

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).

rêt égal au fossé, il est donc probable qu'ils l'ont creusé à frais communs. Cette probabilité et la présomption qui en découle conservent leur force, que les deux héritages soient clos ou non. Aussi la loi ne distingue-t-elle pas, comme elle le fait pour le mur de clôture qui se trouve dans un champ (art. 653) et pour les haies qui séparent deux fonds : le mur et les haies ne sont présumés mitoyens qu'entre enclos, tandis que le fossé est réputé mitoyen, alors même que l'un des héritages serait clos de tous côtés par des fossés et que l'autre n'aurait pas de fossés sur trois de ses côtés. Cette différence s'explique par la raison même sur laquelle se fonde la présomption en matière de fossés ; ils profitent toujours aux deux riverains, ne fût-ce que pour l'écoulement des eaux, il y a donc toujours un intérêt commun, ce qui suffit pour justifier la présomption de mitoyenneté (1). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Limoges (2). Dans l'espèce, un taillis se trouvait entouré de fossés, tandis que le fonds contigu était une terre labourable non close ; la cour décida que toutes les probabilités étaient en faveur du propriétaire du taillis, intéressé à se clore pour préserver les arbres des dégâts que les animaux y pourraient faire, tandis que l'autre voisin n'avait aucun intérêt à se clore. La cour avait raison en fait, mais tort en droit. Parfois les probabilités sur lesquelles la loi fonde une présomption font défaut ; la présomption n'en conserve pas moins sa force, sauf à la partie intéressée à la combattre par la preuve contraire.

570. L'article 666 ajoute : « S'il n'y a titre ou marque du contraire. » C'est l'application d'un principe général ; toute présomption admet la preuve contraire, sauf dans les cas exceptés par l'article 1352. Les présomptions de propriété, ne rentrant pas dans ces exceptions, restent dans la règle : elles peuvent donc être combattues. Avant tout il faut voir si la présomption existe. Celui qui l'invoque doit prouver qu'il est dans les conditions voulues par la loi. La condition essentielle, c'est que le fossé sépare deux héritages ; si donc il y avait une borne au delà du fossé, on ne

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 433 et note 69. Mourlon, *Répétitions*, t. I^{er}, p. 781.
 (2) Limoges, 1^{er} août 1839 (Daloz, au mot *Servitude*, n^o 581).

serait plus dans le cas de l'article 666, le fossé serait la propriété exclusive de l'un des voisins, sauf à l'autre à contester la borne, soit au possesseur, soit au pétitoire (1).

Quant aux preuves de non-mitoyenneté, l'article 666 en cite deux, le titre et la marque du contraire. Le titre peut établir la propriété exclusive de l'un des voisins ; c'est le droit commun. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur le mur présumé mitoyen. L'article 667 dit qu'il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé, et l'article 668 en conclut que le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve. Ces principes sont empruntés aux coutumes. Pothier établit à cet égard les règles qui sont consacrées par le code civil. Loysel formule en ces termes les présomptions des articles 667 et 668 : *Qui a douve, il a fossé*. On appelle *douve* le rejet ou la levée de la terre, qui se fait quand on creuse le fossé ou qu'on le cure. Lorsque la douve ou le jet est en entier du côté de l'un des voisins, le fossé est présumé lui appartenir. Cela est fondé en raison : en supposant que les terres rejetées soient utiles, le voisin ne souffrirait pas que l'autre riverain en profitât seul, si le fossé était commun : quand le rejet est sans valeur et constitue un embarras, le voisin intéressé demanderait qu'il soit fait sur les deux bords du fossé s'il était commun. Donc le jet d'un côté établit, en toute hypothèse, une probabilité de propriété exclusive en faveur du voisin du côté duquel les terres sont rejetées. Pour qu'il y ait marque de non-mitoyenneté, il faut que le rejet soit *en entier* d'un côté du fossé. Ceci est une question de fait ; il a été jugé qu'il ne suffit pas qu'il y ait d'un côté quelques exhaussements de terrain, que l'on pourrait attribuer au rejet, pour que l'on admette que les terres ont été rejetées sur l'une et l'autre rive ; dans l'espèce, ces exhaussements n'étaient pas continus, par cela même ils étaient accidentels, et ne pouvaient être invoqués pour établir une copropriété (2).

