

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 communiste 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 communiste 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.

sans le consentement de l'autre, s'en servir pour d'autres usages; c'est pourquoi il ne peut faire des trous ou fenêtres dans l'héritage du voisin. » Telle est cependant l'incertitude qui règne en cette matière, qu'au conseil d'Etat Tronchet critiqua la disposition de l'article 675; il l'approuvait lorsque le voisin avait bâti contre le mur mitoyen, parce qu'alors il faut empêcher l'un des copropriétaires d'avoir des vues dans l'habitation de l'autre; mais s'il n'y avait aucune construction, il lui semblait que la restriction concernant les jours n'avait plus de raison d'être. Treilhard lui répondit que le mur mitoyen est une propriété commune, d'où suit qu'aucun des voisins n'en peut disposer sans le consentement de l'autre (1). Non, certes, le communiste ne peut pas disposer de la chose commune, il n'a pas le droit d'abuser; mais pratiquer des fenêtres, ce n'est pas abuser, c'est user. Pourquoi donc le copropriétaire du mur mitoyen n'en a-t-il pas le droit? Il n'y a d'autre raison que celle donnée par Pothier, c'est que telle n'est pas la destination d'un mur qui doit servir de séparation et d'appui.

568. L'application de l'article 675 a donné lieu à de fréquents débats lorsque l'un des héritages séparés par un mur mitoyen est exproprié pour cause d'utilité publique : le propriétaire du bâtiment qui subsiste peut-il en ce cas ouvrir des jours ou des vues dans le mur? Il est certain que l'expropriation ne donne pas à celui des voisins qui conserve sa maison un droit exclusif au mur : il était communiste et il reste communiste. Mais que devient le droit de l'autre voisin? S'il est exproprié d'un terrain ouvert joignant le mur, il conserve la copropriété du mur : mais ce mur n'est plus un mur mitoyen, puisqu'il ne sépare plus deux héritages; c'est une chose commune; il faut donc appliquer les principes qui régissent la communauté. D'après ces principes, l'un des communistes peut faire usage de la chose commune, pourvu qu'il ne porte pas préjudice aux droits et à la jouissance de son copropriétaire; or, celui qui, dans l'espèce, pratique une ouverture dans le mur

(1) Pothier, *De la société*, n° 218. Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an xii, n° 29 (Loché, t. IV, p. 169).

commun ne cause certes pas un préjudice au voisin exproprié, et il ne lèse pas ses droits, car ses droits se réduisent à partager le sol et les matériaux quand le mur sera détruit (1). Si l'héritage exproprié était un bâtiment, dans ce cas le mur mitoyen a été acquis par la ville qui fait l'expropriation; elle succède donc au droit du vendeur, et partant le mur reste mitoyen entre l'un des voisins et la ville. Aussi longtemps que le bâtiment exproprié n'est pas démoli ni incorporé à la voie publique, la mitoyenneté subsiste avec tous ses effets (2). Mais que faut-il décider si le bâtiment est démoli et incorporé à la voie publique? Même en ce cas nous croyons que la mitoyenneté subsiste; il n'y a pas de raison juridique qui la fasse cesser, puisqu'il y a toujours deux fonds, bien que l'un de ces fonds fasse partie du domaine public. De là suit que la ville pourrait se prévaloir de l'article 675, si elle y avait intérêt (3). Le plus souvent elle n'y a aucun intérêt; elle peut donc renoncer au droit que lui donne la mitoyenneté, et elle y renonce implicitement en autorisant les travaux (4). Mais elle peut aussi n'autoriser les travaux que moyennant indemnité, car elle reste copropriétaire du mur tant qu'elle n'a pas cédé son droit ou que le voisin n'a pas prescrit la propriété.

N° 3. DES FOSSÉS MITOYENS.

I. Quand les fossés sont mitoyens.

569. « Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens » (art. 666). Cette présomption est fondée, comme celle de la mitoyenneté des murs, sur l'intérêt commun des deux voisins dont les héritages sont séparés par un fossé. Le fossé peut être destiné à faciliter l'écoulement des eaux, ou servir de clôture, ou borner les propriétés contiguës; dans tous les cas, les deux voisins ont un inté-

(1) Arrêt de rejet du 31 janvier 1849 (Daloz, 1849, 1, 96).

(2) Arrêts de rejet du 21 juillet 1862 (Daloz, 1862, 1, 375) et du 31 janvier 1866 (Daloz, 1866, 1, 257).

(3) Paris, 23 mars 1860 (Daloz, 1861, 2, 124).

(4) Paris, 23 mars 1860 (Daloz, 1861, 2, 125) et arrêt de rejet du 21 juillet 1862 (Daloz, 1862, 1, 373).