

forcé de vendre, son consentement intervient néanmoins dans la vente, car on doit encore fixer le prix, et sur ce point il faut le concours du vendeur ou un jugement, qui implique également un contrat. Si la cession forcée de la mitoyenneté n'est pas une vente, qu'est-ce donc? La cour de cassation dit que les conditions et les conséquences de la mitoyenneté sont réglées au titre des *Servitudes*. Eh! qu'importe? La mitoyenneté n'est pas une servitude, c'est une copropriété. Mais admettons que ce soit une servitude; est-ce que les servitudes ne peuvent pas s'établir par titre? et le titre usuel n'est-il pas une vente? La mitoyenneté peut donc être achetée; elle l'est dans les cas prévus par les articles 660 et 661, donc il y a vente.

523. Puisqu'il y a vente, il faut appliquer les principes généraux qui régissent la vente. Le propriétaire du mur a-t-il le privilège du vendeur? Il a été jugé qu'il ne l'a pas, parce que l'article 661 ne le lui donne pas (1). Mauvaise raison. La loi donne un privilège à tout vendeur, au titre des *Privilèges*. Faut-il qu'elle répète une disposition de droit commun dans tous les articles où il est question d'une vente? On demande si l'action qu'il a en paiement du prix est personnelle, réelle ou mixte (2)? Nous ne comprenons pas que la question soit posée. Est-ce que l'action du vendeur ne naît pas d'un contrat, d'un lien personnel? Donc elle est personnelle. Sans doute si l'acheteur ne paye pas, le vendeur a d'abord son privilège, qui est un droit réel et engendre une action réelle; mais la garantie d'un droit détermine-t-elle la nature de ce droit? Le vendeur a encore l'action en résolution qui réagit contre les tiers, mais cette action est étrangère au paiement du prix, puisque, en cas de résolution, il n'y a plus de vente. Si la vente du mur mitoyen est résolue, le tiers acquéreur sera obligé, s'il veut conserver la mitoyenneté, de la payer; mais ce sera en vertu d'une acquisition nouvelle, et non en vertu d'une vente

(1) Paris, 23 juillet 1833 (Daloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 427).

(2) Jugé qu'elle est mixte. Paris, 22 février 1834 (Daloz, au mot *Vente*, n° 1096, 3°; rejet, 23 mars 1843 (Daloz, au mot *Action*, n° 124). Comparez Zachariae, édition de Massé et Vergé, t. II, p. 174, note 24.

à laquelle il est resté étranger. Il n'y a donc rien de réel dans l'action en paiement du prix. On objecte que la mitoyenneté est une servitude qui grève le fonds en quelque main qu'il passe (1). N'en est-il pas ainsi de toute servitude? La vente qui l'établit n'en est pas moins un contrat qui engendre des actions personnelles.

Si le propriétaire du mur, forcé d'en céder la copropriété, est un vendeur, et s'il a tous les droits naissant de la vente, il doit aussi être tenu des obligations qui incombent au vendeur. La cour de cassation a décidé qu'il n'est pas tenu de la garantie des vices cachés, parce que, d'après sa jurisprudence, il n'y a pas de vente. Il y a du moins un contrat à titre onéreux; et toute transmission de propriété faite à titre onéreux n'implique-t-elle pas l'obligation de garantie? De quel droit, celui qui a cédé la mitoyenneté d'un mur qui ne lui appartenait pas ou qui était vicié, conserverait-il le prix qui lui a été payé comme condition de la cession?

II. Preuve de la mitoyenneté.

a) Présomptions.

524. La mitoyenneté résulte toujours d'un concours de consentement; que le consentement soit libre ou forcé, peu importe. Donc elle est fondée sur un contrat, et en principe il faudrait appliquer les règles établies au titre des *Obligations conventionnelles* sur les preuves. S'il y a un écrit, il va sans dire qu'il fera preuve, sous les conditions et avec les effets déterminés par la loi. Mais le plus souvent il n'y a pas d'écrit, la construction du mur remonte à des temps très-éloignés, on n'a pas dressé d'acte ou l'acte s'est perdu. Comment décidera-t-on en ce cas la question de propriété? Pour prévenir les contestations qui s'élèvent si facilement entre voisins, le législateur a créé des présomptions, fondées, comme toutes les présomptions, sur

(1) Rapport de Troplong sur l'arrêt de rejet précité (Daloz, t. III, p. 33).