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 433, note 68. Duranton, t. V, p. 390, n^o 349.
 (2) Arrêt de rejet du 22 juillet 1861 (Daloz, 1861, 1, 475).

La présomption admise par les coutumes et consacrée par les articles 667 et 668 a cette conséquence que, lorsque le rejet est des deux côtés, le fossé, à défaut de titres, est réputé commun. Dans ce cas, les marques confirment la présomption de mitoyenneté qui existe en vertu de l'article 666 : les terres jetées des deux côtés, dit Pothier, démontrent que le fossé a été fait par les deux voisins, sur les extrémités de leurs héritages. Il suit encore de la même présomption que s'il n'y a apparence de jet ni d'un côté ni de l'autre, le fossé est réputé commun : la présomption de mitoyenneté subsiste, puisqu'il n'y a pas de marque du contraire (1).

571. Le code n'établit qu'une seule marque de non-mitoyenneté. Peut-on en admettre d'autres? Sauf le dissentiment de Demolombe, suivi par Dalloz, tout le monde est d'accord pour enseigner la négative. A notre avis, il n'y a aucun doute. La marque de non-mitoyenneté de l'article 667 est une présomption légale de propriété exclusive, d'après l'article 668. Des présomptions légales peuvent-elles être étendues? Ce serait créer une présomption légale sans loi, ce qui est une hérésie juridique (2). Il a été jugé, par application de ce principe, que le fait de curer le fossé n'établit pas une présomption de propriété en faveur de celui qui cure le fossé, quand même il emploierait à la culture de son fonds les terres provenant du curage. Il y a là une probabilité de fait, mais une probabilité ne devient une présomption que lorsque le législateur la sanctionne à ce titre (3).

Il y avait dans l'ancien droit une présomption en vertu de laquelle le fossé joignant une haie appartenait au propriétaire de la haie. De là l'adage : *le fossé appartient à la haie*. Cette présomption n'étant pas maintenue par le code civil, il faut décider qu'on ne peut plus l'invoquer, au moins pour les fossés construits depuis la publication du

(1) Pothier, *De la société*, n° 224. Aubry et Rau, t. II, p. 433, note 70 et les auteurs qui y sont cités.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 433, note 70. En sens contraire, Demolombe, t. XI, p. 519, n° 458 et Dalloz, au mot *Servitude*, n° 577. Comparez ce que nous avons dit plus haut, n° 535.

(3) Angers, 6 mars 1835 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 579).

code. Le fossé serait, au contraire, réputé commun, puisqu'on suppose qu'il se trouve sur la ligne qui sépare deux héritages (1).

572. L'article 666 ne mentionne pas la prescription ; cela était inutile, puisqu'elle est de droit commun. Il est donc certain qu'un fossé présumé mitoyen peut être acquis par le voisin pour la toute propriété, s'il l'a possédé avec les conditions requises pour la prescription ; de même un fossé présumé non mitoyen peut devenir mitoyen par la prescription, car on peut prescrire la copropriété aussi bien que la propriété exclusive. Il faut, bien entendu, que la possession réunisse les caractères exigés par la loi : elle doit être publique, non équivoque, à titre de propriétaire (art. 2229). Ces caractères se rencontreront rarement dans cette matière, parce que les faits de possession concernant un fossé sont rares : tantôt la publicité manquera, tantôt on pourra soutenir que ce sont des actes de tolérance. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Caen, le demandeur prétendait avoir acquis par prescription la propriété de la répare (2) et la mitoyenneté du fossé ; le défendeur avait en sa faveur la présomption de non-mitoyenneté résultant du rejet, et de plus la preuve de propriété fournie par les bornes qui concordaient avec les marques de non-mitoyenneté. La cour rejeta les prétentions du demandeur, parce que la possession n'était pas publique et parce qu'elle était équivoque (3).

La possession d'an et jour suffit-elle pour détruire les présomptions de mitoyenneté et de non-mitoyenneté établies par les articles 666-668? Nous avons répondu d'avance à la question, en traitant des présomptions qui prouvent la mitoyenneté du mur ; elles tombent devant la prescription, mais non devant la possession annale. Les raisons de décider sont identiques pour les fossés mitoyens. Il a été jugé, conformément à ces principes, que la possession d'an

(1) Duranton, t. V, p. 392, nos 354 et 355.

(2) On entend par *répare* la lisière de terrain laissée par celui qui creuse un fossé au delà de ce fossé, soit pour prévenir les éboulements du sol, soit pour faciliter le curage et les réparations.

