

agir au pétitoire, où, comme demandeur, il devra faire preuve de sa propriété. Eh bien, il la prouve par la présomption légale des articles 653 et 654. Vainement le possesseur lui opposera-t-il que la possession annale établit en sa faveur une présomption de propriété; le seul effet de cette présomption de propriété est de le maintenir en possession et de rejeter sur son adversaire le fardeau de la preuve quand le débat s'engagera au pétitoire. Cette preuve, il la fait en invoquant la présomption légale, conformément aux articles 1350 n° 2 et 1352. Dès lors il n'a plus rien à prouver; sauf au défendeur à faire la preuve contraire. Cette preuve contraire, il ne la fera évidemment pas en se prévalant de la possession annale, car la possession annale n'a rien de commun avec la propriété (1).

III. Obligations dérivant de la mitoyenneté.

a) Réparations et reconstruction.

541. La mitoyenneté est une copropriété. De là suit le principe formulé par Pothier : « La communauté du mur mitoyen forme, entre ceux auxquels il appartient en commun, les mêmes obligations que forme la communauté des autres choses. » Chacun des voisins, continue Pothier, est donc obligé d'apporter à la conservation du mur mitoyen les soins que les pères de famille ont coutume d'apporter à la conservation de ce qui leur appartient. Si donc le mur était dégradé ou ruiné par la faute de l'un des communistes, pour avoir été froissé par les charrettes de ce voisin, ou par celles qu'il recevait dans sa cour, il serait tenu de réparer ou de reconstruire le mur à ses dépens, car il est en faute de n'avoir pas mis des bornes ou de n'avoir pas préservé le mur d'une autre manière, comme tout propriétaire le ferait (2).

(1) Demolombe, t. XI, p. 386, n° 349. Aubry et Rau, t. II, p. 422 et note 21. Marcadé, t. II, p. 581-583, article 670, n° III. En sens contraire, Duranton, t. V, p. 317, n° 314. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 206, n° 305; Mourlon, *Répétitions*, t. 1^{er}, p. 784. Nous donnerons la jurisprudence en traitant des haies mitoyennes.

(2) Pothier, *De la société*, n° 219.

542. L'article 655 consacre une conséquence de ces principes : « La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun. » Comme le mur peut ne pas être mitoyen pour le tout, les frais doivent être proportionnés au droit de chacun. Pour la partie commune, ils sont supportés en commun, c'est-à-dire par moitié, quelle que soit la valeur des deux héritages; le mur n'en est pas moins une propriété commune aux deux voisins. Il n'y a pas à distinguer si les réparations sont seulement nécessaires d'un côté du mur, ou si elles portent sur les deux faces. Un arrêt de la cour de Grenoble a jugé que, dans le premier cas, le propriétaire du côté duquel les réparations se font doit seul payer la dépense (1). Il faut se garder d'ériger cette décision en principe, elle peut être juste en fait, s'il y a faute de la part de ce propriétaire; c'est ce que l'arrêt ne constate pas. S'il n'y a pas faute, il faut appliquer le principe que là où les droits et les intérêts sont communs, les charges aussi doivent être communes (2).

543. Si les réparations et reconstructions sont devenues nécessaires par la faute de l'un des voisins, les frais seront à sa charge. C'est la conséquence du principe établi par Pothier (n° 541). Il faut ajouter qu'il sera tenu de réparer le dommage que les réparations ou reconstructions pourront causer à son copropriétaire : telles sont les privations de jouissance, les incommodités, les pertes que le voisin aura éprouvées. C'est l'application du droit commun concernant les faits dommageables. Domat, suivant en cela les lois romaines, met une restriction à cette obligation : si le voisin avait fait des peintures précieuses sur le mur commun, on ne devrait lui tenir compte que de la valeur de peintures ordinaires, car lui-même est coupable, en ce cas, de quelque imprudence (3). Les juges peuvent admettre ce tempérament d'équité, car c'est à eux à apprê-

(1) Grenoble, 20 juillet 1822 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 476, 2°).

(2) Demolombe, t. XI, p. 447, n° 387. Aubry et Rau, t. II, p. 423 et note 25.

(3) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XII, section IV, n° 4.

cier la cause des dommages-intérêts et à en fixer l'étendue.

