

tence d'une poutre ; elle n'est donc pas applicable quand il n'y a pas de poutre (1).

554. L'article 662 limite les droits des communistes, tels qu'ils sont établis par les articles précédents. Il est donc de stricte interprétation ; quand il ne s'agit pas de pratiquer un enfoncement dans le corps du mur mitoyen, ni d'y appliquer ou appuyer un ouvrage, l'article 662 n'est plus applicable ; il n'y a pas lieu de demander le consentement du voisin, ni de recourir à une expertise. Si le voisin conteste le droit de son copropriétaire, s'il provoque une expertise, il fait des frais frustratoires, et par suite c'est lui qui doit les supporter (2). Il a été jugé, conformément à ce principe d'interprétation, qu'il ne faut pas appliquer les dispositions de l'article 662 quand il s'agit d'objets mobiliers, tels que des planches ou des bancs de fer que le voisin dresse ou appuie contre un mur pour le service d'un magasin ou d'un chantier. La loi ne parle que des *ouvrages*, ce qui suppose des travaux faits dans le mur (3).

c) De l'exhaussement du mur mitoyen.

1. DU DROIT D'EXHAUSSER.

555. Aux termes de l'article 658, « tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen. » La loi ne subordonne ce droit à aucune condition ; il est donc absolu. Pothier en a déjà fait la remarque dans l'ancien droit. La coutume de Paris était plus explicite que le code civil ; elle permettait à un voisin de hausser le mur mitoyen, *si haut que bon lui semblait*, sans le consentement de son voisin (art. 195). L'article 658, de même que la coutume, ne restreint pas la faculté d'exhausser au cas où le voisin veut bâtir. Il peut, sans bâtir, élever le mur commun ; Pothier ajoute : alors même que le voisin souffrirait de cette élévation par l'obscurité qu'elle causerait à sa maison. Je

(1) Dijon, 18 août 1847 (Dalloz, 1848, 2, 103).

(2) Arrêt de rejet du 7 avril 1858 (Dalloz, 1858, 1, 407).

(3) Metz, 25 août 1863 (Dalloz, 1864, 2, 111).

puis avoir un autre juste motif d'exhausser le mur, dit Pothier : tel que d'empêcher les vues que mon voisin aurait sur mon bâtiment. Pothier admet cependant une restriction fondée sur l'équité. Si l'élévation du mur et l'obscurité qu'elle cause à la maison voisine étaient si grandes qu'elles rendissent la maison inhabitable, *surtout* s'il y avait lieu de croire que le voisin exhausse le mur dans le dessein de nuire, il pourrait y avoir lieu à réduire l'élévation. La jurisprudence était en ce sens. Pothier ne veut cependant pas que l'on pousse l'équité trop loin. Un arrêt avait jugé en faveur des filles de l'*Ave Maria* contre leur voisin, qui, par la grande élévation du bâtiment qu'il construisait sur le mur mitoyen, ôtait l'air à ces religieuses : cet arrêt, dit Pothier, étant fondé sur une raison de faveur que méritaient des filles renfermées, qui ne peuvent jouir de l'air que dans leur monastère, ne doit pas être tiré à conséquence (1).

Le code civil reproduit la disposition absolue de la coutume de Paris, sans la tempérer par les restrictions que l'équité avait introduites dans l'ancienne jurisprudence. Faut-il conclure de là que le voisin peut exhausser, alors même qu'il le ferait sans utilité pour lui, et en nuisant à son copropriétaire ? Les auteurs modernes se prononcent pour l'interprétation rigoureuse de la loi ; ils n'admettent qu'une seule réserve, si l'exhaussement se faisait dans le but de nuire ; ils appliquent à ce cas la maxime des jurisconsultes romains, qui fait un devoir au juge de ne pas favoriser la méchanceté des hommes. La cour de cassation est allée plus loin. Il était constaté par le jugement de première instance, confirmé en appel, que le copropriétaire d'un mur mitoyen l'avait exhaussé sans utilité actuelle pour lui-même et dans l'*unique* but de causer un préjudice à son voisin. Cet arrêt fut cassé. La cour part du principe généralement admis que la faculté d'exhausser est un droit absolu, qui n'est soumis à aucune restriction. Elle en conclut que chaque voisin peut en user, pourvu qu'il ne porte aucune atteinte aux droits que son copropriétaire tient de

(1) Pothier, *De la société*, n° 212.

la mitoyenneté. Celui-ci ne peut pas se plaindre du préjudice que l'exhaussement peut lui occasionner dans ses autres biens. En vain prétendrait-il que l'exhaussement, sans utilité actuelle pour le constructeur, n'a d'autre but que de lui causer un préjudice; la cour répond que celui qui use d'un droit que la loi lui accorde est seul juge de son intérêt (1).

