de France*, 1868, p. 15.

bien du domaine public au profit d'un héritage privé (1). Si l'on admet notre opinion, la décision sera tout autre. La mitoyenneté n'est pas une servitude, c'est une copropriété. Or, il est impossible qu'une seule et même chose soit commune, si le droit de chacun des communistes est d'une nature différente; cette différence exclut l'idée de communauté. Dès lors qu'importe qui demande la copropriété? Qu'elle soit réclamée au nom du domaine public ou au nom du domaine privé, il y a toujours incompatibilité à ce que ces deux domaines concourent dans une seule et même chose.

511. D'après l'article 661, on peut acquérir la mitoyenneté en tout ou en partie. Cela dépend de l'intérêt qu'a le propriétaire qui réclame la cession de la copropriété. Celui qui achète la mitoyenneté pour bâtir peut construire une maison moins large, moins haute que celle de son voisin : il ne serait pas juste qu'il dût payer la partie du mur dont il ne profite pas. Mais peut-il demander la copropriété d'une partie de l'épaisseur du mur? La question était déjà controversée dans l'ancien droit (2), et il y a quelque doute. On dit que le texte ne distingue pas; mais le vieil adage que là où la loi ne distingue pas, il n'est pas permis de distinguer, est d'une application très-délicate. Il y a des cas où il faut distinguer, c'est quand le motif même sur lequel la loi se fonde nous force à distinguer. N'en est-il pas ainsi dans l'espèce? Pothier dit très-bien que celui qui achèterait seulement une partie de l'épaisseur ne profiterait pas moins de l'épaisseur entière, ce qui serait injuste. Si donc le voisin réclame la cession de la mitoyenneté pour bâtir, il nous semble qu'il doit payer tout le mur dont il profite. Si ce n'était pas pour bâtir, le juge pourrait, d'après les circonstances, admettre une cession partielle, car le texte ne s'y oppose pas (3).

512. Celui qui réclame la mitoyenneté doit rembourser au propriétaire moitié de sa valeur, dit l'article 661, ou

(1) Jugement précité de Lyon du 24 janvier 1863 (p. 587, note 3).

(2) Pothier, *De la société*, n° 251.

(3) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 400, nos 362 et suiv.; Dalloz, au mot *Servitude*, n° 461. Il y a un arrêt de la cour de Paris qui a admis la cession partielle en épaisseur dans des circonstances exceptionnelles (Paris, 18 février 1854, dans Dalloz, 1854, 2, 178).

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. La loi fait une différence entre le sol et le mur. Celui qui demande la cession partielle de la mitoyenneté, ne doit payer que la moitié de la partie du mur qu'il veut acheter, mais il doit toujours la moitié du sol. Cela suppose que la charge que supporte le sol est la même, quelle que soit la hauteur du mur, ce qui certes n'est pas exact. Lorsqu'il s'agit d'exhausser le mur mitoyen, la loi tient compte de la surcharge qui en résulte pour le sol. Elle aurait aussi dû tenir compte de la charge moindre qui pèse sur le sol, lorsque le mur n'est mitoyen que jusqu'à une certaine hauteur.

Quant au mur, le voisin qui demande la cession de la mitoyenneté doit payer la moitié de sa valeur. Ce n'est donc pas la moitié de la dépense que le propriétaire a faite en le construisant. La cession de la mitoyenneté est une vente; or, dit Pothier, le prix d'une chose que l'on vend est celui qu'elle vaut au temps de la vente. On doit donc prendre en considération l'état du mur, sa solidité, les matériaux avec lesquels il a été construit (1). C'est d'après ce principe qu'il faut décider la question de savoir si l'acquéreur doit payer la valeur des pierres de taille qui constituent la clôture, alors qu'un mur en moellons lui suffirait. Il doit la valeur, dit le code, ce qui est décisif; d'ailleurs il profite de la solidité que donnent des matériaux plus solides (2). Autre est la question de savoir si l'acheteur doit la moitié de la valeur des fondements, quand le propriétaire les a faits plus solides à raison d'une fosse d'aisances qui exige des fondations d'une solidité extraordinaire. On a toujours admis, par un tempérament d'équité, que dans ce cas l'acheteur ne doit que la moitié de la valeur de fondations communes. C'était l'opinion de Pothier, ce qui est d'un grand poids dans une matière que les auteurs du code ont empruntée aux coutumes (3).

(1) Pothier, *De la société*, n° 254.

(2) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 403, n° 365.

(3) Pothier, *De la société*, n° 250 et les auteurs cités par Dalloz, au mot *Servitude*, n° 466.