(3) Caen, 5 novembre 1859 (Dalloz, 1860, 2, 39). Comparez Duranton, t. V, n° 395, n° 358).

et jour ne détruit pas les présomptions établies par la loi pour en induire la mitoyenneté ou la non-mitoyenneté du fossé (1).

573. Il peut y avoir conflit entre les présomptions légales et le titre. Dans ce cas, le titre l'emportera. Nous avons dit qu'il en est ainsi pour les présomptions que la loi établit en matière de murs mitoyens (n° 537). Il y a identité de motifs en ce qui concerne les fossés mitoyens. Ainsi le rejet se trouve d'un côté seulement du fossé; c'est une présomption de propriété exclusive au profit de celui du côté duquel est le rejet; mais il y a un titre qui prouve que le fossé est mitoyen : la présomption cède devant le titre. Le voisin qui aurait le rejet de son côté ne pourrait combattre le titre que par la prescription.

II. Droits et charges résultant de la mitoyenneté.

574. Le code ne parle pas des droits résultant de la mitoyenneté du fossé. C'est qu'il n'y a guère de droits à exercer, et le principe qui les régit n'est point douteux : il y a analogie complète entre le fossé mitoyen et le mur mitoyen. Il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit des droits que donne la mitoyenneté du mur. Les terres qui proviennent du curage et qui servent d'engrais se partagent entre les deux communistes, ainsi que les autres produits que l'on peut tirer du fossé, tels que les herbes et le bois. S'il se trouvait des arbres dans le fossé, ils seraient mitoyens, car les arbres sont l'accessoire du sol; le sol étant commun, les arbres le sont aussi. Deux voisins se sont disputé jusqu'en cassation un arbre crû dans un fossé. La demanderesse ne parvint pas à prouver que le fossé était mitoyen; le sol appartenant au défendeur, l'arbre devait lui être adjugé (2). Aux termes de l'article 673, les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens, et chacun des propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus. Il faut décider la même chose pour les arbres qui

(1) Bourges, 26 mai 1825; Douai, 15 février 1836 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 584, 1°, 2°). Voyez, plus haut, p. 622, n° 540.

(2) Arrêt de rejet du 22 février 1830 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 626)

croissent dans un fossé mitoyen; la raison est la même. Le procès que nous venons de rappeler prouve jusqu'à quel excès va l'animosité entre voisins. Il est sage de les prévenir, en permettant le partage de la chose commune, lorsque aucun motif d'intérêt public ne s'y oppose (1). Nous dirons plus loin si les fossés mêmes peuvent être partagés.

575. « Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs » (art. 669). Cette charge est une conséquence des principes généraux qui régissent la mitoyenneté. On demande s'il faut appliquer par analogie aux fossés ce que l'article 656 dit des murs mitoyens : le copropriétaire peut-il se dispenser de contribuer aux charges en abandonnant le droit de mitoyenneté? La question est controversée. D'après les principes généraux, il n'y aurait aucun doute. L'article 656 n'est pas une disposition particulière aux murs mitoyens, c'est l'application d'un principe qui régit les choses communes et les obligations que la communauté engendre; comme il n'y a aucun lien personnel, le communiste peut s'en affranchir en abandonnant la chose à raison de laquelle il est tenu. La seule difficulté est donc de savoir si le code déroge à ces principes en ce qui concerne les fossés mitoyens. Il y a un léger doute. C'est que dans l'ancien droit la question était déjà débattue; Goupy, l'annotateur de Desgodets, se prononçait pour la négative, par le motif que les frais d'entretien d'un fossé sont si minimes, que l'abandon ne se justifiait guère. Le code, en gardant le silence, n'a-t-il pas sanctionné cette opinion? Nous ne le croyons pas. La grande autorité que le législateur français suit, c'est Pothier; or, Pothier établit le principe du droit d'abandon d'une manière absolue; toute chose commune peut être abandonnée, dit-il; et il applique formellement la règle aux fossés ainsi qu'aux haies (2). Cela nous paraît décisif, d'autant plus que la raison donnée par Goupy est mauvaise. C'est au copropriétaire à voir

(1) Demolombe, t. XI, p. 520, n° 460.

