

Cuvelier, Edmond (02). Faculté de droit de Paris. Du dépôt en droit romain ; du mur mitoyen en droit français. Thèse pour le doctorat... par Edmond Cuvelier.... 1875.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

PAR

EDMOND CUVELIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS

IMPRIMERIE ARNOUS DE RIVIÈRE ET C^{ie}

26, RUE RACINE, 26

1873

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

**DU DÉPOT
EN DROIT ROMAIN**

**DU MUR MITOYEN
EN DROIT FRANÇAIS**



THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

le mardi 20 juillet 1875, à midi

PAR

EDMOND CUVELIER

PRÉSIDENT : M. E. LABBÉ, Professeur.

SUFFRAGANTS :	{	MM. VUATRIN,	{	Professeurs.
		DUVERGER,		
		DEMANTE,		
		CASSIN,		Agrégé.

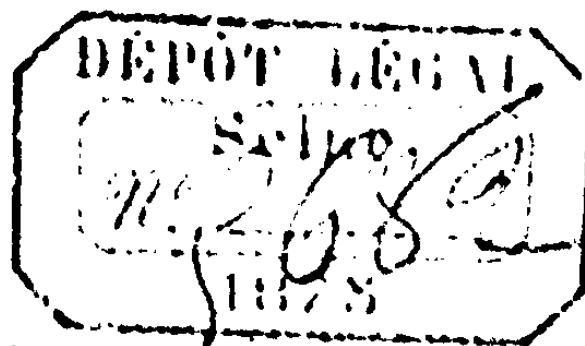
Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

IMPRIMERIE ARNOUS DE RIVIÈRE ET C.

RUE RACINE, 26, PRÈS DE L'ODÉON.

1875



53053

©

A MON PARRAIN

AUGUSTIN LIRDEMAN

DROIT ROMAIN

DU DÉPÔT

(Dig., XVI, 3; C., IV, 34.)

La notion du dépôt en général nous est donnée par Ulpien en ces termes : *Depositum est quod custodiendum alicui datum est* (L. 1 pr., Dig., XVI, 3), il y a dépôt lorsque quelqu'un se constitue le gardien de ce qui lui a été remis. De bonne heure on a pratiqué le dépôt, parce qu'il répond à un désir très-naturel chez l'homme, au désir de conserver les biens dont il a acquis la propriété. Un événement subit oblige une personne à quitter momentanément son habitation; elle ne peut emporter son bien avec elle; que faire, surtout si ce bien réclame une certaine surveillance? C'est un incendie

qui se déclare chez une personne ; ses objets allaient être la proie des flammes, mais elle parvient à les sauver ; que faire ? elle n'a plus de demeure. Deux personnes sont en conflit sur le point de savoir à qui appartient la propriété d'un objet, et l'intervention du juge est nécessaire pour vider le différend ; que faire en attendant sa sentence ? Dans toutes ces circonstances, le dépôt est un moyen facile de concilier la difficulté du moment avec le désir de conserver l'objet auquel on est attaché. Les faits qui donnent naissance au dépôt sont si fréquents, et son utilité est si évidente, que de bonne heure la loi a dû l'entourer de sa protection. Cette idée est confirmée par la législation romaine, où nous voyons le dépôt, dès le droit classique, figurer parmi les conventions qui engendrent des obligations civiles, c'est-à-dire des obligations munies d'actions.

Comme le dépôt ne se présente pas toujours avec les mêmes caractères, le législateur a été amené à en distinguer de plusieurs sortes : il y a le dépôt ordinaire, le dépôt misérable, le séquestre. Ce sont là de véritables dépôts ; c'est pourquoi nous les détacherons du dépôt simulé et du dépôt irrégulier, qui ne sont pas, au point de vue légal, de véritables dépôts. Voici l'ordre que nous adopterons dans l'exposé de cette matière.

Nous distinguerons deux titres : titre premier, Dépôt ; titre deuxième, Transformation du dépôt en *mutuum*. Le titre premier comprendra dans une

première division le dépôt régulier, dans une deuxième division le dépôt irrégulier. La première division se décomposera en deux subdivisions : dans la première nous traiterons du dépôt régulier *sincère*, dans la seconde du dépôt régulier *simulé*.

Enfin nous partagerons la première subdivision en trois chapitres :

Chapitre premier : dépôt ordinaire ;

Chapitre deuxième : dépôt misérable ;

Chapitre troisième : séquestre.

TIT. I, DIV. I, SUBD. I.

CHAPITRE PREMIER.

DU DÉPOT ORDINAIRE.

Ce chapitre, le plus important de tous, comportera quatre sections :

- 1° Détermination du dépôt ;
- 2° Action directe de dépôt ;
- 3° Actions qui peuvent concourir avec celle de dépôt ;
- 4° Action contraire de dépôt.

SECTION I.

Détermination du dépôt.

§ 1. *Définition.*— Le dépôt est un contrat nommé, réel, imparfaitement synallagmatique, de bonne foi, par lequel une personne remet un corps certain à une autre, qui s'engage à le garder gratuitement et à le rendre sur la demande qui lui sera faite. Le dépôt est, disons-nous, un contrat nommé, c'est-à-dire un de ces contrats dont les effets ont été réglés par le

droit civil, et que l'on désigne d'un mot, sans être obligé de décrire l'opération. Le dépôt est un contrat réel, car il ne peut se former que par l'accomplissement d'un certain fait matériel, la tradition d'une chose; la tradition peut, bien entendu, se faire par mandataire, comme elle peut être reçue par mandataire. Le dépôt est un contrat imparfaitement synallagmatique : en effet, dès le principe, il ne naît d'obligations que chez l'une des parties, mais, par suite d'un fait postérieur, l'autre partie peut à son tour se trouver obligée. Le dépositaire, dès la tradition, est tenu de garder et de rendre la chose livrée; le déposant, à ce moment, n'est tenu d'aucune obligation; il pourra, plus tard, être tenu d'indemniser le dépositaire des dépenses que celui-ci aura faites pour la conservation de la chose, mais le contrat ne fait naître à sa charge aucune obligation. Le premier est tenu de l'action *depositi directa*, le second de l'action *depositi contraria*. Enfin le dépôt est rangé parmi les contrats de bonne foi, *bonæ fidei*, d'où il résulte que c'est d'après l'équité et non le droit strict qu'il faut apprécier l'étendue des obligations de chacune des parties.

L'objet du dépôt est un corps certain, une *species* et non une chose fongible. L'intention des parties est que la chose déposée soit gardée et individuellement rendue; le dépositaire ne serait pas admis à rendre une chose de même genre qualité et bonté.

Le dépositaire s'engage par le contrat à garder gratuitement la chose confiée; s'il convenait d'un

salaire, il y aurait une *merces* et par suite une *locatio-conductio*, ou un contrat innommé.

A la demande du déposant, le dépositaire doit rendre la chose livrée, quoiqu'il ait été convenu d'un jour pour la restitution. Cette décision, en effet, est juste, car le dépositaire devant garder la chose sans en retirer de profits, n'a aucune raison d'en refuser la restitution avant l'époque fixée.

§ 2. *Forme du dépôt.* — Dès les temps anciens, lorsque les conventions se formaient par le *nexum*, le dépôt se faisait *per æs et libram*. La chose dont la remise devait faire naître l'obligation était mancipée au dépositaire, qui s'engageait sur sa foi, *fiduciâ*, à la restituer au déposant. Cet engagement était civilement obligatoire, en vertu de la loi des Douze Tables : *Quum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus esto*, et l'*actio fiduciæ* servait à poursuivre l'exécution de ce contrat. Par la suite, on fit disparaître la formalité inutile de la mancipation, et l'on se contenta de la simple remise de la chose.

§ 3. *But du dépôt.* — Le contrat de dépôt a pour but la garde de la chose livrée. Quand un contrat a simplement pour but la garde d'une chose livrée, il ne saurait y avoir difficulté ; on est en présence d'un dépôt. Mais quelquefois le but du contrat est multiple, complexe ; c'est alors qu'il devient difficile de distinguer s'il y a dépôt ou tout autre contrat. Dans

ce cas, il faut voir quel est le but principal que les parties ont eu en vue en contractant, si le but premier et dominant du contrat est la garde d'une chose, il y a dépôt.

Si la garde de la chose n'est que secondaire, il n'y a pas dépôt, mais un autre contrat. Ce sont ces principes qui nous apparaissent comme le fondement des décisions des jurisconsultes sur ce point.

Dans la loi 8, pr., D., XVII, 1, *Mandati vel contra*, Ulpien s'exprime en ces termes : « *Si procuratorem dederò, nec instrumenta mihi causæ reddat, quæ actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri, nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causâ agi posse depositi : uniuscujusque enim contractûs initium spectandum et causam.* » Ainsi, lorsque je remets des pièces à un avocat pour les faire valoir en justice, à l'appui de ma cause, il n'y a pas dépôt, mais mandat; car l'*initium*, la *causa contractûs*, c'est la circonstance qui m'a déterminé à livrer mes pièces. Or, ici c'est la défense de mes droits en justice; il ne saurait donc y avoir dépôt, puisque le but principal du contrat n'a pas été la garde des pièces.

Le même jurisconsulte nous fournit d'autres applications de notre principe dans les §§ 12 et 13 de notre titre, loi 1, au Digeste. Lorsque, dit-il au § 12, « je vous remets une chose en vous priant, si Titius ne consent pas à la recevoir, de la garder vous-même, aurai-je simplement contre vous l'action de dépôt ou bien aussi celle de mandat ? Pom-

ponius hésite; je pense pourtant, quant à moi, dit Ulpien, que j'aurai l'action de mandat *quia plenius fuit mandatum habens et custodiæ legem*, c'est-à-dire parce qu'il y a eu un mandat, auquel on a joint par un pacte accessoire l'obligation de garder la chose, le cas échéant. » En d'autres termes, il n'y a pas dépôt dans cette hypothèse, parce que le contrat n'a pas pour but principal la garde de la chose. Et dans le § 13 Ulpien ajoute : « Le même Pomponius se pose cette question : Je vous ai donné mandat de recevoir une chose pour moi et de la garder chez vous; ce que vous avez fait; serez-vous tenu de l'action de mandat ou de celle de dépôt? Pour lui, il y a lieu plutôt à l'action de mandat, *quia hic est primus contractus*, parce que le mandat de retirer la chose figure ici comme but principal du contrat. »

De ces textes il résulte que si le dépôt, alors même qu'il s'y mêle quelque élément étranger, est l'objet principal du contrat; ce sont les règles du dépôt qu'il faut appliquer à toute l'opération. Lors donc qu'on dépose un esclave chez un meunier, avec permission de le faire travailler, il y a dépôt; pourvu qu'il n'ait pas été convenu entre les parties que le travail de l'esclave formerait le salaire des soins de garde, car, dans ce dernier cas, il y aurait contrat innommé, et par suite action *præscriptis verbis* (L. 1, § 9 *in fine*, XVI, 3).

§ 4. *Différence du dépôt avec le mandat, le mutuum, le commodat et le gage.* — 1° Le contrat de

mandat se forme *ipso consensu* par l'accord même des volontés; le contrat de dépôt ne peut se former que par la tradition de la chose. Cette différence est notable; prenez l'espèce de la loi 1, § 13, s'il y avait dépôt, il n'y aurait d'obligation qu'à partir de la tradition; mais, comme il ya mandat, l'obligation naît dès le jour de la convention.

2° La responsabilité du mandataire est plus rigoureuse que celle du dépositaire.

Le dépôt diffère aussi du *mutuum*.

1° Dans le *mutuum*, la propriété passe du *tradens* à l'*accipiens*; dans le dépôt, la chose livrée reste la propriété du *tradens*, l'*accipiens* ou le dépositaire n'a qu'une simple détention.

2° L'emprunteur, qui est devenu propriétaire par le *mutuum*, est tenu de rendre un *genus*, une quantité, une chose fongible; le dépositaire doit rendre une *species*, le corps certain qu'il a reçu: C'est ce qu'exprime Gaius dans la loi 1, §§ 2, 5, D., *De obl. et act.*, XLIV, 7. « *Mutui datio, dit-il, consistit in his rebus quæ, pondere, numero, mensuræ constant, veluti vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ; quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis et qualitatis... Is apud quem rem aliquam deponimus, re nobis; quam accepit, restituendâ tenetur...* »

3° L'obligation de l'emprunteur, ayant pour objet une quantité, un genre, ne saurait s'éteindre *interritu rei*, car les genres ne périssent pas; dans le dépôt, l'obligation de l'*accipiens*, ayant pour objet un

corps certain, peut être éteinte par la perte de la chose, si cette perte arrive par cas fortuit. C'est encore ce qu'exprime Gaius dans la même loi, § 4.

4° Le *mutuum* est un contrat unilatéral, ne produisant d'obligations que pour l'emprunteur tenu de la *condictio*. Le dépôt est un contrat synallagmatique, imparfait, ne produisant d'obligations que pour l'*accipiens*, lors de sa formation ; mais pouvant produire, *ex post facto*, des obligations pour le *tradens* ; de là deux actions dans ce contrat, l'une directe pour le *tradens*, et l'autre contraire pour l'*accipiens* ; action *depositi directa* d'une part et action *depositi contraria* d'autre part.

5° La *condictio* qui résulte du *mutuum* est *stricti juris*, la double action qui résulte du dépôt est *bonæ fidei* (Inst., § 28, *De actione*, IV, 6).

Différences entre le dépôt et le commodat.

1° Le dépositaire n'a pas le droit de se servir de la chose livrée ; le commodataire en a nécessairement le droit. 2° Le dépositaire n'est tenu que de son dol ; le commodataire est tenu non-seulement du dol, mais encore de toute faute. 3° Le dépositaire est tenu de restituer, à première réquisition, quand même on aurait fixé un terme, pour la restitution ; le commodataire ne doit restituer qu'après le temps ou l'usage convenus (1).

(1) Cependant s'il survenait, au commodant, un besoin urgent et impossible à prévoir, la chose prélée devrait lui être restituée avant l'expiration du temps ou de l'usage convenus,

Le dépôt diffère du gage sur les points suivants :

1° le créancier gagiste a la possession *ad interdicta*, le dépositaire ne l'a pas ;

2° le créancier gagiste est tenu de sa simple faute ; le dépositaire n'est tenu que du dol.

3° Le dépositaire doit rendre à première réquisition, dans tous les cas ; le créancier gagiste ne doit rendre qu'après avoir été désintéressé.

4° Le dépositaire ne peut réclamer que les impenses nécessaires ; le créancier gagiste peut encore obtenir les impenses utiles.

5° Le créancier gagiste non satisfait peut, après une ou plusieurs interpellations, selon les cas, vendre la chose qui lui a été donnée en gage ; le dépositaire non satisfait n'a que l'action *depositi contraria*, sans jamais avoir le droit d'aliéner la chose qui lui a été remise en dépôt.

§ 5. *Conditions essentielles du dépôt avec leurs principales conséquences.* — Quatre conditions constituent l'essence du dépôt ordinaire.

Il faut : 1° que la chose, objet du contrat, soit *livrée* au dépositaire ; 2° qu'elle lui soit livrée *principalement pour la garder* ; 3° qu'elle soit gardée *gratuitement* ; 4° que la chose livrée *n'appartienne pas au dépositaire*.

1° *La chose, objet du contrat, doit être livrée au dépositaire.* En donnant la définition du dépôt, nous avons déjà fait ressortir la nécessité de la tradition,

qu'une convention ou même une stipulation ne sauraient remplacer.

Quant à l'écrit que l'on peut dresser au moment de la *depositio*, il forme seulement une preuve du contrat. C'est ce qui résulte de l'espèce suivante :

« *Titius Sempronius salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, sacrum signatum : ex quibus debetis mihi dccem quos apud Titium deposuistis, item quos Trophimati decem, item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit.* »

J'ai à vous dix sous d'or, ou à peu près, deux plats et un sac cacheté. Là-dessus, vous me devez les dix sous d'or que vous avez mis en dépôt chez Titius; vous devez aussi dix sous d'or à Trophimas, et il reste dû d'un compte de votre père dix sous d'or et quelque chose en plus.

Je demande, dit Paul, s'il est né quelque obligation d'un pareil écrit, concernant les sommes qui y sont énoncées. Le jurisconsulte répond que de la lettre il n'a pu naître à la charge de Titius aucune obligation, mais qu'il en résulte, au moins, une preuve du dépôt. Quant à la question de savoir si celui qui, dans la lettre, a affirmé sa créance pour dix, sera admis à prouver ce qu'il a écrit, c'est au juge de le décider (L. 26, § 2, Dig.).

Toutefois, il n'est pas nécessaire que la chose soit livrée au dépositaire lui-même; il suffit qu'elle soit livrée à une personne désignée par lui pour la recevoir et la garder en son nom. Le cas est prévu dans le § 14 de la loi 1 de notre titre, où nous lisons :

« Aurai-je contre vous l'action de dépôt, si, voulant vous déposer une chose, je la remets sur votre ordre entre les mains de votre affranchi ? Pomponius déclare que j'aurai cette action contre vous, si la chose est déposée chez un autre, en votre nom, comme si elle était déposée chez vous même. »

- Il n'est pas non plus nécessaire que le déposant lui-même fasse le dépôt. Un esclave peut valablement déposer pour son maître ; un affranchi pour son patron ; un mandataire, pour son mandant (L. 1, §§ 14 et 17, et L. 2, de notre titre).

La tradition, dont le but est de mettre l'objet à garder entre les mains du dépositaire, n'est pas nécessaire pour qu'il y ait dépôt, lorsque celui qui doit devenir dépositaire détient déjà cet objet à un autre titre : il peut être valablement convenu que le commodataire, que le vendeur garderont à titre de dépôt la chose qui a été l'objet du commodat ou de la vente, et la convention suffira pour donner lieu au dépôt.

2° *Il faut que la chose soit livrée principalement pour être gardée.*—C'est là une condition essentielle du contrat ; nous en avons déjà traité plus haut, et nous avons rapporté des espèces où le but paraissant complexe, il pouvait y avoir doute sur le point de savoir s'il y avait dépôt ou mandat. Nous compléterons cet exposé par quelques espèces qui se rapprochent encore du dépôt, mais sans le constituer,

et cela parce que la fin principale des contractants n'est pas la garde de la chose livrée.

« *Si quis sponsionis causâ annulos acceperit, nec reddidit victori, præscriptis verbis actio in eum competit* (L. 17, § 5, D., XIX, 5). » Voici l'hypothèse : Deux personnes font une gageure, et chacune d'elles remet un anneau à un tiers, en le chargeant de donner les deux anneaux à celui des deux qui aura raison. Si le tiers refuse de rendre les anneaux au gagnant, il sera poursuivi par l'action *præscriptis verbis*, et non par l'action de dépôt. En effet, il n'y a pas dépôt, parce que les anneaux n'ont pas été remis au tiers pour les lui faire garder, mais pour les remettre *victori*. D'ailleurs, le gagnant ne saurait réclamer par l'action de dépôt l'anneau qui a été livré par l'adversaire : il lui manque la qualité de déposant.

Nous citerons comme dernier exemple l'espèce que Papinien nous présente dans la loi 1, § 2, du même titre : « *Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit; sed non exhibitâ fide, in factum civilis subjicitur actio.* » Il n'y a pas dépôt parce que la chose a été remise pour en faire déterminer le prix et non pour la faire garder en dépôt.

La règle que la fin principale et essentielle du dépôt est la garde de la chose livrée, produit nécessairement deux conséquences : la première, c'est que la propriété de la chose n'est pas transférée au dé-

positaire ; la seconde, c'est que la chose déposée doit être rendue.

La loi 17, § 1, de notre titre nous présente la première conséquence en ces termes : « *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio nisi apud sequestrem deposita est.* »

D'après ce texte, la propriété ne passe pas au dépositaire. Il ne serait pas possible, en effet, que la chose fût transmise en propriété au dépositaire, et qu'en même temps elle lui fût transmise *Custodiendi causâ*, car *custodire* c'est veiller sur la chose d'autrui. On n'est pas le gardien, *custos*, de sa chose, on en est le maître, *dominus*.

Le texte nous dit aussi que la possession ne passe pas au dépositaire. Le dépositaire n'a que la simple détention de la chose ; il n'a ni la *possessio civilis*, ni la *possessio ad interdicta*. Mais il peut en être autrement, nous le verrons, dans le cas du séquestre.

La seconde conséquence de notre règle, c'est que l'objet déposé doit être rendu. Cette conséquence est évidente et forcée ; mais à qui faut-il rendre la chose ? C'est ce que nous aurons à examiner quand nous traiterons de l'action directe de dépôt.

3° *Il faut que la chose remise en dépôt soit gardée gratuitement.* — C'est là le sens du contrat, car que demande-t-on au dépositaire ? un service d'ami, un office désintéressé. On n'exige pas de lui un travail, un soin spécial, et dès lors on ne saurait supposer l'idée d'un salaire. En ce sens, Ulpien dans le § 8 de la loi 1 de notre titre, nous dit : « Lorsque des vête-

ments donnés à garder à un loueur de bains, ont péri, celui-ci est tenu de l'action de dépôt, et en conséquence il répond seulement de son dol, s'il n'a reçu aucun salaire pour la garde des vêtements ; mais s'il a reçu un salaire, il est tenu de l'action de louage (*ex conducto*). »

Et dans le paragraphe suivant, le même jurisconsulte poursuit en ces termes : « Si j'ai remis un esclave en garde chez un meunier, en lui promettant un salaire pour la garde, j'aurai contre le meunier l'action *ex conducto* ; au contraire, si c'est moi qui reçois une rétribution pour l'esclave que le meunier a reçu dans son moulin, j'aurai l'action *ex locato*. De même si le prix de son travail était compensé avec celui de la garde, il y aurait une sorte de location réciproque ; seulement, comme il n'y aurait pas ici d'argent donné, il y aurait lieu à l'action *præscriptis verbis*. Mais si le meunier ne faisait que fournir la nourriture à mon esclave, sans que rien eût été convenu touchant son travail, il y aurait lieu alors à l'action de dépôt. »

Donc ce qui tient à l'essence du contrat de dépôt, c'est qu'il n'y ait point de salaire. S'il est convenu que l'*accipiens* se servira de la chose confiée, pour se payer de ses soins de garde, il n'y a plus de dépôt. Dans ces cas et autres analogues le contrat se transforme en *locatio - conductio* ou en contrat innommé.

Y a-t-il un intérêt à savoir si une opération constitue un dépôt, un louage, ou tout autre.

contrat? Oui, l'intérêt consiste surtout en ce que dans le dépôt l'*accipiens* n'est tenu que de son dol, tandis que dans le louage ou les contrats innommés il est tenu et du dol et de la faute : « *In conducto et locato, et in negotio ex quo diximus præscriptis verbis dandam actionem, et dolum et culpam præstabunt qui servum receperunt: at, si cibaria tantum dabant, dolum duntaxat. Sequemur tamen (ut Pomponius ait) et quod habuerunt præscriptum aut quod convenerit, dummodo sciamus, et si quid fuit præscriptum, dolum tamen eos præstaturos, qui receperunt, qui solus in depositum venit.* » (D., L. 1, § 10.)

4° Il faut que la chose livrée n'appartienne pas au dépositaire. — En effet, on ne comprendrait pas que celui qui reçoit sa propre chose fût tenu de la rendre à celui qui n'y a aucun droit. Quand un propriétaire reçoit sa chose, il la recouvre, et ne la reçoit pas pour la garder. « Celui, dit Julien, qui reçoit sa propre chose à titre de dépôt ou de commodat, n'est tenu ni de l'action de dépôt, ni de l'action de commodat : il en est de même de celui qui prend sa propre chose en louage ou qui la demande en précaire, il n'est soumis ni à l'action du précaire, ni à celle du louage. » (L. 15, XVI, 3.)

Tryphoninus dit en ce sens dans la loi 31, § 1, de notre titre : « Si un voleur ne sachant sous la puissance de qui est le fils ou l'esclave, à qui il a volé une chose, dépose celle-ci entre les mains du père ou du maître de celui qu'il a volé, il n'y a pas de dépôt, même d'après le droit des gens, parce que la na-

ture du dépôt ne permet pas de donner au propriétaire sa propre chose à garder. De même, si un voleur dépose chez moi, alors que j'ignore encore son délit, une chose qu'il m'a dérobée à mon insu, il faut dire que le contrat de dépôt ne s'est pas formé, car la bonne foi s'oppose à ce que le propriétaire soit contraint de rendre sa chose à celui qui la lui a volée. Bien plus, si, toujours dans l'ignorance du vol, le propriétaire restitue la chose au prétendu déposant, il a contre lui la *condictio indebiti*. »

Si donc il n'y a pas dépôt quand la chose est remise au propriétaire, il s'ensuit que le dépôt cesse lorsque le depositaire acquiert la propriété de la chose déposée. Cependant, quand le propriétaire n'a pas le *jus possidendi* de sa chose, le titulaire de ce droit peut faire un dépôt en remettant la chose entre ses mains. Ainsi, l'usufruitier fait un dépôt si, dans cette intention, il remet la chose grevée d'usufruit chez le nu-propriétaire; il en est de même du créancier gagiste, qui remet la chose grevée de gage chez le débiteur qui en a la propriété.

Est-il de l'essence du dépôt ordinaire que la chose livrée soit un meuble? En d'autres termes, un immeuble n'est-il pas susceptible d'être l'objet de ce contrat? On n'est pas d'accord sur ce point. Selon nous, le dépôt *ordinaire* ne peut avoir pour objet que des choses mobilières. Contre cette manière de voir on invoque l'analogie qui parait exister entre le commodat et le dépôt. Le commodat, dit-on, peut avoir pour objet une chose immobilière,

une *res soli* ; pourquoi n'en serait-il pas de même du dépôt ? La loi 1, § 1, D., XIII, 5. dit en effet « *Proprie commodata res dicitur et quæ soli est* ». D'ailleurs, ajoute-t-on, si vous n'admettez pas le dépôt des immeubles, vous êtes obligé de soutenir que le mandat seul leur est applicable ; dès lors, vous devez dire que le même service entraînera, à la charge de celui qui le rend, une responsabilité plus ou moins grande, selon qu'il s'agira d'un meuble ou d'un immeuble : dans le cas du meuble le gardien sera tenu seulement du dol, dans le cas de l'immeuble il sera tenu même de sa faute. Est-ce juste, et n'est-il pas raisonnable d'admettre que les Romains ont dû appliquer le dépôt à la garde des immeubles, pour atténuer la responsabilité de celui qui rend ce service ? L'opinion qui limite l'étendue d'application du dépôt aux meubles nous paraît plus fondée : 1° Aucun texte ne se rapporte au dépôt des choses immobilières. 2° Les mots *deponere*, *depositum*, s'opposent à l'application de ce contrat aux immeubles : « *Depositum est quod custodiendum alicui datum est ; dictum ex eo quod ponitur*. » (Ulpien, loi 1.) 3° Le but qu'on se propose en faisant un dépôt est également un obstacle à cette application. En effet, pourquoi fait-on un dépôt ? C'est afin de retrouver la chose au moment du besoin ; or, à quoi bon cette précaution lorsqu'il s'agit d'un immeuble ? Un immeuble se retrouve sans qu'il faille à cet effet le remettre à quelqu'un. D'ailleurs, les soins d'administration qu'il réclamerait dépasseraient les soins qu'on donne

d'ordinaire à un dépôt. L'opinion de Pothier est conforme à cette manière de voir (*Traité du contrat de dépôt*, n° 3). Lorsqu'en partant pour un voyage, dit-il, on confie à un ami les clefs de la maison, on fait un dépôt de clefs, mais non pas un dépôt de la maison. Si les clefs ont été données avec l'intention de permettre au voisin de visiter de temps en temps la maison et de faire les ouvrages d'entretien, il y a mandat et non pas dépôt. 4° Mais, dit-on, l'utilité de l'application du dépôt aux immeubles est incontestable, et il est à désirer que l'on atténue la responsabilité de celui qui se charge gratuitement de veiller sur l'immeuble d'autrui. Sans doute, mais il n'est pas du tout nécessaire de recourir à ce moyen pour arriver à ce résultat. En effet, par un pacte adjoint au mandat, on peut parfaitement convenir que le mandataire ne sera responsable que de son dol. Le pacte adjoint prohibé, c'est le pacte *ne dolus præstetur*, mais non le pacte *ne culpa præstetur*.

Nous venons de parcourir les conditions essentielles du contrat de dépôt. En dehors de ces conditions, il en est d'autres qui sont également essentielles, mais comme elles sont communes à tous les autres contrats, je veux parler de la capacité et du consentement des parties contractantes, il suffit de les mentionner. Disons seulement que, comme dans ce contrat il ne s'agit point de transférer un droit de propriété ni un autre droit réel, mais qu'il s'agit uniquement de contracter des obligations, il suffit

que les parties aient la capacité ordinaire de s'obliger. Les personnes incapables de contracter des obligations ne pourront donc pas faire un contrat de dépôt. Si je reçois, par exemple, une chose d'un enfant impubère ou d'un insensé, ce n'est pas un contrat de dépôt qui intervient entre nous, car il ne peut pas y avoir de contrat entre des parties, dont l'une n'est pas capable de consentement. L'obligation qui naît ici provient d'une toute autre cause. Il y a *ou quasi contrat negotiorum gestorum*, si j'ai reçu cette chose dans une bonne intention, et par exemple pour qu'elle ne se perdît pas entre leurs mains, et avec la volonté de la remettre aux parents, tuteur ou curateur; *ou vol*, si j'ai reçu la chose avec mauvaise intention, et pour l'employer à mon profit.

Il n'est pas nécessaire, pour faire un dépôt, d'être propriétaire de la chose livrée : un voleur peut déposer les objets qu'il a soustraits (L. 1, § 39; 31, § 1; XVI, 3); un créancier peut déposer la chose qui forme son gage (L. 9, C., *De pign. act.*); un dépositaire peut donner en dépôt la chose déjà déposée entre ses mains (L. 16, XVI, 3). Dans tous ces cas, il y aura dépôt, si d'ailleurs les personnes sont capables de contracter.

Le consentement peut être exprès, ou tacite, mais il n'est besoin d'aucune solennité dans l'expression de la volonté des parties.

SECTION II.

De l'action directe de dépôt.

Le contrat de dépôt, une fois formé par le consentement des parties et la tradition de la chose, engendre nécessairement certaines obligations pour le dépositaire : il doit veiller sur la chose et la rendre à la demande du déposant. L'action qu'on donne contre lui pour le contraindre à remplir ses obligations s'appelle *actio depositi directa*, action *directe de dépôt*, parce qu'elle découle immédiatement du contrat même. Il n'est pas nécessaire qu'il se produise un fait postérieur au contrat pour lui donner naissance.

Examinons à propos de l'action directe de dépôt :
1° dans quelles circonstances cette action a lieu ;
2° quel est son objet ; 3° quel est son caractère ;
4° à qui elle appartient ; 5° contre qui elle est donnée.