544. L'un des voisins démolit les constructions qui s'appuyaient sur le mur mitoyen et élève des constructions nouvelles plus considérables; il se trouve que le mur n'est pas capable de les soutenir. On demande si le mur plus épais qui devra être construit sera une charge commune? Il a été jugé que l'article 655, en mettant à charge des deux copropriétaires la réparation et la reconstruction du mur mitoyen, doit être restreint au cas où la nécessité de la réparation et de la reconstruction provient de la vétusté et de la force majeure; mais qu'il ne saurait être appliqué au cas où, le mur étant bon et de durée, l'un des copropriétaires voudrait appuyer contre le mur mitoyen des constructions beaucoup plus considérables que celles établies primitivement; que c'est alors au voisin dans l'intérêt duquel la reconstruction doit être faite, à supporter à ses frais la reconstruction avec toutes ses conséquences (1). Cette décision n'est-elle pas trop absolue? Aux termes de l'article 657, tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen. S'il bâtit et si le mur n'est pas en état de supporter la construction, sera-t-il tenu de payer seul les frais d'un mur plus solide? Non, certes, puisque bâtir contre le mur mitoyen est un droit du copropriétaire; le mur étant destiné à supporter les constructions des deux voisins, devra être reconstruit à frais communs, quand même il serait encore bon et de durée. Que si l'un des copropriétaires démolit un bâtiment pour en construire un autre plus considérable, devra-t-il dans tous les cas payer les frais du nouveau mur (2)? La loi ne détermine pas quelles sont les constructions que l'un des voisins peut faire : où sera donc la limite de ce qui lui est permis et de ce qui ne lui est pas permis? En principe, il faudra dire qu'il est dans son droit. Toutefois il y a un tempérament d'équité : le mur mitoyen est destiné à soutenir des bâtiments ordinaires, des maisons bourgeoises; si l'un des voisins veut construire une fabrique qui nécessite de gros murs et y

(1) Orléans, 22 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 88).

(2) Comparez Pardessus, t. 1^{er}, p. 389, n° 167.

adosser les cheminées, le juge pourra mettre à sa charge une part plus grande dans les dépenses, et même toute la dépense, si le mur était assez solide pour supporter une construction ordinaire. Ce n'est qu'en hésitant que nous proposons cette opinion : les tribunaux n'ont plus le pouvoir qu'ils avaient dans l'ancien droit, ils ne peuvent plus décider en équité, le texte du code les lie; or, le texte, nous le répétons, ne restreint pas le droit de bâtir. Nous préfererions toujours nous en tenir à la lettre de la loi.

Il y a cependant des restrictions à l'obligation de reconstruire le mur mitoyen. Voici ce que Pothier enseigne à cet égard, et le législateur ayant suivi l'ancien droit en cette matière, il faut interpréter le code par la tradition coutumière. Le voisin, dit-il, n'est obligé à contribuer à la reconstruction du mur que selon son ancienne hauteur : c'était la disposition formelle de la coutume de Paris (art. 210); si l'un des copropriétaires veut élever le mur, il doit faire cette surélévation à ses frais. De même, ajoute Pothier, le voisin ne doit contribuer à la reconstruction du mur qu'en égard à ce que doit coûter un mur de même qualité; celui qui veut reconstruire un mur en matériaux plus chers doit payer le surplus de la dépense. L'équité venait encore une fois modifier cette décision. Si, par une mauvaise économie, dit Pothier, l'ancien mur n'avait pas été assez solidement construit, je pourrais obliger le voisin à contribuer à la construction d'un mur plus solide, et tel qu'il serait jugé être de l'intérêt commun qu'il fût construit (1).

545. Quand il s'agit de reconstruire le mur mitoyen, il faut avant tout constater qu'il y a nécessité. L'un des voisins ne peut donc pas démolir le mur sans le consentement du copropriétaire. Il a été jugé que si le voisin fait abattre le mur sans avoir obtenu ce consentement, il ne sera pas admis à prouver par témoins le mauvais état du mur; qu'il doit s'imputer de n'avoir pas usé des moyens que lui donnait la loi; que l'ayant enfreinte, il doit supporter les con-

(1) Pothier, *De la société*, n° 222; Aubry et Rau, t. II, p. 424, note 26.

séquences de cette infraction volontaire (1). Cette décision est sévère, mais elle est juste. La preuve testimoniale n'est admise que si l'on a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Or, dans l'espèce, non-seulement cela est possible, mais c'est un devoir pour le voisin de demander le consentement de son voisin, et partant de se procurer une preuve littérale. Dès lors la preuve orale doit être rejetée.

b) De la faculté d'abandonner la mitoyenneté.