Le sens moral se révolte contre une pareille décision : si la loi la commandait, il faudrait y obéir, tout en déplorant que le législateur n'ait pas mis ses prescriptions en harmonie avec l'équité. Mais est-il bien vrai que tel soit le système du code civil? Il a reproduit la jurisprudence ancienne qui tenait compte de l'équité dans une certaine mesure; n'est-ce pas déjà une raison pour interpréter l'article 658 dans le sens que l'on donnait à la coutume de Paris? Il y a plus, les auteurs du code se sont écartés de la rédaction de la coutume. Celle-ci disait : « Il est loisible à un voisin de hausser le mur mitoyen, *si haut que bon lui semble*. » L'article 658 ne reproduit pas ces termes de la coutume, comme s'il avait voulu laisser la porte ouverte à une interprétation plus équitable. N'est-il pas de principe d'ailleurs que le dol fait toujours exception? C'est le cri de la conscience; il n'est formulé nulle part dans nos textes; cependant la doctrine le proclame et la jurisprudence le consacre. Qu'on ne vienne donc pas nous dire que chacun est juge de son intérêt! L'intérêt ne donne pas le droit de faire le mal pour le plaisir de faire le mal. Cela n'est pas user de son droit, c'est en abuser, et contre cet abus nous invoquerons la maxime romaine : *Malitiis hominum non est indulgendum*.

Nous croyons que l'ancienne jurisprudence est plus conforme aux vrais principes que la doctrine rigoureuse de la cour de cassation. La cour applique à la copropriété les principes qui régissent la propriété exclusive. Ici il y a erreur, à notre avis. Que le propriétaire exclusif puisse user de son droit, même en nuisant à son voisin, pourvu qu'il ne

(1) Arrêt de cassation du 11 avril 1864 (Daloz, 1864, 1, 219). Comparez la doctrine des auteurs cités par Aubry et Rau, t. II, p. 425, notes 35 et 36.

lèse pas un droit qui lui appartient, cela est incontestable. Mais en est-il de même de la copropriété? Nous ne le croyons pas. La copropriété impose aux communistes des restrictions et des ménagements que la propriété exclusive ignore. Le communiste dépasse son droit dès qu'il cause un préjudice à son copropriétaire, sans qu'il en résulte un avantage pour lui-même, car la communauté n'est pas établie pour que l'un des communistes nuise à l'autre, elle est établie pour leur profit commun. Quand leurs droits et leurs intérêts sont en conflit, le juge doit intervenir pour les concilier; il ne faut pas que les intérêts de l'un soient sacrifiés à un droit absolu de l'autre. Il n'y a pas de droit absolu en matière de copropriété. Le code consacre ces principes, en donnant aux juges un pouvoir de conciliation lorsque des contestations s'élèvent entre les riverains d'un cours d'eau non navigable, lesquels ont aussi une propriété commune ou du moins un droit d'usage commun (1). Nous croyons que le même principe doit s'appliquer à toute communauté, et surtout à l'indivision forcée; si celle-ci donne à un voisin le droit de nuire gratuitement à son copropriétaire, celui-ci sera pour toujours à la merci d'un méchant homme, ou obligé d'abandonner sa copropriété; et l'abandon même sera impossible si, comme cela arrive presque toujours, le mur soutient des bâtiments contigus. Ce sera un état de guerre permanent, et dans cette guerre la victoire reste toujours au plus méchant.

556. La cour de cassation reconnaît, dans l'arrêt que nous venons de critiquer, que le droit d'exhausser est limité par l'existence d'une servitude qui serait acquise au voisin, et dont l'exercice serait incompatible avec l'exhaussement. Cela ne fait aucun doute. Celui dont le fonds est grevé de servitude ne peut rien faire qui nuise au propriétaire du fonds dominant; bien moins peut-il l'entraver ou la détruire. Que ce soit une servitude de vue ou de prospect ou une servitude innommée (2), peu importe. La seule diffi

(1) Voyez, plus haut, p. 399, nos 335 et suiv. Daloz est le seul auteur qui se soit prononcé en faveur de l'équité (au mot *Servitude*, nos 529 et suiv.). Il y a quelques arrêts en ce sens (Bruxelles, 23 août 1810; Paris, 4 mai 1813; Metz, 12 juin 1807, dans Daloz, au mot *Servitude*, nos 530 et 531).