§ 1. *Dans quelles circonstances a lieu l'action directe de dépôt ?* — Cette action a lieu quand le dépositaire s'est écarté de la bonne foi et qu'il a commis un dol dans la garde de la chose. C'est ce qui résulte de l'édit du préteur :

« *Quod neque tumultûs, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii causâ depositum sit, in simplex ; (ex) earum autem rerum, quæ supra comprehensæ sunt, in ipsum duplum ; in heredem ejus quod*

dolo malo ejus factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum; quod ipsius, in duplum judicium dabo. » (L. 1, § 1, XVI, 3.)

Quand un dépôt sera fait hors des cas de tumulte, d'incendie, de ruine et de naufrage, je donnerai contre le dépositaire une action au simple; mais lorsqu'il sera fait dans les cas ci-dessus exprimés, l'action sera du double. Je donnerai contre l'héritier du dépositaire une action au simple pour l'obliger à réparer le tort que le déposant souffre par suite du dol du défunt; mais s'il y a dol de la part de l'héritier lui-même, je donnerai à cet égard contre lui une action au double.

Donc le prêteur à la suite d'un dépôt, ne promet d'action au déposant que dans le cas de dol. Le texte porte *dolo malo*. Que faut-il entendre par *dolus malus*? Tout ce qui est contraire à la bonne foi. Ainsi le dépositaire qui, à dessein, veille mal sur la chose déposée et la laisse dépérir, qui en retire un profit auquel il sait bien n'avoir pas droit, ou qui refuse de restituer sans motif, est de mauvaise foi et commet un dol. Parcourons les diverses hypothèses où les textes nous montrent un dol chez le dépositaire, afin de bien connaître les circonstances dans lesquelles il se produit; nous saurons de cette manière quand a lieu l'action directe de dépôt.

Première espèce de dol. — Il y a dol si le dépositaire, lorsque la restitution est possible, ne remet pas la chose déposée à la première demande, soit du déposant, soit de son héritier, soit de son procureur.

Si la restitution immédiate est impossible sans qu'il y ait mauvaise foi chez le dépositaire, il n'y a point de dol à ne pas restituer au moment de la demande. C'est ce que dit Julien : Le déposant peut, sitôt après la demande, intenter son action pour se faire rendre sur-le-champ la chose déposée, car dès la demande, il y a dol chez le dépositaire à ne pas rendre la chose réclamée. Cependant Marcellus déclare qu'on n'est pas toujours coupable de dol pour ne pas rendre la chose au moment même de la réclamation. En effet, supposez, dit-il, la chose en province ou dans des magasins qu'on ne peut pas ouvrir, au moment de la condamnation, ou supposez en suspens la condition sous laquelle le dépôt a été fait, il ne saurait y avoir de dol à ne pas restituer de suite (L. 1, § 22, XVI, 3).

Le dépositaire serait encore exempt de dol s'il refusait de restituer la chose, non pas au déposant qu'il connaît, mais à son prétendu procureur ou héritier qu'il ne connaît pas, à moins qu'il ne soit démontré que celui qui réclame le dépôt est bien le procureur ou l'héritier du déposant.

Le terme que les parties auraient fixé pour la restitution du dépôt n'empêcherait pas le déposant de redemander sa chose, même avant l'échéance de ce terme. Le contrat, en effet, a lieu dans l'intérêt exclusif du déposant ; c'est en sa faveur que le terme a été convenu ; dès lors il peut y mettre fin quand il veut, et le dépositaire n'ayant pas le droit d'user de la chose reçue, ne saurait avoir d'intérêt à invoquer le

terme convenu. « Si j'ai déposé une chose chez vous, dit Ulpien, pour qu'elle me soit rendue après votre mort, je suis toujours le maître d'agir par l'action de dépôt soit contre vous, soit contre votre héritier, parce que je suis libre de changer de volonté et de redemander le dépôt quand je veux (L. 1, § 45, XVI, 3); il y aurait dol de votre part à résister à ma demande. »

Le dépositaire, malgré la *denunciatio*, c'est-à-dire l'interdiction mise à la restitution par un créancier du déposant, doit restituer le dépôt sur la première demande; toutefois, celui qui réclame la restitution doit s'engager à défendre, le dépositaire qui restitue contre l'auteur de la *denunciatio*. « *Quod si in scriptis attestatio non per dolum, vel fraudem fuerit ei qui depositum suscepit, ab alio transmissa, ut minime depositum restituat; hocque per iusjurandum affirmaverit, liceat ei, qui deposuit, sub defensionis cautela idonea præstita; res depositas, quam ocissime recuperare* » (L. 11, C. IV, 34.)

Mais Justinien, dans la novelle 88, a prohibé ces dénonciations parce qu'elles s'opposaient à la restitution du dépôt. Le commencement de l'authentique porte :

« *Sed jam cautum est ne quis extrinsecus depositario interdicat depositi restitutionem; qua subsecuta, depositor possidens pulsari poterit ab eo qui interdixit.* »

De sorte que depuis cette novelle, le dépositaire, malgré toute interdiction, devra rendre la chose à première réquisition sans que le déposant soit tenu

de fournir la *defensionis cautela idonea*. Cò sera l'affaire du créancier d'attaquer le déposant son débiteur, après la restitution du dépôt.

Remarquons qu'il s'agit ici seulement d'un créancier du déposant, et non du véritable propriétaire de la chose déposée. Celui-ci a toujours le droit de revendiquer sa chose contre le tiers entre les mains duquel il la trouve, et il suffit pour exercer l'action en revendication, comme dit Ulpien, d'examiner si le défendeur possède, peu importe la cause de sa possession ; donc, dès que moi, demandeur, j'ai prouvé que la chose m'appartient, le possesseur doit la restituer, s'il n'oppose pas quelque exception.

Cependant quelques auteurs, comme Pégase, ont pensé que cette action en revendication ne devait être exercée que contre la possession, qui donne lieu à l'interdit *Uti possidetis*, ou à l'interdit *Utrubi*. D'après Pégase, il ne saurait y avoir d'action en revendication contre celui qui détient à titre de dépôt, parce que celui-là ne possède pas. Pour moi, dit Ulpien je pense qu'on peut revendiquer contre tous ceux qui détiennent la chose, et qui ont le pouvoir de la restituer. » (L. 9, D. *De rei vindicatione*, liv. 6, tit. 1.)

Le dépositaire doit rendre la chose incontinent au déposant qui la réclame, quand bien même celui-ci n'en serait pas propriétaire. Le dépositaire ne peut pas exciper du droit d'un tiers ; d'ailleurs refuser la restitution au déposant, ce serait manquer à la foi promise. Cependant si la chose a été déposée par un

voleur, et que le véritable propriétaire la réclame, c'est au propriétaire et non au voleur qu'elle doit être rendue : la bonne foi du contrat n'exige pas que le voleur soit préféré au propriétaire. Mais si le propriétaire ne réclame pas, c'est au voleur que le dépositaire devra rendre la chose (L. 31, D., XVI, 3).

Le dépositaire peut-il refuser la restitution jusqu'à ce qu'il ait été indemnisé des dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée ? En d'autres termes, a-t-il le droit de rétention pour ses déboursés ? Avant Justinien le dépositaire avait ce droit de rétention. La loi 23 de notre titre le suppose : « *Actione depositi conventus, servo constituto, cibariorum nomine, apud eundem judicem utiliter experitur.* » Le dépositaire actionné pour rendre la chose pourra donc former sa demande devant le juge, à l'effet de se faire payer les dépenses qu'il a faites pour la nourriture de l'esclave qu'on lui a déposé. Et ce texte ne paraît être qu'une des applications du principe que le droit de rétention peut être exercé partout où la loi accorde une action *contraria*.

Deuxième espèce de dol. — Il y a lieu à l'action *depositi directa* contre le dépositaire qui rend la chose détériorée par son dol : « *Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita, agi depositi potest. Quum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse.* » (L. 1, § 16, liv. XVI, tit. 3. Voyez aussi la loi 42, D., IX, 2.)

Troisième espèce de dol. — Il y a dol si le dépositaire

taire exige quelque chose pour rendre le dépôt :
« *Potes agere depositi cum eo qui tibi non aliter quam nummis a te acceptis depositum reddere voluerit, quamvis sine mora et incorruptum reddiderit.* »

Ainsi Labéon, de qui est tiré ce fragment, décide que, quand bien même le dépositaire rendrait sur-le-champ et sans détérioration la chose déposée, il n'en serait pas moins passible de l'action de dépôt, s'il se faisait donner de l'argent pour la restitution de cette chose. (L. 34, Dig., XVI, 3).

Quatrième espèce de dol. — Il y a dol si j'achète au maître la liberté de son esclave avec l'argent que celui-ci m'a remis, et en laissant supposer au maître que c'est avec mes deniers que je l'achète.

Un esclave ayant déposé entre mes mains une somme d'argent pour la donner à son maître, et obtenir de lui son affranchissement, j'ai donné suivant cette demande la somme qui m'avait été confiée. Le maître de l'esclave a-t-il encore contre moi l'action de dépôt? Non, si en donnant au maître cette somme d'argent je l'ai averti qu'elle avait été déposée chez moi à cette intention, et si je lui ai signifié ma décharge, car alors le maître reçoit cet argent en connaissance de cause. Mais si j'ai donné l'argent au maître en feignant d'acheter de mes deniers la liberté de l'esclave, je reste soumis à l'action de dépôt. Ce sentiment, dit Ulpien, me paraît juste : en effet, dans ce dernier cas, on peut dire non-seulement que le dépositaire rend de mauvaise foi la chose déposée, mais même

qu'il ne la rend pas; car ce n'est pas rendre un dépôt, que de vouloir paraître donner du sien (L. 1, § 33, Dig., XVI, 3).

Cinquième espèce de dol. — Il y a dol si le dépositaire a cessé par mauvaise foi de posséder le dépôt. C'est ce que disent les empereurs Dioclétien et Maximien : « Si celui chez qui vous avez remis une somme en dépôt l'a prêtée en son nom ou en celui d'un autre, vous avez certainement l'action de dépôt, tant contre lui que contre ses successeurs. » (L. 8, Code, liv. IV, tit. 34.) C'est une application de la règle *dolus pro possessione est*, le dol tient lieu de la possession. Le dépositaire qui a cessé de posséder le dépôt par son dol est donc traité comme s'il possédait encore et se refusait par mauvaise foi à faire la restitution. Bien plus, il est alors si rigoureusement tenu de l'action de dépôt, que, quand bien même il viendrait à retrouver la chose, il ne serait pas libéré par la perte de cette chose, si elle provenait d'un cas fortuit. C'est ce qu'enseigne Ulpien en ces termes : « Si après avoir vendu la chose déposée, vous l'avez ensuite rachetée pour la garder à titre de dépôt, et qu'elle vienne à périr sans dol de votre part, vous êtes néanmoins passible de l'action de dépôt, parce que vous avez une fois commis un dol en la vendant. » (L. 1, § 25, XVI, 3.)

Sixième espèce de dol. — Il y a dol si le dépositaire qui a cessé de posséder sans mauvaise foi refuse de remettre au déposant, soit ce qu'il a pu

recevoir, soit les actions qu'il a pu acquérir à l'occasion de la chose sortie de ses mains.

Comme en matière de dépôt on n'est responsable que de son dol, on s'est demandé si l'héritier qui, dans l'ignorance du dépôt, avait vendu la chose déposée ou prêtée au défunt, serait tenu de l'action de dépôt s'il ne rendait pas la chose. Non, car il a agi sans dol, et ne saurait être tenu de rendre la chose vendue. Mais sera-t-il tenu de rendre le prix qu'il a touché? Assurément il en sera tenu, car il y aurait mauvaise foi de sa part à ne pas rendre ce qu'il a reçu à l'occasion de la chose déposée (L. 1, § 47, liv. XVI, tit. 3). Si l'héritier n'avait pas encore touché le prix, ou n'avait touché qu'un prix inférieur à la valeur de la chose vendue, il devrait céder au déposant ses actions contre l'acheteur : l'action *ex vendito* pour toucher le prix, ou pour obtenir une indemnité de l'acheteur, qui par dol l'aurait circonvenu et trompé sur la véritable valeur de la chose (L. 2, D., XVI, 3).

Dans tous les cas où le dépositaire se trouve dessaisi de la chose sans son dol, il doit céder les actions qu'il possède à raison de cette chose; c'est ce qui ressort encore du texte suivant : « Si un dépositaire dépose la chose entre les mains d'un autre, et que ce second dépositaire se rende coupable de mauvaise foi, le premier dépositaire n'est tenu à cet égard envers le déposant qu'à lui transporter ses actions contre le second dépositaire. » (L. 16.)

L'héritier, enfin, ne serait pas exempt de dol si,

pouvant racheter la chose et la rendre, il ne voulait pas le faire, pas plus que si, après l'avoir rachetée ou acquise à quelque autre titre, l'héritier refusait de la remettre sous prétexte qu'il l'a vendue une fois sans fraude (L. 3, XVI, 3).

Septième espèce de dol. — Il y a dol si le dépositaire d'un testament en divulgue les dispositions. « Le dépositaire d'un testament en donne-t-il lecture en présence de plusieurs personnes, Labéon déclare qu'il y a lieu contre lui à l'action de dépôt. Ulpien pense qu'il y a lieu aussi à l'action d'injures, quand le dépositaire a lu ce testament en présence de plusieurs personnes, avec l'intention de divulguer les dispositions secrètes du testateur. » (L. 1, § 38, XVI, 3.)

Cette énumération des divers cas de dol qui donnent lieu à l'action de dépôt n'est point limitative. On peut dire que le dépositaire est tenu de l'action de dépôt quand on peut lui reprocher un acte de mauvaise foi, quelle que soit l'espèce où la mauvaise foi se produise, car le dépôt est avant tout un contrat de bonne foi.

Le dépositaire est-il tenu de la faute? De la simple faute, non, il n'en est pas tenu; mais si la faute commise par le dépositaire est tellement grave qu'elle implique mauvaise foi, elle équivaut au dol, et il en est responsable. C'est ce que nous enseigne Celse dans la loi 32 de notre titre. « Le sentiment de Nerva qui pensait qu'une faute par trop grave constituait un dol, contrairement à Proculus, me

paraît tout à fait exact. En effet, si une personne n'est pas aussi soigneuse que le commun des hommes, et si elle ne donne pas même à la chose déposée les soins dont elle est au moins capable, elle n'est pas exempte de fraude; car, quand elle est d'une diligence inférieure à celle du commun des hommes, ce n'est pas sans blesser la bonne foi qu'elle donne aux choses d'autrui moins de soins qu'aux siennes propres. » On voit par ce texte que la *culpa levis in concreto* est parfois assimilée au dol, c'est ce qui a lieu lorsqu'un dépositaire est d'une diligence inférieure à celle du commun des hommes. On comprend ici cette assimilation entre la *culpa lata* et la *culpa levis in concreto*, car si, étant plus négligent que le commun des hommes, le dépositaire ne donne pas même à la chose d'autrui les soins qu'il donne aux siennes, son incurie est assurément injustifiable, et il est juste qu'il en soit responsable.

Le dépositaire est-il coupable de dol ou de faute grave si dans un péril commun, dans un incendie, un naufrage ou une inondation, il sauve ce qui lui appartient sans sauver le dépôt?

Les textes ne décident pas la question et les auteurs sont divisés. Les uns disent que dans un péril commun, le dépositaire doit d'abord sauver le dépôt, et il est responsable si de préférence il sauve ses propres choses. Ce sentiment nous paraît trop rigoureux, car c'est obliger le dépositaire, sous peine de dol, à toujours donner à la chose déposée plus de soin qu'aux siennes propres; ce qui est contraire

aux principes qui régissent la matière. D'autres pensent qu'il faut rechercher si les choses déposées sont plus ou moins précieuses que celles du dépositaire. Sont elles plus précieuses, il est toujours responsable, toujours coupable d'une faute grave s'il ne les sauve pas de préférence aux siennes ; sont-elles moins précieuses, il n'est pas coupable. On voit que cette opinion fait plus ou moins dépendre du hasard l'obligation du dépositaire.

Nous croyons ces deux opinions trop absolues. C'est là une question de fait qui doit être tranchée selon les circonstances, dans lesquelles peut se trouver le dépositaire ; on ne saurait poser de règle invariable pour apprécier la conduite qu'il peut tenir au milieu des événements dont nous parlons, car sa liberté d'action peut être plus ou moins grande. On ne doit donc pas dire que le dépositaire est tenu de la perte du dépôt, par cela seul qu'il a sauvé ce qui lui appartient. Si les choses déposées ne sont pas plus précieuses que les siennes, il n'y a pas faute de sa part à sauver les siennes par préférence, car il n'est pas obligé de sacrifier ce qui lui appartient pour sauver le dépôt. On ne doit pas dire non plus d'une manière absolue que le dépositaire est tenu de la perte du dépôt, s'il a sauvé ses propres choses sans sauver celles qui avaient été déposées, alors que celles-ci sont plus précieuses ; il faut voir s'il lui était aussi facile de sauver ces dernières. S'il lui était aussi facile de les sauver, et qu'il ne l'ait pas fait, il y a faute grave de sa part, parce que la bonne

foi l'obligeait à se constituer gérant d'affaires et à sauver le dépôt au prix de ce qui lui appartenait, sauf indemnité.

Nous avons remarqué dans les diverses espèces que nous avons passé en revue que le dépositaire n'est en faute que lorsqu'il s'est écarté de la bonne foi, et qu'alors seulement se donne contre lui l'action de dépôt. Donc le dépositaire qui, sans dol, restitue la chose, même sans l'ordre du magistrat, à l'un des héritiers du déposant, au lieu de la restituer à tous les héritiers, n'encourt pas l'action, *non incidit, in obligationem* (L. 81, § 1, D., *De solut.*, liv. 46, tit. 3).

De même, si, sans son dol, la chose déposée vient à se perdre, il n'est pas soumis à l'action de dépôt. Il n'est pas même tenu à l'avance de garantir la restitution de la chose; mais s'il la recouvre, il est tenu de la rendre (L. 20, XVI, 3), car il commettrait un dol en refusant la restitution.

A plus forte raison, si des bijoux déposés ont été perdus, soit dans une attaque de brigands où le dépositaire a trouvé la mort, soit par tout autre cas fortuit, la perte ne sera pas à la charge de son héritier, car il n'y a pas eu dol ni faute grave chez le dépositaire.

Nous avons supposé jusqu'ici qu'aucune convention ne modifiait la responsabilité du dépositaire (L. 1, C., IV, 34). Mais la responsabilité du dépositaire, qui, en principe, est circonscrite au dol et à la faute lourde, assimilée au dol, peut être éten-

due au delà par la convention des parties. « *Si convenit ut in deposito et culpa præstetur, rata est conventio. Contractus enim legem ex conventionem accipiunt.* » (L. 1, § 6, XVI, 3.) « *Sæpe evenit, ut res deposita, vel nummi, periculo sint ejus apud quem deponuntur; ut puta, si hoc nominatim convenit.* » (D., L. 1, § 35, XVI, 3.)

Les textes eux-mêmes nous donnent des exemples de modifications apportées par la loi à la responsabilité du dépositaire. En effet, ils le déclarent responsable même de la faute légère, lorsqu'il s'est présenté spontanément pour recevoir le dépôt, car s'il ne s'était pas offert à la garde du dépôt, on aurait pu la confier à une personne plus diligente (D., § 35).

On en trouve aussi qui, dans certains cas, mettent tous risques à la charge du dépositaire :

1° Lorsque le dépôt de choses fongibles a eu lieu dans l'intérêt seul du dépositaire, et afin de lui permettre de s'en servir au besoin (L. 4, D., XII, 1);

2° Lorsque le dépositaire mis en demeure par l'action de dépôt, la chose vient à périr entre ses mains, alors qu'elle n'aurait pas péri chez le déposant si elle lui avait été restituée (L. 12, § 3, D., XVI, 3);

3° Lorsque la chose vient à périr après que le dépositaire a commis un *furtum usus* en s'en servant (L. 20, D., XVI, 3);

4° Lorsque la chose vient à périr chez le dépositaire qui, après avoir vendu la chose, l'avait rachetée. C'est là une conséquence du vol qu'il a commis en vendant la chose (L. 1, § 25, D., XVI, 3).

Nous venons de voir que la responsabilité du dépositaire, limitée en principe au dol et à la faute grave, peut quelquefois s'étendre au delà, et comprendre la faute légère et même le cas fortuit. Pourrait-on par convention décharger le dépositaire de toute responsabilité, même quant au dol ? Non ; pareille convention serait contraire à la bonne foi et aux bonnes mœurs (L. 1, § 7, D., XVI, 3. loi 23, D., L. 17.). Cependant la loi 27, § 3, D., II, 14, semble contredire, dans sa dernière partie au moins, le principe que ces textes consacrent. « *Illud nullâ pactione effici potest, ne dolus præstetur; quamvis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsâ id pactus videatur, ne de dolo agat; quod pactum proderit.* » Il ne peut être convenu que l'on ne sera pas responsable de son dol. Quoique l'engagement de ne pas agir par l'action de dépôt semble, par le fait, être une renonciation au droit d'agir par l'action de dol, il est néanmoins valable.

Est-ce que renoncer à l'action de dépôt, ce n'est pas convenir que le dépositaire ne sera pas responsable du dol ? Comment concilier ces idées ? Certains auteurs ont dit, pour lever cette contradiction apparente, que le pacte *ne dolus præstetur* se réfère au *dolus futurus*, et que le pacte *ne depositi agat* se rapporte au *dolus præteritus*. On conçoit, disent-ils, que le premier soit toujours prohibé, parce qu'il est toujours immoral, tandis que le second, portant sur le passé, ne présente pas le même caractère d'immoralité.

« Cette conciliation, dit Molitor, à l'avis duquel nous nous rangeons, n'exprime pas toute la pensée de la loi. » La renonciation à l'action *depositi*, faite même à l'avance, c'est-à-dire avant que cette action ne soit née, peut être valable, car convenir que le déposant n'intentera pas cette action, c'est beaucoup moins renoncer aux prétentions qui pourraient naître du dol du dépositaire *qu'à la chose même* qui est déposée; c'est virtuellement laisser au dépositaire la faculté de restituer le dépôt s'il le veut, et dès lors, loin de permettre le dol au dépositaire, le dol de sa part ne se conçoit même plus.

§ 2. *Objet de l'action directe de dépôt.* — Par l'action directe de dépôt nous pouvons demander dans le dépôt régulier la chose déposée, ses accessoires ou dépendances, quelquefois même des intérêts, quelquefois le double de la valeur déposée.

D'abord le déposant peut réclamer la chose déposée *in specie*, c'est-à-dire dans son individualité. Ce droit découle du contrat de dépôt. La chose, abstraction faite du cas fortuit, doit être rendue au déposant aussi entière et aussi complète qu'elle pouvait l'être au jour du dépôt. Le dépositaire est responsable de tout dol qui détruit ou détériore la chose, soit qu'il se produise avant la *litis contestatio*, soit qu'il ne se produise qu'après. « *Non tantum præteritus dolus in depositi actionem veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam.* » (L. 1, § 20.)

L'action de dépôt étant de bonne foi, on doit

rendre non-seulement la chose même déposée, mais encore ses accessoires et dépendances. « *Hanc actionem bonæ fidei esse, dubitari non oportet. Et ideo et fructus in hanc actionem venire, et omnem causam, et partum, dicendum est : ne nuda res veniat.* » (D., l. 1, §§ 23 et 24, XVI, 3.) Ainsi les fruits de la chose déposée, le croît des animaux, le pâr de la femme esclave, et toutes parties dépendantes ou accessoires devront être restituées avec l'objet principal.

Il n'est pas nécessaire, lorsque des choses accessoires sont déposées avec une chose principale, qu'elles soient elles-mêmes individuellement déposées, pour qu'elles puissent être réclamées.

Le § 5 de notre loi première nous le fait entendre : « *Quæ depositis rebus accedunt non sunt deposita : ut puta si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita ; nec si equus cum capistro, nam solus equus depositus est.* » L'accessoire de la chose déposée n'est pas censé déposé. Par conséquent, si un esclave habillé est déposé, le vêtement ne l'est pas ; il en est de même du cheval déposé avec son licol, le cheval seul est déposé. Néanmoins les habits de l'esclave, le licol du cheval pourront être réclamés par l'action directe de dépôt, non comme choses principales, mais comme choses accessoires. Elles ne se conçoivent, pour ainsi dire, point en dehors de la chose principale.

Une espèce particulière rapportée par Ulpien avait donné lieu, parait-il, à bien des difficultés : un coffre scellé et renfermant des habits, dit-il, a été déposé ; que

peut-on réclamer par l'action de dépôt ? Trébatius distingue selon que les habits ont été montrés ou non avant le scellé. N'ont-ils pas été montrés, le déposant ne peut réclamer que le coffre ; au contraire, ont-ils été montrés, il peut réclamer chacun des habits qui y étaient renfermés. Labéon et Ulpien rejettent cette distinction. D'après eux, que les habits renfermés aient été montrés ou non, le déposant peut toujours par l'action de dépôt redemander ces habits ; seulement il devra fournir la preuve du contenu du coffre (L. 1, § 41, XVI, 3). Le déposant sera-t-il dispensé de fournir la preuve si le coffre a été ouvert par effraction, sauf à prêter le serment supplétoire ? Non ; l'effraction ne prouve rien par elle-même contre le dépositaire, elle ne prouve pas que les objets qu'on prétend avoir été enlevés aient existé. Aussi le dépositaire ne doit-il en répondre que si elle a eu lieu à la suite d'une faute grave de sa part. S'il y a défaut de preuve, le juge devra plutôt déférer au dépositaire défendeur le serment décisoire que d'admettre le demandeur au serment supplétoire.

Les intérêts des sommes déposées sont dus dès le jour de la demeure du dépositaire ou du jour où il s'en est servi, s'il en a fait usage. Le dépositaire doit les intérêts du jour de la mise en demeure, parce que le dépôt est un contrat de bonne foi. « *Usuræ, in depositi actione, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ex morâ venire solent.* » (L. 2, liv. 4, tit. 34, Code.) Les intérêts sont encore dus quand le dépositaire s'est servi des sommes déposées, même avec la per-

mission du déposant : « *Si deposita pecunia is qui eam suscepit, usus est, non dubium est etiam usuras debere præstare.* » (L. 4, liv. IV, tit. 34, Code). « *Si permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, usuras ejus nomine præstare mihi cogitur* » (L. 29, § 1, XVI, 3). Le législateur a dû s'expliquer sur ce point, car on aurait pu croire que le dépôt, fait avec permission de se servir de la somme, était converti en *mutuum*, et que par suite des intérêts n'étaient pas dus. Si contrairement à la volonté du déposant, le dépositaire se sert de la somme remise, il devra *a fortiori* des intérêts; disons qu'il doit même s'estimer fort heureux que le déposant n'exerce pas contre lui l'*actio furti* (L. 3, liv. IV, tit. 34, Code). Le déposant doit demander les intérêts par l'action même de dépôt, car il n'a pas deux actions, l'une pour le capital et l'autre pour les intérêts. Si après avoir demandé le capital seulement, il veut demander les intérêts, il sera repoussé par l'exception *rei judicatæ* (L. 4, Cod., IV, 34).

L'action directe de dépôt se donne-t-elle au simple ou au double? Paul nous apprend dans ses sentences que d'après la loi des Douze Tables elle se donnait au double, mais que d'après l'édit du préteur elle se donnait au simple (Paul Sent., lib. 2, tit. XII, § 11). Le préteur a maintenu l'action au double pour le cas de dépôt nécessaire ou misérable, et il l'a fait avec raison, car quand, dans un incendie, une émeute, une inondation ou tout autre accident de

force majeure, une personne dépose à la hâte ses meubles en danger; il ne lui est pas possible de choisir son dépositaire, ni de se ménager une preuve certaine du dépôt. Il serait facile alors à une personne de mauvaise foi de nier le dépôt, c'est pourquoi le législateur s'est montré plus sévère dans la circonstance.

Nous devons remarquer que l'action au double étant une peine ne se donnera pas contre les héritiers du dépositaire infidèle; elle ne se donnerait contre eux que pour un dol personnel (L 1, § 1, XVI, 3).

§ 3. *Caractères de l'action directe de dépôt.* — L'action directe de dépôt est de bonne foi : *hanc actionem bonæ fidei esse, dubitari non oportet* (L. 1. § 23, XVI, 3); elle est infamante : *qui depositum non restituit, suo nomine conventus et condemnatus, ad ejus restitutionem cum infamiæ periculo urgetur* (L. 10, Cod., IV, 34); elle est privilégiée, au moins dans un cas, dans la liquidation des biens d'un banquier en faillite. Quel est le rang qu'il faut assigner alors au droit du déposant? La loi 7, § 2, XVI, 3, place le privilège du déposant avant les autres privilèges, et la loi 8, XVI, 3, ajoute que son privilège porte sur tous les biens du failli; tandis que la loi 24, § 2, D, XLII, 8, ne donne rang au privilège du déposant qu'après les privilèges en général. Voici ces lois :

Lorsqu'un banquier fait faillite, on s'occupe

d'abord des dépositaires, c'est-à-dire de ceux qui n'ont point placé leur argent à intérêt soit chez le banquier ou avec le banquier, et qui ne le lui ont pas donné pour le faire valoir. Ainsi, si les biens de ce banquier viennent à être vendus, on payera les dépositaires sur le prix, *avant* même les créanciers privilégiés (L. 7, § 2); et les dépositaires exerceront leur privilège non-seulement sur ce qui restera de l'argent déposé dans les biens du failli, mais même sur tous les autres biens du failli (L. 8). Sur le prix de vente des biens d'un banquier, dit au contraire la loi 24, *après* les privilégiés il a paru préférable de faire venir ceux qui, sur la foi publique, avaient déposé leur argent à la Banque.... Si cependant les deniers existaient en nature, celui qui les a déposés pourrait les revendiquer, et alors il passerait même avant les créanciers privilégiés (L. 24, § 2).

Pour concilier ces lois, quelques interprètes ont supposé que dans la loi 24 il s'agissait d'un dépôt irrégulier, c'est-à-dire de sommes déposées, avec faculté pour le dépositaire de s'en servir, sous la condition de rendre de pareilles sommes à réquisition. Cette opinion ne nous paraît pas fondée; les termes *si tamen nummi exstent*, que nous lisons dans la finale de la loi 24, font supposer qu'il s'agit dans cette loi d'un dépôt ordinaire. Car s'il s'agissait d'un dépôt irrégulier de somme d'argent, qui rend le dépositaire débiteur d'une quantité, et non d'un corps certain, pourquoi rechercher *si les écus sont encore extants*? Le meilleur moyen de concilier les

textes, à notre avis, est de dire : Si l'argent déposé existe encore comme corps certain, le droit du déposant primera absolument tous les autres privilèges; si au contraire l'argent déposé se trouve confondu avec les biens du banquier, le droit du déposant ne pourra prendre rang qu'après les autres privilèges. Le déposant qui réclame le corps certain déposé prime les autres créanciers, parce qu'il exerce la revendication. Quand il ne réclame, comme dans le dépôt irrégulier, qu'une chose de même quantité, qualité et bonté, il n'a pas la revendication, et dès lors il ne saurait primer les autres créanciers du banquier. Cependant, comme il importe d'assurer la confiance que l'on fonde sur les banquiers, auxquels on est dans la nécessité de recourir, la loi accorde au déposant un droit de préférence qui, sans nuire aux privilèges déjà établis, viendra au moins après ces privilèges.