513. Le plus souvent, l'acquisition de la mitoyenneté, dans le cas prévu par l'article 661, donne lieu à une expertise, le propriétaire du mur ne pouvant guère connaître la valeur de la mitoyenneté dont on demande la cession. Qui supportera les frais de l'expertise? Il a été jugé que les frais étaient toujours à charge de l'acquéreur, alors même qu'il aurait fait des offres suffisantes. Les arrêts disent que les frais accessoires de la vente doivent être supportés par l'acheteur; l'article 1593 le dit pour la vente volontaire, à plus forte raison en doit-il être ainsi quand le vendeur est forcé de vendre dans l'intérêt et sur la demande de celui qui achète. Quant aux offres que l'acheteur fait, elles ne peuvent pas le dispenser de cette obligation, par la raison que nous venons de dire; si le propriétaire du mur les refuse, ce n'est pas parce qu'il prétend que le prix offert est insuffisant, c'est parce qu'il ignore la véritable valeur de la chose, valeur que les gens de l'art peuvent seuls estimer (1). Ces décisions sont fondées en droit et en équité. Il y a cependant une réserve à faire. Si le propriétaire contestait le résultat de l'expertise, il y aurait procès, et les frais du procès, y compris ceux de l'expertise, retomberaient à la charge de celui qui succombe: c'est le droit commun (2).

2. DROITS DE L'ACQUÉREUR.

514. Aux termes de l'article 661, le mur dont le voisin demande la mitoyenneté devient mitoyen, c'est-à-dire que l'acheteur en devient copropriétaire. De là suit que le propriétaire seul peut exercer le droit établi par cet article. La loi le dit: « Tout propriétaire. » En effet, le mur mitoyen est un accessoire de l'immeuble qu'il sert à clore; pour être propriétaire de l'accessoire, il faut être propriétaire du principal. Celui qui n'est pas propriétaire de l'héritage joignant le mur ne peut donc pas acquérir la

(1) Riom, 11 juillet 1838, et Limoges, 12 avril 1820 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 467).

(2) Il y a des avis divers sur tous ces points. Voyez Aubry et Rau, t. II, p. 430 et note 56, et Demolombe, t. XI, p. 406, n° 366.

mitoyenneté. On est d'accord que le preneur n'a pas ce droit; il ne l'a pas en son nom, puisqu'il est simple détenteur; il ne l'a pas au nom du bailleur, puisqu'il n'a aucune qualité pour agir au nom du bailleur, et celui-ci ne peut pas devenir propriétaire malgré lui. La cour de Bruxelles a décidé le contraire dans une espèce où le bail donnait au locataire le droit de bâtir (1). C'est mal jugé, car le droit de bâtir ne donne de droit au preneur qu'à l'égard du bailleur, il ne lui en donne aucun à l'égard du propriétaire du mur.

On décide d'ordinaire que l'usufruitier, l'emphytéote, et par conséquent le superficiaire, qui ont un droit réel dans la chose, peuvent par cela même réclamer la mitoyenneté du mur en vertu de l'article 661 (2). Il nous semble que le droit réel qui appartient au possesseur ne lui donne aucune qualité pour exiger la cession de la mitoyenneté. N'oublions pas qu'il s'agit d'acheter à titre d'accessoire la copropriété d'un mur; or, le droit réel ne confère pas la propriété. L'usufruitier est possesseur précaire quant à la propriété; de quel droit donc achèterait-il une dépendance du fonds dont il a la jouissance? il achèterait en définitive pour le nu propriétaire: qui lui donne ce droit? Il faut s'en tenir au texte; le propriétaire seul peut demander la cession forcée de la copropriété du mur.

515. Quel est l'effet de l'acquisition de la mitoyenneté? L'acquéreur devient copropriétaire du mur; par suite le vendeur cesse d'être propriétaire exclusif, ses droits ne sont plus que ceux d'un communiste. Qu'il en soit ainsi à partir de la cession, cela est de toute évidence. Mais la cession n'a-t-elle pas un effet rétroactif? La doctrine et la jurisprudence admettent presque généralement la rétroactivité (3). On pose comme principe que si le cédant a fait dans le mur, pendant qu'il en avait la propriété exclusive, des ouvrages qu'il ne pourrait pas faire à titre de communiste, l'acquéreur en peut demander la suppression; de

(1) Bruxelles, 16 janvier 1819 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 455).

(2) Demolombe, t. XI, p. 394, n° 353.

(3) Aubry et Rau, t. II, p. 431 et note 61. Arrêt de cassation du 1^{er} juillet 1861 (Daloz, 1862, 1, 139).