546. D'après l'article 656, « tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté. » C'est l'application d'un principe général; lorsqu'on n'est obligé qu'à cause d'une chose que l'on possède, on peut s'en décharger en abandonnant la chose. Or, le copropriétaire du mur mitoyen n'est tenu de réparer et de reconstruire qu'à raison de la copropriété; en abandonnant son droit à la chose commune, il cesse par là même d'être tenu des charges qui sont une conséquence du droit. Le code dit qu'il doit abandonner le *droit de mitoyenneté*; la coutume de Paris était plus explicite, elle portait que « le voisin doit quitter son droit de communauté au mur et à la terre sur laquelle il est assis » (art. 210). En effet, il doit abandonner la chose à raison de laquelle il est tenu, c'est-à-dire le mur mitoyen; or, le mur ne se conçoit pas sans le sol sur lequel il est bâti, et avec lequel il ne fait qu'un seul et même tout (2).

547. Le code suppose que c'est la mitoyenneté entière qui est cédée. Cette supposition est-elle une condition de l'abandon, ou peut-on abandonner la copropriété pour partie? A première vue, on serait tenté de se prononcer contre l'abandon partiel. En effet, la loi dit que c'est le droit de mitoyenneté qui doit être abandonné, elle ne permet pas un abandon partiel, et cela se conçoit : le voisin se bor-

(1) Bourges, 14 janvier 1834 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 492).

(2) Pothier, *De la société*, n° 221. Aubry et Rau, t. II, p. 424 et note 27.

nerait toujours à abandonner la mitoyenneté de la partie du mur qui doit être réparée ou reconstruite; ce calcul n'est-il pas contraire à l'équité? La cour de Besançon a jugé en ce sens, mais sa décision a été cassée, et elle devait l'être. Il résulte de l'article 661 que la mitoyenneté est un droit divisible, car on peut l'acquérir en partie. Cela décide notre question; si la mitoyenneté peut s'acquérir par partie, rien n'empêche de l'abandonner par partie. Quant à l'équité, elle est hors de cause; il va sans dire que l'abandon partiel ne peut nuire en rien au copropriétaire du mur mitoyen. Avec cette réserve que la cour de cassation fait en termes formels, l'abandon d'une partie du mur n'a plus rien de contraire à l'équité (1).

548. L'article 656 met une restriction à la faculté d'abandon qu'il établit : « Pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui appartient à celui qui veut faire l'abandon. » Cette restriction résulte du principe même sur lequel est fondée la faculté d'abandonner la mitoyenneté. On peut se décharger de l'obligation de contribuer aux réparations et reconstructions du mur, en abandonnant le droit au mur, mais on ne peut pas se dispenser de la charge tout en conservant le droit; or, c'est conserver le droit de mitoyenneté que d'appuyer un bâtiment sur le mur; dès lors l'abandon est impossible. Il en serait de même si celui qui veut faire l'abandon du mur mitoyen en retirait une utilité quelconque; il ne peut s'en servir que si le mur est mitoyen, il y a donc contradiction à se servir du mur et à en abandonner la mitoyenneté. L'article 656 ne parle, il est vrai, que du cas où le mur soutient un bâtiment, mais il n'a rien de restrictif; c'est l'application d'un principe, et le principe s'applique naturellement à tous les cas analogues (2).

L'application de l'article 656 soulève une difficulté qui a divisé les tribunaux et les cours appelés à la décider. Dans l'espèce, le copropriétaire d'un mur mitoyen avait fait l'abandon de la mitoyenneté, alors que le mur soute-

(1) Arrêt de cassation du 3 avril 1865 (Dalloz, 1865, 1, 176).