« In bonis mensularii vendendis, post privilegia potio-rem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti deposuerunt. »

Dans tous les cas les actions, à raison de dépenses faites pour la conservation des biens existants entre les mains du banquier failli, devront avoir le premier rang; elles passeront donc avant toute action du déposant : *« Plane sumptus causa qui necessarie factus est, semper præcedit. »*

S'il y a plusieurs déposants, seront-ils tous admis

au même titre; ou faudra-t-il établir un rang entre eux, et ne les admettre que suivant l'ordre de date des dépôts? « Il est hors de doute qu'ils seront tous admis au même titre; » telle est, en effet, la disposition d'un rescrit impérial. (L. 7, § 3, XVI, 3.)

L'action directe de dépôt sous Justinien présente un nouveau caractère, le dépositaire ne peut opposer aucune compensation, aucune déduction, aucune exception de dol, dans le but d'exclure ou de retarder l'action du déposant.

Le dépositaire ne peut en outre exercer le droit de rétention, à moins que celui-ci n'ait lieu *ex eadem causa*; il doit rendre la chose, sauf à poursuivre ensuite le paiement de ses déboursés par l'action *depositi contraria* (Loi 11, C. IV. 34).

L'action directe de dépôt est civile et perpétuelle contre le dépositaire lui-même, parce qu'elle a été établie par la loi des Douze Tables. Elle est prétorienne et annale contre l'héritier (L. 18, D., XVI, 3).

Ni le dépositaire ni son héritier ne sauraient prescrire la chose déposée, car le dépôt s'oppose à la prescription, et l'on ne prescrit pas contre son titre.

§ 4. *A qui appartient l'action directe de dépôt? —*
En principe au déposant; cependant il peut se produire des circonstances où le dépôt ne doit pas être rendu au déposant lui-même. Tryphoninus, dans la loi 31 de notre titre, nous en donne des exemples.

Il s'exprime ainsi : « Un homme, accusé d'un crime capital, a déposé à quelqu'un une somme de cent écus ; il a été condamné au bannissement, et ses biens ont été confisqués ; le dépôt doit-il être remis au déposant ou au fisc ? Si l'on ne considère que le droit naturel et le droit des gens, la somme doit être rendue à celui qui l'a déposée. Mais si l'on considère le droit civil et l'intérêt de la loi, la somme doit être remise au fisc ; car celui qui a commis un délit nuisible à l'ordre public doit être réduit à l'indigence, afin que son exemple détourne les autres de tomber dans la même faute (L. 31, XVI, 3 pr).

Un voleur a déposé les habits qu'il m'a volés entre les mains de Séius ; celui-ci n'a aucune connaissance du vol du déposant, doit-il rendre ces habits au voleur, ou à moi ?

Si nous n'examinons que les personnes qui ont contracté, la bonne foi exige que le dépositaire rende les habits à celui qui les lui a confiés ; mais si l'on considère l'équité dans toutes ses parties, c'est-à-dire relativement à toutes les personnes que cette affaire concerne, les habits doivent être rendus à moi, à qui ils ont été enlevés par un acte criminel. La véritable justice consiste à rendre à chacun ce qui lui est dû, pourvu qu'en donnant la chose à l'un, on ne la fasse point perdre à un autre, qui a de plus justes raisons de la demander. Mais si je ne me présente pas pour redemander ces habits, ils doivent être rendus à celui qui en a fait le

dépôt, quoiqu'il ait déposé des choses mal acquises. Marcellus est de ce sentiment à l'égard du possesseur de mauvaise foi et du voleur.

Les dernières paroles du texte que nous venons de citer nous montrent qu'il n'est pas nécessaire, pour avoir l'action directe de dépôt, d'être propriétaire de la chose déposée. A l'appui de ce principe citons encore la loi 1, § 39, XVI, 3.

« Si un possesseur de mauvaise foi ou un voleur ont fait un dépôt, Marcellus est d'avis, qu'ils pourront exercer l'action *depositi*, car ils ont intérêt à se faire rendre ce qu'ils sont tenus de rendre eux-mêmes.

« Il n'est pas nécessaire pour avoir l'action de dépôt d'avoir effectué soi-même la tradition de l'objet ; il suffit que cette tradition ait été faite en notre nom, et conformément à notre volonté. Par exemple, si le père d'une jeune fille, *sui juris*, reçoit en dépôt les présents qui ont été donnés par le fiancé, soit le jour des fiançailles, soit postérieurement, la fille, *sui juris*, pourra agir contre l'héritier du père par l'action de dépôt. » (L. 25, pr. XVII, 3.)

Que décider lorsqu'un dépôt sera effectué par plusieurs ? Chacun des déposants aura-t-il le droit de retirer la chose entière, ou ne pourra-t-il réclamer que sa part ? Si, au moment du dépôt, il a été convenu que chacun des déposants pourrait retirer la chose entière, chaque déposant aura l'action pour le tout ; sinon chacun ne pourra agir que pour sa part (L. 1, § 44, XVI, 3).

Quand le déposant vient à décéder, l'action de dépôt passe à son héritier, car quand on contracte, on contracte pour soi et pour ses héritiers. Il faut entendre sous ce mot d'héritiers ceux qui nous succèdent soit en vertu du droit civil, soit en vertu du droit prétorien, soit en vertu du sénatus-consulte Trébellien (l. 1, § 19, XVI, 3).

Mais comment se fera la restitution, si un déposant laisse plusieurs héritiers? Chaque héritier aura-t-il l'action pour le tout ou ne pourra-t-il réclamer que sa part dans le dépôt? On applique ici les règles de la divisibilité et de l'indivisibilité des créances entre héritiers. Si la chose déposée est matériellement divisible, chaque héritier ne pourra réclamer que sa part; si, au contraire, elle est matériellement indivisible, l'un des héritiers pourra réclamer le tout, en donnant toutefois des garanties au dépositaire pour assurer la restitution due aux autres et éviter toute poursuite à ce dernier.

« Ainsi, dit un texte, si une somme a été déposée dans un sac cacheté, et qu'un des héritiers du déposant se présente pour demander le dépôt, le dépositaire doit tirer l'argent du sac devant le prêteur ou devant des témoins graves et dignes de foi, et rendre à cet héritier, sur la somme déposée, une part proportionnelle à celle qu'il a dans la succession du déposant... Le reste de la somme demeurera entre les mains du dépositaire, s'il le juge à propos... Sinon, il le consignera dans un dépôt public. Mais si le dépôt

consiste en choses qui ne peuvent être divisées, le dépositaire les remettra toutes à l'héritier demandeur, en exigeant de lui caution pour ce qui excède la portion due, à moins que l'héritier ne refuse de donner caution ; la chose serait alors remise dans un dépôt public, et le dépositaire serait déchargé. » (L. 1, § 36, XVI, 3.) Toutefois pour que l'héritier dans ce cas ait le droit de demander le tout, il faut qu'il soit héritier de la majeure partie de la succession. « Si le déposant, dit la loi 14, laisse plusieurs héritiers, le dépositaire peut rendre le dépôt à ceux qui se présentent, lorsqu'ils composent la majeure partie des héritiers (et l'on entend ici par majeure partie des héritiers, non pas le plus grand nombre de personnes, mais les héritiers qui ont les portions les plus considérables de la succession) pourvu, bien entendu, qu'ils donnent caution.

Nous avons supposé jusqu'ici que la qualité d'héritier n'était pas contestée, mais si cette qualité était contestée chez celui qui réclame le dépôt, que devrait faire le dépositaire ? Il devrait rendre le dépôt à celui des prétendus héritiers qui offrirait de défendre le dépositaire contre l'autre demandeur ; si aucun d'eux ne voulait se charger de cette défense, le dépositaire placerait la chose dans un dépôt public (L. 1, § 37, XVI, 4).

L'action de dépôt, comme d'ailleurs toutes les autres actions, peut nous être acquise par ceux qui sont sous notre puissance. Mon esclave fait-il un

dépôt, c'est moi qui aurai l'action de dépôt (L. 1, § 17, XVI, 3). Il n'y a pas à distinguer si le dépôt a été fait par mon propre esclave, par un esclave que je possède de bonne foi, ou par un esclave dont j'ai l'usufruit (L. 1, §§ 27, 28, XVI, 3). L'esclave d'une succession vacante peut même faire un dépôt. Dans ce cas, l'action sera acquise à l'héritier qui fera adition (L. 1, § 29, XVI, 3). C'est ce que disent les empereurs Dioclétien et Maximien : Si un esclave héréditaire a fait de bonne foi un dépôt ; avant que vous n'ayez accepté la succession de votre père, vous pourrez le réclamer, devant le gouverneur de la province, aux successeurs du dépositaire (L. 9, C., IV, 34). Que l'esclave existe, ou qu'il soit mort, le maître n'en a pas moins l'action de dépôt ; mais quant à l'esclave, il ne pourrait pas, lui, intenter cette action après son affranchissement (L. 1, § 30, XVI, 3). Au contraire, lorsque c'est un fils de famille qui a fait le dépôt, l'action appartient non-seulement au père, mais au fils de famille lui-même, selon l'avis de Julien et de Marcellus (L. 19, XVI, 3). Si le dépôt a été fait par un esclave qui a deux maîtres, l'action appartient à chacun d'eux en raison de leur part (L. 1, § 31). Si l'esclave, qui a fait le dépôt, a été aliéné, l'action de dépôt restera à celui qui l'avait pour maître au moment du dépôt, car c'est à ce moment qu'il faut se reporter pour déterminer le titulaire de l'action (L. 1, § 30, XVI, 3).

§ 5. *Contre qui l'action directe de dépôt se donne-t-elle?* — L'action directe de dépôt se donne contre le dépositaire lui-même. Si le dépôt a été fait à plusieurs, on pourra agir indistinctement contre l'un ou l'autre des dépositaires, et l'action exercée contre l'un ne libérera pas l'autre; car la libération doit résulter, non du choix de l'un d'eux, mais de la restitution du dépôt (L. 1, § 43, XVI, 3).

Le même texte décide que si l'un des dépositaires est insolvable, l'autre sera poursuivi pour le tout; cependant on ne peut pas être strict et rigoureux envers les dépositaires, car ils rendent un service d'ami. Aussi, nous croyons que si un dépositaire actionné prouve que ce n'est point par son dol que la chose a péri, il doit être absous et l'auteur seul du dol doit être mis en cause.

L'obligation dont est tenu le dépositaire se divise entre ses héritiers. Mais si l'un des héritiers du dépositaire est seul détenteur de la chose déposée, il ne pourra, sur la demande en restitution, se refuser de rendre le dépôt en entier, sous prétexte, par exemple, que ses cohéritiers sont absents. Il devra restituer complètement le dépôt, car il n'a pas besoin de leur concours pour faire un acte que la bonne foi réclame et qui ne leur porte aucun préjudice.

Nous pouvons, à l'appui de cette décision, tirer un argument d'analogie de la loi 3, § 3, D., XIII, 6, dont voici les termes : « *Heres ejus, qui commodatum accepit, pro eâ parte, quâ heres est, convenitur* :

nisi forte habuit facultatem totius rei restituendæ, nec faciat : tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat. » D'après ce texte l'un des héritiers du commodataire doit restituer au commodant la chose entière quand il peut le faire ; or, il n'y a pas de raison pour décider autrement, quand il s'agit de l'un des héritiers du dépositaire, qui peut rendre le dépôt.

Il va sans dire qu'un fils de famille peut être soumis à l'action de dépôt comme aux autres actions. On peut agir, si l'on veut, contre son père, mais seulement jusqu'à concurrence du pécule ; on peut aussi jusqu'à concurrence du pécule agir contre le maître de l'esclave qui a reçu un dépôt ; le père et le maître seraient même tenus d'une façon indéfinie s'ils se rendaient coupables de dol (L. 1, § 42, XVI, 3). Quand nous disons que le père peut être actionné, nous supposons, bien entendu, que le fils est sous la puissance de son père, car s'il était émancipé, c'est contre lui seul que l'action serait donnée, et on n'aurait point d'action contre le père, même dans l'année de l'émancipation (L. 21 pr., XVI, 3). Trébatius va plus loin : il pense même que si une chose déposée, entre les mains d'un esclave, est encore en ses mains après son affranchissement, l'action doit être intentée contre lui seul et non contre son maître, quoiqu'en toute autre matière on n'ait point d'action contre l'esclave après son affranchissement (L. 21, § 1). Y a-t-il là une dérogation au principe qui ne permet pas de poursui-

vre l'esclave, une fois affranchi, à raison des obligations qu'il a contractées durant l'esclavage ? Non ; car si l'affranchi est déclaré passible de l'action de dépôt dans le cas de notre loi 21, c'est qu'il est devenu débiteur après l'affranchissement par le dol qu'il a commis en refusant de restituer le dépôt réclamé. Son obligation est donc née après l'affranchissement et non avant, en sorte qu'il n'y a pas de dérogation au droit commun.

Action utile (appendice).

Lorsqu'en faisant le dépôt, il a été convenu que le dépositaire rendrait la chose à un tiers, ce tiers n'étant pas intervenu au contrat, n'aura point l'action directe de dépôt, mais l'action utile.

Que décider si le dépositaire a lui-même déposé la chose qu'on lui avait confiée ? D'abord le dépositaire qui est devenu déposant aura l'action directe de dépôt contre le tiers entre les mains duquel il a mis la chose : ceci résulte des textes que nous avons cités. Mais le premier déposant, quelles actions aura-t-il pour recouvrer sa chose ? Il aura, outre la revendication, l'action directe de dépôt contre le premier dépositaire, car c'est avec lui qu'il a contracté, et l'action utile de dépôt contre le second dépositaire, envers lequel il ne saurait avoir l'action directe, puisqu'il n'a pas traité avec lui (Paul. Sent., lib. 2, tit. 12, § 8).

SECTION III.

*Des autres actions pouvant concourir avec celle
de dépôt.*

Outre l'action directe de dépôt, le déposant peut avoir à son service soit l'action *ad exhibendum* soit la revendication, soit la *condictio furtiva*, soit l'action *legis Aquiliæ*, lorsque se réalisent les conditions nécessaires pour produire ces diverses actions. Voici des exemples que nous trouvons dans les textes : Si l'héritier, au pouvoir duquel ont été les choses déposées, ne les restitue pas, soit sous prétexte qu'il a été victime d'un vol ou de tout autre accident, soit même parce qu'il a cessé de posséder par dol, il y aura lieu à l'action de dépôt, à l'action *ad exhibendum* et à l'action en revendication (L. 1, Cod., IV, 34). On a la *condictio furtiva* contre le dépositaire qui retient le dépôt de mauvaise foi (L. 13, § 1, XVI, 3). Quand un sac d'argent cacheté est déposé et que le dépositaire use de l'argent, sans le consentement du déposant, il est passible de l'action de dépôt et de vol (L. 29, XVI, 3).

SECTION IV.

De l'action contraire de dépôt.

Le dépôt engendre nécessairement dès sa formation une obligation pour l'une des parties, celle de garder et de rendre, dont est tenu le dépositaire; nous venons d'étudier l'action directe de dépôt, qui lui sert de sanction. Mais le dépôt peut, par suite d'un fait postérieur, produire une obligation à la charge du déposant lui-même; c'est ce qui arrivera si le dépositaire fait des impenses pour la conservation de la chose déposée. Il aura pour les répéter contre le déposant une action contraire de dépôt, *actio depositi contraria*.

Par cette action, le dépositaire pourra réclamer les impenses qu'il aura pu faire pour la conservation, l'entretien et la garde de la chose (L. 23, XVI, 3). Pourra-t-il se faire indemniser des impenses utiles ou voluptuaires? Les textes ne décident pas la question; mais nous croyons, bien qu'il ne faille pas être rigoureux à l'égard du dépositaire, dont le service est gratuit, que l'on ne doit pas cependant lui tenir compte de ses impenses utiles ou voluptuaires, parce qu'il les a faites sans aucune espèce de mandat; il doit être considéré comme ayant voulu en faire don : *Cujas per errorem dati repetitio est, ejusdem consulto dati nulla est repetitio*.

Le dépositaire actionné en restitution pourra, il va de soi, au moment de l'action directe, réclamer ses impenses nécessaires ; mais même si par hasard à ce moment il a négligé de les réclamer, il pourra encore le faire après par l'action contraire qui lui appartient. L'action de dépôt, en effet, est une action de bonne foi, qui comporte l'allégation de tous moyens fondés en équité et en raison. Il est donc de toute évidence que le dépositaire ne saurait perdre son action contraire de dépôt, parce que reconventionnellement il ne l'a pas exercée au moment de l'action directe.

Par l'action contraire, le dépositaire peut aussi se faire indemniser de tout dommage résultant pour lui du dépôt. Il faut, cela va sans dire, que le dommage ne provienne pas de son propre fait, car il est manifeste que celui-là doit rester à sa charge ; chacun devant subir les conséquences de ses actes. Le déposant, en ce qui concerne le dommage causé par le dépôt, est tenu de la faute même légère ; le dépositaire, au contraire, n'est tenu que de son dol et de la faute lourde, assimilée au dol. Cette différence tient à ce que le déposant profite d'un service gratuit, tandis que le dépositaire rend ce service. C'est d'après ces principes que la loi 61, § 5, D., XLVII, 2, déclare le déposant responsable du vol, accompli par l'esclave déposé, s'il n'a pas averti le dépositaire du vice de l'esclave ; car, faute de cet avertissement, le dépositaire n'a pas dû se tenir sur ses gardes.

Si l'esclave déposé a commis un vol au détriment du dépositaire, le déposant aura-t-il le droit d'en faire l'abandon noxal? Non, d'après la loi 61 que nous venons de citer : *Etiam si ignoraverit servum furem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogetur*. Il est juste, en effet, que le dépositaire, qui rend un service, soit toujours rendu indemne du dommage découlant du dépôt; or, ce dédommagement ne résulterait pas pour lui de l'abandon noxal d'un esclave, qui aurait volé des objets d'un prix supérieur à sa valeur. Cette solution, sans doute, paraît en opposition avec celle de la loi 31, D., XIII, 7 : d'après laquelle, quand l'esclave donné en gage vole le créancier, le débiteur peut se libérer par l'abandon noxal, s'il ignore le vice de l'esclave; tandis que s'il le sait voleur en le donnant en gage, il a beau en faire l'abandon noxal, il n'en est pas moins tenu par l'*actio pigneratitia contraria* jusqu'à complète indemnité; et Julien, ajoute Africain, pense qu'il en est de même lorsqu'il s'agit d'un vol fait par un esclave donné en commodat ou en dépôt. C'est l'assimilation, contenue dans cette dernière partie du texte, entre le dépôt et le gage qui fait croire à la contradiction. Mais il serait bien étrange que ces deux lois fussent en contradiction, car elles sont du même jurisconsulte, et sont tirées du même ouvrage: en effet, elles sont l'une et l'autre d'Africain, livre 8 de ses Questions. Dans la loi 31, Africain, pensons-nous, n'a pas entendu assimiler de tous points,

quant au vol de l'esclave, le commodat, le gage et le dépôt, il a seulement voulu montrer que, lorsque le *tradens* a livré *scièmment* un esclave voleur, sans en avertir l'*accipiens*, le *tradens* ne peut pas plus se libérer par l'abandon noxal de l'esclave voleur, lorsqu'il s'agit de gage que lorsqu'il s'agit de dépôt ou de commodat. Voilà tout, le jurisconsulte n'entend pas assimiler le dépôt et le commodat au gage, au cas où le *tradens* de bonne foi *ignorerait* le vice de l'esclave. Si sur ce point le texte tranche la question quant au gage, il la laisse entière quant au dépôt, et c'est la loi 61 qui en donne la solution. Donc, dans le gage, le *tradens*, qui ignore le vice de l'esclave, peut en faire abandon noxal, mais il ne peut le faire lorsqu'il s'agit d'un dépôt, parce que le dépositaire doit être rendu indemne du dommage dont il n'est pas l'auteur.

L'action contraire de dépôt a un caractère bien différent de l'action directe; il s'agit dans celle-ci de bonne foi violée, tandis que dans celle-là il s'agit d'indemnité. Aussi, dans l'action contraire, n'est-il pas question de condamnation emportant infamie.

CHAPITRE II.

DU DÉPÔT NÉCESSAIRE.

Le dépôt nécessaire est celui que nous faisons dans des circonstances telles qu'il est impossible de choisir le dépositaire. Ainsi, lorsque dans un incendie, une émeute, une inondation ou tout autre cas de force majeure, nous portons nos objets chez un voisin, ou chez toute autre personne, nous faisons un dépôt nécessaire, ou autrement dit, misérable.

Ce dépôt offre cette particularité, c'est que si l'on peut convaincre de mauvaise foi le dépositaire qui le nie, celui-ci subira l'infamie et sera condamné au double. Le prêteur a, pour ce cas, conservé dans toute sa rigueur la disposition des lois des Douze Tables, et c'est avec raison ; car le déposant, surpris par un cas de force majeure, n'a pas pu choisir son dépositaire, ni exiger de sûretés pour la restitution du dépôt. La loi a donc dû se montrer d'autant plus sévère que la perfidie était plus facile (L. 1, §§ 1, 3, 4, 18, XVI, 3).

CHAPITRE III.

DU SÉQUESTRE.

Le terme de séquestre n'a pas toujours dans les textes la même acception. Dans un sens restreint il signifie le dépôt d'une chose litigieuse entre les mains d'un tiers (l. 110, L. XVI; l. 5, § 1; l. 6; l. 17, XVI, 3). C'est en ce sens que Modestin le définit dans la loi 110 : « *Sequester dicitur apud quem plures eandem rem de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur.* »

Dans une acception plus large, il comprend même le dépôt que le juge ordonne, sans que la chose soit litigieuse, dans le but de conserver certains droits ou d'assurer l'exécution d'une sentence (l. 3, § 6, D., XLIII, 30).

Le séquestre dans quelque acception qu'on le prenne est un dépôt fait par plusieurs personnes *in solidum*, à la charge de conserver et de rendre, sous une certaine condition (L. 6, XVI, 3).

On voit donc, d'après cette définition, que le séquestre peut être ou volontaire ou nécessaire. Nous n'avons rien à dire du séquestre volontaire, nous ne nous occuperons que du séquestre nécessaire.

Le séquestre nécessaire peut avoir pour objet des personnes aussi bien que des choses.

Le séquestre nécessaire a pour objet une personne dans l'interdit *de liberis exhibendis*, lorsqu'un enfant, à raison de son âge et des soins qu'il réclame, est placé, sur l'ordre du préteur, chez une mère de famille, en attendant l'issue du procès, parce que cet enfant pourrait avoir à souffrir chez le défendeur. Dans cet interdit, décide la loi, jusqu'à ce que la difficulté soit tranchée, la jeune fille, l'enfant vêtu de la robe prétexte et celui qui vient de la quitter seront, en attendant, déposés chez une mère de famille, sur l'ordre du préteur (L. 3, § 6, D., XLIII, 30). Il peut encore y avoir lieu au séquestre d'une personne sans même qu'il y ait procès; ce cas se présentera pour une femme lorsqu'au divorce le mari aura intérêt à constater qu'elle est enceinte; ou lorsqu'au décès du mari, l'état de la femme étant incertain, les héritiers du défunt auront intérêt à constater qu'en ce moment la femme n'est pas enceinte.

Le plus souvent, le séquestre nécessaire a pour objet des choses: un corps certain, tout un patrimoine, ou une partie de patrimoine. Le juge peut l'ordonner, comme mesure conservatoire, lorsque, dans les actions mobilières, le défendeur ne peut donner caution, et que sa solvabilité est douteuse. C'est ce qui paraît ressortir de la loi 7, qui suppose que des valeurs mobilières peuvent être déposées chez les *mensularii* à d'autres fins que celles de leur faire porter intérêt.

Le juge peut aussi ordonner le séquestre de la dot. Une femme mariée est gravement atteinte de folie. Le mari, par pur intérêt, ne veut pas dissoudre le mariage, parce qu'il préfère continuer à jouir de la dot. Quant à l'infortune de sa femme, il n'en a point souci, il la délaisse, et tout le monde sait qu'il ne lui donne aucun soin avec cette dot; elle est toute pour lui. Alors le curateur de la femme ou ses plus proches *cognats* pourront demander au juge compétent d'ordonner le séquestre de la dot dans le but d'employer le revenu à l'entretien de la femme (L., 22, § 8, D., XXIV, 3).

Dans tous ces cas, le séquestre est conservatoire; mais il peut être parfois exécutoire. Le séquestre nécessaire est exécutoire lorsque le juge ordonne la mise en séquestre des biens du débiteur, pour que le créancier soit payé sur les revenus. C'est ce qui se fera dans les actions immobilières, toutes les fois qu'après un appel, il y aura lieu de craindre que le défendeur, en possession de l'immeuble, ne fasse des coupes déréglées ou ne gaspille les fruits (L. 24, § 3, D., XLIX, 1).

Le séquestre ne peut être prononcé quand la créance a pour objet une somme d'argent, car le créancier demandeur doit prouver sa créance et, cette preuve faite, le débiteur doit être condamné à payer; il ne saurait dès lors être question de séquestre.

Le séquestre, avons-nous dit, est un dépôt *sub certa conditione*, c'est-à-dire un dépôt avec une

clause spéciale, ce qui le distingue du dépôt ordinaire.

1° Dans le dépôt ordinaire, la chose déposée doit être rendue dès qu'elle est réclamée, quand bien même on serait convenu d'un terme pour la restitution; tandis que dans le séquestre, elle ne devra l'être que lorsque la condition de la séquestration sera accomplie, comme, par exemple, lorsque la sentence aura mis fin au litige, soulevé à l'occasion de la chose mise en séquestre. Cette décision est confirmée par la loi 9, § 3, D., IV, 3, qui dit expressément que l'action *sequestraria* ne peut être intentée avant l'accomplissement de la condition *sequestrationis* ou *depositionis* : « Cette huile est à toi, mais Titius le conteste; tu la déposes alors chez Séius, jusqu'à ce qu'entre lui et toi, le juge ait statué au sujet de cette huile. Si Titius refuse d'accepter l'instance, tu n'auras pas d'action *sequestraria* contre Séius, car la condition du dépôt n'est pas remplie. »

2° Le dépôt ordinaire ne peut avoir lieu que par la convention des parties; le séquestre peut avoir lieu sans aucune convention, sur l'ordre du juge.

3° Le dépôt ordinaire peut être fait par un seul déposant ou par plusieurs. S'il est fait par plusieurs, il doit être restitué à raison de la part que chacun a dans la chose commune, et le dépositaire ne serait pas libéré s'il restituait la chose à un seul. Au contraire, le séquestre volontaire n'est jamais fait par un seul déposant, mais toujours par plusieurs, et il se fait *in solidum*, c'est-à-dire avec la clause que la chose sera restituée à un seul (L. 17, D., XVI, 3).

4° Dans le dépôt ordinaire, après la disparition du *nexum* au moins, la possession ne passe pas au dépositaire ; dans le séquestre, le dépositaire devient quelquefois possesseur. Sans doute, lorsque le séquestre est nécessaire, c'est-à-dire ordonné par le juge, jamais la possession n'est transmise au dépositaire ; il détient toujours au nom de celui qui, au moment de l'ordonnance du juge, a la possession incontestée de la chose.

Mais quand le séquestre est volontaire, quand la chose est litigieuse, la possession peut être transmise au dépositaire si telle est l'intention des parties. Les lois 39, D., XLI, 2 et 17, § 1, de notre titre ne nous paraissent pas vouloir dire autre chose. En effet, la loi 39 porte : « *Interesse puto, quod mente apud sequestrem deponitur res : nam si omittendæ possessionis causâ, et hoc aperte fuerit approbatum ; ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet ; at, si custodiæ causâ deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.* » Pour connaître les effets de la séquestration quant à la possession de la chose litigieuse, il importe de rechercher dans quelle intention les parties remettent la chose entre les mains d'un séquestre ; car s'il apparaît que c'est pour faire cesser la possession des parties, afin que dans les délais de l'instance aucune usucapion ne puisse s'accomplir, la possession du séquestre ne profitera ni à l'une ni à l'autre des parties ; mais si la chose est séquestrée seulement pour la faire garder, pour l'empêcher de disparaître et non pour

arrêter toute possession, alors la possession intérimaire du séquestre profitera à la partie qui aura gagné le procès. Notre avis est que ces expressions, « *Si omittendæ possessionis causâ et hoc aperte fuerit approbatum* », signifient ceci : « S'il est prouvé que c'est pour arrêter le cours de la possession », et non, s'il y a convention expresse.

La loi 17, § 1, de notre titre est-elle conçue autrement? En voici les termes : « *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est; nam tum demum (si possessio deposita est) sequester possidet : id enim agitur eâ de possessione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.* »

Cette loi signifie que la propriété de la chose litigieuse mise en séquestre repose toujours sur la tête du déposant, mais que la possession est quelquefois transmise au séquestre, afin d'en arrêter le cours au profit de l'une des parties pendant l'instance. Qu'importe que le sujet du verbe *deposita est* soit *possessio* ou *res deposita* ! Il n'en est pas moins vrai qu'il y a dans le texte une opposition d'idées, à savoir que quelquefois la possession de la chose séquestrée reste avec la propriété chez le déposant, et que quelquefois elle n'y reste pas. Est-ce que la loi 39 dit autre chose?

8°. Dans le dépôt ordinaire, l'esclave peut déposer au nom de son maître, et lui acquérir l'action directe de dépôt, même sans sa volonté; dans le séquestre, au contraire, l'esclave ne saurait déposer la chose de

son maître sans son consentement. C'est ce qu'exprime Labéon dans la loi 33 de notre titre : « Lorsque votre esclave, dit-il, a, de concert avec Attius, déposé de l'argent en séquestre chez Mœvius, sous la condition que l'argent vous serait remis si vous prouviez qu'il était à vous; sinon, qu'il serait rendu à Attius; vous pouvez agir contre le dépositaire par l'action *ad exhibendum incerti*, et revendiquer l'argent une fois représenté, parce que votre esclave n'a pas pu, en déposant la somme litigieuse, rendre votre condition pire. »

6° Enfin une autre différence que nous signalerons entre le dépôt ordinaire et le séquestre, c'est que le dépôt ordinaire ne peut avoir pour objet que des meubles, selon l'opinion que nous avons admise, tandis que le séquestre peut avoir pour objet même des immeubles; en effet l'objet litigieux, qu'il s'agit de confier à un séquestre, peut aussi bien être un meuble qu'un immeuble.

La séquestration produit les mêmes actions que le dépôt ordinaire : l'action *sequestraria directa* et l'action *sequestraria contraria*.