(2) Arrêt de rejet du 23 juillet 1850 (Daloz, 1850, 1, 264).

culté qui se présente, et elle est grande, c'est de savoir si les servitudes de vue et de jour peuvent s'acquérir par une prescription trentenaire. Nous l'examinerons plus loin.

2. OBLIGATIONS DE CELUI QUI EXHAUSSE.

557. L'article 658 porte que celui qui exhausse le mur mitoyen « doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur. » On conçoit que le voisin doive toujours une indemnité à cause de la charge qui résultera de l'exhaussement, parce que ce fardeau, quelle que soit la solidité du mur, en accélérera la destruction, et nécessitera des réparations plus fréquentes. L'exhaussement portant atteinte aux droits du voisin, indemnité lui est due pour le préjudice qu'il souffre; à moins que celui qui bâtit n'empêche le préjudice par des travaux confortatifs qui donnent une plus grande solidité au mur (1). Quel sera le montant de cette indemnité? L'article 658 dit qu'elle est calculée suivant la valeur de l'exhaussement. Pour comprendre la portée de cette disposition, il faut la mettre en rapport avec l'article de la coutume de Paris auquel elle est empruntée. Suivant la coutume (art. 197), l'indemnité était de *six toises l'une*, c'est-à-dire fixe, de sorte que le voisin devait toujours payer à son copropriétaire le sixième de ce que lui coûtait l'exhaussement. Faut-il interpréter dans ce sens le mot *valeur* de l'article 658? Duranton le croit, mais il ne tient aucun compte des critiques que l'on adressait déjà, dans l'ancien droit, à la coutume de Paris. Desgodets disait qu'un mur construit avec des matières légères ne coûtait pas autant qu'un mur formé de matériaux plus pesants. Il en concluait qu'il fallait régler le montant de l'indemnité d'après la pesanteur de la charge. De son côté, Goupy objectait que le sixième de l'exhaussement pourrait équivaloir à toute la valeur du mur inférieur et même la dépasser. Le projet

(1) Pardessus, t. I^{er}, p. 401, n° 174. Aubry et Rau, t. II, p. 436 et note 39.

de code s'en rapportait à l'usage; c'était maintenir la coutume de Paris; la section de législation remplaça le mot *usage* par le mot *valeur*; et comme l'article 658 ne reproduit pas la disposition qui fixait l'indemnité au sixième de cette valeur, il faut décider que les tribunaux auront le droit d'apprécier la valeur, en tenant compte de la charge; l'indemnité proportionnelle est un principe bien plus juste que l'indemnité invariable (1).

558. Aux termes de l'article 659, « si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté. » Il n'est plus question, dans ce cas, d'une indemnité à raison de la charge, puisque le mur est reconstruit et fortifié aux dépens du voisin qui veut l'exhausser. La reconstruction se faisant dans l'intérêt exclusif de celui qui exhausse le mur, il est juste que lui seul supporte les frais. Si le mur avait besoin de réparation ou de reconstruction, quand même il ne s'agirait pas de l'exhausser, le voisin devrait contribuer aux dépenses que nécessitera la construction d'un mur nouveau, mais seulement dans les limites de l'intérêt qui est commun aux deux copropriétaires; le surplus de la dépense qu'occasionne l'exhaussement doit être supporté par celui dans l'intérêt duquel il se fait, et s'il faut un terrain plus étendu, c'est lui qui doit le fournir (2).

Il y a une décision de la cour de Paris en sens contraire. L'arrêt constate que le mur, quoique défectueux, était suffisant pour supporter les anciennes constructions, et que la reconstruction avait été faite dans le seul intérêt du propriétaire qui avait exhaussé le mur. Néanmoins la cour mit les frais de démolition et de reconstruction pour un tiers à charge du copropriétaire, parce que les nouveaux murs étaient bien supérieurs aux anciens (3). D'après le

(1) Desgodets et Goupy, *sur la Coutume de Paris*, art. 197, n° 3. Duranton, t. V, p. 368, n° 330. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 196, n° 290.

(2) Pothier, *De la société*, n° 215. Pardessus, t. I^{er}, p. 401 et suiv., n° 174. Orléans, 22 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 88).