(2) Paris, 4 février 1870 (Dalloz, 1870, 2, 217).

nait encore un bâtiment qui lui appartenait, mais en prenant l'engagement de le démolir. Il arriva que la démolition du bâtiment adossé au mur entraîna la ruine; le copropriétaire par le fait duquel ce dommage se produisit soutint qu'il n'en était pas responsable, puisqu'il avait cessé d'être copropriétaire en abandonnant son droit de mitoyenneté. Cette prétention, rejetée par le tribunal de première instance, fut admise par la cour de Montpellier; mais l'arrêt fut cassé. Il est, en effet, en opposition formelle avec le texte du code. L'article 656 ne permet pas d'abandonner la mitoyenneté à celui dont le bâtiment est soutenu par le mur; et la cour de Montpellier avait sanctionné l'abandon, bien qu'il y eût un bâtiment soutenu par le mur dont on abandonnait la mitoyenneté. Vainement le copropriétaire disait-il qu'il s'était engagé à démolir le bâtiment; la loi ne se contente pas de cet engagement, elle veut qu'il n'y ait pas de bâtiment; donc tant qu'il y en a un, l'abandon est impossible. Cette exigence de la loi est fondée en raison et en justice. Supposons que le communiste commence par démolir le bâtiment, comme le code le veut; la démolition cause la ruine du mur; certes, le copropriétaire devra reconstruire le mur à ses frais. Dès lors, on ne peut pas lui permettre de faire un abandon conditionnel en s'affranchissant de l'obligation qui pèse sur lui de ne rien faire qui lèse le droit de son copropriétaire. Donc l'abandon conditionnel implique l'obligation de réparer le dommage que la démolition pourra occasionner (1).

549. En disant que, par l'abandon de la mitoyenneté, le copropriétaire du mur peut s'affranchir de la charge de contribuer aux réparations et reconstructions, la loi suppose qu'il n'y a aucune faute de sa part. Si les réparations ou reconstructions ont été occasionnées par sa faute, il doit en supporter les conséquences; ce sera donc à lui à payer les frais malgré l'abandon qu'il ferait de son droit de mitoyenneté. Il peut s'affranchir d'une charge réelle dont il n'est tenu que comme détenteur de la chose commune; mais il ne peut pas se dégager des liens d'une obligation

(1) Arrêt de cassation du 16 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 109).

personnelle; or, le fait dommageable constitue un quasi-délit, et le quasi-délit engendre une obligation personnelle que le débiteur ne peut jamais se dispenser de remplir.

550. L'abandon de la mitoyenneté a pour effet de conférer au copropriétaire la propriété exclusive du mur. Mais comment la copropriété peut-elle se transformer en propriété exclusive? Il faut pour cela le consentement du copropriétaire, car personne ne peut devenir propriétaire malgré soi. De là suit qu'il intervient un contrat entre les deux voisins. L'un demande que l'autre contribue aux réparations et reconstructions; celui-ci répond en abandonnant son droit de mitoyenneté. Si le premier accepte cet abandon, il y a concours de consentement, partant contrat; l'acceptation peut du reste être expresse ou tacite. Le contrat qui se forme par l'abandon est-il fait sous la condition expresse ou tacite que le voisin à qui l'abandon est fait réparera ou reconstruira le mur? Déjà, dans l'ancien droit, Pothier enseignait que si le propriétaire du mur le laissait tomber en ruine, le voisin pourrait révoquer l'abandon qu'il en a fait et réclamer par suite le partage des matériaux et du sol. Et les auteurs modernes suivent tous cette opinion, en invoquant le principe de la condition résolutoire tacite (1). Cela est incontestable si l'on admet l'existence d'un contrat, fait sous la condition que le voisin réparera ou reconstruira le mur. Telle est en effet l'intention des parties. Si l'abandon du mur ne devait pas avoir cet effet, il n'aurait pas de cause; aucun des voisins ne voulant réparer, le mur tombera en ruine; ils se partageront, en ce cas, les matériaux et le sol. Quand donc l'abandon se fait, c'est dans l'intention que le mur sera réparé ou reconstruit. Tout cela est tacite, mais peu importe, le consentement ne doit pas être exprès.

(1) Pothier, *De la société*, n° 221. Aubry et Rau, t. II, p. 424 et note 31, et les auteurs qui y sont cités.