L'action *sequestraria directa* se donne au déposant contre le séquestre, lorsque celui-ci se rend coupable de dol en ne rendant pas la chose, ou en ne la rendant pas dans le lieu, dans le temps, ou à la personne auxquels il faut la rendre.

Le séquestre, qui est responsable du dol, doit répondre aussi de la faute lourde assimilée au dol. La loi 7 de notre titre nous fournit un exemple de

faute lourde engageant la responsabilité du séquestre. C'est le cas où un séquestre, poussé par la pitié, a fait délier l'esclave enchaîné, qui lui avait été confié pour être mis à la question. Ulpien pense que ce fait est *dolo proximum*, car, sachant d'avance à quel traitement l'esclave était destiné, le séquestre a eu tort de céder à un sentiment de commisération intempestif. Il aurait mieux fait de refuser la demande que de tromper ceux qui lui ont remis l'esclave en vue de la torture.

Le séquestre, de son côté, a contre le déposant l'action *sequestraria contraria*, pour obtenir ses impenses, conformément aux règles de l'action contraire de dépôt; il n'y a ici aucune différence à signaler entre ces deux actions.

Le séquestre ne donne lieu aux actions *sequestraria directa* ou *contraria* que si le dépôt est gratuit. Il y aurait lieu à l'action de mandat, si non-seulement la garde, mais encore l'administration de la chose avait été confiée gratuitement au séquestre.

Si le séquestre recevait un salaire, il y aurait lieu aux actions *locati*, *conducti*; s'il recevait en séquestre autre chose que de l'argent, il serait tenu de l'action *præscriptis verbis* (L. IX, § 3, D., IV, 3).

Le séquestre doit observer la *lex sequestrationis*, c'est-à-dire les conditions auxquelles on a fait le dépôt entre ses mains. « *Is penes quem utramque partem transactionis, vel alia instrumenta commendasse dicis, legem quâ hæc suscepit, servare necesse habet.* » (L. 6, Cod., liv. IV, tit. 34.)

Le séquestre n'a-t-il aucun moyen de se faire décharger de l'obligation de garder la chose? « Que doit faire le séquestre, s'il veut se décharger de son office? D'après Pomponius, il doit s'adresser au préteur, et se faire autoriser à remettre la chose à celle des parties qui se présentera la première, après dénonciation faite à chacune d'elles. Mais je ne pense pas, dit Ulpien, que l'avis de Pomponius soit toujours vrai. Le plus souvent il ne saurait être permis au séquestre de se démettre, contre la loi du dépôt, d'une charge qu'il a une fois acceptée; il faut, pour le faire, un motif très-légitime, et alors même que la permission serait donnée, il y aura rarement lieu à restituer la chose à la partie qui se présentera; le juge devra la faire remettre dans quelque dépôt public. » (L. , § 2, XVI, 3.)

SUBDIVISION DEUXIÈME:

DU DÉPÔT SIMULÉ.

Il ne s'agit pas ici, remarquons-le bien, d'une nouvelle espèce de dépôt; c'est toujours du dépôt régulier qu'il s'agit, seulement au lieu d'être sincère, il est simulé. Il peut se faire qu'une personne ait besoin de feindre un dépôt pour conserver le droit de réclamer ce qu'elle a livré dans un tout autre but que celui de constituer un dépôt. Une espèce de ce genre s'offre à nous dans la loi 27, Dig., liv. XVI, tit. 3: « Lucius Titius a sous sa puissance une fille nommée Seia. Il

la donne en mariage à l'esclave Pamphile, qui est en puissance d'un autre, et à qui il remet en outre une dot sous l'apparence d'un dépôt. Plus tard, avant que le maître de l'esclave n'ait fait de dénonciation (1), le père de Seia meurt, et l'esclave Pamphile meurt bientôt à son tour. Par quelle action Seia, qui est devenue héritière de son père, pourra-t-elle répéter la dot? Paul répond que, comme la dot n'a pu être légalement constituée, Seia devra répéter la somme sur le pécule de Pamphile par l'action de dépôt. » Il y a dans cette espèce un dépôt simulé, car la somme n'a pas été donnée *custodiæ causâ*, mais pour soutenir les charges d'un mariage qui n'était pas légitime et qui ne comportait pas de constitution de dot. Y aura-t-il cependant une action pour obtenir ce qui, sous l'apparence d'un dépôt, a été livré à titre de dot? Oui; Seia aura l'action de dépôt elle-même, car l'action *rei uxoriæ* ou *ex stipulâtû* ne peut pas être donnée ici, attendu qu'il n'y a pas de dot là où il n'y a pas justes noces : cette décision nous paraît être fondée sur l'équité qui ne permet pas de garder un bien qu'on est convenu de rendre.

(1) Si ce maître avait fait les interpellations légales pour empêcher Seia de s'unir à son esclave, il n'y aurait pas lieu de se demander si Seia a le droit de répéter ce qui a été donné à l'esclave. Seia, en effet, deviendrait alors elle-même, en vertu du sénatus-consulte Claudien, l'esclave du maître de l'esclave Pamphile auquel elle se serait unie.

DIVISION DEUXIÈME.

DU DÉPÔT IRRÉGULIER.

Le dépôt emprunte quelquefois certains caractères au *mutuum*, sans cesser pourtant d'être un dépôt; on lui donne alors le nom de dépôt irrégulier. Ce dépôt consiste à donner au dépositaire une somme d'argent ou des choses fongibles, avec faculté pour celui-ci de s'en servir sous l'obligation de rendre une chose de même espèce qualité et quantité. Nous sommes ici en dehors des termes habituels du dépôt, car dans le dépôt régulier ce n'est pas *tantumdem in genere* qu'il faut restituer, mais *speciem*.

Cette espèce particulière de dépôt est consacrée par plusieurs textes (L. 24, 25, 26, 29, 31). Papinien dans la loi 24 dit : « S'il est convenu en vous remettant une somme de 100 écus que vous rendrez une pareille somme; quoique cette convention excède les termes ordinaires du dépôt, cependant, si elle décide dès le principe, que des intérêts seront payés, la loi du contrat sera observée. »

Ce texte prouve que l'opération dont il s'agit n'est pas un *mutuum*, car par une simple convention on ne peut jamais faire produire des intérêts au *mutuum*: c'est donc un dépôt.

Papinien dit encore dans la loi 25, § 1, de notre titre que « celui qui a employé, à son propre usage, de l'argent déposé chez lui, sans être cacheté, sous

la condition de rendre pareille somme, doit, *par l'action de dépôt*, être condamné aux intérêts à partir de la demeure. »

Paul, dans la loi 26, § 1, est d'un avis conforme à celui de Papinien ; voici l'espèce à propos de laquelle il rend sa décision : « J'ai reçu, et j'ai, à titre de dépôt, 10,000 deniers d'argent. Je ferai tout, je le promets et le déclare, pour les rendre au temps convenu ; d'ici là, je te payerai à titre d'intérêts, chaque mois, 4 oboles par mine. Sans doute, dans cette espèce, le contrat excède les bornes d'un dépôt, mais si les intérêts peuvent être demandés par l'action de dépôt, cela tient à la convention des parties. (V. aussi L. 29, § 1, XVI, 3 et L. 31, XIX, 2). »

Dans ces divers cas, pourquoi y a-t-il dépôt et non *mutuum* ? C'est que telle a été la volonté des parties contractantes. Elles préfèrent le dépôt au *mutuum*, afin de faire produire des intérêts à la somme livrée, sans recourir à la stipulation, soit *ex mōdō*, soit *ex pacto*.

Il convient maintenant de signaler les principales différences qui distinguent le dépôt irrégulier du dépôt ordinaire et du *mutuum* :

1° Dans le dépôt ordinaire, le déposant reste propriétaire, le dépositaire n'est qu'un détenteur ; au contraire, dans le dépôt irrégulier, le déposant cesse d'être propriétaire et le dépositaire le devient.

2° Dans le dépôt ordinaire, les risques de la chose

déposée sont pour le déposant ; dans le dépôt irrégulier, ils sont pour le dépositaire.

3° Dans le dépôt ordinaire, le dépositaire n'a pas le droit de se servir de la chose déposée, il doit la rendre *in individuo* ; dans le dépôt irrégulier, au contraire, le dépositaire a le droit de se servir des choses déposées, et ne doit rendre qu'une égale quantité de choses de même genre, qualité et bonté.

Comparant ensuite le dépôt irrégulier avec le *mutuum*, nous remarquons les différences suivantes :

1° Le dépôt irrégulier se fait principalement dans l'intérêt de celui qui donne des choses à garder, par crainte que ces choses ne soient pas en sûreté chez lui. Au contraire, le *mutuum* se fait uniquement dans l'intérêt de l'emprunteur ; c'est seulement pour lui rendre service que la chose lui est remise.

2° Dans le dépôt irrégulier, les intérêts sont dus soit *ex morâ*, soit *ex pacto* ; ce n'est que par une stipulation qu'une somme donnée à titre de *mutuum* peut en principe produire des intérêts.

3° Le dépôt irrégulier doit, comme le dépôt ordinaire, être restitué à la première demande ; le *mutuum*, au contraire, doit être rendu au terme convenu.

Quant à l'analogie qui existe entre le dépôt irrégulier et le *mutuum*, elle est incontestable. Dans l'un et l'autre contrat l'*accipiens* devient propriétaire et supporte les risques de la chose.

TITRE DEUXIÈME

DU DÉPÔT TRANSFORMÉ EN MUTUUM.

Le dépôt peut changer de nature et se transformer en *mutuum*. Cette transformation a lieu lorsqu'il est convenu que le dépositaire pourra consommer la chose, et ne sera tenu de rendre qu'une chose de même espèce, qualité et bonté. La chose déposée devient alors fongible, et le dépôt devient un *mutuum*, c'est-à-dire un contrat de droit strict.

Cette transformation peut avoir lieu dans deux situations différentes.

Première situation. — Le déposant, après avoir laissé une somme en dépôt pendant un certain temps, permet après coup au dépositaire de faire usage de la somme déposée. Dès ce moment, et avant même que le dépositaire n'ait fait usage de la somme, il n'y a plus dépôt, mais *mutuum*. La convention qui autorise le dépositaire à disposer de la somme a converti le dépôt en *mutuum*, car par le changement d'intention, la simple détention du dépositaire se change en une possession véritable (*animo enim cœpit possidere*); ce qui entraîne la translation de la propriété, sans qu'un acte particulier d'appréhension des écus déposés soit nécessaire.

« *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi hæc posse aiunt. Et est verum,*

ut et Marcello videtur ; animo enim cœpit possidere : ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici. » (L. 9, § 9, XII, 1, et loi 29, § 1, XVI, 3.)

On peut encore citer dans le même sens ce passage de Paul : « *Si pecuniam deposuero, edque uti tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita, ac per hoc periculo tuo erit.* » (Sent., L. 2, XII, § 9).

Seconde situation. — Au moment où se fait le dépôt d'une somme d'argent, il est convenu entre le déposant et le dépositaire que celui-ci pourra se servir de la somme quand il lui plaira. Il n'y a pas pour cela *mutuum*, dès l'instant de la convention ; le contrat conserve toujours le caractère de dépôt jusqu'à ce que le dépositaire ait fait usage de la somme déposée. Il y a donc par suite de la convention un dépôt et seulement un *mutuum* conditionnel. Les choses resteront en cet état tant que le dépositaire conservera la somme intacte entre ses mains, et jusque là le déposant pourra agir par l'action directe de dépôt. Mais, dès que le dépositaire fera usage de la somme déposée, le dépôt cessera d'exister, et fera place au *mutuum*. La loi 10, D., XII, 1, est ainsi conçue : « *Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit : quoniam debitum iri non est certum.* » On peut joindre à ce texte le § 34 de la loi 1 de notre titre, dont voici les termes : « *Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, utereris, priusquam utaris, depositi*

teneberis. » Dans ces deux textes, comme dans la loi 9, § 9, les parties ont l'intention de convertir le dépôt en *mutuum*; seulement cette intention n'est pas ici actuelle, elle est éventuelle. A quel instant cette éventualité se réalisera-t-elle? A l'instant où le dépositaire manifestera la volonté d'user. Ce sera le moment où il fera un acte de prise de possession, par exemple, le moment où il décachètera le sac, et en prendra les écus. C'est de ce moment que, devenu propriétaire des écus, il en sera débiteur et sera tenu de la *condictio certi*. Pourquoi le *mutuum* ne commence-t-il pas de suite? C'est que, dit Ulpien, *Debitum iri non est certum*. Cette raison ne nous semble pas bonne, car elle s'applique aussi à la loi 9, § 9. Nous croyons qu'il faut dire que si le *mutuum* ne commence pas de suite, c'est parce que telle n'a pas été l'intention des parties.

Les deux situations que nous venons de décrire ne doivent pas être confondues. Un double intérêt pratique s'attache à leur distinction.

1° Dans le cas où la permission d'user est donnée après coup, la chose déposée est aux risques du déposant jusqu'au moment où il donne la permission d'user, parce que jusque-là il y a dépôt; mais à partir de ce moment la chose déposée est aux risques du dépositaire, parce qu'alors il n'y a plus dépôt, mais *mutuum*. Ici c'est la *convention même* d'user qui met la chose aux risques du dépositaire; tandis que dans le cas où la permission d'user est donnée au mo-

ment du contrat, c'est l'*usage même* de la chose, et non la convention d'user qui met les risques à la charge du dépositaire.

2° Dans le cas où la permission d'user est donnée après coup, il ne saurait être ajouté une clause d'intérêts par simple pacte, car on n'est plus alors en présence d'un dépôt, mais d'un *mutuum*, contrat de droit strict. Pour faire produire alors des intérêts à partir de la nouvelle convention, il faut une stipulation. Au contraire, dans le cas où la permission d'user est donnée au moment du contrat, comme on est en présence d'un contrat de bonne foi (ce contrat reste tel jusqu'à ce qu'il ait été fait usage de la somme), on peut valablement convenir par simple pacte que la somme déposée portera intérêts, soit du jour de la *depositio*, soit du jour où le dépositaire fera usage de la chose déposée.

TABLE DES MATIÈRES.

	Pages
TITRE I. — DU DÉPÔT.	4
DIVISION I. — Dépôt régulier.	4
SUBDIVIS. I. — Dépôt régulier non simulé.	4
CHAP. I. — Dépôt ordinaire.	4
Section I. — Détermination du dépôt.	4
Section II. — Action directe de dépôt.	22
Section III. — Actions qui peuvent concourir avec celle de dépôt.	53
Section IV. — Action contraire de dépôt.	54
CHAP. II. — Dépôt nécessaire.	58
CHAP. III. — Séquestre.	59
SUBDIV. II. — Dépôt régulier simulé.	67
DIVISION II. — Dépôt irrégulier.	69
TITRE II. — TRANSFORMATION DU DÉPÔT EN <i>mutuum</i> . . .	72

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

Les principaux droits que nous trouvons dans le Code civil sont le droit de propriété, le droit de servitude et le droit de créance. A quel droit se rattache la mitoyenneté? Telle est la question que se pose naturellement l'esprit en abordant ce sujet. La solution de cette question ne présente pas seulement un intérêt de classification, elle présente aussi un intérêt de procédure, car la désignation du tribunal compétent en dépend, comme nous le verrons plus tard.

La réponse à la question paraît au premier coup d'œil très-facile, car la loi range la mitoyenneté parmi les servitudes. Cependant, peut-on dire,

l'article 1370 en parlant des « engagements formés involontairement entre propriétaires voisins » semble bien viser les servitudes légales, et les présenter comme des obligations établies sans convention. Les articles 651 et 652 viennent encore fortifier cette interprétation en appelant *obligations* les servitudes dont les propriétaires sont tenus l'un à l'égard de l'autre. Partant, la mitoyenneté, qui est une servitude légale, doit être une obligation, un droit de créance. Malgré ces textes, l'idée d'une obligation, c'est-à-dire d'un lien personnel dont on ne peut se délier, nous paraît bien difficile à admettre en présence de l'article 656, qui permet au copropriétaire de s'affranchir de toute contribution aux charges de la mitoyenneté, en *abandonnant* son droit. Cet article, pensons-nous, doit avoir sur les premiers une influence prépondérante, car il est placé au siège même de la matière. Faut-il alors s'en tenir à l'idée de servitude? Quoique certains auteurs l'aient soutenu, en argumentant de la place que le législateur a donnée à la mitoyenneté, au titre même des Servitudes, la mitoyenneté en diffère trop profondément pour y être assimilée. La servitude, en effet, implique un assujettissement qui déroge au droit commun des héritages, tandis que la mitoyenneté est une restriction qui s'applique à tous les héritages et qui est conforme au droit commun. D'ailleurs, la servitude réelle (car c'est celle qui se rapproche le plus de la mitoyenneté) exclut tout rapport d'égalité entre les deux fonds voisins, elle

est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire (art. 637), celui-ci est dit fonds dominant, celui-là est dit fonds servant; dans la mitoyenneté, au contraire, les héritages sont dans une parfaite égalité de position, ils sont soumis aux mêmes charges, et l'on n'y saurait distinguer un fonds dominant d'un fonds servant. Enfin, le copropriétaire a des droits bien plus étendus que le propriétaire du fonds dominant. Celui-ci ne peut tirer de la chose assujettie que le service spécial auquel elle est affectée, celui-là peut tirer de la chose mitoyenne tous les services que sa destination comporte. On méconnaît ces différences entre la mitoyenneté et la servitude, dès qu'on tire argument de la place que la mitoyenneté occupe, pour conclure à leur ressemblance. L'explication la plus raisonnable de ce rapprochement, c'est que la loi a voulu réunir ensemble toutes les dispositions, qui ont pour résultat commun de réglementer la propriété foncière.

En résumé, la mitoyenneté ne se rattache ni au droit de créance, ni à la servitude, elle se rattache alors forcément au droit de propriété.

Mais chacun des voisins va-t-il pouvoir se conduire en propriétaire exclusif? Assurément non; la propriété est le droit de jouir et de disposer de sa chose de la manière la plus absolue (art. 544), or, ce droit ne peut appartenir à deux propriétaires de la même chose, l'absolu exclut toute idée d'indivi-

sion. Il suffit de lire l'article 662 pour se convaincre que le copropriétaire n'a pas un droit absolu. Il faut, d'après cet article, pour apporter un changement à l'état des lieux, le consentement du voisin ou l'autorisation de justice, c'est là une restriction que ne connaît pas le droit de propriété. Néanmoins les voisins ont un droit très-large, ils sont copropriétaires et le droit de l'un n'a d'autre limite que le droit égal de l'autre. Dans cette mesure, il est vrai de dire que le droit de mitoyenneté se rattache à la propriété.

Gardons-nous cependant de soumettre ce droit de copropriété à l'application de l'article 815, car l'indivision dans laquelle se trouvent ces copropriétaires n'est pas tout à fait subordonnée à leur volonté, c'est ce qui résulte de l'article 656, qui ne permet aux voisins de se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions qu'en abandonnant le droit de mitoyenneté. On ne peut donc, d'après cet article, s'affranchir, au moyen du partage, des charges de cette indivision ; il faut ou la supporter avec ses charges, ou en sortir tout à fait par l'abandon de son droit sur la chose.

En conséquence, nous définirons la mitoyenneté la copropriété avec indivision forcée d'une clôture, située sur la limite de deux héritages contigus. C'est, en effet, à propos des clôtures, c'est-à-dire du mur, du fossé et de la haie que la loi parle de mitoyenneté ; seulement nous n'aurons, nous, à traiter de ce sujet que relativement au mur.

Il importe de bien remarquer, avant d'entrer dans le détail de notre sujet, que la mitoyenneté du mur est une communauté, une copropriété d'un caractère spécial. Nous allons donner un aperçu d'ensemble des règles qu'elle suit pour bien fixer l'esprit sur ce point.

1° Dans la copropriété ordinaire, nul n'est contraint de rester dans l'indivision ; chaque copropriétaire a le droit de demander le partage de la chose indivise (art. 815). Dans la mitoyenneté du mur, le copropriétaire ne peut forcer son copropriétaire au partage ; il ne peut sortir de l'indivision que par l'abandon de son droit (art. 656).

2° La copropriété est soumise pour la preuve aux règles du droit commun. La mitoyenneté du mur comporte un système spécial de preuves ou de présomptions (653, 654).

3° Nul ne peut être contraint de céder à un autre la copropriété de sa chose. Tout copropriétaire peut être contraint de céder à son voisin la mitoyenneté du mur, bâti sur la limite de son héritage (660, 661).

4° Nul ne peut être obligé à faire en vertu du droit de propriété d'un autre. Dans les villes et faubourgs, chaque copropriétaire a le droit d'obliger son voisin à la construction d'un mur mitoyen (663).

5° Dans la copropriété ordinaire, le copropriétaire ne peut faire d'innovations sur la chose commune sans le consentement de son copropriétaire. Dans la mitoyenneté du mur, le copropriétaire peut

faire certaines innovations sur le mur commun, sans le consentement de son copropriétaire, pourvu qu'il y ait eu expertise (662).

Division de la matière.

Titre premier : Mur mitoyen.

Chapitre 1^{er} : Causes de la mitoyenneté.

Chapitre 2^e : Procédure.

Chapitre 3^e : Effets de la mitoyenneté.

Chapitre 4^e : Modes d'extinction de la mitoyenneté.

Titre deuxième : Mur non mitoyen.

TITRE PREMIER

MUR MITOYEN

L'origine du droit de mitoyenneté ne remonte pas bien haut ; c'est aux coutumes de Paris et d'Orléans que le législateur a principalement emprunté les règles qu'il édicte sur cette matière. A Rome, on le sait, les maisons étaient construites en général isolément et ne se prêtaient pas à l'application des règles de la mitoyenneté. Celle-ci, dès lors, ne pouvait résulter que de conventions particulières, et

devait être assez rare, du moins lorsque le mur séparait deux maisons. Elle ne fut même plus permise sous l'empereur Zénon, qui défendit d'appuyer les maisons l'une contre l'autre : *Jubemus duodecim pedes relinqui intermedios inter propriam et vicini domum, incipientes a superpositâ fundamentis ædificii parte* (Cod., l. 12, § 2, VIII, 10). Cet empereur envisageait alors l'intérêt général à un tout autre point de vue que celui auquel s'est placé le législateur français. Zénon (suivant l'exemple d'Arcadius Honorius et Théodose qui avaient défendu de construire contre les édifices publics, *ut a periculo vindicentur*, L. 9, VIII, 10) nous dit aussi que la décision qu'il rend à propos des édifices privés est une mesure de sécurité, « *magnam ædificantibus securitatem præstat* ». Le danger qu'il veut conjurer, c'est la propagation de l'incendie que le rapprochement des maisons favorise. L'incendie de la ville de Rome, qui était présent à toutes les mémoires, suggéra ces mesures de précaution. Chez nous ce danger a paru moins redoutable, car le législateur a prescrit au contraire, dans certaines circonstances données, d'adosser les maisons l'une contre l'autre. Il a considéré que le droit de mitoyenneté était d'ordre public, et qu'il fallait éviter la perte de matériaux, de terrain et de capitaux, utiles à la société, qu'occasionnent toujours les constructions isolées.

CHAPITRE PREMIER.

CAUSES DE LA MITOYENNETÉ.

1° Les murs sont mitoyens par la construction que les deux voisins ont faite en commun.

2° Les murs deviennent mitoyens par acquisition.

3° Les murs sont mitoyens par la présomption de la loi, et, en dehors de la présomption, ils le sont à défaut de preuve de propriété exclusive.

SECTION I.

Construction commune.

I. Quand deux personnes propriétaires d'héritages contigus conviennent d'établir un mur de clôture à frais communs sur la limite de leurs fonds, ce mur une fois fait est mitoyen par construction volontaire. Les voisins à la ville comme à la campagne peuvent alors donner à leur mur de séparation la hauteur, l'épaisseur et la profondeur qu'il leur plaît; leur convention fait loi (1134).

II. La mitoyenneté peut encore résulter d'une

construction commune forcée, c'est ce que l'article 663 nous indique en ces termes :

« Chacun peut contraindre son voisin, dans les
« villes et faubourgs, à contribuer aux constructions
« et réparations de la clôture, faisant séparation de
« leurs maisons, cours et jardins assis esdites villes
« et faubourgs : la hauteur de la clôture sera fixée
« suivant les règlements particuliers ou les usages
« constants et reconnus ; et, à défaut d'usages et de
« règlements, tout mur de séparation entre voisins,
« qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir
« au moins trente-deux décimètres (dix pieds) de
« hauteur, compris le chaperon, dans les villes de
« cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six
« décimètres (huit pieds) dans les autres. »

Nous diviserons l'étude de cet article en trois points, afin d'en bien montrer l'économie ; § 1. Droit de contraindre le voisin à contribuer aux frais de clôture ; § 2. Clôture légale ; § 3. Hauteur légale de la clôture.

§ 1^{er}. *Droit de contrainte.*

A. — Conditions auxquelles peut s'exercer ce droit. Il faut : 1° que les héritages soient situés à la ville ou au faubourg ; 2° qu'il n'existe pas déjà un mur entre les héritages.

1° Dans les campagnes, le voisin ne peut pas contraindre son voisin à construire un mur de clôture

à frais communs. Celui des deux qui veut un mur de séparation est obligé, si l'autre ne veut y coopérer, de le construire à ses frais et sur son propre terrain. La loi en a décidé autrement pour les villes et faubourgs. Quelle en est la raison ? C'est une question de sécurité. Dans les villes, on effect, où la population est agglomérée, la sûreté des personnes et des propriétés, en l'absence de clôture, est plus directement menacée que dans les campagnes, où la population est disséminée et moins nombreuse. Les inconvénients et les dangers auxquels peut donner lieu la proximité des habitations ont donc paru plus à redouter dans un cas que dans l'autre ; c'est là ce qui explique pourquoi le législateur n'a pas attaché à l'existence d'une clôture la même importance dans les campagnes que dans les villes, et pourquoi il accorde ici le droit de contrainte tandis que là il le refuse.

Ce droit n'existe donc que dans les villes et faubourgs, mais il existe réciproquement au profit des voisins, car *chacun*, dit l'article 663 peut l'exercer. Par conséquent, si nous supposons un héritage placé à la limite d'un faubourg, le droit de contrainte n'existera pas, car on ne saurait l'admettre au profit de l'un sans l'admettre au profit de l'autre.

Puisque la question de clôture forcée ne peut être agitée qu'à l'occasion des villes et faubourgs, il importe de bien déterminer ce qu'il faut entendre par villes et faubourgs.

Beaucoup d'auteurs pensent qu'il appartient au

gouvernement de décider si telle commune est, ou non, une ville, et si telle partie de la commune est faubourg ou ville. Comme il ne s'agit ici que d'imposer certaines charges aux particuliers, la question est seulement d'intérêt privé, et il appartient aux tribunaux de la trancher. Sans doute, s'il existe un acte de l'autorité qui confère la dénomination de ville à l'endroit dont on s'occupe, les tribunaux devront s'y conformer; mais, en l'absence de tout acte de l'autorité, ils ne doivent pas, croyons-nous, surseoir jusqu'à ce que l'autorité ait pris une décision à cet égard. La loi n'ayant pas déterminé les caractères, auxquels on peut reconnaître une ville, la question devient une pure question de fait, laissée à l'appréciation des tribunaux. C'est par application de ce pouvoir discrétionnaire que la Cour de Rennes a décidé que : « le mot *ville*, dans son acception usuelle et commune, emporte l'idée d'une population nombreuse, à laquelle sont réunis des établissements publics, dans l'intérêt de l'association générale, et des besoins civils et commerciaux des habitants; et que partant une commune qui ne compte que douze à quinze cents âmes, et qui n'a pas d'autres établissements que ceux qui se trouvent dans de simples bourgs, ne réunit pas les caractères d'une ville. » (Arrêt du 9 mars 1820.)

2° Il faut qu'il n'existe pas déjà un mur entre les héritages. Donc les murs construits lors de la promulgation du Code s'opposeront à une construc-

tion nouvelle, bien qu'ils ne soient pas faits dans les conditions indiquées par la loi. C'est ce qui résulte de l'article 663 *a contrario*, car le texte ne concerne que le mur qui *sera construit ou rétabli à l'avenir*. On devra également respecter les murs édifiés dans des lieux qui n'étaient, lors de la construction, ni villes ni faubourgs, et qui ne le sont devenus que plus tard. Il y a alors un droit acquis au profit de chaque voisin, et l'on ne saurait reconnaître à l'un d'eux le droit d'exiger malgré l'autre un mur en conformité avec les prescriptions de l'article 663.

Ne faut-il pas à ces deux conditions en ajouter une troisième, et ne reconnaître qu'aux voisins propriétaires d'héritages, ayant nature de maisons, cours ou jardins le droit d'exiger à frais communs un mur de séparation? A ne considérer que la lettre de l'article 663, qui énumère seulement ces diverses sortes d'héritages, et qui de plus consacre un droit exceptionnel dans le droit de contrainte, cette troisième condition semble s'imposer; cependant nous croyons que l'esprit de l'article n'admet pas une interprétation aussi restrictive. Pourquoi, en effet, n'étendrait-on pas aussi la nécessité du mur de séparation à tous les terrains situés dans les villes et faubourgs, lorsque la sécurité des personnes et des propriétés l'exige? On n'en saurait donner de bonnes raisons.

Il y a donc lieu d'appliquer ce droit de contrainte non-seulement aux héritages ayant nature de maisons, cours et jardins, mais encore à tous les ter-

rains situés dans les villes et faubourgs, qui sont en communication directe avec l'habitation dont ils dépendent, et par lesquels les voisins peuvent sans l'intermédiaire de la voie publique se rendre l'un chez l'autre. Ainsi, qu'il s'agisse d'un passage qui met l'habitation du voisin en communication avec la rue, et contigu à notre propriété (arrêt de Cassation du 27 novembre 1827); qu'il s'agisse d'un chantier relié à la demeure du voisin; qu'il s'agisse d'une prairie (arrêt contraire de la Cour de Limoges du 26 mai 1838); qu'il s'agisse d'un lac ou d'un marais, si le voisin, de sa demeure, peut sans obstacle pénétrer jusqu'à notre habitation, il y a possibilité de le contraindre à faire à frais communs un mur de clôture sur la ligne séparative des héritages. Ce droit n'existera pas, bien entendu, si nous supposons le passage ou le chantier éloigné et séparé de l'habitation des voisins, car alors la sûreté de leur habitation n'est pas menacée. Il faut décider de même si nous avons deux chantiers voisins d'un côté de la ville, alors que les habitations sont d'un autre côté, ou si le voisinage n'existe qu'entre une maison et un terrain vague. La raison déterminante faisant ici défaut, nous devons nous en tenir aux termes restrictifs de la loi.