des probabilités. Il y a, dans l'espèce, une probabilité qui trompe rarement. Deux voisins ont le même intérêt à la construction du mur qui sépare leurs héritages : n'est-il pas à peu près certain qu'ils auront construit ce mur à frais communs ? La probabilité augmente encore dans les villes, où la clôture est forcée. Que si l'un des voisins a bâti après l'autre, sans qu'il ait contribué à élever le mur, n'est-il pas probable qu'il aura usé du droit que la loi lui donne d'en acquérir la mitoyenneté ? Le propriétaire du mur aurait-il souffert que son voisin appuyât le bâtiment sur un mur qui ne lui appartient pas ? Il y aura ou servitude ou copropriété. Le législateur s'est prononcé pour la copropriété, en se fondant sur l'intérêt du voisin ; la copropriété donne des droits bien plus étendus que la servitude ; le voisin est donc intéressé à acheter la mitoyenneté ; c'est aussi l'intérêt du propriétaire du mur. Il y a là une probabilité de copropriété dont le législateur a fait une présomption (1). C'est une présomption légale. L'article 1350, n° 2, le dit, et cela va sans dire, puisque la loi l'établit. De là suit qu'il faut appliquer les principes qui régissent les présomptions légales, et avant tout la règle d'interprétation qui restreint les présomptions au cas précis pour lequel elles ont été établies ; il n'y a donc d'autres présomptions de mitoyenneté que celles qu'un texte formel consacre

I. DU MUR QUI SÉPARE DEUX BÂTIMENTS.

525. L'article 653 porte que « dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge est présumé mitoyen. » *Héberge* est un vieux mot, tombé en désuétude, qui signifie toit, couverture, logement ; ce dernier sens s'est conservé dans le mot *héberger*. Quand la loi dit que le mur est présumé mitoyen jusqu'à l'héberge, cela signifie, ainsi que Berlier l'a expliqué au conseil d'Etat, que le mur est la copropriété des deux voisins jusqu'au point où les deux bâtiments de

(1) Duranton, t. V, p. 294, n° 301. Demolombe, t. XI, p. 346, n° 315.

hauteur inégale peuvent profiter du mur commun (1). L'excédant du mur appartient au propriétaire du bâtiment le plus élevé ; il en serait ainsi alors même que l'excédant dépasserait le toit de ce bâtiment, parce que c'est la suite et la dépendance de la partie du mur qui fait l'objet d'une propriété exclusive. Il n'y a pas à distinguer si le bâtiment est situé à la campagne ou dans une ville ; le texte de la loi le dit, et cela est aussi fondé en raison, puisque la probabilité sur laquelle la présomption repose a la même force, quel que soit le lieu où se trouvent les bâtiments : l'intérêt que les deux voisins ont à une clôture commune est partout le même (2).

526. Le code dit que le mur qui sert de séparation *entre bâtiments* est présumé mitoyen. Y a-t-il aussi présomption de mitoyenneté lorsque le mur sépare une maison d'une cour ou d'un jardin ? La question est controversée, il n'y a pas moins de trois opinions. Elle se réduit cependant à des termes très-simples, et la cour de cassation l'a décidée en une ligne (3). Il n'y a pas de présomption légale sans loi, donc pas de présomption de mitoyenneté sans texte. Et que dit l'article 653 ? Il établit une présomption de mitoyenneté *entre bâtiments* ; donc elle n'existe que si les deux héritages sont des bâtiments ; partant il n'y a plus de présomption légale lorsque l'un des héritages est une maison et l'autre un fonds non bâti. Cela décide la question. Vainement donnerait-on les meilleures raisons du monde pour étendre la présomption à des cas non prévus par la loi ; nous écartons toutes ces objections par une fin de non-recevoir. C'est ainsi que l'on s'est prévalu de l'autorité de Pothier pour établir une présomption de propriété dans les villes où la clôture est forcée, quelle que soit la nature des deux héritages (art. 663) ; on en conclut qu'il est probable que l'un des voisins aura forcé l'autre à contribuer à la construction du mur qui sépare les deux héritages. Probable, oui ; mais la probabilité ne devient une

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, n° 17 (Loaré, t. IV, p. 168).

(2) Duranton, t. V, p. 297, n° 303. Aubry et Rau, t. II, p. 418, note 5.