(3) Paris, 5 février 1868 (Dalloz, 1868, 2, 66. Comparez la note de l'arrétiste).

texte comme dans l'esprit de la loi, les frais auraient dû être supportés pour le tout par celui des communistes qui exhaussait le mur dans son seul intérêt : c'est le cas prévu par l'article 659. Il est vrai que le nouveau mur était plus solide que l'ancien, partant plus avantageux pour le voisin ; mais pour le moment celui-ci n'en tirait aucun profit ; à quel titre devait-il contribuer aux dépenses ? C'est seulement à partir du moment où la reconstruction de l'ancien mur deviendra nécessaire que le nouveau lui profitera ; ce n'est donc qu'à partir de ce moment qu'il devra contribuer aux frais, bien entendu dans les limites de son intérêt.

559. Le droit d'exhausser n'est pas subordonné à la condition d'obtenir le consentement du copropriétaire, et, en cas de refus, de recourir à une expertise. Si l'exhaussement nécessite la reconstruction, la prudence, à défaut de texte, commande de s'entendre avec le voisin ; car il faut constater si l'état du mur exige la reconstruction ; si, à raison de l'exhaussement, le nouveau mur doit être plus épais ; enfin si, à cause du mauvais état de l'ancien mur, le voisin doit contribuer, dans la limite de son intérêt, aux dépenses que nécessitera la construction à neuf. Il y a donc un conflit d'intérêts pour le règlement desquels il importe que les deux parties intéressées concourent. Si l'un des voisins exhaussait le mur, alors qu'il aurait dû le reconstruire, il est en faute, et par suite il répondra de tout le dommage qui en pourra résulter. Il sera également en faute si les experts ont indiqué les travaux confortatifs qui étaient nécessaires et s'il ne les a pas exécutés. Dans cette dernière hypothèse, il peut être condamné à détruire l'exhaussement, parce que mieux vaut prévenir le dommage et les malheurs qui pourraient résulter d'un accident, que d'attendre la ruine des constructions (1).

560. Cette responsabilité dérive du quasi-délit ou du fait dommageable, ce qui suppose une faute de la part de celui qui exhausse ou reconstruit le mur. Il a été jugé par

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 426 et note 40. Bruxelles, 22 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 390).

la cour de cassation que si les deux voisins ont chacun des torts à se reprocher, il n'y a pas lieu à responsabilité (1). Dans l'espèce, il était constaté en fait que les travaux nécessaires pour prévenir tout dommage, à la suite de l'exhaussement du mur mitoyen, auraient dû être faits de commun accord et à frais communs par les copropriétaires du mur, parce qu'ils étaient commandés par leur commun intérêt ; l'arrêt ajoute que les deux parties n'ayant rien fait dans ce but, les dégâts survenus ne pouvaient être imputés qu'à leur propre négligence. Il faut néanmoins que le voisin qui exhausse ou reconstruit mette l'autre en demeure. Or, l'arrêt pose en principe que l'exhaussement peut se faire sans le consentement du copropriétaire, et il ne dit pas que le voisin, qui n'avait pas été appelé à consentir, eût été sommé de concourir aux travaux que nécessitait l'intérêt commun des copropriétaires. Il nous semble que, dans cette hypothèse, une mise en demeure quelconque aurait dû avoir lieu, afin d'établir la nécessité des travaux et l'intérêt commun des copropriétaires à les faire.

La cour de Bordeaux a consacré le principe que nous reprochons à la cour de cassation de n'avoir pas formulé ; c'est à celui qui exhausse ou reconstruit à prendre l'initiative de tout ce qui doit être fait dans l'intérêt commun des copropriétaires. Vainement dirait-il que ses voisins ne lui ont pas signalé les dangers que présentait le surhaussement du mur, et qu'ils n'en ont pas exigé la reconstruction ou la reprise en sous-œuvre : c'était à lui, dit la cour, de s'assurer si le mur était en état de supporter la surcharge qui devait résulter des travaux qu'il entreprenait. Quant aux voisins, du moment qu'ils ne sont pas appelés à concourir aux travaux, ils n'ont aucune raison d'agir (2).

561. Celui qui exhausse ou reconstruit le mur mitoyen doit-il indemniser le voisin du préjudice que lui causent les travaux ? C'est une question très-douteuse, sur laquelle il nous est impossible de partager l'opinion générale. On

(1) Arrêt de rejet du 18 avril 1866 (*Dalloz*, 1866, 1, 336).