B. — Le voisin peut-il renoncer au droit de contraindre son voisin à construire un mur de séparation à frais communs? Non, cette renonciation serait contraire à l'ordre public. Le voisin, en effet, est armé de ce droit, parce que la loi le juge nécessaire pour assurer la sécurité des personnes et des

biens. Sans doute, les voisins peuvent d'un commun accord ne pas demander cette clôture entre leurs héritages, car la loi leur a laissé toute initiative sur ce point; mais de même que les propriétaires ne pourraient renoncer à la faculté de demander le parcellage ou le bornage de leurs propriétés, de même les voisins ne sauraient renoncer au droit de demander une clôture, que la loi croit utile à l'intérêt public. La réglementation même de la loi prouve qu'il y va de l'intérêt public, car la loi n'intervient pas dans le règlement des intérêts individuels. Mais pourquoi alors le législateur n'a-t-il pas réservé à l'administration le soin de surveiller l'exécution de cette clôture? La raison se conçoit aisément: c'est qu'il a pensé que l'intérêt des parties elles-mêmes était assez puissant pour solliciter celles-ci à donner complète satisfaction à ses vœux. La Cour de Rouen, contrairement à cette manière de voir, a décidé le 24 février 1844, que l'obligation imposée par l'art. 663 n'était pas d'ordre public; toutefois sa décision n'a qu'une valeur purement historique, car elle affirme sans prouver.

C.—Le voisin dans les villes et faubourgs peut-il se dispenser de construire un mur de clôture en abandonnant la moitié du sol nécessaire à la construction du mur qui n'existe pas encore? Une opinion lui reconnaît cette faculté d'abandon. Elle invoque la généralité des termes de l'art. 656, qui consacre ce droit sans distinguer entre les villes et les campagnes, et se fonde sur le lien qui unit les art. 656

et 655 à l'art. 653 pour conclure à la même étendue d'application que ce dernier. Elle ajoute que cette faculté d'abandon de l'art. 656 est conforme au principe général formulé dans l'art. 699 et qui accorde au propriétaire du fonds assujetti le droit de s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds au propriétaire auquel la servitude est due.

L'opinion qui refuse au voisin cette faculté d'abandon nous paraît préférable. Elle a en sa faveur la coutume de Paris (art. 209 et 210) et celle d'Orléans (art. 236). Ce précédent n'est pas sans valeur, car le Code, nous le savons, a beaucoup emprunté à ces coutumes. Elle peut invoquer, en outre, le texte de l'art. 663 qui dit que chacun peut *contraindre* son voisin à contribuer aux constructions de la clôture. Or, que devient ce droit de contrainte, dans l'opinion contraire, si l'on permet au voisin de s'y soustraire par l'abandon de la moitié du sol nécessaire à la construction ? Où s'arrêtera d'ailleurs cette faculté d'abandon ? Le voisin, qui désire se clore, une fois devenu propriétaire de la partie abandonnée, sera en droit de vous obliger à construire un mur de clôture sur la nouvelle ligne séparative des héritages, et vous serez ainsi réduit peu à peu à lui abandonner votre fonds tout entier. L'art. 656 et l'art. 659, il faut donc bien le reconnaître, ne peuvent recevoir ici leur application. L'art. 663 n'a avec eux rien de commun, il n'établit pas une charge de mitoyenneté, mais une obligation de voisinage, qui naît de la contiguïté des héritages et de leur si-

tuation. Cette obligation de voisinage est fondée sur des motifs d'ordre public ; tandis que dans l'art. 699 il ne s'agit que d'une charge d'intérêt privé. C'est pour cette raison qu'ici l'abandon est permis et que là il est refusé. Enfin, la première opinion, en donnant le pas à l'art. 656 sur l'art. 663, arrive, en dernière analyse, à supprimer ce dernier article ; la seconde opinion, au contraire, parvient heureusement à les concilier et à leur donner une raison d'être. L'art. 656, dit-elle, et avec lui les art. 653 et 655 parlent de la clôture volontaire, l'art. 663 parle de la clôture forcée.

Nous appliquerons aux *réparations* de la clôture ce que nous venons de dire de la construction. D'après le texte, chacun peut *contraindre* son voisin à contribuer aux *réparations* de la clôture, donc il n'y aura pas possibilité de se soustraire à cette obligation dans les villes et faubourgs. C'est aussi l'avis de Pothier. « Le voisin, dit-il, ne peut s'en (de la réfection) exempter en offrant d'abandonner sa part du mur et de la terre sur laquelle il est assis ; car il pourrait être contraint d'en faire un neuf, s'il n'y en avait pas. A la campagne, où cette raison cesse, le voisin peut s'exempter de la réfection d'un mur commun en abandonnant sa part (de la société, n° 221 et 222).

Il n'y a lieu à dispense que là où il y a contrainte ; c'est pourquoi à la campagne, on peut sans faire aucun abandon se refuser à contribuer aux frais du mur.

§ 2. *Clôture légale.*

La clôture dont parle l'article 663 est un mur. Le commencement de l'article peut, par la généralité de ses termes, donner lieu à quelque doute, mais la fin du même article est plus précise, c'est d'un *mur de séparation* qu'il s'agit. L'un des voisins ne pourrait donc répondre à la demande d'une clôture commune qu'il consent à se clore, mais seulement par une haie, une cloison, une palissade ; ces clôtures seraient avec raison jugées insuffisantes. Les voisins pourront sans doute s'accorder pour ne faire qu'une haie ou qu'une cloison ; quant à renoncer au droit de demander un mur de séparation, ils ne pourraient le faire.

§ 3. *Hauteur légale.*

La loi a fixé deux hauteurs légales en prenant pour base l'importance de la population, et elles sont en raison du nombre de cette population, car les garanties doivent croître avec les risques. Jusqu'à 50,000 âmes la hauteur est de 2 mètr. 60 cent. ; à partir de 50,000 âmes elle est de 3 mètr. 20 cent., mais ces hauteurs ne doivent être appliquées qu'à défaut d'usages et de règlements.

Lorsque les terrains voisins sont de même niveau, le calcul de la hauteur et la contribution n'offrent pas de difficulté : les voisins contribuent pour égale part, et la hauteur se compte du niveau commun.

Il y a difficulté, au contraire, lorsque les terrains ne sont pas de même niveau ; quant à nous, nous pensons que la hauteur doit être prise à partir du sol le plus élevé, sans quoi le propriétaire le plus élevé ne serait pas suffisamment protégé par la clôture, et que la contribution aux frais doit être égale, sans distinguer entre le mur de soutien et le mur de séparation, dès que le mur est mitoyen pour le tout. Si le propriétaire de l'héritage supérieur préférerait creuser son terrain pour ne donner au mur de séparation que la hauteur ordinaire, rien assurément ne pourrait s'y opposer.

SECTION II.

Acquisition de la mitoyenneté.

. Une nouvelle cause de la mitoyenneté, c'est l'acquisition : celle-ci peut-être la suite d'une cession ou d'une prescription.

Subdivision première : CESSION.

« Art. 661. — Tout propriétaire joignant un mur
« a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout
« ou en partie, en remboursant au maître du mur
« la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de
« la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié
« de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. »

Ce texte, comme on le voit, est relatif à l'acquisition de la mitoyenneté par voie de cession, et il la fait dépendre, non de la volonté du propriétaire du mur, mais de la volonté du voisin; ce qui indique bien que la loi n'entend traiter que de la cession forcée.

I. *Cession volontaire*. — Nous n'avons pas l'intention de nous appesantir sur ce point, puisque le législateur nous renvoie au droit commun. Disons seulement que la cession est volontaire quand elle a lieu par la volonté de l'homme, c'est-à-dire soit par un acte à titre onéreux, comme une vente, soit par un acte à titre gratuit, comme une donation ou un testament. Le titre peut être authentique ou sous seing privé; nous ne faisons d'exception à cet égard que pour la donation, qui doit être faite par acte authentique (931).

II. *Cession forcée*. — La cession est forcée quand il faut recourir à la justice pour vaincre le refus qu'oppose le propriétaire du mur à une demande de cession de mitoyenneté.

§ 1^{er}. *Cession forcée considérée en elle-même.*

A. — *Caractère de la cession forcée*. — Est-elle une vente ou une expropriation pour cause d'utilité publique? On aperçoit de suite l'intérêt principal de la question; il s'agit de savoir quelle portée il faut donner à l'action du propriétaire du mur, qui cède la mitoyenneté. N'a-t-il qu'une action person-

nelle contre l'acquéreur, ou a-t-il de plus un privilège qui lui permette de poursuivre, jusqu'au paiement du prix, les tiers acquéreurs eux-mêmes ?

D'où vient donc le doute entre la vente et l'expropriation ? Il vient, dit-on, de ce que la cession de la mitoyenneté peut être volontaire ou forcée. Lorsqu'elle est volontaire, l'opération réunit tous les caractères de la vente : il y a une chose, un prix, un consentement ; lorsqu'elle est forcée, au contraire, un des caractères de la vente, je veux dire le consentement, fait défaut, et l'opération ressemble plutôt alors à l'expropriation. Le doute, à notre avis, ne vient point de là, car la vente forcée n'en est pas moins une vente dans l'expropriation sur saisie et dans la licitation. Il vient de ce que l'expropriation pour cause d'utilité publique a lieu d'ordinaire au profit de personnes morales, tandis que la cession forcée de la mitoyenneté a lieu entre particuliers comme la vente elle-même.

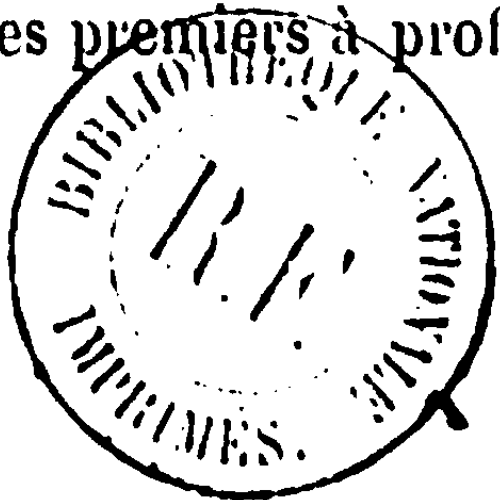
Il n'y a pas, croyons-nous, d'opinion de moyen terme possible ; l'esprit résiste à l'idée d'admettre que le même acte soit tantôt une vente et tantôt une expropriation pour cause d'utilité publique, car ce serait admettre que le même acte peut avoir des conséquences opposées. Dès lors il faut prendre parti entre la vente et l'expropriation pour cause d'utilité publique ; c'est à ce dernier parti que nous nous rangeons.

Ceux qui soutiennent que la cession forcée de la mitoyenneté est une vente tiennent ce raisonne-

ment : 1° Quoique la cession forcée dont il s'agit ne soit pas appelée une vente, le caractère de cession forcée ressort néanmoins pour cette opération du rapprochement des articles 660 et 661, qui prévoient tous deux l'hypothèse d'une acquisition de mitoyenneté. D'après l'article 661, tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen. Si cette expression *rendre mitoyen* ne détermine pas suffisamment par elle-même le caractère de l'opération, son sens se précise dès qu'on rapproche l'article 661 de l'article 660. L'article 660 accorde au voisin le droit d'acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement en payant ; or, acquérir en payant c'est bien acheter ; donc l'opération dont il s'agit est une vente, car l'achat ne se conçoit pas sans une vente.

2° Sans doute dans cette cession le consentement du vendeur est forcé, mais ne l'est-il pas aussi dans la licitation, dans l'expropriation sur saisie ? et cependant nul ne conteste que ces actes n'aient le caractère de vente. Bien plus, l'expropriation pour cause d'utilité publique elle-même ne cesse pas d'être une vente, parce que l'exproprié ne peut se refuser à vendre.

3° Nous voulons bien, dit-on, que la mitoyenneté du mur soit établie dans un intérêt d'ordre public, en vue d'épargner une perte de matériaux, de terrain et de capitaux utiles à la société ; mais est-ce que les plus directement intéressés à la mitoyenneté du mur ce ne sont pas les voisins eux-mêmes ? est-ce qu'ils ne sont pas les premiers à profiter de l'épar-



gno faite ? On le voit donc, l'intérêt privé a ici une large part.

4° Peut-on, d'ailleurs, étendre à la mitoyenneté les dispositions spéciales édictées par la loi en matière d'expropriation forcée pour cause d'utilité publique ? On peut en douter.

5° Au reste, consultez la pratique, vous verrez l'enregistrement percevoir un droit sur la cession de mitoyenneté, comme dans la vente. « La cession d'un tel droit, dit une décision du tribunal de la Seine du 23 novembre 1853, constitue une véritable transmission de propriété, sur une partie d'immeuble, passible du droit de 5 fr. 50 p. 100, et ce droit est dû alors même qu'il ne serait point intervenu de conventions écrites entre les parties pour constater cette transmission. »

Malgré les raisons que nous venons d'énoncer, nous pensons que la cession forcée de la mitoyenneté n'est pas une vente, qu'elle constitue au contraire une expropriation pour cause d'utilité publique.

1° Écartons tout d'abord l'argument de texte qu'on invoque contre nous, car il n'est pas du tout probant. Le texte de l'article 660, dit-on, parle d'acquérir en payant ; donc l'opération est une vente. On oublie assurément que dans l'expropriation pour cause d'utilité publique l'acquisition se fait aussi en payant.

2° Quoique la licitation, même forcée, soit une vente ainsi que l'expropriation sur saisie, il n'y a pas lieu de conclure de là que la cession forcée de la

mitoyenneté en soit une, car il n'y a pas analogie de situation. La licitation et l'expropriation sur saisie ont leur raison d'être dans un intérêt privé, tandis que la cession forcée de la mitoyenneté est fondée sur un motif d'ordre public

3° Le voisin qui acquiert la mitoyenneté sert l'intérêt public en servant son intérêt privé. Qu'importe que l'intérêt privé du voisin y trouve son profit ! ce n'est point là une objection, car le motif de la loi n'en demeure pas moins un motif d'ordre public, et il n'y a pas deux manières d'entendre l'ordre public. Quant à l'assimilation que l'on veut établir entre l'expropriation pour cause d'utilité publique et la vente, nous la rejetons sans hésiter ; il suffit de considérer les conséquences respectives de ces deux actes pour voir qu'il n'y a entre eux aucune analogie.

4° On s'étonne que nous appliquions les règles de l'expropriation pour cause d'utilité publique à la mitoyenneté, sous prétexte que des dispositions spéciales ne doivent pas être étendues ; c'est à tort, selon nous, car ici l'analogie que l'on veut établir entre ces deux matières se fonde sur le motif de la loi elle-même. Mais, dira-t-on, vous admettez bien au moins que la cession volontaire de la mitoyenneté soit une vente, car dans cette opération tous les caractères de la vente se rencontrent ? Et alors vous arrivez à considérer le même acte tantôt comme une vente et tantôt comme une expropriation pour cause d'utilité publique. Nous n'admettons nullement que

la cession volontaire de la mitoyenneté soit une vente, parce que le consentement de celui qui cède n'est pas entièrement libre. En effet, quand une demande de cession est faite, le propriétaire du mur sait très-bien que l'on triomphera aisément de sa résistance s'il en oppose ; aussi lorsqu'il cède on peut croire qu'il fait contre mauvaise fortune bon cœur, ce qui n'implique en aucune façon liberté dans le consentement.

Nous avons dans la loi du 3 mai 1841 un cas d'assimilation semblable entre l'expropriation et la cession amiable. Cette assimilation résulte de l'article 13 qui permet à certaines personnes de consentir amiablement l'aliénation de biens que d'ordinaire elles ne peuvent faire (art. 1595, 1596), et qui permet d'acquérir certains biens qui d'ordinaire ne sont pas aliénables (art. 1554). Elle résulte aussi de l'article 58, troisième alinéa, qui dit que les droits perçus sur les acquisitions amiables, faites antérieurement aux arrêtés de préfet, seront *restitués*, lorsqu'il sera justifié que les immeubles acquis sont compris dans ces arrêtés. Pourquoi, en effet, *cette restitution*, si la cession amiable n'était assimilée à l'expropriation ? Enfin, cela résulte de plusieurs arrêts de la Cour de cassation, l'un du 16 décembre 1863, l'autre du 20 janvier 1864. D'après ces arrêts l'acte de cession amiable, consentie par un propriétaire à l'expropriant équivaut au jugement d'expropriation.

5° Quant à la question d'enregistrement, que

peut-on inférer de là ? Tous les actes d'expropriation sont soumis à l'enregistrement ; seulement il en est parmi ceux-ci qui ne payent pas de droits : cela s'explique par des raisons particulières, qui n'existent pas en matière de mitoyenneté. Ainsi, l'expropriation faite par l'État est soumise à l'enregistrement, mais l'État ne paye pas de droits, parce qu'il est à la fois créancier et débiteur. Le même avantage est accordé à une compagnie concessionnaire du droit de l'État. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une cession de mitoyenneté, pourquoi dispenserait-on l'acquéreur des droits d'enregistrement ? La cause d'exemption n'existe plus : le créancier, qui est l'État, est distinct du débiteur qui est l'acquéreur de la mitoyenneté.

Concluons donc que dans la cession forcée de la mitoyenneté, et même dans la cession volontaire, il y a expropriation pour cause d'utilité publique.

Avant d'exposer les conséquences du principe d'expropriation pour cause d'utilité publique, que nous pensons devoir suivre en matière de mitoyenneté, il n'est pas sans intérêt d'examiner au préalable les conséquences du principe de la vente et les difficultés qu'il présente dans l'application. Ces conséquences peuvent se grouper autour de ces deux questions : Quelles protections le principe de la vente assure-t-il au vendeur et à l'acquéreur de la mitoyenneté dans leurs rapports entre eux ? Quelles protections assure-t-il à l'acquéreur de la mitoyenneté et aux ayants-cause du vendeur, acquéreurs de droit réel sur le droit cédé, dans leurs rapports entre eux ?

Première question. — Sûretés (1) découlant de la vente au profit du vendeur et de l'acquéreur de la mitoyenneté dans leurs rapports entre eux?

1° *Du côté du vendeur.* — Et d'abord comment se déterminera le prix de cession, si les parties ne tombent pas d'accord sur le prix? Vous êtes mon voisin, je suppose; vous me demandez de vous céder la mitoyenneté du mur séparatif, mais vous m'offrez un prix dérisoire que je ne puis accepter; comment vais-je faire pour sauvegarder mon intérêt? Avec le principe de la vente, c'est-à-dire avec le libre consentement des parties, comme base de la cession de mitoyenneté, je ne puis demander la détermination de ce prix à un tribunal, statuant sur rapport d'experts, car où serait le libre consentement des parties dans une décision que je solliciterais du tribunal et que je ferais exécuter contre vous? Voilà une première difficulté.

Les parties sont tombées d'accord sur le prix, mais le prix n'est pas payé; *quid?* Sous le principe de la vente, le propriétaire du mur a le privilège du vendeur, quoique l'article 661 ne le lui accorde pas expressément (art. 2103-1°). Mais comment appliquer ce privilège?

Le privilège confère deux droits à celui qui le possède, le droit de préférence et le droit de

(1) Le mot sûreté s'entend ici tout aussi bien de la sûreté que les parties trouvent dans la formation du contrat, pour y défendre leurs intérêts respectifs, que de la sûreté d'exécution du contrat.

suite. Le droit de préférence est le droit qui permet à un créancier de passer avant les autres créanciers du même débiteur, à raison du rang de sa créance. Le droit de suite c'est le droit accordé au créancier de suivre le bien sorti des mains du débiteur, en quelques mains qu'il passe.

Voyons si dans l'hypothèse de la cession de mitoyenneté on peut trouver une égale application de ces deux droits.

Le vendeur de la mitoyenneté exercera son droit de préférence lorsque, sur le prix de l'immeuble de l'acquéreur saisi, il se fera payer à l'encontre des autres créanciers d'après le rang de son privilège (art. 2095). Sur l'application du droit de préférence, il n'y a donc pas de difficulté; mais il n'en est pas de même du droit de suite. La question du droit de suite se présentera lorsque le droit de mitoyenneté sera passé des mains de l'acquéreur primitif dans celles d'un sous-acquéreur, et que le prix de vente n'aura pas été payé par l'acquéreur primitif. Comment dans le système de la vente le vendeur primitif exercera-t-il le droit de suite? Comment pourra-t-il exproprier et vendre le droit de mitoyenneté entre les mains du sous-acquéreur si son propre acquéreur ne le paye pas? Comment parviendra-t-il à faire fixer un prix d'acquisition sérieux s'il trouve le prix offert par le sous-acquéreur insuffisant? Comment surenchérira-t-il sur le prix d'acquisition de la mitoyenneté?

Assurément, le vendeur primitif ne peut faire ven-

dre le droit de mitoyenneté pris isolément, parce que ce droit, abstraction faite de l'immeuble auquel il est attaché, n'offre aucun intérêt. Fera-t-il vendre le droit de mitoyenneté avec l'immeuble dont il fait partie, sauf ventilation à faire sur la base du prix de vente primitif? Alors vous permettrez à celui qui n'a qu'une créance de 1,000 francs sur une parcelle d'immeuble, de mettre en vente l'immeuble entier, qui vaut peut-être 100,000 francs? Et la base de cette ventilation est-elle bien stable? Supposez un fait ou un événement capable de donner aux héritages voisins une plus-value ou une moins-value considérable, que devient-elle dans ce cas?

Le vendeur, qui ne peut se faire payer par son acheteur sur la parcelle de l'immeuble vendue comme mitoyenneté, et appartenant à présent à un sous-acquéreur qui l'a achetée pour un prix raisonnable, remettra-t-il à un tribunal le soin de déterminer le prix de la mitoyenneté sur un rapport d'experts? Mais un tribunal, en général, ne fait qu'interpréter les conventions et ne s'immisce pas lui-même dans le règlement des intérêts particuliers. Dans notre espèce, l'intervention du tribunal serait un cas anormal, et l'intérêt du vendeur seul ne pourrait la justifier; il faudrait pour cela un texte. Le système de la vente a, d'ailleurs, un autre moyen de sortir de la difficulté dans l'action en résolution qu'il accorde au vendeur, comme nous le verrons bientôt. Ce système ne peut hésiter à l'admettre ici, car ce serait reculer devant ses propres conséquen-

ces, et toute hésitation sur ce point serait la condamnation du système.

Une autre circonstance dans laquelle on peut se demander si l'application du droit de suite est possible, est celle où le vendeur primitif de la mitoyenneté trouve que le prix d'achat du sous-acquéreur est inférieur à la valeur de la mitoyenneté. Disons immédiatement que la plupart du temps il sera difficile de constater l'insuffisance du prix d'achat, car bien souvent l'acquéreur primitif vendra en bloc au sous-acquéreur l'immeuble qui lui appartient et la mitoyenneté qui y est attachée. Mais supposons, pour simplifier la question, que le prix d'acquisition de la mitoyenneté ait été distingué, dans le contrat de vente, du prix de l'immeuble ; le vendeur pourra-t-il exercer le droit de suite ? Sous forme de surenchère, non. La surenchère, en effet, ne se conçoit que lorsqu'il y a des enchères possibles ; or, ici il n'y a pas possibilité de trouver un tiers intéressé à l'acquisition de la mitoyenneté, prise en elle-même, donc le droit de mitoyenneté n'est pas susceptible d'être mis aux enchères et, partant, la surenchère est impossible. Proposerez-vous de remplacer la surenchère par une décision du tribunal ? Où est le texte qui vous y autorise ?

Il faut donc renoncer aux divers moyens proposés, pour donner au droit de suite une application, car la ventilation n'est pas applicable, et le recours au tribunal ne l'est pas davantage, au moins dans le système de la vente. Mais alors, que faire ? Essayera-

t-on d'échapper à ces difficultés d'application en retranchant le droit de suite lui-même au privilège du vendeur de la mitoyenneté, pour ne laisser subsister que le droit de préférence, à l'exemple du privilège du vendeur de la servitude? Cette solution n'est pas plus acceptable que les précédentes. Si le privilège du vendeur de la servitude ne comporte pas le droit de suite, c'est que la servitude a été soustraite à l'expropriation sur saisie par un texte spécial (art. 2204 *a contrario*), et que, dès lors, elle n'est pas susceptible d'être mise aux enchères; tandis que le droit de mitoyenneté, tant qu'un texte ne décide le contraire, est en droit au moins, sinon en fait, susceptible d'être mis aux enchères, car c'est un droit de copropriété. Invoquera-t-on l'analogie de la mitoyenneté et de la servitude pour conclure à la ressemblance des deux privilèges? L'argument ne saurait être à nos yeux plus concluant que les autres, car nous avons déjà montré qu'en droit l'analogie n'existe pas; la mitoyenneté n'est pas une servitude, mais une copropriété.

On voit donc à quelles difficultés les partisans de la vente se trouvent amenés, lorsqu'il s'agit d'appliquer le privilège du vendeur.

Examinons maintenant l'action en résolution. Ici encore, comment comprendre le droit de résolution, puisque, immédiatement après la résolution prononcée, le voisin aura toujours le droit de réacquérir la mitoyenneté (art. 661); de sorte que

nous nous retrouverons ainsi placés dans la même situation.

Nullement, disent les partisans de la vente, on ne peut reconnaître au voisin le droit de réacquérir la mitoyenneté, que sous la condition *sine quâ non* du paiement préalable de l'indemnité. Mais, où trouvent-ils ce tempérament? L'article 661 ne contient aucune restriction de ce genre, et c'est faire la loi que de l'imposer au voisin qui veut rendre le mur mitoyen.

2° *Du côté de l'acquéreur.* — Il peut être utile, à propos de la détermination du prix de la mitoyenneté, de protéger l'acquéreur à son tour contre les exigences du vendeur. Le moyen proposé pour résoudre la difficulté étant ici le même que celui que nous avons critiqué plus haut; nous n'insisterons pas sur ce point.

Une protection qui semble découler naturellement de la vente au profit de l'acquéreur contre le vendeur, c'est l'action en garantie. Si le vendeur de la mitoyenneté a tous les avantages qui naissent de la vente, il est juste, par contre, qu'il soit tenu aussi des obligations qui en résultent et, notamment, de la garantie des vices cachés, due même dans toute transmission de propriété à titre onéreux. Sur ce point, cependant, nous trouvons un dissentiment dans la doctrine des auteurs, dont nous combattons les conséquences. Les uns, après avoir admis le privilège et l'action en résolution, repoussent l'obligation de garantie, les autres, plus conséquents

avec eux-mêmes, considèrent l'obligation de garantie comme une suite nécessaire de l'idée de vente. Il n'y a pas de critiques à adresser sur l'application de cette obligation.

Deuxième question. — Sûretés admises dans le système de la vente, au profit des ayants-cause du vendeur, autres que l'acquéreur de la mitoyenneté, et au profit de l'acquéreur de la mitoyenneté lui-même, dans leurs rapports entre eux ?

1° *Du côté des ayants-cause du vendeur, autres que l'acquéreur de la mitoyenneté.* — Les créanciers chirographaires dans le système de la vente comme dans celui de l'expropriation pour cause d'utilité publique n'ont aucune sûreté; ils sont désarmés, lorsque la partie du mur, demandée en mitoyenneté, est sortie du patrimoine de leur débiteur (art. 2092).

Mais, quant aux créanciers hypothécaires inscrits sur la partie du mur vendue, le système de la vente leur conserve intégralement les sûretés qu'ils peuvent avoir, lors de la cession. D'après ce système, le voisin est un acquéreur d'immeuble comme un autre; par conséquent, les créanciers hypothécaires inscrits doivent, comme dans le cas d'une vente ordinaire, avoir le droit de suivre l'immeuble affecté à la sûreté de leur créance, en quelques mains qu'il passe (art. 2166).

A l'aide de ce droit de suite, ces créanciers, dit-on, pourront faire déterminer à nouveau le prix de vente, si celui qui a été fixé entre les parties est dérisoire, de même qu'ils pourront, s'ils ne sont pas

payés de leur créance par le vendeur, faire vendre entre les mains de l'acquéreur la partie du mur cédée. Un arrêt de la Cour de Paris, du 14 décembre 1860, confirmant une décision du tribunal civil de la Seine, du 3 août 1859, consacre ce droit de suite.

« L'acquisition du droit de mitoyenneté, porte-
« t-il, comprend un démembrement de la pro-
« priété, susceptible d'hypothèque, sur lequel les
« créanciers ont un droit de suite, comme dans
« toute espèce d'aliénation de droits immobi-
« liers. »

Nous avons montré plus haut les difficultés d'application que ce droit de suite peut présenter, elles se renouvellent ici. Les créanciers considéreront-ils la vente du droit de mitoyenneté comme non avenue, à l'instar d'une vente de servitude (arg. d'analogie de 2091)? Feront-ils vendre l'immeuble du voisin acquéreur tout entier, sauf ventilation? Le tribunal aura-t-il le droit de fixer sur un rapport d'experts le prix de la mitoyenneté? Nous ne répéterons pas, à ce sujet, les critiques que nous avons déjà faites, nous nous contenterons d'y renvoyer.

2° Du côté de l'acquéreur de la mitoyenneté. — L'arrêt de la Cour que nous venons de citer, d'accord avec le système de la vente, déduit du droit de suite cette conséquence « que l'acquéreur de la mitoyenneté
« ne peut être obligé de payer son prix, sans que le
« propriétaire vendeur lui rapporte le certificat de
« radiation des inscriptions grevant sa propriété, ou
« le consentement des créanciers ». Donc, d'après

cette manière de voir, l'acquéreur doit purger s'il ne veut pas payer deux fois.