(3) Arrêt de rejet du 4 juin 1845 (Daloz, 1845, 1, 358).

présomption légale que lorsque le législateur l'établit. Et il s'est bien gardé d'établir celle qu'on veut introduire dans la loi. Celui qui construit un mur de clôture de deux mille francs, ne pourrait faire contribuer son voisin, propriétaire d'un terrain non bâti, que pour une centaine de francs, parce que celui-ci n'a pas intérêt à la construction d'un gros mur; or, l'un des voisins préférera avoir la propriété exclusive du mur, et l'autre ne tiendra pas à payer, ne fût-ce que cent francs, pour un mur qui ne lui est pas nécessaire. Nous croyons inutile d'insister (1).

2. DU MUR QUI SÉPARE LES COURS ET JARDINS ET ENCLOS.

527. « Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre cours et jardins est présumé mitoyen » (art. 653). Ici il n'y a plus à distinguer si les deux héritages sont des cours ou des jardins; la loi ne dit pas que la présomption existe lorsqu'un mur sépare *deux cours* ou *deux jardins*; elle dit que tout mur qui sépare des *cours* et *jardins* est présumé mitoyen. Cela est aussi fondé en raison; si le propriétaire d'une maison joignant un fonds non bâti a un intérêt infiniment plus grand à la clôture que son voisin; il n'en est pas de même quand l'un des héritages est une cour et l'autre un jardin; l'intérêt est identique, donc il y a lieu de présumer que la clôture est commune (2).

L'article 653 établit la même présomption de mitoyenneté entre enclos dans les champs. Qu'entend-on par *enclos*? Les avis sont partagés. Puisque la loi ne définit pas l'enclos, il faut décider que toute clôture constitue un enclos; la seule condition qui résulte du texte, c'est que le fonds soit clos de tous côtés. Quand cette condition existe, il importe peu quelle est la nature du terrain clôturé; que ce soit un pré ou un champ, la loi ne distingue pas, et il n'y

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 353, n° 323. Duranton discute longuement la question, t. V, p. 297, n° 303. La jurisprudence, dans Dalloz, au mot *Servitude*, n°s 213 et 413, 2°. Il faut ajouter Liège, 17 janvier 1863 (*Pastierie*, 1863, 2, 136).

(2) Duranton, t. V, p. 303, n° 304. Demolombe, t. XI, p. 357, n° 325.

avait pas lieu de distinguer. Ce qui, dans les campagnes, détermine la présomption, c'est que les deux voisins ont pris soin de se clore entièrement; dès lors il est probable que le mur qui les sépare est commun, l'un et l'autre ayant le même intérêt à sa construction.

528. Dans les champs, les héritages doivent être clos pour que le mur qui les sépare soit présumé mitoyen. On demande si cette même condition de clôture est exigée pour les cours et jardins? La question est controversée; il nous semble que le texte la décide. On ne peut rien ajouter aux présomptions comme on n'en peut rien retrancher; or, l'article 653 n'exige pas que les cours et jardins soient clos. Si telle avait été la volonté du législateur, il eût été inutile de parler des cours et jardins, il eût suffi de dire : *et les enclos* (1).

529. Les murs qui servent de soutènement à une terrasse sont-ils présumés mitoyens? Cette question aussi est controversée; pour la résoudre, on fait diverses distinctions, en considérant l'intérêt que peuvent avoir les deux voisins à la construction du mur. La réponse, à notre avis, se trouve dans le texte de l'article 653. Pour qu'un mur soit mitoyen, il faut qu'il serve de séparation entre deux héritages. C'est la condition essentielle: le mur de terrasse sépare-t-il les deux héritages contigus, il sera mitoyen: n'est-ce pas un mur de séparation, il n'y aura pas présomption de mitoyenneté (2).

b) Quand cessent les présomptions de mitoyenneté.

1. DE LA PREUVE CONTRAIRE.

530. L'article 653, qui établit les présomptions de mitoyenneté, ajoute: « S'il n'y a titre ou marque du contraire. » Est-ce à dire qu'il faille nécessairement soit un

(1) Demolombe, t. XI, p. 359, n° 327. En sens contraire, Mourlon, *Répétitions*, t. 1^{er}, p. 771.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 419 et note 10. Orléans, 19 janvier 1849 (Dalloz, 1850, 2, 7). Comparez Demolombe, t. XI, p. 363, n° 330.