(2) Bordeaux, 21 avril 1864 (*Dalloz*, 1865, 2, 39).

est d'accord sur deux points. Lorsque les deux voisins concourent à l'exhaussement ou à la reconstruction, aucun n'a un recours contre l'autre, chacun ayant un intérêt égal aux travaux, chacun doit aussi supporter les conséquences, les inconvénients et les pertes qu'ils occasionnent, et comme ils concourent aux travaux, chacun peut prendre les mesures nécessaires pour empêcher le dommage ou pour le diminuer. Que si la reconstruction est nécessitée par la faute de l'un des copropriétaires, il doit naturellement réparer le dommage qu'il cause par son quasi-délit : c'est le droit commun (1). Mais que faut-il décider si l'un des copropriétaires reconstruit le mur dans son seul intérêt ? Le code ne met à charge de celui qui exhausse que les dépenses de l'exhaussement et l'indemnité de la charge qui en résulte ; et quand il reconstruit, il doit le faire à ses frais (art. 658 et 659). C'est surtout dans ce dernier cas que se présente la question du préjudice. Il est certain que le préjudice ne peut pas être compris dans le mot *frais*. La loi ne prévoit donc pas le cas du dommage que peuvent causer les travaux. C'est dire que la question doit se décider d'après les principes généraux. Mais quels sont ces principes ?

La question était déjà controversée dans l'ancien droit. Pothier enseigne que le voisin qui reconstruit ne doit supporter que les frais ; dans ces frais il comprend la dépense qu'il faut faire pour étayer les bâtiments du voisin. Il n'accorde aucune indemnité pour le préjudice que le voisin peut souffrir dans son industrie ou son commerce. Pothier se fonde sur ce vieil adage, que ce n'est pas faire tort à quelqu'un que d'user de son droit ; or, celui qui reconstruit avait le droit de reconstruire ; donc il ne doit pas réparer le dommage qu'il cause. Tel était aussi l'avis de Desgodets. Goupy, son annotateur, le reprend et se décide en faveur du voisin. C'est, par exemple, un maître paumier, qui avait un jeu de paume contre le mur commun ; il est privé des profits de son jeu pendant le temps nécessaire pour la démolition et la reconstruction du mur ; lui

(1) Demolombe, t. XI, p. 447, n° 387, et p. 451, n° 393.

est-il dû indemnité ? Oui, d'après Goupy ; non, d'après Desgodets et Pothier (1).

Les auteurs modernes suivent généralement la doctrine de Pothier, sauf quelques dissentiments. Ils la restreignent cependant en faveur du voisin qui souffre préjudice dans la chose mitoyenne même ; ainsi ils lui accordent une indemnité pour les arbres, treillages, berceaux, que le voisin avait adossés au mur, et qui sont détruits par suite de la reconstruction ; il y en a qui veulent que l'on indemnise aussi le voisin des peintures qu'il avait appliquées au mur mitoyen, et que la reconstruction du mur obligera également de détruire. Mais ils sont à peu près unanimes à refuser toute indemnité pour le dommage que le voisin éprouve dans ses autres biens. Le principe serait donc celui-ci : le copropriétaire ne doit pas réparer le dommage qu'il cause en usant de son droit d'exhausser et de reconstruire, à moins qu'il ne lèse le droit de mitoyenneté du voisin (2). C'est appliquer à la communauté le principe qui régit la propriété exclusive. Nous avons déjà combattu cette assimilation de deux droits très-distincts. A notre avis, le copropriétaire ne peut pas faire ce que peut faire le propriétaire exclusif ; il excède les limites de son droit dès que, sans nécessité, il cause un préjudice à son voisin (n° 555). Nous allons parcourir les espèces qui se sont présentées devant les tribunaux ; on verra à quelles conséquences conduit l'opinion générale.

562. Le préjudice le plus usuel qu'éprouve le voisin est la privation de jouissance pendant le temps nécessaire pour les réparations et reconstructions. Il n'en est pas dû réparation. Si le voisin a loué tout ou partie de sa maison, il doit indemniser le locataire quand la privation de jouissance dure plus de quarante jours (art. 1724) ; mais lui n'a droit à aucune indemnité. La raison en est que le bailleur s'oblige à faire jouir le preneur ; s'il ne remplit pas

(1) Pothier, *De la société*, n° 215. Goupy sur Desgodets, art. 196 de la *Coutume de Paris*, n° 5.