Nous avons dit ce que nous pensions de la surenchère (1), nous l'avons reconnue impraticable dans les rapports du vendeur primitif et d'un sous-acquéreur ; les partisans de la vente la reconnaissent ici comme nous également impraticable. Toutefois, il en est qui, tout en reconnaissant l'impossibilité de la surenchère, admettent la purge au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires du vendeur, et au profit du sous-acquéreur vis-à-vis du vendeur primitif. Le moyen de l'obtenir, disent-ils, c'est de demander au tribunal de fixer le véritable prix de la mitoyenneté sur un rapport d'experts. Ainsi, la purge ordinaire est reconnue impossible, et l'on y substitue un moyen d'application, que pour

(1) Le droit de surenchérir est un droit qui sert d'antidote à la purge. La purge est une mise en demeure faite par un acquéreur ou par un sous-acquéreur aux créanciers du précédent propriétaire. Elle a pour but de mettre ces créanciers dans la nécessité, soit de se contenter du prix d'acquisition, soit de requérir une mise aux enchères de l'immeuble, après avoir, au préalable, promis, au-dessus du prix, une surenchère du dixième. Le droit de surenchérir sert aux créanciers à neutraliser l'effet de la purge, faite dans des conditions insuffisantes, au moyen d'une revente, qui peut, à tout hasard, avoir pour eux un résultat favorable ou défavorable. Si, au lieu d'envisager ces deux droits, de purge et de surenchère, au point de vue des personnes auxquelles ils appartiennent, nous les envisageons au point de vue de l'immeuble lui-même sur lequel ils s'exercent ou du droit de propriété, ces deux droits, dirons-nous, ont une fin commune, celle de dégrever, d'épurer le droit de propriété des privilèges et hypothèques qui faisaient tache sur lui.

admettre on désirerait voir fondé sur un texte, car il est assez insolite par lui-même. D'ailleurs, la purge est-elle possible sans la surenchère? Il y a, dit-on, des exemples de purge sans surenchère; l'adjudication sur saisie immobilière, la vente après conversion de saisie, la vente après surenchère, sont des actes qui purgent, sans qu'il y ait de surenchère admise. Est-il bien exact de dire qu'il y ait purge dans ces cas? L'effet que produisent ces diverses adjudications n'est-il pas plutôt un effet de la loi qu'un effet de la purge? La purge, d'après l'article 2183, résulte de l'accomplissement de certaines formalités, dont on fait abstraction dans le moyen proposé. Sans doute, ces adjudications aboutissent au même résultat que la purge, mais il n'y a point de purge. Voilà pourquoi il n'y a pas non plus de surenchère. Lorsque la loi a attribué à ces adjudications le pouvoir de faire évanouir le droit de suite par elles-mêmes, la purge n'avait plus de raison d'être, et la surenchère n'avait plus d'application. Nous reprochions, il y a un instant, aux partisans de la vente d'accorder au tribunal un pouvoir extraordinaire, sans l'appuyer sur un texte. C'est à tort; ils fondent ce pouvoir sur un article de la loi du 3 mai 1841, relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique, alors qu'ils repoussent en général l'application de cette loi à notre matière. L'article 17, 3^e alinéa, parle, il est vrai, de surenchère, mais il est à remarquer que ces auteurs n'ont fait qu'appliquer à la purge ce que le texte dit de la surenchère. C'est là la

seule différence qui soit à noter entre le texte et l'avis de ces auteurs, car il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette différence, à savoir que dans l'art. 17 le soin de déterminer le prix à payer par l'expropriant aux créanciers est remis à un jury et non à un tribunal, parce que sous la loi de 1810, que la loi de 1841 a modifiée, c'était bien à un tribunal et non à un jury que ce soin incombait. Nous avons donc ici un emprunt fait à la loi du 3 mai 1841, et cela par les partisans de la vente. Mais puisqu'on veut bien demander à cette loi ce qu'il faut penser quant à la purge, pourquoi, à l'exemple de cette loi (art. 17, 2^e alinéa), ne pas attacher à l'acte même de cession un effet équivalent à la purge? Alors on s'expliquerait du même coup, en matière de mitoyenneté, la raison pour laquelle la cession n'admettrait pas de surenchère, cela tiendrait à ce que, par l'acte même de cession, le droit de suite aurait disparu. L'impossibilité de la surenchère s'expliquerait ainsi non pas seulement en fait, mais en droit.

Une dernière conséquence à signaler est celle de la transcription, qui est admise dans les deux systèmes.

Avant d'exposer les conséquences du principe qui nous paraissait le meilleur, nous avons cru qu'il était bon d'exposer tout d'abord celles qui dérivent du principe de la vente, pour mieux faire ressortir, par les difficultés d'application qu'elles présentent, les raisons que nous avons de préférer le système d'expropriation pour cause d'utilité publique. Indiquons main-

tenant les conséquences de l'expropriation dans l'ordre que nous venons précédemment de suivre.

Première question. — Sûretés découlant du système d'expropriation pour cause d'utilité publique au profit de celui qui cède et de celui qui acquiert la mitoyenneté, dans leurs rapports entre-eux ?

1° *Du côté du cédant.* — Si celui-ci ne peut s'entendre avec l'acquéreur sur le prix de la mitoyenneté, il demandera au tribunal de le fixer sur rapport d'experts (art. 17, 3° alinéa analog. de la loi de 1841). Il n'a dans ce système, pour assurer le paiement du prix, ni le privilège du vendeur, ni l'action en résolution (art. 17, 18); mais il est en droit d'exiger un paiement préalable à toute prise de possession (art. 53 de la loi de 1841 et 545 Cod. civ.).

2° *Du côté de l'acquéreur.* — Il va sans dire que l'acquéreur peut, comme le cédant, recourir au tribunal pour faire déterminer le prix de la mitoyenneté, si les exigences de celui-ci ne permettent pas un règlement amiable (art. 17, 3° alinéa).

L'acquéreur a de plus une action en garantie contre le cédant; mais quelle est la portée d'application de cette action en garantie? C'est là ce qu'il importe à présent de préciser. L'action en garantie se donne d'ordinaire à raison du trouble, de l'éviction et des vices cachés de la chose vendue. Ces diverses causes de garantie peuvent-elles se présenter à l'occasion du mur mitoyen ?

Nous le croyons; toutefois l'action n'est possible, à raison des vices cachés du mur, que sous certaines

conditions : il faut que le cédant n'ait pas été de bonne foi, et que la cession ait été faite à l'amiable. On ne saurait, en effet, sans injustice soumettre à l'obligation de garantie le cédant, qui ignore l'état du mur au moment de la cession, et c'est ce qu'a décidé avec raison la Cour de cassation le 17 février 1864. Il n'y aurait pas lieu non plus, à notre avis, à l'action en garantie contre le cédant, si le prix de la mitoyenneté avait été réglé par experts, car on doit supposer alors que l'état du mur a été pris en considération dans la détermination du prix.

Sauf ces réserves, nous accorderons l'action en garantie à l'acquéreur. On ne peut, dans notre espèce, argumenter par analogie de la loi du 3 mai 1841 pour lui refuser l'action en garantie, parce que la situation est différente. On comprend que l'action en garantie n'existe pas, sous la loi de 1841, au profit de l'expropriant contre l'exproprié, car l'acquisition est faite par l'expropriant en vue d'une démolition, et les vices de la chose ne contrarient pas le but qu'il poursuit. Il en est tout autrement lorsque j'acquiers la mitoyenneté du mur. Comme le mur ne doit pas être démoli, mais maintenu, je suis en droit de demander qu'on me cède un mur en bon état, ou qu'on m'en déclare les vices. Il n'est pas admissible que mon voisin puisse impunément surprendre ma bonne foi. Ainsi la raison ne saurait accepter que mon futur voisin restaurât extérieurement un mur délabré, dont j'ignore l'é-

tat, parce que je viens d'acquérir nouvellement la propriété voisine, et qu'il me le vende ensuite sans garantie.

Bien plus, l'acquéreur de la mitoyenneté peut, s'il le veut, demander la résiliation du contrat, car le contrat a une fausse cause, et il peut forcer le cédant à reprendre la mitoyenneté du mur.

La garantie n'est pourtant pas admise par tous les partisans de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Un arrêt du 1^{er} août 1861, rendu par la Cour de Paris, s'est prononcé contre l'idée de garantie. « Considérant, dit-il, qu'il ne s'agit pas là (dans « la cession de la mitoyenneté) d'un contrat libre-
« ment intervenu entre les parties ; qu'il faut consi-
« dérer la position toute particulière du propriétaire
« du mur à l'égard du voisin acquéreur... ; qu'o-
« bligé de se soumettre à la disposition impérative
« de la loi, *il subit une véritable expropriation*, à
« laquelle on ne saurait appliquer les règles ordi-
« naires du contrat de vente, qui est de sa nature
« essentiellement consensuel ; l'acquéreur, en con-
« séquence, ne peut invoquer contre lui les articles
« 1641 et suivants. » Un arrêt de la Cour de cassa-
tion du 17 février 1864 repousse également l'idée
de garantie, « parce qu'il ne trouve pas les éléments
« constitutifs de la vente dans la cession de mitoyen-
« neté et parce que la mitoyenneté a été réglée par
« la loi au titre des Servitudes ». Nous ne pensons
pas, comme la Cour de cassation, que la vente soit
de sa nature essentiellement consensuelle, et qu'il

faillie attribuer à ce caractère l'obligation de garantie qui en découle, car la licitation et l'expropriation sur saisie sont des ventes, quoiqu'elles ne soient pas essentiellement consensuelles, et elles emportent néanmoins l'obligation de garantie, à l'exemple de tout contrat à titre onéreux.

Quant à l'argument, qu'on tire contre l'idée de garantie, de la place donnée à la mitoyenneté au titre des Servitudes, nous l'avons réfuté par avance, en disant qu'il n'y avait point d'analogie entre la servitude et la mitoyenneté.

Deuxième question. — Sûretés que trouvent dans leurs rapports entre eux, sous le système de l'expropriation pour cause d'utilité publique, les ayants cause du cédant, autres que l'acquéreur de la mitoyenneté, et l'acquéreur de la mitoyenneté lui-même ?

1° Du côté des ayants-cause du cédant, autres que l'acquéreur de la mitoyenneté. — Les créanciers chirographaires n'ont d'autres ressources contre les actes de leur débiteur que l'action Paulienne. Si donc le débiteur a agi sans fraude, ils ne pourront pas demander une nouvelle détermination du prix de cession pour insuffisance. Mais les créanciers hypothécaires inscrits auront la faculté de faire fixer à nouveau le prix de cession s'ils le trouvent dérisoire (art. 17, 3^e al., analog.). Là, toutefois, se borne leur action; ils n'ont pas le pouvoir, s'ils ne sont pas payés par le cédant, de faire vendre entre les mains de l'acquéreur la partie du mur cédée (art. 18). Ils n'ont pas non plus pour s'inscrire le délai de

quinze jours après la transcription, tel qu'il est accordé par la loi sur l'expropriation, car ce délai n'est pas commandé par la nature de l'expropriation ; il a été emprunté au droit commun par la loi de 1841, et la loi du 23 mars 1855 l'a modifié.

2° Du côté de l'acquéreur de la mitoyenneté. — Comme l'expropriation a fait disparaître le droit de suite, l'acquéreur, qui a traité avec le véritable propriétaire, peut, à moins d'opposition de la part des créanciers, payer son prix d'acquisition entre les mains du cédant, sans avoir à craindre de payer une seconde fois. Il n'est pas obligé de purger, car la purge n'a plus de raison d'être.

Doit-il transcrire son acte d'acquisition pour rendre son droit opposable soit aux créanciers hypothécaires non inscrits du cédant, soit à ceux qui ont acquis d'autres droits réels sur le droit cédé, et qui ne les ont pas transcrits ? On aperçoit facilement l'intérêt de la question. Juge-t-on la transcription nécessaire pour que l'acquéreur de la mitoyenneté puisse se dire propriétaire de ce droit vis-à-vis de tous, alors, tant qu'il n'a pas transcrit, son droit est menacé, d'un côté par les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble du cédant avant la transcription, sans distinguer si le droit de ces créanciers est antérieur ou postérieur à la cession, d'un autre côté par les acquéreurs de la propriété du mur, si ceux-ci ont transcrit l'acte constitutif de leur droit avant la transcription de l'acquéreur de la mitoyenneté, sans distinguer également si le droit de ces acquéreurs est antérieur ou

postérieure à la cession du droit de mitoyenneté.

Ainsi, si nous supposons des créanciers hypothécaires, ils pourront s'inscrire sur l'immeuble du cédant aussi longtemps qu'il n'y aura pas transcription de la part de l'acquéreur de la mitoyenneté, et pourront jusque-là faire vendre l'immeuble du débiteur avec le mur entier. Si nous supposons encore que le propriétaire d'un mur en cède d'abord la mitoyenneté au voisin, et qu'il vende ensuite à un tiers, avec son propre immeuble, la propriété du mur dont il a déjà cédé la mitoyenneté, ou qu'il cède la mitoyenneté du mur dont il a déjà vendu la propriété avec l'immeuble dont il fait partie, le rival de l'acquéreur de la mitoyenneté pourra transcrire son droit de propriété du mur jusqu'à la transcription de la mitoyenneté, et alors devenant à son tour propriétaire exclusif du mur, c'est de lui que l'acquéreur de la mitoyenneté dépouillé devra désormais la réacquérir.

Au contraire, si la transcription n'est pas exigée, l'acquéreur de la mitoyenneté n'aura pas à craindre, à défaut de transcription, la poursuite des créanciers, ni l'éviction dont il pourrait être victime de la part d'un acquéreur postérieur de la propriété du mur ; il sera à couvert par le fait seul de la vente.

On doit soumettre, pensons-nous, à la transcription l'acquéreur de la mitoyenneté comme tout acquéreur de droit réel, dans un but de protection pour les personnes qui pourraient contracter avec le cédant sur le droit cédé et être ainsi dupes de leur bonne foi.

Une grave objection, pourtant, s'élève contre la nécessité de la transcription; elle est tirée de la loi du 23 mars 1855. Cette loi, dit-on, n'assujettit à la formalité de la transcription que les *conventions*, qu'on les appelle actes, jugements, arrêts, peu importe; or la convention est l'accord de deux volontés, et cet accord manque dans la cession de mitoyenneté (art. 661); donc la transcription n'est pas requise en matière de mitoyenneté. Cette objection trouve un appui dans plusieurs décisions judiciaires. D'après un jugement du 13 février 1874, rendu par le tribunal de la Seine, « la loi de 1855 »
« n'assujettit à la formalité de la transcription que »
« les actes, jugements, arrêts, conventions, en un »
« mot, que les écritures ». Par conséquent, l'acquisition de la mitoyenneté doit être affranchie de la transcription, parce que « *elle est établie par la loi et n'exige pas la formalité de l'écriture* ». Un autre jugement du tribunal de la Seine, du 1^{er} juillet 1874, se prononce dans le même sens : « La servitude de »
« mitoyenneté, dit-il, créée par la loi dans l'intérêt »
« général de la propriété immobilière, existe en »
« dehors et indépendamment de toute convention, »
« à la seule obligation, pour celui qui veut user du »
« droit que lui donne la loi, d'acquérir cette servi- »
« tude en en payant le prix. Comme la servitude »
« dont il s'agit *ne résulte d'aucun acte, mais de la* »
« *loi*, il n'y a rien de susceptible d'être transcrit. »

Deux idées se dégagent de ces décisions, à savoir : qu'un droit n'est soumis à transcription que lors-

qu'il naît d'un écrit, et qu'il est le résultat d'une convention. Tel n'est pas notre avis. Qu'importe que le droit naisse de la loi ou d'un écrit, la pensée du législateur n'est pas d'attacher à un écrit, qui d'ordinaire sert seulement de preuve, la vertu de rendre un droit transcriptible ou non transcriptible. L'écrit ne sert qu'à faciliter la transcription, mais il n'en est point la cause ; aussi lorsque le droit à sa naissance n'est pas écrit, il ne faut pas en induire qu'il n'est pas transcriptible ; il sera toujours aisé d'obtenir un jugement qui en permette la transcription, et, dans notre espèce, le plus souvent les conditions de la cession seront fixées par un acte, ce qui dispensera de cette dernière formalité. Faut-il que l'acte à transcrire soit une convention ? Malgré les décisions que nous venons de rapporter, nous n'hésitons pas à dire que cette condition n'est pas nécessaire, et qu'interpréter ainsi la loi du 23 mars 1855 c'est en restreindre la portée d'application. Le but de cette loi, en effet, est d'assurer la publicité de toute transmission de droit réel, de quelque manière qu'elle se produise ; or c'est soustraire à son application la transmission d'un droit réel que d'exempter de cette formalité la cession de mitoyenneté. Sans doute les tiers savent, en contractant avec le propriétaire d'un mur, que le voisin de celui-ci pouvait en acquérir la mitoyenneté, mais il ne s'ensuit pas de là qu'il l'ait acquise. Il faut bien reconnaître que le droit du voisin de rendre mitoyen le mur qui joint immédiatement sa propriété n'est qu'une simple faculté dont il peut user ou ne

pas user. J'ai donc intérêt à savoir, lorsque j'achète le terrain, à l'extrémité duquel le mur est construit, si la mitoyenneté du mur a été acquise ou non, car la valeur de la chose que j'achète se trouve augmentée ou diminuée d'autant. C'est la transcription qui m'apprendra cette transmission. « D'ailleurs, dit Mourlon, la loi de 1855, dans l'article 1-1°, ne vise pas seulement les actes volontaires », elle vise également ceux qui sont forcés, car elle ne distingue pas. C'est pourquoi il faut étendre la nécessité de la transcription aux actes ou jugements par lesquels le propriétaire d'un mur en cède la mitoyenneté à un voisin, alors, même qu'au fond de ces actes et jugements on ne trouve pas l'idée d'une convention. Voyez, en effet, les jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique ils ne sont pas, eux non plus, des conventions libres, et cependant ils sont soumis à transcription (art. 16 de la loi 1841).

Pourquoi doivent-ils être transcrits? C'est parce qu'ils contiennent une mutation de droit réel. Et pourquoi donc n'en serait-il pas de même de la cession de mitoyenneté?

B. — *A quelles conditions la demande de cession de mitoyenneté est-elle possible?* — Il faut : 1° qu'il s'agisse d'un mur; 2° que ce mur soit placé à la limite des fonds contigus; 3° que les fonds contigus soient des fonds privés; 4° que le prix de la cession de mitoyenneté soit payé préalablement à la prise de possession.

1° *Il faut qu'il s'agisse d'un mur.* — La Cour de

cassation émet cet avis dans un arrêt du 15 décembre 1857, dont nous reproduisons les motifs :
« L'article 661 est une dérogation au principe de
« l'article 545, d'après lequel nul ne peut être con-
« traint de céder en tout ou en partie sa propriété;
« fondé sur des motifs d'intérêt public, l'article 661
« doit être renfermé dans son objet; or, cet article
« n'est relatif qu'aux murs proprement dits, cela
« résulte clairement de son texte et des dispositions
« qui le précèdent ou qui le suivent; donc il ne
« s'applique pas aux clôtures en général..... Le mat-
« tre d'une clôture en planches peut donc refuser
« d'en céder la mitoyenneté à son voisin, sauf à ce
« dernier, si les héritages contigus sont dans une
« ville ou dans un faubourg, à exiger que cette clô-
« ture soit remplacée par un mur établi à frais
« communs, suivant l'article 663..... »

Dans les campagnes où l'article 663 n'est pas applicable, le voisin peut non-seulement se refuser à céder la mitoyenneté d'une clôture en planches, mais encore peut se refuser de contribuer à la construction d'un mur, laissant ainsi au voisin qui veut se clore le soin de le faire à ses frais.

2° *Il faut que le mur soit placé à la limite des fonds contigus.* — L'article 661 dit, en effet, que « tout propriétaire *joignant* un mur a la faculté de le rendre mitoyen ». Mais faut-il une contiguïté absolue? S'il existait seulement au delà du mur un faible espace de terrain, sans utilité pour le propriétaire du mur, ne serait-il pas possible au voisin de rendre le

mur mitoyen ? La Cour de cassation, dans un arrêt du 26 mars 1862, exige la contiguïté absolue. D'après elle, le propriétaire du mur n'est pas obligé d'en céder la mitoyenneté lorsqu'il y a un certain espace de terrain au delà du mur, si faible qu'il soit, alors même que le propriétaire l'aurait laissé à dessein pour échapper à toute cession de mitoyenneté. On n'a pas le droit, dit-elle, de s'enquérir des motifs qui déterminent le propriétaire à agir. D'ailleurs l'expropriation de l'article 661 est une grave dérogation au droit de propriété, et on ne peut, sans un texte, l'étendre au delà des termes de l'article 661, ce serait alors demander la cession d'autre chose que ce qui est permis par cet article. La Cour conclut donc que le propriétaire a le droit de s'assurer la propriété exclusive de son mur en laissant au delà un espace intermédiaire qui le protège contre la faculté qu'a le voisin de rendre le mur mitoyen.

Une pareille décision est-elle bien conforme au motif de l'article 661 ? Il y a lieu d'en douter. On conçoit qu'il ne soit pas possible pour le voisin de rendre le mur mitoyen lorsqu'au delà du mur il existe un espace d'une certaine utilité pour le propriétaire, tel qu'un ruisseau, un égout où se déversent les eaux pluviales et ménagères, un sentier privé ou commun, une portion de terrain permettant d'adosser une échelle pour les réparations ; mais, au contraire, si l'espace laissé par le propriétaire ne lui est d'aucune utilité, faute de largeur, et surtout s'il n'a été laissé par celui-ci qu'en vue d'empêcher le voisin

d'acquérir la mitoyenneté, alors on ne peut tolérer cette fraude à la loi. Car que veut la loi ? Empêcher une dépense de capitaux et une perte de terrains utiles à la société. La faculté de rendre le mur mitoyen est donc fondée sur un motif d'utilité publique; or, il est de principe que les lois qui concernent l'ordre public ne peuvent être tenues en échec par un intérêt privé, par conséquent on ne peut ici, sans rendre l'application de la loi impossible, permettre à un propriétaire de se soustraire à l'obligation de céder la mitoyenneté du mur en laissant un faible espace de terrain au delà du mur de clôture. *Malitiis non est indulgendum.*

3° *Il faut que les fonds contigus soient des fonds privés.* — Le voisin d'un mur appartenant au domaine public ne peut donc pas en acquérir la mitoyenneté. La mitoyenneté, on le sait, est une copropriété qui porte indivisément sur toutes les parties de la chose commune, dès lors il faut que toutes les parties de cette chose commune soient susceptibles de propriété privée pour pouvoir devenir mitoyennes; or, le bien du domaine public est inaliénable, imprescriptible, il ne peut être l'objet de propriété privée, donc il n'y a pas sur ce bien de copropriété possible, et partant le voisin ne peut acquérir la mitoyenneté d'un mur dépendant du domaine public. Mais quand peut-on dire qu'un bien est du domaine public? Lorsqu'il appartient à une personne morale, telle que l'État, le département, la commune et qu'il est affecté à un service public.

Ainsi, on ne peut rendre mitoyen le mur d'une prison, d'une église, d'une chapelle, d'un arsenal, d'un cimetière, le mur de soutènement d'une place publique, le mur d'un hôtel de préfecture. Nous nous écartons sur ce dernier point de la jurisprudence de la Cour de Paris qui, dans un arrêt du 13 février 1854, a décidé :

« Qu'un hôtel de préfecture ne constitue en soi
« qu'une propriété communale ou départementale,
« selon que l'édifice appartient au département ou à
« la ville dans laquelle il est situé; que, loin de
« soustraire au droit commun les propriétés de ce
« genre, la loi les soumet expressément aux mêmes
« prescriptions que les propriétés particulières, ce
« qui implique qu'elles sont dans le commerce (2227).
« Ce n'est pas, ajoute-t-elle, l'affectation à un service
« public de constructions, susceptibles par leur na-
« ture d'une destination différente, qui peut en
« changer le caractère. »

Mais, objecte-t-on contre notre manière de voir, on aperçoit tous les jours des bâtiments adossés contre le mur, soit d'une église, soit d'un cimetière, soit d'une prison, soit d'un hôtel de préfecture; comment expliquer ce fait si ce n'est par l'idée de mitoyenneté? Pour nous cet état de choses peut s'expliquer par ce fait que le mur avant d'appartenir au domaine public, a été l'objet d'une propriété privée, et il reste mitoyen jusqu'à ce que, par l'expropriation, le domaine public fasse cesser cette mitoyenneté.

Il ne faut pas assimiler aux murs dont nous ve-

nous de parler le mur d'un presbytère, car le presbytère n'est pas destiné à un service public, et il ne présente pas le caractère des biens placés hors du commerce,

4° *Il faut que le prix de la cession de mitoyenneté soit payé préalablement à la prise de possession* (art. 53, l. du 3 mai 1841). — La cession de la mitoyenneté, nous l'avons vu plus haut, est une expropriation pour cause d'utilité publique, par conséquent l'indemnité doit être payée au propriétaire avant toute prise de possession.

Il n'est pas besoin de dire que ceux qui considèrent la cession de la mitoyenneté comme une vente n'admettent pas cette condition, mais ils admettent comme nous, que si le voisin, avant d'avoir acquis un droit sur le mur, y pratiquait des travaux quelconques, le propriétaire aurait le droit d'en demander la suppression avec dommages-intérêts. Toutefois, si le voisin défendeur déclarait devant le tribunal vouloir acquérir la mitoyenneté, comme alors le tribunal devrait statuer aussi sur la demande d'acquisition, le voisin défendeur ne devrait pas être condamné à supprimer les ouvrages, qui, à peine enlevés pourraient être rétablis par lui, une fois devenu copropriétaire. Il faut, quand on le peut, éviter une perte de capitaux utiles à la société, c'est le motif de la loi.

Quel prix le voisin acquéreur doit-il payer pour le mur, pour le sol et pour les fondements du mur? D'abord *moitié de la valeur du mur*, ou de la partie du mur qu'il veut seulement rendre mi-

toyenne. Ce n'est donc pas la moitié de la dépense faite en construisant, mais la moitié de la valeur présente, eu égard aux qualités actuelles du mur. Ainsi, ce n'est pas ce qu'il *a coûté*, mais ce qu'il *vaut*, le mur fût-il fait en pierres de taille, alors qu'un mur en moellons eût suffi. Ce n'est que juste, car le voisin profite de la solidité que donnent des matériaux plus résistants. Des auteurs cependant rejettent cette opinion sous prétexte qu'une personne riche peut ainsi mettre son voisin, moins riche qu'elle, dans l'impossibilité d'acquérir la mitoyenneté du mur. Ils décident en conséquence que le voisin ne doit être tenu de payer que la moitié de la valeur d'un mur ordinaire. Cette opinion n'est pas acceptable, car elle est en désaccord avec l'article 661, qui ne distingue pas la qualité du mur. Le prix dû par l'acquéreur est, d'après cet article, non pas la moitié de la valeur d'un mur ordinaire, mais la moitié de la valeur du mur quel qu'il soit.

Peut-on n'acquérir qu'une partie de l'épaisseur du mur, inférieure à la moitié de l'épaisseur? Et pourquoi pas, dit-on, est-ce qu'on ne peut pas acquérir une portion quelle qu'elle soit de la longueur ou de la hauteur? Pourquoi faire une différence quant à l'épaisseur? Ah! dit Pothier, c'est que l'épaisseur du mur c'est le mur lui-même. Le voisin qui acquerrait seulement une partie de l'épaisseur n'en profiterait pas moins de l'épaisseur entière, et ce serait injuste. Aussi décide-t-il avec

raison que le voisin acquéreur de la mitoyenneté doit payer la moitié de l'épaisseur. Mais doit-on maintenir cette solution si l'épaisseur du mur est une épaisseur exceptionnelle? La Cour de Paris a décidé le 18 février 1854, que le voisin pouvait se contenter dans ce cas d'acquérir une partie de l'épaisseur. Nous repoussons cette décision, car répéterons-nous, l'épaisseur du mur c'est le mur lui-même.

Le voisin acquéreur doit payer, outre la moitié de la valeur du mur, *la moitié de la valeur du sol*, quelque partie du mur qu'il acquière en hauteur, à compter du sommet. J'achète un tiers du mur en hauteur pour établir une galerie ou un balcon; l'ouvrage ne va pas toucher au sol, néanmoins je suis tenu de payer la moitié de la valeur du sol, car la loi ne fait pas de distinction. La loi aurait mieux fait assurément de déduire du prix à payer la charge exercée sur le sol par la partie inférieure du mur non mitoyenne, et de ne compter la charge que de la partie mitoyenne. Un tiers du mur en hauteur ne pèse pas autant que deux tiers ni que trois tiers! La loi tient bien compte, lorsqu'il y a exhaussement, de la surcharge qui en résulte pour le sol, pourquoi à l'inverse ne tient-elle pas compte de la décharge dont profite le sol?

Enfin le voisin acquéreur doit, en principe, payer *la moitié de la valeur des fondements*, tels qu'ils se comportent; cependant si le propriétaire a donné une plus grande solidité aux fondements qu'il n'est

dans l'usage de donner eu égard à la destination du mur, et cela pour des raisons particulières, alors l'acquéreur ne doit être tenu de payer que la moitié de la valeur de fondations communes.

Nous avons supposé que les parties s'entendaient sur la valeur de la mitoyenneté, mais si elles ne s'entendent pas et qu'une expertise soit nécessaire, qui en payera les frais? L'acquéreur (art. 1593, anal.).

5° *Il faut que la cession de mitoyenneté soit demandée par le voisin acquéreur.* — Elle ne peut jamais être imposée par le propriétaire du mur à l'acquéreur. Une opinion, toutefois, distingue entre les villes et les campagnes, et soutient que si dans les campagnes le propriétaire du mur ne peut forcer son voisin à acquérir la mitoyenneté, c'est parce qu'il ne peut le contraindre à construire le mur à frais communs, mais qu'il n'en saurait être ainsi dans les villes où ce droit de contrainte existe. D'après elle, celui qui aurait pu contraindre son voisin à participer à la construction du mur est censé avoir été son *negotiorum gestor* en le construisant, et il est tout naturel d'admettre à son profit le droit d'exiger le remboursement de la moitié des frais que lui a coûté le mur, parce qu'il pourrait, en le démolissant, contraindre le voisin à édifier un mur à frais communs.

Il n'y a pas, selon nous, de distinction à faire entre les villes et les campagnes. Dans un cas comme dans l'autre, le propriétaire du mur ne peut forcer le voisin à acquérir la mitoyenneté. L'ar-

ticle 661, en effet, accorde au voisin *la faculté* de rendre le mur mitoyen, et ne lui impose en aucun cas *l'obligation* d'acquérir cette mitoyenneté. Sans doute, lorsque vous voulez construire en ville un mur mitoyen, l'article 663 vous permet de m'y contraindre; mais autre chose est de m'obliger à construire un mur à frais communs sur nos deux héritages, autre chose est de m'obliger à acheter la propriété d'une partie de votre terrain; car il ne faut pas oublier que le mur édifié par vous seul n'a pu l'être que sur votre terrain. Donc vous ne sauriez du droit de contrainte déduire le droit au remboursement des frais. Je dirai même qu'en faisant seul le mur, vous avez renoncé par là à me demander ces frais. Vous êtes censé, dites-vous, avoir été mon *negotiorum gestor* en construisant; c'est ce que je conteste, car le mandat est volontaire et non pas forcé. Notre conclusion est que la cession de mitoyenneté ne peut être demandée que par le voisin acquéreur.

Nous venons de parcourir les conditions auxquelles la cession de la mitoyenneté est possible, mais ne pourrait-on pas renoncer à la faculté d'acquérir la mitoyenneté? Nous ne le pensons pas. L'abandon de la mitoyenneté, lui aussi, implique bien une renonciation; or, malgré cette renonciation, la loi accorde à celui qui a abandonné la mitoyenneté la faculté de la recouvrer. Pourquoi? C'est que cette faculté est inaliénable, et pourquoi l'est-elle, si ce n'est par un intérêt d'ordre public? il ne saurait y avoir de différence entre la faculté

de recouvrer la mitoyenneté et celle de l'acquérir.

C. — *Étendue que comporte le droit d'acquérir la mitoyenneté.* — Nous grouperons sous cette question les points suivants : 1° A qui appartient le droit d'acquérir la mitoyenneté ? 2° Faut-il que l'acquéreur ait l'intention de bâtir ? 3° Faut-il que le propriétaire du mur consente ? 4° L'intention de démolir chez le propriétaire fait-elle obstacle à la cession de mitoyenneté ? 5° L'inaction du voisin acquéreur y fait-elle obstacle ? 6° Les jours de souffrance y font-ils obstacle ? 7° Faut-il distinguer l'espèce du mur et sa situation ? 8° Celui qui a précédemment abandonné la mitoyenneté peut-il encore en demander la cession ?