(2) Desgodets, sur l'article 13 de la *Coutume de Paris*, n° 2, et les notes de Goupy. Pothier, *De la société*, nos 229 et 226. Demante, t. II, p. 617, n° 523 bis. Demolombe, t. XI, p. 521, nos 461 et 462. En sens contraire, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 205, n° 303.

quel est son intérêt et à agir en conséquence; le législateur ne se mêle pas des affaires privées; il donne des droits, sauf aux particuliers à en user ou non, selon leurs convenances.

La faculté d'abandonner la mitoyenneté reçoit des exceptions. Quand le fossé sert de borne, on admet que le copropriétaire ne peut pas en faire l'abandon. On se fonde sur l'article 646, aux termes duquel tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës (1). La raison n'est rien moins que décisive. Qu'est-ce qui empêche le voisin, qui abandonne la mitoyenneté du fond, de contribuer ensuite à la plantation de bornes? Il satisfait à l'article 646, tout en usant du droit que lui donne la communauté. Les annotateurs de Zachariæ admettent l'exception dans un autre sens; ils disent que le droit d'abandonner la mitoyenneté ne peut pas être exercé par celui des voisins auquel le fossé sert pour l'écoulement des eaux pluviales ou ménagères. En effet, le communiste ne peut pas abandonner la chose commune quand elle lui est nécessaire et qu'après l'avoir abandonnée il continue à s'en servir. L'article 656 applique ce principe au mur mitoyen et décide que celui dont il soutient le bâtiment ne peut abandonner la mitoyenneté. Il y a identité de raison pour le fossé mitoyen (2).

Il y a une seconde exception fondée sur l'intérêt public. Si le fossé sert de lit à une eau courante, il tombe sous l'application de la loi du 14 floréal an XI, qui permet à l'administration d'en ordonner le curage: c'est une charge qui pèse sur les riverains, et les particuliers ne peuvent pas s'affranchir d'une charge publique. Les autorités locales auraient aussi le droit de prescrire le curage des fossés pour des motifs de salubrité; dans ce cas encore, la charge serait d'intérêt général, et par suite aucune renonciation, aucune dérogation ne serait admise (3).

(1) Demolombe, t. XI, p. 522, n° 461. C'est l'opinion générale (Dalloz au mot *Servitude*, n° 586).

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 434 et note 75.

(3) Voyez les auteurs cités dans Aubry et Rau, t. II, p. 434, note 74.

N° 4. DES HAIES MITOYENNES.

I. Quand les haies sont mitoyennes.

576. « Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne » (art. 670). On demande si cette disposition s'applique aux haies sèches. Quand on s'en tient au texte, il n'y a aucun doute, les termes sont généraux et excluent toute distinction. Mais la question devient douteuse si on laisse là la lettre de la loi pour en pénétrer l'esprit. Il y a un motif particulier qui fait présumer la mitoyenneté des haies plantées sur la limite de deux héritages. Le propriétaire ne peut pas faire de plantation sur la ligne qui les divise; il doit observer la distance prescrite par les règlements ou usages, et, à leur défaut, il ne peut planter une haie vive qu'à la distance d'un demi-mètre. Lors donc qu'une haie se trouve sur la ligne qui sépare deux héritages, on doit supposer qu'elle a été plantée du consentement des deux propriétaires, et par suite qu'elle leur appartient en commun. On ne peut pas en dire autant des haies sèches; le propriétaire a le droit de les planter sur la limite extrême de son fonds; c'est à peine si l'on peut dire que c'est une clôture; il n'y a donc pas de raison de présumer qu'elle est mitoyenne (1). Ces motifs auraient un grand poids s'ils avaient été donnés par les auteurs du code. Mais rien dans les travaux préparatoires n'indique que la présomption de l'article 670 soit fondée sur la disposition de l'article 671. Il faut donc s'en tenir au texte. La présomption a d'ailleurs sa raison d'être, alors même que la haie est sèche, c'est le motif qui justifie toutes les présomptions de mitoyenneté, l'intérêt commun des deux voisins. Si l'on ne présume pas que la haie est mitoyenne, où sera le motif de se décider en faveur de l'un des voisins plutôt qu'en faveur de l'autre (2)?

577. Pour qu'il y ait présomption de mitoyenneté, il

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 205, n° 304.

(2) C'est l'opinion générale (Aubry et Rau, t. II, p. 434, note 77); Demolombe, t. XI, p. 531, n° 469).