(2) Demolombe, t. XI, p. 465, n°s 405 et 406 ; Aubry et Rau, t. II, p. 427, et notes 41-43. Mourlon, *Répétitions*, t. 1^{er}, p. 777. Paris, 19 juillet 1848 (Daloz, 1848, 2, 168).

cette obligation, il doit l'indemniser. Tandis que le voisin qui exhausse ou reconstruit n'est tenu d'aucune obligation, il use de son droit, et celui qui use de son droit ne fait de tort à personne. Il ne serait responsable que s'il y avait faute de sa part, c'est-à-dire si les travaux avaient duré trop longtemps par sa négligence (1). Il y a des auteurs qui ont reculé devant cette conséquence (2); on doit l'admettre, dès que l'on admet le principe d'où elle découle. C'est le principe que nous attaquons. Dans la doctrine traditionnelle on dit que le droit d'exhausser et par conséquent de reconstruire est absolu, c'est-à-dire que le voisin peut le faire, bien qu'il n'y ait aucun intérêt. Ainsi, sans utilité pour lui, il cause un dommage à son copropriétaire! Nous demandons si ce sont là les relations qui naissent de la communauté. Le mur est destiné à soutenir mon bâtiment; on le démolit, sans raison aucune, on me prive de l'usage pour lequel j'avais acquis la mitoyenneté; je suis obligé de payer une indemnité à mes locataires, et je n'ai aucun recours contre mon copropriétaire qui me cause un dommage pour le plaisir de me causer un dommage, car la cour de cassation va jusque-là! Est-il vrai que le droit doit l'emporter ici sur l'équité? Nous contestons le droit. Mon droit à moi est de me servir du mur mitoyen; on me prive de ce droit en le démolissant. Là où il y a communauté, cela ne peut se faire que dans un intérêt commun; si cela se fait dans l'intérêt exclusif de mon voisin, et s'il me cause un dommage, il doit m'indemniser parce qu'il lèse mon droit de copropriété. Le code ne le dit pas: peu importe! Il ne dit pas non plus que le propriétaire ne peut user de son droit en lésant le droit d'autrui. C'est le droit commun, et le droit commun doit toujours recevoir son application. Eh bien, la restriction que reçoit la propriété est encore plus étroite quand il s'agit de la copropriété; le copropriétaire ne peut pas user de son droit de manière à nuire à son copropriétaire; dès qu'il le fait, il dépasse son droit, et il est tenu à indemnité.

(1) Paris, 19 juillet 1848 (Daloz, 1848, 2, 168) et 5 février 1868 (Daloz, 1868, 2, 67).

(2) Toullier, t. II, p. 88, n° 211. Pardessus, t. 1^{er}, p. 400, n° 174.

Il y a toutefois un tempérament d'équité; car l'équité doit concilier les intérêts opposés des copropriétaires. Ils doivent souffrir de légères incommodités, des embarras passagers; cela est inséparable de la communauté. Comme le dit la cour de Paris, les incommodités qui résultent des constructions entre voisins dérivent de la nécessité, à moins que celui qui construit ne prolonge les travaux au delà du temps nécessaire. Mais si, par l'exhaussement du mur mitoyen, le voisin fait refouler la fumée dans la maison de son copropriétaire, ne lui doit-il pas indemnité? La cour de Paris a décidé qu'il était de toute justice que celui qui exhausse dans son intérêt le mur mitoyen, élève la cheminée de son voisin à ses frais (1). C'est l'application de notre doctrine, mais elle n'a pas prévalu dans la jurisprudence. Il a été jugé que celui qui exhausse le mur mitoyen pour bâtir n'est pas tenu de faire exhausser les cheminées du voisin qui y sont adossées et qui, par suite de la construction, se trouvent en contre-bas. Le seul motif que donne l'arrêt, c'est que celui qui a exhaussé le mur a usé de son droit, qu'il l'a fait dans son intérêt et sans intention de nuire à son voisin (2). La cour de Bordeaux est allée plus loin: elle a obligé le voisin à élever sa cheminée dans l'intérêt de celui qui avait exhaussé le mur pour y bâtir (3). Ainsi on restreint le droit de propriété du voisin qui, en général, souffre déjà de l'exhaussement, dans l'intérêt de celui qui a exhaussé, bien qu'il ait exhaussé uniquement à son avantage. S'il s'agissait du droit absolu de propriété, nous comprendrions à peine la décision. Entre communistes, nous ne comprenons pas que les intérêts et les droits du voisin soient sacrifiés à celui qui, soit pour son profit, soit pour son bon plaisir, veut exhausser.

(1) Paris, 4 mai 1813 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 531, 1°).

(2) Bordeaux, 18 mai 1849 (Daloz, 1850, 2, 86).