1° A qui appartient le droit d'acquérir la mitoyenneté ? Il appartient *au propriétaire*, dit l'art. 661 ; mais il faut étendre ce droit, il nous semble, à l'emphytéote et à l'usufruitier dans les villes et faubourgs au moins, où la clôture est forcée, car si ces derniers peuvent être forcés de se clore sur la demande du voisin, pourquoi n'auraient-ils pas le droit eux-mêmes de l'y contraindre ?

2° Faut-il que l'acquéreur ait l'intention de bâtir ? Les termes de l'art. 661 sont généraux et ne l'exigent pas : « tout propriétaire *joignant* un mur a la faculté de le rendre mitoyen ». Il est vrai que la coutume de Paris porte, art. 194 : « Si aucun veut *bâtir* contre un mur non mitoyen, faire le peut en payant la moitié » ; mais les termes de la coutume ne sont pas en opposition avec ceux du Code, car Pothier

dit qu'ils sont seulement énonciatifs. Donc l'intention de bâtir n'est pas nécessaire, la seule volonté de l'acquéreur est suffisante. D'ailleurs, cette décision s'explique. N'avons-nous pas dit que la cession était une expropriation fondée sur un intérêt public ? dès lors qu'est-il besoin d'invoquer un intérêt particulier (Cass., 3 juin 1850) ?

3° Faut-il que le propriétaire du mur consente ? Non ; son consentement n'est pas nécessaire. Le texte ne l'exige pas et ne pouvait l'exiger, puisqu'il s'agit ici d'expropriation.

4° L'intention de démolir chez le propriétaire fait-elle obstacle à la cession ? Nullement. En supposant même qu'au moment où la cession est demandée, le propriétaire ait déjà l'intention de démolir le mur, et que cette intention fût connue du voisin acquéreur, celui-ci n'en conserverait pas moins le droit d'acheter la mitoyenneté, car l'intérêt général doit toujours passer avant l'intérêt particulier. Cependant, si la démolition était commencée et déjà assez avancée, nous ne croyons pas que le voisin puisse venir alors capricieusement arrêter les travaux, car le propriétaire du mur n'est pas à sa discrétion ; il doit se reprocher sa tardive résolution.

5° L'inaction du voisin pendant trente ans fait-elle obstacle à la cession ? En aucune manière. L'art. 661 accorde à tout propriétaire joignant un mur *la faculté* de le rendre mitoyen, or, d'après l'art. 2232, l'acte de pure faculté est imprescriptible, donc cette faculté peut être exercée à toute époque.

Ajoutons que l'art. 661 étant fondé sur un motif d'ordre public, on ne saurait prescrire contre l'intérêt public.

6° L'existence de jours de souffrance fait-elle obstacle à la cession. Pas davantage; l'intérêt général veut encore que le droit du propriétaire cède dans la circonstance. S'il y avait des vues ou d'autres ouvrages pratiqués par le propriétaire exclusif du mur, dont on ne pût demander la suppression, la mitoyenneté n'en pourrait pas moins être acquise; seulement les droits de la mitoyenneté ne seraient plus complets, et nous aurions alors un mur mitoyen grevé d'une servitude au profit de l'un des copropriétaires.

7° Faut-il distinguer l'espèce et la situation du mur? L'art. 661 dit: « Tout propriétaire joignant *un mur...* » Ce texte est général et ne distingue pas. Dès lors, il y a lieu de décider que l'on peut acquérir la mitoyenneté de toute espèce de mur; qu'il soutienne une maison, une fabrique, ou qu'il serve de clôture; qu'il soit situé à la campagne ou à la ville, il n'importe; car on peut contraindre son voisin à céder la mitoyenneté du mur, même dans les lieux où l'on ne pourrait le contraindre à construire en commun un mur de séparation. Il n'y a pas lieu non plus de distinguer quelle est la nature du fonds privé à raison duquel le propriétaire voisin du mur veut acquérir la mitoyenneté. Le propriétaire d'un champ ou d'un étang peut, par conséquent, exiger la cession de mitoyenneté du mur voisin.

8° Faut-il examiner si celui qui veut rendre le

mur mitoyen a déjà fait abandon de la mitoyenneté ou non? Le droit d'exiger la cession de la mitoyenneté est absolu; aussi puis-je exercer ce droit, même après avoir abandonné la mitoyenneté, pour me dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions d'un mur mitoyen. C'est ce que décidait déjà la coutume de Paris dans son art. 212. On fait observer avec raison qu'il y a quelque chose de contradictoire à admettre l'abandon de la mitoyenneté pour se dispenser des charges, et à permettre ensuite l'acquisition forcée de cette même mitoyenneté, sans justifier d'un intérêt. Néanmoins, cette décision s'impose, car elle résulte des textes.

D. — *Effets de la cession forcée.* — 1° Effet général; 2° effets particuliers.

1° *Effet général.* — Les auteurs ne s'entendent pas sur les effets de la cession forcée. Un point pourtant hors de conteste, c'est que l'acquéreur de la mitoyenneté a le droit de demander la suppression de tous les ouvrages, qui constituent un empiétement sur son droit, lorsque ces ouvrages ne sont pas consacrés par un titre ou par la prescription. Ce droit de les faire supprimer est d'évidence, car le voisin pourrait en demander la suppression, même sans acquérir la mitoyenneté. On comprend également d'un autre côté pourquoi l'acquéreur est tenu de respecter les ouvrages établis par titre ou par prescription, c'est parce qu'alors il y a une servitude acquise contre lui. Cette servitude survit à l'acquisition de la copropriété.

Quant aux ouvrages qui ne constituent pas un empiétement du propriétaire sur le droit de l'acquéreur, et qui ne sont que l'exercice du droit de propriété, les auteurs sont divisés sur la question de suppression.

Voici le raisonnement des auteurs qui n'admettent pas la suppression de ces ouvrages. La suppression, déclarent-ils, ne peut résulter que de la rétroactivité de la mitoyenneté; or la rétroactivité est une fiction et ne peut exister sans un texte qui, dans notre espèce, n'existe pas; donc la suppression n'est pas admissible. Bien mieux! la rédaction de l'article 661 est contraire à cette idée de rétroactivité. L'article 661 parle en effet de mur *rendu* mitoyen; or, s'il est rendu mitoyen, c'est-à-dire s'il le devient, c'est qu'il ne l'a pas toujours été. Conçoit-on, d'ailleurs, que l'égalité ait existé entre les copropriétaires avant que la copropriété n'ait été acquise? Conçoit-on que l'effet ait existé avant la cause? C'est pourtant ce que l'on soutient dès qu'on veut, après l'acquisition de la mitoyenneté, mettre les deux voisins sur un pied complet d'égalité. Enfin, quels inconvénients la suppression des travaux ne présente-t-elle pas pour le propriétaire qui les a faits! Il est donc raisonnable, d'admettre que l'égalité ne commence entre les voisins qu'au jour de l'acquisition, et de maintenir les travaux légitimement faits. (Voyez en ce sens un arrêt de la Cour de Poitiers, du 28 décembre 1841.)

On répond à ces auteurs qu'on peut admettre la suppression des ouvrages accomplis dans les limites

du droit de propriété, sans s'appuyer sur l'idée de rétroactivité de la mitoyenneté, et en invoquant seulement l'idée de copropriété. Si, aux termes de l'article 661, dont nous connaissons maintenant la teneur, la copropriété est subordonnée à la condition qu'elle sera demandée par l'acquéreur, il faut bien observer que cette condition n'est pas rétroactive, car elle est purement potestative.

Quant à l'argument de texte, il n'est point probant, car on prête au texte une signification qui n'avait pas dans l'esprit du législateur la portée restrictive qu'on lui donne. A quelles conséquences aussi n'arrive-t-on pas ! Supposons que des jours de souffrance aient été ouverts dans le mur séparatif, et que ces jours soient maintenus, voilà le voisin acquéreur de la mitoyenneté dans la nécessité de construire contre le mur pour empêcher la vue de son copropriétaire. N'est-ce pas aller contre le motif de la loi, qui favorise l'acquisition de la mitoyenneté en vue d'éviter une perte de terrain et de capitaux ?

On assimile dans l'opinion contraire les actes de pure faculté du propriétaire aux actes qui entraînent prescription, et cependant ils sont bien distincts, car on ne peut avant d'acquérir, comme on le peut pour la prescription, faire disparaître les effets d'un acte de pure faculté, qui n'implique aucun empiètement sur le droit d'autrui.

Le voisin, d'ailleurs, peut ne pas avoir, au moment

de la construction du mur, l'argent nécessaire pour en acquérir la mitoyenneté.

Enfin, lorsque l'acquéreur a payé le prix de la moitié du mur, n'est-il pas juste qu'il soit mis sur le pied d'égalité avec le cédant, réserve faite, bien entendu, des travaux que celui-ci a acquis le droit de maintenir à titre de servitude?

Quant aux inconvénients de la suppression des travaux, le propriétaire a pu les prévoir.

Nous concluons donc à la suppression des travaux qui ont été faits dans les limites du droit de propriété, et qui sont désormais incompatibles avec le droit de mitoyenneté. L'intention de bâtir n'est pas nécessaire chez l'acquéreur, il peut même déclarer qu'il n'achète la mitoyenneté que pour faire supprimer ces ouvrages, arrêt de la Cour de Bourges du 19 février 1872).

2° *Effets particuliers qui dérivent de cette dernière opinion sur les effets de la cession en général.* — L'acquéreur pourra exiger la suppression des *cheminées* placées dans l'épaisseur du mur, ainsi que l'a jugé la Cour de Paris, le 9 janvier 1863.

Il pourra faire enlever l'*arbre de couche* d'une *machine à vapeur*, scellée dans le mur, contrairement à une décision de la Cour de cassation du 7 janvier 1845.

Il pourra demander l'enlèvement d'une *gouttière* mise sur le mur, comme l'a décidé la Cour de Rennes le 1^{er} mai 1874, surtout si cette gouttière est un obstacle à l'exhaussement du mur, selon un

arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 1861 et un arrêt de la Cour de Bourges du 19 février 1872.

Il pourra faire supprimer *une toiture vitrée*, avec treillage, qui, du mur séparatif sur lequel elle repose, s'étend au-dessus d'une portion de cour où elle couvre une cuisine et une laverie. Nous nous séparons sur ce point de la Cour de cassation (arrêt du 23 juillet 1859).

Il pourra demander la suppression *des jours de souffrance*, à quelque époque qu'ils remontent. C'est aussi l'avis de la Cour de cassation (arrêt du 7 mai 1873). La destination du père de famille ne peut y faire obstacle, car elle ne sert qu'à l'établissement des servitudes continues et apparentes (art. 692); or les jours de souffrance n'ont pas le caractère de servitudes, puisqu'ils ne sont qu'une manifestation du droit de propriété, un acte de pure faculté. Voici, par exemple, deux héritages contigus, qui appartiennent au même propriétaire et sont séparés par un mur dans lequel il a ouvert des jours de souffrance. Que le propriétaire vende l'un de ces héritages et conserve la propriété exclusive du mur de séparation, cela n'empêchera pas l'acheteur de l'héritage vendu, en acquérant la mitoyenneté du mur de séparation, d'exiger la suppression des jours de souffrance; que le propriétaire, ou bien, vende les deux héritages à deux personnes différentes, dont l'une acquiert d'abord la propriété exclusive du mur de séparation; rien n'empêchera l'autre d'acquérir la mitoyenneté du

mur, et de faire supprimer les jours de souffrance établis dans le mur. C'est ce qu'a décidé la Cour de Rennes le 1^{er} mai 1874, dans une espèce à peu près semblable.

Faut-il aller plus loin, et décider que l'acquéreur de la mitoyenneté peut aussi demander la suppression des vues ou fenêtres ouvertes qui existeraient dans le mur (1)?

Nous avons déjà répondu d'une manière générale à cette question ; il suffit donc d'appliquer à notre espèce ce qui a été dit précédemment. Si le propriétaire du mur n'a pas acquis le droit de conserver ces vues, soit par titre, soit par destination du père

(1) Il importe de dire ici ce qu'on entend par jours de souffrance et par vues. Les jours de souffrance sont des ouvertures faites dans les conditions déterminées par la loi (art. 676 et 677) : elles sont à fer maille et à verre dormant, et ne peuvent être établies dans le mur qu'à 2^m,60 au-dessus du sol du rez-de-chaussée et qu'à 1^m,90 au-dessus du plancher des divers étages. A l'aide de ces conditions, on peut à peu près distinguer les jours des vues. Les vues, ce sont les ouvertures qui ne réunissent pas les conditions des jours. Disons cependant que les ouvertures qui ne sont pas tout à fait construites, d'après les prescriptions du Code, ne sont pas nécessairement des vues ; il en sera le plus souvent ainsi, sans doute, mais il peut se faire que ces ouvertures, faites en dehors des conditions de la loi ne soient que des jours ; c'est ce qui arrivera si elles ne constituent pas une vue directe sur le fonds du voisin, parce qu'elles semblent alors plutôt faites pour éclairer et aérer l'appartement. Il y aura donc là une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. Un arrêt de la Cour de Pau du 20 novembre 1868 a adopté cette manière de voir, ne faisant en cela que se conformer à un arrêt de la Cour de Paris du 17 mars 1841 et à un arrêt de la même Cour du 29 avril 1839.

de famille, soit par prescription, l'acquéreur de la mitoyenneté peut les faire supprimer sans aucun doute, car il pourrait comme voisin en demander la suppression, même sans acquérir la mitoyenneté, par cela seul qu'elles sont un empiétement sur son droit. Mais si le propriétaire a acquis le droit de conserver les vues soit par titre, soit par destination du père de famille (1), soit par prescription, l'acquéreur de la mitoyenneté ne peut les faire supprimer, car alors il y a servitude de vue, et la servitude doit être respectée. C'est l'application du principe formulé dans l'article 701, qui décide que le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage. Demander la suppression de la servitude, ce serait bien plus qu'en diminuer l'usage assurément. La Cour de cassation n'admet pas non plus la suppression des vues, dans un arrêt du 25 janvier 1869, lorsqu'elles sont établies par la prescription; la Cour de Bordeaux consacre le même principe, dans un arrêt du 18 janvier 1850, lorsque les vues sont établies par la destination du père de famille. Il en résulte que le voisin ne peut alors acquérir la mitoyenneté du mur qu'en respectant les vues acquises. Ainsi l'a jugé le tribunal de Castelnaudary le 10 juin 1873, à l'exemple de la Cour de Bordeaux, qui dans son arrêt du 18 janvier 1850 l'avait déjà décidé.

(1) La destination du père de famille, qui ne s'applique pas aux jours de souffrance, s'applique aux vues, car les vues peuvent constituer une servitude continue et apparente.

L'acquéreur de la mitoyenneté peut-il demander la suppression immédiate des ouvrages incompatibles avec le droit de mitoyenneté faits par le propriétaire dans l'exercice de son droit? C'est là, pensons-nous, un point de fait laissé à l'appréciation des tribunaux, qui doivent, dans leur décision, prendre en considération l'intérêt du propriétaire dont le droit de construire était indéniable, sans oublier toutefois que ces ouvrages n'existent qu'à titre de tolérance. La suppression ne doit être immédiate que si le maintien momentané des ouvrages cause un dommage à l'acquéreur.

Quant aux frais de suppression de ces ouvrages, ils sont à la charge de l'acquéreur de la mitoyenneté, de même qu'en matière d'expropriation les frais de démolition sont à la charge de l'expropriant. Ces ouvrages, en effet, ne constituent pas un empiètement sur le droit du voisin de la part du propriétaire constructeur, comme cela a lieu lorsqu'il s'agit des vues; le propriétaire en les pratiquant n'a fait qu'user de son droit, il n'y a donc pas lieu de mettre les frais de suppression à sa charge. Décider autrement ce serait permettre à l'acquéreur de la mitoyenneté d'obliger le propriétaire à *faire* ce qui n'est pas en son pouvoir. S'il s'agissait d'ouvrages nuisibles adossés contre le mur par le propriétaire, sans observer les précautions requises, la suppression évidemment serait à la charge du propriétaire lui-même, car on peut dire qu'il a outrepassé son droit en les élevant.

§ 2. *Différence entre la cession forcée de la mitoyenneté du mur et la cession forcée de la mitoyenneté de l'exhaussement.*

Nous avons étudié la cession forcée de la mitoyenneté au point de vue du mur, étudions-la maintenant au point de vue de l'exhaussement. Nous rapprochons ces deux matières, bien que nous n'ayons pas encore parlé de l'exhaussement, afin de mieux montrer la différence qui les sépare.

« Art. 660. 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 valeur de la moitié du sol fourni pour l'excé-
« dant d'épaisseur, s'il y en a. »

Il suit de ce texte que celui qui a exhaussé le mur mitoyen est propriétaire exclusif de la partie exhaussée. Le texte, en effet, ne dirait pas que celui qui a été étranger à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté, si la partie exhaussée était forcément mitoyenne. Cette décision est, à la vérité, fort juste; mais il n'est pas moins juste d'accorder au copropriétaire du mur la faculté d'acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement. Non-seulement le voisin joint ici le mur du voisin (1) (art. 661), mais il

(1) La Cour de Douai a jugé que la partie non mitoyenne reposant sur un mur mitoyen *ne joignait pas* l'héritage du voisin (17 février 1810). On lui a répondu avec raison que sa décision était trop subtile.

en est même déjà copropriétaire pour partie, et l'on ne saurait raisonnablement exiger de lui qu'il supportât sur la partie mitoyenne la partie non mitoyenne, je veux dire l'exhaussement. Ajoutons que l'acquisition de la mitoyenneté peut porter sur tout ou partie de l'exhaussement, sans qu'il soit besoin de motiver cette détermination.

Que faut-il payer pour acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement? *La moitié de la dépense* qu'il a coûté, dit l'article 660. Ainsi, tandis que le propriétaire qui joint un mur doit, pour rendre le mur mitoyen, rembourser *la moitié de la valeur* (art. 661), celui qui veut rendre l'exhaussement mitoyen doit payer la moitié de la dépense. Pourquoi cette différence? C'est que la loi a voulu protéger le constructeur de l'exhaussement contre l'esprit de spéculation du copropriétaire. Si celui-ci, en effet, pouvait, aussitôt l'exhaussement achevé, en exiger du constructeur la cession de mitoyenneté, moyennant la moitié de la valeur, le constructeur se trouverait en perte en faisant la cession, car le plus souvent, lorsque l'exhaussement est nouveau, la valeur de l'exhaussement est inférieure à la dépense. Nous ne croyons pas pourtant que cette règle soit absolue. Lorsque le motif de spéculation n'existe plus, la précaution prise par la loi n'aura plus, à notre avis, de raison d'être, et nous devons faire retour au droit commun, c'est-à-dire exiger de l'acquéreur, non plus la moitié de la dépense, mais la moitié de la valeur. Il serait assurément trop rigoureux, lorsque la cession

se fait à une époque éloignée de l'exhaussement, d'obliger l'acquéreur à payer la moitié de la dépense, lorsque le mur a considérablement diminué de valeur.

SUBDIVISION DEUXIÈME.

Prescription de la mitoyenneté.

La section deuxième a pour objet, nous le savons, l'acquisition de la mitoyenneté. Nous avons, dans la première subdivision, examiné un moyen d'acquisition, la cession; voyons l'autre moyen, la prescription. La mitoyenneté d'un mur peut être acquise par prescription, lorsque les faits de possession sont bien caractérisés. Ainsi la réparation du mur séparatif à frais communs, pendant un temps suffisant pour prescrire, établie publiquement et d'une manière non équivoque, est un acte de nature à fonder la prescription de la mitoyenneté. On ne saurait décider de même du fait de l'un des voisins d'appuyer des espaliers contre le mur avec crochets en fer, car ce fait ne constitue qu'un acte de tolérance et de bon voisinage de la part du propriétaire (art. 2232); arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 1845. — Quel est le temps requis pour prescrire la mitoyenneté? Ce sera tantôt trente ans, tantôt dix ou vingt, suivant les cas (art. 2262, 2265), car il faut bien se rappeler que la mitoyenneté n'est pas une servitude, mais une copropriété; (arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1865.)

SECTION III.

Mitoyenneté par présomption de la loi (1).

Voici un mur qui sépare deux bâtiments, ou qui sépare une cour d'un jardin ; mais ces héritages appartiennent à deux propriétaires différents. L'un des voisins ne peut établir la mitoyenneté ni par construction commune, ni par un titre ; l'autre voisin ne peut non plus prouver la propriété exclusive du mur ni par titre, ni par une construction exclusive. Que décider dans ce cas ? La loi a tranché la question par une présomption légale. Cette présomption légale est une présomption de mitoyenneté.

SUBDIVISION PREMIÈRE.

Mur placé entre les héritages prévus par la loi.

I. Étendue de la présomption de mitoyenneté.

Une présomption, c'est l'usage, c'est le courant ordinaire des choses, pris pour ligne de conduite. La présomption, sans doute, n'est pas toujours le reflet de la vérité, mais au moins elle est faite à son image, et elle a ici l'avantage de dissiper le doute qui pourrait troubler les rapports de bon voisinage. En suivant cette présomption, la loi croit tout au

(1) La présomption de mitoyenneté n'est pas une cause d'acquisition mais une preuve.

moins côtoyer la vérité. Mais quelle est l'étendue de cette présomption de mitoyenneté? La présomption de mitoyenneté a pour mesure, d'une part les conditions mêmes de l'article 653, et d'autre part deux présomptions, qui ensemble en déterminent la portée d'application. Ces présomptions sont la présomption de construction commune, d'une part, et la présomption d'acquisition de mitoyenneté d'autre part. C'est avec raison que la loi les a prises pour fondement de la mitoyenneté. N'est-il pas naturel, en effet, de supposer la construction commune, par les voisins, d'un mur, à l'existence duquel ils sont également intéressés, et sur lequel aucun d'eux ne peut prouver une propriété exclusive, ou tout au moins une construction isolée qui pourrait la faire présumer? Cette preuve de construction exclusive fût-elle faite, n'est-il pas encore raisonnable de supposer que le voisin a dû se rendre acquéreur de la mitoyenneté du mur séparatif, qui peut être pour lui d'une si grande utilité? Aussi nous croyons que le législateur, en consacrant ces présomptions, n'a fait là qu'une œuvre de bon sens et de raison, qu'il n'aurait point dû, sous le rapport du texte, circonscrire dans de si étroites limites.

II. Conditions d'application de la présomption de mitoyenneté.

§ 1^{er}. Conditions du texte.

Nous étudierons en même temps ces conditions

et à propos de la ville et à propos de la campagne, car il n'y a de différence entre elles que relativement à l'enclos. Nous décomposerons l'article 653, qui vise la question, en deux parties, pour mieux en montrer l'économie.

Art. 653. « *Dans les villes*, tout mur servant de
« séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou
« entre cours et jardins, et même entre enclos dans
« les champs (qui sont hors les villes, mais qui font
« partie du territoire extérieur des villes), est présumé
« mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

« *Dans les campagnes*, tout mur servant de sépa-
« ration entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou en-
« tre cours et jardins, et même entre enclos dans
« les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre
« ou marque du contraire. »

D'après ce texte, pour qu'il y ait lieu à la présomption de mitoyenneté il faut : 1° Qu'il s'agisse d'un mur servant de séparation, 2° Que ce mur forme une séparation immédiate, 3° Qu'il soit placé entre les héritages prévus par la loi.

1° *Il faut qu'il s'agisse d'un mur servant de séparation.* — Étant donné l'article 653, qui ne déclare mitoyen que le mur *servant de séparation*, on peut se demander si le mur de soutènement d'une terrasse peut être mitoyen, lorsqu'il ne s'élève pas au-dessus du niveau du sol supérieur, quoiqu'il soit placé entre deux héritages appartenant à deux per-

sonnes différentes. Ce cas échappe certainement à l'application de l'article 653, car le mur *ne sert pas de séparation*. Ce mur sera ou la propriété exclusive du maître dont il soutient le sol, ou la propriété exclusive du maître d'en bas, si un titre l'établit, ou encore il appartiendra en commun aux deux voisins, s'il est établi que l'un et l'autre l'ont construit à frais communs. Seulement, il faut noter que la mitoyenneté dans ce dernier cas résulte, non d'une présomption de construction commune, mais d'une construction commune prouvée.

Si le mur de soutènement s'élève au-dessus du niveau du sol supérieur, on peut dire alors *qu'il sert de séparation* et que la présomption de mitoyenneté s'y applique. La présomption s'étendra à tout le mur, depuis le sol le plus bas jusqu'à sa sommité, car il est de droit commun qu'un mur mitoyen dans sa partie supérieure repose sur des parties de mur mitoyennes. Il n'en serait autrement que si l'on savait par qui et dans l'intérêt de qui le mur de soutènement a été bâti.

2° *Il faut que le mur forme une séparation immédiate entre les héritages.* — Si le constructeur du mur a laissé au-delà de cette séparation une portion de terrain utilisée ou utilisable, alors même qu'elle serait très-faible, la présomption de mitoyenneté ne peut s'appliquer, car le mur n'est pas sur la ligne séparative des héritages. Le mur est la propriété exclusive du constructeur. Cette propriété peut s'accuser par des arcs-boutants, des piliers-boutants,

des jambes de force et autres travaux de consolidation extérieure.

Mais si la portion de terrain laissée au delà du mur de séparation était trop faible pour être utilisée, l'acquisition de mitoyenneté devenant possible, comme nous l'avons vu, rendrait possible la présomption.

3° *Il faut, pour que la présomption de mitoyenneté s'applique, que le mur serve de séparation aux héritages prévus par la loi.*

A. *Mur entre deux bâtiments.* — Ce mur, dit l'article 653, est présumé mitoyen jusqu'à l'héberge, c'est-à-dire jusqu'au toit. Disons mieux, il est présumé mitoyen jusqu'au point, où les deux bâtiments peuvent profiter du mur commun.

Les deux bâtiments sont d'égale hauteur. — Si le mur ne s'élève pas au-dessus des toits, il est, cela va sans dire, comme mur de séparation, mitoyen jusqu'aux toits. Si le mur s'élève au-dessus des bâtiments, l'*excédant* du mur ne sera pas présumé mitoyen, en vertu de la présomption légale, car *il ne sert pas de séparation* entre bâtiments, mais il le sera, parce qu'il repose sur un mur mitoyen ; à moins que la preuve de propriété exclusive ne soit fournie par l'un ou l'autre des voisins.

Les deux bâtiments sont d'inégale hauteur. — Le mur, en principe, est mitoyen jusqu'à la hauteur du toit le moins élevé, car c'est jusqu'à ce point seulement que les deux bâtiments profitent du mur commun. L'excédant de mur échappe à la présomption légale, et il est ici considéré comme la propriété

exclusive du maître du bâtiment le plus élevé, car il n'est utile qu'à lui seul. Il l'a sans doute élevé pour garantir son toit contre la violence du vent, et pour y appuyer au besoin ce qui est nécessaire à la réparation du toit. Il n'y a pas à examiner si l'excédant dépasse ou non le bâtiment du propriétaire le plus élevé lui-même, car étant exclusivement propriétaire de l'excédant inférieur, qui va de la sommité du toit voisin à la sommité de son toit, il est par là même réputé propriétaire de l'excédant supérieur, qui s'appuie sur sa propriété. Cette attribution de propriété de l'excédant de mur a pour cause l'intérêt exclusif du propriétaire le plus élevé, mais elle n'a plus lieu lorsqu'un fait précis prouve que la propriété ne lui appartient pas. Ainsi, un propriétaire de deux bâtiments d'inégale hauteur déclare dans l'acte de vente, au moment où il les cède à deux acquéreurs différents, que le mur séparatif sera mitoyen. On ne saurait donner une utilité à la déclaration qu'en lui faisant produire cette copropriété du mur, dans toute sa hauteur, car la partie du mur qui sert vraiment de séparation est déjà présumée mitoyenne jusqu'au point où les deux bâtiments peuvent en profiter. Le maître du bâtiment le plus élevé n'aurait pas non plus la propriété exclusive de l'excédant de mur, si la propriété de l'excédant était établie au profit du maître du bâtiment le moins élevé.

Si le toit du bâtiment le moins élevé, au lieu de

présenter une ligne parallèle à la base du mur mitoyen, suit un plan incliné, la présomption de mitoyenneté suivra la ligne de ce plan incliné. L'excédant appartiendra, comme nous venons de le dire, au maître du bâtiment le plus élevé, sauf preuve contraire.

La présomption de mitoyenneté s'applique enfin aux parties du mur supérieures au bâtiment le moins élevé, contre lesquelles sont adossées les cheminées de celui-ci, car on peut dire qu'elles sont alors des parties exhausées du bâtiment le moins élevé.

B. Mur entre cours et jardins. — Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre cours et jardins est présumé mitoyen, dit l'article 653. Les auteurs sont divisés sur la portée d'application de ce texte, et ils agitent à ce propos deux questions. En premier lieu, la présomption de mitoyenneté s'applique-t-elle indistinctement dans la ville et la campagne aux murs qui séparent des fonds de même nature ou de nature différente? Ainsi s'applique-t-elle au mur situé entre deux cours, entre deux jardins, entre cour et jardin? En second lieu, pour l'application de la présomption, faut-il nécessairement, à la ville comme à la campagne, et en dehors de toute question relative à la nature des fonds, rechercher si les fonds voisins sont entièrement clos ou non?

Première question. — La présomption s'applique-t-elle à la ville et à la campagne quelle que soit la

nature des fonds que le mur sépare? Des auteurs distinguent entre la nature des fonds, lorsque ceux-ci sont situés à la campagne. Ils ne contestent pas l'application de la présomption entre deux cours ou entre deux jardins, mais ils la contestent entre une cour et un jardin. D'après eux, lorsque le mur sépare une cour d'un jardin, il doit être regardé comme la propriété exclusive du maître de la cour, parce que d'ordinaire on a plus d'intérêt à clore une cour qu'un jardin. Quant à la ville et au faubourg, ils ne font aucune distinction entre la nature des fonds, et le mur entre cour et jardin est présumé mitoyen comme le mur placé entre fonds de même nature. S'il en est autrement pour la ville et le faubourg, disent ces auteurs, c'est qu'on présume que le propriétaire de la cour, qui a pu contraindre le propriétaire du jardin à contribuer à la construction du mur séparatif, a usé de ce droit (art. 663).

Nous n'admettons pas la distinction de ces auteurs, et nous sommes d'accord en cela avec les interprètes les plus autorisés. La loi n'exige pas plus à la campagne qu'à la ville que les fonds séparés soient de même nature. Que ce soient deux cours, deux jardins, ou une cour et un jardin, il n'importe; la présomption de mitoyenneté s'applique indistinctement au mur qui les sépare. L'article 653, en effet, dit que tout mur entre cours *et* jardins est présumé mitoyen. Cela s'entend tout aussi bien d'un mur entre une cour et un jardin que d'un mur entre deux cours ou deux jardins, et cette disposition

de la loi s'étend, d'après le même texte, aux villes et aux campagnes. Le texte exclut donc les distinctions faites par les auteurs entre la nature des fonds et la nature des lieux. Cette décision est aussi fondée en raison, car le propriétaire du jardin a le même intérêt que le propriétaire de la cour à la construction d'un mur, soit pour le garantir, comme dit Pardessus, de la vue du côté de son voisin, soit pour adosser ses espaliers et mettre ses fruits à l'abri du vent.