(3) Bordeaux, 30 novembre 1865 (Daloz, 1866, 2, 44). Dans l'espèce, la maison la plus basse était occupée par un boulanger. Il a été décidé que le boulanger devait, en cas d'exhaussement du mur mitoyen par son voisin, donner au tuyau de sa cheminée la surélévation prescrite par les règlements, bien que, avant l'exhaussement, le tuyau fût conforme aux dispositions du règlement.

2. CONSÉQUENCES DE L'EXHAUSSEMENT.

563. Celui qui a exhaussé le mur mitoyen devient propriétaire exclusif de la partie exhaussée; cela résulte de l'article 660, aux termes duquel le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en *acquérir la mitoyenneté*. Donc avant qu'il l'acquière, la partie exhaussée n'était pas mitoyenne, elle était propriété exclusive de celui qui l'a faite à ses frais. Il est vrai que la partie exhaussée repose sur un mur mitoyen et sur un terrain commun; mais le code consacre cette anomalie, puisqu'il admet que les divers étages d'une maison peuvent appartenir à divers propriétaires (art. 664). De là suit que le voisin qui a exhaussé peut exercer tous les droits qui découlent de la propriété. Il peut notamment pratiquer dans la partie exhaussée des jours à verre dormant et à fer maillé (art. 676 et 677). La cour de Douai a jugé en sens contraire, mais cet arrêt est en opposition formelle avec le texte de la loi. Il y est dit que la partie non mitoyenne reposant sur un mur mitoyen et sur un terrain commun, il en résulte que la partie du mur qui est propriété exclusive de l'un ne joint pas immédiatement l'héritage de l'autre (1). On a répondu que cela est trop subtil; à vrai dire, c'est une erreur, car la partie non mitoyenne étant considérée comme une propriété distincte, il est vrai de dire qu'elle touche immédiatement l'héritage voisin. Une autre conséquence du droit exclusif de propriété qui appartient au voisin qui a exhaussé est consacrée par l'article 658, c'est « qu'il doit payer seul les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune. »

564. L'article 660 porte que « le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la *dépense* qu'il a coûté, et la moitié de la valeur du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a. » Cette disposition est une conséquence du

(1) Douai, 17 février 1810 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 546). En sens contraire, Duranton, t. V, p. 374, n° 333, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. II, p. 427, note 44).

principe posé par l'article 661, en vertu duquel tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen. Mais il y a une différence de rédaction entre les deux articles. Quand c'est le voisin qui acquiert la mitoyenneté de la partie exhaussée d'un mur mitoyen, il doit payer la moitié de la *dépense*; quand c'est un propriétaire qui rend mitoyen un mur appartenant à son voisin, il paye la moitié de la *valeur*. La différence peut être considérable entre la *valeur* et la *dépense*. Pourquoi la loi établit-elle des conditions différentes pour l'exercice d'un seul et même droit, l'acquisition de la mitoyenneté? En général quand on achète une chose, on la paye ce qu'elle vaut, et non ce qu'elle a coûté; l'article 661 ne fait donc qu'appliquer le droit commun; tandis que l'article 660 y déroge, sans doute pour empêcher que le voisin ne spéculé aux dépens de celui qui exhausse le mur, en le laissant faire, sauf ensuite à acheter la mitoyenneté en payant la moitié de la valeur, laquelle le plus souvent est bien au-dessous de la dépense. Mais que faut-il décider si l'acquisition se fait à une époque éloignée de celle où le mur a été exhaussé? Il n'y a plus de soupçon de spéculation, et d'un autre côté le mur ayant diminué de valeur, ne serait-il pas injuste de maintenir la décision de l'article 660, alors que les motifs qui l'ont fait porter n'existent plus? C'est l'opinion générale (1). A notre avis, il y a doute. Le législateur ne nous a pas fait connaître les raisons qui ont dicté la disposition de l'article 660; dès lors il est très-chanceux d'en restreindre l'application par les motifs que l'on suppose aux auteurs du code. Il nous semble plus sûr et plus juridique de s'en tenir au texte.

565. Si le voisin qui veut exhausser le mur mitoyen est obligé de le reconstruire en entier à ses frais, le nouveau mur n'en devient pas moins mitoyen; cela résulte du texte même de l'article 659 : c'est le *mur mitoyen* qui est reconstruit; le nouveau prend la place de l'ancien. La seule différence entre ce cas et celui où les deux voisins

(1) Duranton, t. V, p. 377, n° 334. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 198, n° 293. Demolombe, t. XI, p. 418, n° 375. Demante, t. II, p. 607, n° 515 bis I.

le reconstruisent, est que, dans le dernier cas, les frais sont communs. Si le nouveau mur est mitoyen, n'en faut-il pas conclure qu'il est mitoyen pour le tout, et que le voisin, qui n'a pas contribué aux frais de construction, a les mêmes droits que celui qui l'a élevé? Il y a quelque incertitude sur cette question dans la doctrine. Un point est certain; c'est que si le mur était détruit, et si l'on partageait le sol, la partie du terrain qui a été fournie pour la reconstruction appartiendrait exclusivement au voisin qui a dû la prendre sur son fonds; c'est dire qu'il en a conservé la propriété. Il faut dire la même chose pour la partie correspondante des matériaux, car il y a même raison de décider; c'est le propriétaire qui les a payés, et il doit les payer aussi souvent qu'il y a lieu de reconstruire le mur. Ne faut-il pas aller plus loin, et dire que le voisin profitant de la solidité plus grande du mur, devra à celui qui a fait la dépense une indemnité proportionnée à l'avantage qu'il en retire? Dans la doctrine que nous avons enseignée, l'affirmative n'est guère douteuse; s'il peut réclamer une indemnité pour le préjudice qu'il souffre par suite de la reconstruction, il est juste qu'il paye une indemnité pour l'avantage qu'il en retire. Dans l'opinion générale, au contraire, il serait dur, disons-le, injuste, que le voisin qui doit souffrir la reconstruction, sans pouvoir réclamer une indemnité pour le dommage qu'il éprouve, fût tenu de payer un avantage qui est loin de compenser ses pertes (1).

d) *Limite des droits résultant de la mitoyenneté.*

566. La mitoyenneté est une copropriété. Or, le copropriétaire, par cela même qu'il n'est pas propriétaire exclusif, n'a pas un pouvoir absolu comme celui-ci. Quelle est la limite précise des droits qu'il peut exercer sur la chose commune? Il importerait beaucoup d'avoir un principe certain à cet égard; il préviendrait les difficultés que nous avons rencontrées. Malheureusement la loi est muette,

(1) Comparez Demolombe, t. XI, p. 470, n° 407; Marcadé, t. II, p. 574, art. 659, n° 1; Aubry et Rau, t. II, p. 427 et note 15

et les meilleurs auteurs sont en désaccord, sans même qu'ils se donnent la peine de discuter la question. Pothier pose le principe dans les termes suivants : « Nous devons user de la chose commune en bons pères de famille, et sans causer de *préjudice* à celui avec qui elle nous est commune. » C'est là le vrai principe, à notre avis; nous en avons fait plus d'une fois l'application (nos 555, 561). Pothier n'y est pas resté fidèle, puisqu'il permet au copropriétaire du mur mitoyen de l'exhausser, quel que soit le préjudice qu'il cause au voisin, et sans qu'il soit tenu de l'indemniser. Il suit, sans s'en rendre compte, un principe différent, que Zachariæ formule dans ces termes : « Quelque étendus que soient les droits que confère la mitoyenneté, l'un des voisins ne peut cependant se permettre des innovations qui seraient de nature à porter atteinte au *droit égal et réciproque* de l'autre (1). » Ce principe est bien plus large que celui de Pothier. D'après ce dernier, le communisme dépasse son droit dès qu'il cause un *préjudice* à son voisin. D'après le premier, il est dans son droit dès qu'il ne lèse pas le *droit* de son voisin, alors même qu'il lui causerait un préjudice. C'est, à vrai dire, le principe qui régit la propriété exclusive, car le propriétaire aussi doit respecter les *droits* de ses voisins. N'est-ce pas une preuve que le principe de Zachariæ est trop large? Il est impossible que le communisme ait un pouvoir aussi étendu que le propriétaire. La limite de son pouvoir est plus étroite qu'on ne le dit communément; son droit s'arrête là où il y a *préjudice* pour le copropriétaire.

567. Le code ne prévoit qu'une conséquence du principe, sur laquelle il ne pouvait y avoir de doute, dans aucun système. Aux termes de l'article 675, l'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant. Pothier en donne une raison péremptoire. « Le mur mitoyen, dit-il, étant fait pour s'enclorre et pour qu'on y appuie ce qu'on juge à propos d'y appuyer, il s'ensuit que l'un des voisins ne peut,

(1) Pothier, *De la société*, n° 208. Aubry et Rau, t. II, p. 428.