Seconde question.— Pour l'application de la présomption, faut-il nécessairement, à la ville comme à la campagne, et en dehors de toute question relative à la nature des fonds, rechercher si les fonds voisins sont entièrement clos ou non? C'est l'avis de certains auteurs, car la présomption de la loi est, disent-ils, que « les cours et jardins » sont toujours clos. *Ils traduisent ainsi le texte :* quelle que soit la nature des fonds séparés, à la ville et à la campagne, aux champs et hors des champs, le mur séparatif est mitoyen s'il sépare *deux enclos*; en conséquence, le mur entre deux cours, entre deux jardins ou entre cour et jardin n'est mitoyen, que si ceux-ci ont qualité d'enclos.

Nous ne croyons pas que l'avis de ces auteurs soit conforme au texte de la loi. Pareille interprétation rendrait inutile, si elle était admise la distinction faite par la loi entre la nature des héritages, selon que ceux-ci se trouvent au milieu des champs ou hors des champs. Qu'a-t-elle besoin, en effet, de

parler de mur *entre cours et jardins*, d'une part, et de mur *entre enclos dans les champs*, d'autre part, si cette distinction n'a pas de raison d'être? Et il est incontestable que la distinction n'a pas de raison d'être si le mur n'est mitoyen qu'entre enclos. En présence de la rédaction du texte nous n'hésitons pas à maintenir cette distinction, et nous traduisons le *texte comme s'il était ainsi rédigé* : Que les héritages séparés soient des enclos ou non, tout mur est mitoyen, dès qu'il se trouve entre cours et jardins ; en conséquence, le mur entre enclos (hors les champs!) n'est mitoyen que si ces enclos ont nature de cours et jardins.

Pour nous, le mur qui sépare deux chantiers entièrement clos n'est pas mitoyen en vertu de la présomption légale, il l'est, au contraire, pour les auteurs que nous combattons. A l'inverse, le mur qui sépare une cour ouverte d'une cour close ou d'un jardin clos est, pour nous, mitoyen ; il ne l'est pas, au contraire, pour nos adversaires.

C. *Mur entre enclos dans les champs*. — Que faut-il entendre par enclos et par champs? L'enclos n'a pas été défini par la loi, par conséquent il faut décider que toute clôture constitue un enclos. Nous considérons donc comme tel, non-seulement l'héritage qui est entouré de murs de tous côtés, mais même l'héritage qui serait clos d'un côté par un mur et de tous autres côtés par des haies vives, des haies sèches ou des palissades en bois.

On entend par champs les terrains situés en dehors

de l'enceinte des villes et écartés des habitations. Ainsi, un terrain, quoique dépendant du territoire d'une ville, mais placé hors de son périmètre et à l'écart de toute habitation, est un champ. De même, un terrain situé à la campagne à l'écart des habitations est un champ, alors même qu'il est utilisé comme jardin. Nous ne qualifierons donc pas de champs les terrains compris dans l'enceinte d'une ville qui a reculé ses limites, quoique ces terrains aient conservé dans l'enceinte de la ville leur affectation antérieure. Voici des terrains qui étaient réellement des champs avant l'agrandissement de la ville; on y cultivait si vous voulez, du blé: l'agrandissement opéré, on continue d'y cultiver du blé. Ces terrains ne sont plus des champs, mais des *terrains non bâtis*. Leur affectation actuelle n'est que provisoire, ils n'ont plus le caractère définitif de champs de culture. Il faut en dire autant des terrains placés au milieu des habitations à la campagne; ce ne sont pas des champs, bien qu'ils soient en culture: ils attendent en quelque sorte une construction.

Ces mots « enclos dans les champs » étant définis, nous sommes à même de comprendre l'article 653, qui déclare que tout mur servant de séparation entre enclos dans les champs est présumé mitoyen. La loi entend dire par là qu'elle ne tient plus compte de la nature des héritages pour établir la présomption de mitoyenneté. Donc, quoique le mur ne soit pas placé entre cours et jardins, mais entre un bois et une pièce de terre, par exemple, il

n'en sera pas moins mitoyen si les deux fonds en présence sont entièrement clos et situés dans les champs. Si l'un seulement des deux fonds était clos, il va de soi que la présomption ne s'appliquerait plus; le mur serait alors la propriété exclusive du maître du fonds entièrement clos. Nous verrons plus loin que le mur séparatif devrait néanmoins être présumé mitoyen, non en vertu de la présomption légale, mais faute d'établissement de propriété exclusive au profit de l'un des voisins, si les fonds n'étaient clos ni l'un ni l'autre.

La loi exige qu'il y ait enclos dans les champs pour admettre la présomption, parce qu'alors, le mur étant également utile aux voisins, il n'y a pas de raison de préférence entre eux.

§ 2. *Motif.*

Il ne suffit pas, pour être soumis à la présomption de mitoyenneté, que le mur soit placé dans les conditions de l'article 653, il faut encore que ces conditions s'accordent avec le motif de la présomption légale. Ce motif, nous le savons, est double : c'est une présomption de construction commune ou une présomption d'acquisition de la mitoyenneté. Mais quand peut-on dire que ces présomptions fondamentales se produisent? Suffit-il pour cela que les conditions du texte existent? Il y a ici, à notre avis, une différence à noter entre les deux présomptions. Nous admettons que la présomption

de construction commune s'applique immédiatement, dès que l'état des lieux est conforme au texte de l'article 653, et il faut pour la détruire alors un acte de reconnaissance, un aveu du demandeur ou autre preuve contraire. Il en est autrement de la présomption d'acquisition. Le mur doit être dans les conditions prévues par l'article 653 pendant un intervalle de trente ans, avant que la présomption d'acquisition puisse exister, et pour qu'il soit nécessaire de la combattre par une preuve contraire. Jusqu'à l'expiration de ces trente années, l'acquisition de la mitoyenneté ne peut être fondée sur une présomption ; il faut une preuve directe émanée du demandeur pour l'établir, car pendant toute cette durée le défendeur est autorisé à contester l'acquisition de la mitoyenneté (art. 2262). En effet, tant que le prix ne sera pas payé au défendeur, et il doit l'être dans le système de l'expropriation, préalablement à toute prise de possession, l'acquisition de la mitoyenneté n'aura pas de fondement, car elle est subordonnée au paiement du prix. C'est donc après trente ans seulement que la présomption d'acquisition pourra apparaître et servir de base à la présomption de mitoyenneté, parce qu'alors le défendeur sera présumé être payé. Ainsi l'a décidé un arrêt de la Cour de Bourges du 21 décembre 1836. « Considérant, dit cet arrêt, qu'il est vrai que l'article 653 déclare que tout mur servant de séparation entre bâtiments, entre cours et jardins et même entre enclos dans les champs, est présumé

« mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire ;
« mais que dans l'espèce le défendeur articule qu'il
« y a vingt-cinq ans, l'emplacement, sur lequel le
« demandeur a construit ses bâtiments et, entre
« autres, celui qui appuie sur le pignon du mur
« séparatif, était un terrain ouvert ; — que si cette
« articulation était prouvée, il en résulterait qu'à
« cette époque ce pignon ne pouvait être mitoyen,
« et, par une conséquence légale, que le demandeur
« n'aurait pu appuyer sur ce pignon qu'en payant
« la valeur de la moitié de ce mur ; — que la loi, en
« imposant cette obligation à celui qui veut rendre
« un mur mitoyen, n'a créé contre le droit d'ac-
« quérir la mitoyenneté aucune prescription parti-
« culière ; — qu'ainsi l'action en paiement de l'in-
« demnité due au défendeur ne peut se prescrire
« que par trente ans..., etc. » La Cour de cassation
a rendu une décision semblable le 10 juillet 1865.

La présomption de mitoyenneté s'applique t-elle
au mur séparatif de deux héritages, placé dans les
conditions de l'article 653, lorsque celui-ci a été
entièrement construit sur le sol de l'un des voisins ?
Il n'y a pas présomption de construction commune ;
cela est évident, car la propriété du sol emportant
la propriété du dessus (art. 553), on ne peut suppo-
ser que le voisin aille, en pure perte, coopérer à la
construction d'un mur sur le fonds du voisin. Mais
il peut y avoir présomption d'acquisition, si trente
ans se sont écoulés depuis que le mur est dans les
conditions indiquées par la loi, et cette présomption

peut servir de base à la présomption de mitoyenneté; hors de là, la propriété exclusive du mur reste à celui qui a fourni le sol (arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1861).

III. *Faits qui s'opposent à la présomption de mitoyenneté, bien que le mur séparatif soit placé dans les conditions d'application de la présomption.*

Lorsque le texte et le motif de l'article 653 s'accordent, la mitoyenneté résulte-t-elle nécessairement de la présomption? Non; celle-ci peut céder devant un titre contraire, devant des marques de non-mitoyenneté ou devant la prescription.

§ 1^{er}. *Titre contraire.*

La présomption de mitoyenneté disparaît devant un titre, qui attribue au voisin la propriété exclusive du mur. Ce titre, qui est soumis quant aux conditions de validité aux règles du droit commun, suppose un acte écrit, ce qui exclut la preuve testimoniale. « Il serait trop hasardeux, dit un arrêt de la Cour d'Angers du 3 janvier 1850, il serait contraire à tout principe de stabilité et aux dispositions formelles du Code civil, d'admettre des témoignages oraux, sujets à erreur ou à prévention. » Il importe peu que le titre soit authentique ou sous-seing privé, mais il faut que le titre soit commun aux deux parties, du moins nous le

pensons, car il est de principe qu'on ne peut prouver son droit de propriété contre un autre par un titre émanant d'un tiers. Tout titre est une convention ; or, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165), donc la preuve doit résulter d'un titre, dans lequel les parties ou leurs auteurs ont figuré contradictoirement. Un arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1859 n'admet pas cette condition, parce que « l'article 653 « *n'exige point* que les titres, dont il appartient aux « juges de fait d'interpréter le sens et la portée, « soient communs aux deux propriétaires voisins ». Cette condition n'est pas inscrite dans le texte, c'est vrai, mais elle résulte des principes généraux, et il faut une exception pour y déroger ; or, cette exception n'est pas dans l'article 653.

§ 2. *Marques de non-mitoyenneté.*

D'après l'article 653, le mur..... est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire. Il y a marque du contraire, dit l'article 654, « lorsque la « sommité du mur est droite et à plomb de son « parement d'un côté, et présente de l'autre un « plan incliné ; lors encore qu'il n'y a que d'un « côté un chaperon ou des filets et corbeaux de « pierre, qui y auraient été mis en bâtissant le mur. « Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclu- « sivement au propriétaire du côté duquel sont « l'égout ou les corbeaux et filets de pierre. »

L'article indique trois marques de non-mitoyenneté : 1° le mur à plomb d'un côté et à plan incliné de l'autre ; 2° le chaperon et les filets ; 3° les corbeaux de pierre.

1° Le mur est à plomb d'un côté et à plan incliné de l'autre, lorsqu'à partir de sa sommité il suit régulièrement la verticale d'un côté, et présente de l'autre une certaine inclinaison qui met les eaux à la charge d'un seul des voisins.

2° Le chaperon est une espèce de toit, placé au haut du mur. Le filet est le prolongement du chaperon, il empêche les eaux de tomber sur le parement du mur.

3° Les corbeaux sont des pierres en saillie, placées de distance en distance dans le mur, et destinées à servir d'appui aux poutres du bâtiment à construire.

Il faut les distinguer des harpes qui sont des pierres d'attente, placées à l'extrémité des murs de façade d'une première construction, et destinées par leur saillie à lier les futures constructions des voisins. Les harpes, en effet, ne sauraient, comme les corbeaux, emporter présomption de propriété exclusive, au profit du voisin du côté duquel elles sont tournées.

A quelles conditions les filets et corbeaux détruisent-ils la présomption de mitoyenneté ? Il ne suffit pas, d'après le texte, que ces marques de non-mitoyenneté soient placées d'un seul côté, il faut encore qu'elles soient faites de pierre et mises en

bâtissant. Il serait très-facile sans cela à un voisin qui voudrait s'attribuer la propriété du mur, de faire des filets en plâtre, par exemple, à l'insu de l'autre voisin, ou de mettre furtivement des pierres dans le mur pour se procurer une preuve de propriété exclusive. Constatons que les marques de non-mitoyenneté, dont parle la loi, résultent toutes de l'état matériel du mur et de la forme extérieure de sa construction (arrêt de cassation du 11 janvier 1864). Les auteurs agitent, au sujet de ces marques, diverses questions que nous grouperons ici avant de passer à l'examen de chacune d'elles.

1° Faut-il que celui qui invoque les marques de non-mitoyenneté prouve qu'elles ont été mises en bâtissant, alors même qu'elles existent depuis trente ans? 2° Des marques de non mitoyenneté des deux côtés du mur en font-elles présumer la mitoyenneté? 3° Ces marques sont-elles limitatives? 4° S'appliquent-elles forcément à tout le mur? 5° Comment peut-on détruire la présomption de propriété exclusive produite par des marques de non-mitoyenneté?

1° *Preuve.* — Quand les marques de non-mitoyenneté n'ont pas trente ans de date, il faut, ce n'est pas douteux, car le texte est formel, que celui qui les invoque prouve qu'elles ont été mises en bâtissant. Si cette preuve n'est pas faite, le voisin a le droit de demander le rétablissement des choses dans l'état primitif, et il peut intenter à cet effet l'action possessoire dans l'année du trouble et après l'année l'action pétitoire. Mais la question a paru douteuse

pour certains auteurs, lorsque ces marques existaient depuis trente ans. D'après eux, celui du côté duquel elles se trouvent est dispensé alors de prouver qu'elles ont été mises en bâtissant. Toutes les actions, disent-ils, ne durent que trente ans, et la demande en suppression des marques de non-mitoyenneté expire, comme les autres actions, après ce délai; donc, si leur suppression n'est plus possible, ces marques s'imposent, et font preuve par elles-mêmes de propriété exclusive.

Ce n'est pas notre avis. Sans doute l'action en suppression des marques de non-mitoyenneté est éteinte après trente ans; mais il faut noter que le voisin contre lequel elles sont dirigées se gardera bien, après ce délai, d'en demander la suppression, car il se verrait opposer la prescription extinctive de son action. Il continuera donc, sans s'inquiéter des marques contraires, de jouir du mur en copropriétaire, et si le voisin prétend à la propriété exclusive du mur, il deviendra demandeur et aura la charge de la preuve. Cette preuve se fait en établissant que les marques de non-mitoyenneté ont été mises en bâtissant, y eût-il trente ans de date depuis l'état des choses.

2° Marques de non mitoyenneté des deux côtés du mur. — L'ancien droit admettait dans ce cas une présomption de mitoyenneté, mais le Code ne l'a pas reproduite, et nous ne pouvons appliquer de présomption sans un texte spécial (art. 1350). Par conséquent, s'il y avait dans les champs un enclos

contigu à un terrain ouvert, le mur serait la propriété du maître de l'enclos, quand même il y aurait des deux côtés des marques de non-mitoyenneté.

3° Les marques de non-mitoyenneté sont elles limitatives? De l'avis de tous, elles ne le sont pas, tout au moins s'il s'agit de murs construits avant la promulgation du Code, car les anciennes marques de non-mitoyenneté ne cessent d'être admises, au profit des propriétaires qui ont un droit acquis à leur maintien. Seulement, les propriétaires qui prétendent que la construction du mur est antérieure au Code, doivent le prouver. Quant aux murs construits depuis le Code, la question est controversée. D'après une première opinion, l'article 654, après avoir indiqué les marques de non-mitoyenneté, limite leur nombre en ajoutant que, *dans ces cas*, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre. Ces marques, affirment-ils, entraînent une présomption légale de propriété exclusive, or les présomptions légales sont de droit étroit et ne peuvent s'étendre. Les travaux préparatoires confirment d'ailleurs cette interprétation restrictive, car le rapporteur du tribuna, Albisson, dit dans son discours que le projet imprime le sceau de la loi à la mitoyenneté présumée, et *détermine précisément* les marques de non-mitoyenneté.

Une seconde opinion distingue entre le cas où la valeur du mur n'excède pas 150 francs et celui où elle excède ce chiffre. Si sa valeur est inférieure à

150 francs, ou même supérieure, pourvu qu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347), il est permis de recourir à tous les indices qui peuvent établir la propriété exclusive du mur; car alors la preuve par témoins, et avec elle les simples prescriptions, sont admises (art. 1353). Au contraire, si le mur vaut plus de 150 francs, sans qu'il y ait de commencement de preuve par écrit, on se trouve réduit aux présomptions tirées de l'article 654.

Enfin une troisième opinion, que nous croyons la meilleure, admet toute marque du contraire lorsqu'elle résulte de l'état matériel du mur. Elle fait observer que l'article 654 est purement énonciatif dans sa forme. L'article ne dit pas sous cette forme restrictive *qu'il n'y a* de marques de non-mitoyenneté *que dans tels cas...*, il procède par voie affirmative: *il y a* marque de non-mitoyenneté..., etc. L'article 653 lui-même est général dans ses termes: le mur est présumé mitoyen s'il n'y a *marque du contraire*. Quant à la preuve par témoins et aux présomptions de l'homme, elles ne sont guère possibles, car elles se résument dans une expertise dont les juges sont libres d'adopter les conclusions. Enfin, il est des marques de non-mitoyenneté qui, non écrites dans l'article 654, sont cependant si manifestes qu'il est impossible de ne pas les admettre. Supposez que le mur qui sépare aujourd'hui deux cours, deux jardins ou deux enclos, a soutenu autrefois, d'un seul côté, un bâtiment appartenant à l'un des

voisins, et qu'il en porte encore les traces, les débris des cheminées, par exemple, qui y sont encore suspendues ! Ces débris de cheminées ne sont-ils pas des marques de non-mitoyenneté évidentes ?

4° Les marques de non-mitoyenneté s'appliquent-elles à tout le mur ? C'est leur disposition qui décide la question. Ainsi, une sommité verticale d'un côté et présentant de l'autre un plan incliné est une marque de non-mitoyenneté qui s'étend forcément à tout le mur. Mais il peut se faire que des filets ou corbeaux soient disposés de manière à ne marquer que la limite de la mitoyenneté. Dans ce cas, la présomption de non-mitoyenneté ne s'étendra qu'à une partie du mur, à la partie placée au-dessus des marques limitatives de la mitoyenneté.

5° Comment peut-on détruire la présomption de propriété exclusive, produite par des marques de non mitoyenneté ? Il est de principe que toute présomption légale admet la preuve contraire, lorsqu'elle n'a pas pour effet « d'annuler certains actes » ou de « dénier l'action en justice » ; or la présomption de propriété n'a pas cet effet ; donc nous devons admettre contre elle toutes les preuves du droit commun. Les marques de non-mitoyenneté céderont, par exemple, devant un titre, alors même qu'elles auraient une existence de trente ans, car une preuve certaine, comme un titre, doit l'emporter sur une probabilité, comme la présomption.

La prescription pourrait aussi détruire la pré-

somption de propriété du voisin, soit en faisant acquérir la mitoyenneté, soit en faisant acquérir la propriété du mur lui-même à l'autre voisin. Mais il faut, pour cela, des actes de possession non équivoques, et c'est aux tribunaux qu'il appartient de les apprécier.

§ 3. *Prescription opposable à la présomption de mitoyenneté.*

La présomption de mitoyenneté, dit l'article 683, peut être combattue par un titre; donc elle peut être combattue par la prescription, car la prescription est un titre (art. 670, 690, 712). Cette décision est d'ailleurs conforme aux principes généraux, car il a toujours été admis que l'un des copropriétaires d'une chose indivise peut en acquérir la propriété exclusive par la prescription. Mais, dira-t-on, comment établirez-vous les faits de possession qui ont servi à fonder cette dernière? Par la preuve testimoniale? Elle n'est pas admise contre la présomption de mitoyenneté! Entendons nous bien; sans doute, elle n'est pas admise lorsqu'il s'agit d'une question de preuve, mais ici la situation est différente, il s'agit d'une question de mutation de propriété qui n'est nullement régie par l'article 683.

Quant aux faits de possession eux-mêmes, il faut qu'ils soient bien caractérisés et qu'ils se distinguent nettement de ceux que la mitoyenneté autorise. Il faut, par exemple, que l'un des voisins, après avoir baissé la hauteur du mur, se soit attribué les matériaux à lui seul et l'ait toujours réparé et en-

tre tenu seul. Toute entreprise, d'ailleurs, de la part du voisin sur les droits de mitoyenneté de l'autre n'aboutit pas à la prescription de la propriété du mur; elle peut ne faire naître qu'une servitude, comme la servitude de vue, comme le fait d'établir une cheminée dans le mur, qui projette la fumée sur l'héritage voisin, quoique la Cour de Pau ait décidé le contraire le 18 août 1834.

Reste une question à examiner. La possession annale détruit-elle la présomption de mitoyenneté? Nous admettons l'affirmative.

Le propriétaire qui possède un mur comme lui appartenant en propre, paisiblement, à titre non précaire, pendant un an et un jour, est dans la position de toute personne qui, pendant un an et un jour, a eu la possession régulière d'un immeuble quelconque, c'est-à-dire qu'il doit l'emporter au possessoire. L'adversaire dépossédé n'aura que la ressource de l'action pétitoire; c'est lui qui devra alors engager l'instance, et qui, par conséquent, aura la charge de la preuve. Le possesseur y jouera le rôle de défendeur, parce qu'il est présumé propriétaire. L'avantage du possesseur se justifie d'autant mieux dans notre espèce, que la présomption de propriété, qui résulte de la possession elle-même, indépendamment de tout délai et de toute instance, se trouve en quelque sorte renforcée lorsque la possession est annale, et qu'elle a déjà procuré à celui qui en jouit le bénéfice d'un jugement rendu au possessoire.

Comment le copropriétaire dépossédé combattra-t-il la présomption de propriété? Par la présomption de mitoyenneté elle-même, dit-on, qui est un titre. Est-ce qu'en effet l'article 1316 ne met pas les présomptions sur la même ligne que la preuve littéraire? Dès lors si celle-ci peut détruire la présomption de propriété, la présomption légale de mitoyenneté doit pouvoir aussi la détruire.

Cette réponse ne nous paraît pas décisive, elle ne fait, selon nous, que déplacer la question sans la faire avancer d'un pas. Nous avons en présence deux présomptions, l'une de propriété, l'autre de mitoyenneté; d'où conflit, à moins qu'il n'y ait une raison de préférence en faveur de l'une d'elles. L'opinion que nous combattons, trouve cette raison de préférence, dans cette circonstance que la présomption de mitoyenneté est un titre. Rien n'est moins décisif qu'un pareil motif. On confère à l'une des présomptions les avantages d'un titre pour lui donner la supériorité sur l'autre, sans s'apercevoir que l'autre présomption, par l'effet du même raisonnement, va se trouver à son tour considérée comme un titre, et va participer des mêmes avantages, de sorte que le conflit qui existait entre deux présomptions va réapparaître entre deux titres.

Mais, ajoute-t-on, si la présomption de propriété peut paralyser la présomption de mitoyenneté, il va arriver que celui qui, en vertu de l'article 653, compte sur la mitoyenneté du mur, et qui n'a pas songé à se procurer de titre parce que la loi elle-

même lui en fournissait un, se trouvera privé, par une simple possession annale, de son droit de copropriété, et ainsi, la possession annale, qui est insuffisante pour engendrer la propriété, va être mieux traitée que la possession à l'effet d'acquérir la propriété, qui exige dix, vingt, trente ans de durée.

La possession annale, répondrons-nous, ne dépouille pas de son droit de copropriété celui qu'elle a dépossédé; il conserve toujours le droit de prouver la mitoyenneté du mur. Seulement si, par sa négligence, il perd la possession, il doit s'imputer à faute d'être obligé de fournir une preuve de son droit.

Ne serait-il pas, d'ailleurs, illogique que la possession annale, qui dispenserait le possesseur de tout le fonds voisin de prouver qu'il est propriétaire, ne produisit pas le même effet, au profit du possesseur annal d'un simple mur? Quelle serait, en définitive, l'utilité de la possession annale, si elle ne dispensait pas de produire un titre?

Concluons donc que les présomptions se neutralisent l'une l'autre, et qu'alors celui qui a le bénéfice de la possession l'emporte, *melior est causa possidentis*, à moins qu'une preuve autre que la présomption légale de mitoyenneté, telle qu'une preuve littérale, ne vienne combattre la présomption qui découle de la possession annale.

SUBDIVISION DEUXIÈME.

*Mur placé dans une situation autre que celles qui sont indiquées
par l'article 653.*

Nous avons vu que la présomption légale de mitoyenneté ne s'appliquait qu'au mur placé entre bâtiments, entre cours, entre jardins, entre cour et jardin, entre enclos. Ce sont là les seules situations indiquées par la loi, comme pouvant donner lieu à la présomption de mitoyenneté. Notez qu'il ne suffit pas que les héritages en présence appartiennent individuellement par leur espèce à l'une et à l'autre de ces situations, il faut encore que leur combinaison soit conforme à celle de la loi, car il ne vous est pas permis d'en faire de nouvelles (art. 1350). Dès lors pas de présomption de mitoyenneté, lorsque le mur est placé entre bâtiment et cour, entre bâtiment et jardin, entre bâtiment et enclos, entre bâtiment et terrain ouvert. Il n'y a pas à faire de distinction à cet égard entre les lieux où la clôture est forcée et ceux où elle ne l'est pas, car elle n'est pas indiquée par l'article 653. Le mur, dans ces divers cas, est considéré comme la propriété exclusive du maître du bâtiment, parce qu'il est bien plus utile à celui-ci qu'au voisin. Mais que décider lorsque le mur sépare deux héritages qui ne sont ni l'un ni l'autre, cour, jardin ou enclos, comme deux champs, deux bois, deux près ou deux chantiers ? La présomption légale de mitoyenneté n'est pas appli-

cable ici, c'est évident ; cependant si aucun des voisins n'établit la propriété exclusive à son profit, le mur sera considéré comme mitoyen, non pas en vertu de la présomption de l'article 653, mais parce qu'il n'y a pas de raison pour l'attribuer à l'un plutôt qu'à l'autre.

SUBDIVISION TROISIÈME.

Des changements surviennent dans la nature des héritages et modifient la situation légale du mur.

Deux hypothèses peuvent se présenter ; examinons-les une à une.

Première hypothèse. — Deux héritages voisins, lors de la construction du mur séparatif, ne sont pas encore par leur nature dans un rapport susceptible d'engendrer une présomption de mitoyenneté. La nature de l'un des héritages vient à changer, et le nouveau rapport qui s'établit entre eux est un cas de présomption. La condition légale du mur est-elle changée ? A la place de la propriété exclusive de l'un des voisins, y aura-t-il désormais mitoyenneté ? Nous ne pouvons pas mieux faire pour rendre compte des effets de ce changement que de citer quelques exemples.

Mur entre bâtiment et cour. — Voilà le premier état des lieux. Le bâtiment devient une cour, ce qui nous donne pour second état de choses un mur entre deux cours. Le défendeur qui se prévaut de la nouvelle situation pourra fonder son droit à la mitoyen-

neté, tantôt sur la prescription, tantôt sur la présomption d'acquisition, qui, nous l'avons vu, est une base de la présomption de mitoyenneté, et la seule qui soit applicable dans notre espèce.

Le demandeur, qui réclame le maintien des choses en l'état primitif, ne peut combattre le droit de mitoyenneté lorsque celui-ci est abrité derrière la prescription; il doit nécessairement succomber. Mais il peut combattre la présomption de mitoyenneté fondée sur la présomption d'acquisition, par des marques de non-mitoyenneté, telles que les vestiges de cheminées laissés sur le mur, par un titre contraire, ou encore en montrant que le nouveau rapport des héritages ne dure pas depuis trente ans, ce qui écartera la présomption d'acquisition. Faute d'user de ces moyens, la présomption de mitoyenneté s'impose et la condition primitive du mur sera changée au détriment du propriétaire.

Mur entre bâtiment et cour. — Sur l'emplacement de la cour s'élève aujourd'hui un bâtiment; le mur sépare alors deux bâtiments. Dans cette situation, le défendeur invoquera les mêmes moyens que plus haut et le demandeur, sauf les marques de non-mitoyenneté qui ne sont pas possibles entre bâtiments, n'aura qu'à recourir aux preuves dont nous avons parlé pour les combattre.

Mur entre une cour et un terrain vague, ou autre héritage non prévu par la loi. — Le terrain vague est transformé en cour; nous aurons un mur entre deux cours, auquel nous appliquerons les règles précédentes.

Deuxième hypothèse. — Deux héritages voisins, lors de la construction du mur séparatif, sont par leur nature dans un rapport susceptible d'engendrer la présomption de mitoyenneté. La nature de l'un des héritages change et le nouveau rapport n'est plus un cas de présomption. La condition légale du mur est-elle changée? A la place de la mitoyenneté y aura-t-il désormais propriété exclusive au profit de l'un des voisins? Un exemple entre plusieurs pourra servir de guide.

Mur entre cour et cour. — Sur l'une des cours est érigé un bâtiment; le mur se trouve donc placé entre une cour et un bâtiment, c'est-à-dire entre deux héritages qui ne se prêtent pas à la présomption de mitoyenneté. Le demandeur, maître de la cour, qui prétend que la mitoyenneté existe malgré l'état contraire des lieux, devra, pour combattre la présomption de propriété exclusive qui en résulte au profit du défendeur, montrer qu'à l'origine le mur séparait deux cours, et qu'il était mitoyen par suite de construction commune ou par suite d'acquisition. Faut de quoi, la condition du mur sera changée, et il appartiendra en toute propriété au maître du bâtiment, parce qu'il lui est plus utile qu'au maître de la cour.

Il est inutile d'insister davantage sur ces deux hypothèses; on peut, à l'aide des espèces que nous avons examinées, résoudre les questions qui peuvent se présenter dans cet ordre d'idées.

CHAPITRE DEUXIÈME.

PROCÉDURE.

Nous connaissons la nature et les causes de la mitoyenneté ; examinons à présent la marche à suivre pour faire respecter la possession ou constater l'existence du droit de mitoyenneté, que le voisin conteste en tout ou en partie.

La demande, selon son objet, peut être portée soit devant la justice de paix, soit devant le tribunal d'arrondissement.

Le juge de paix de la situation des héritages est appelé à statuer sur les actes du voisin qui n'impliquent pas contestation du droit de copropriété, il est juge, en un mot, des actions possessoires. Ainsi, il doit protéger celui qui souffre de l'usurpation du voisin, lorsqu'elle dure depuis moins d'une année, et même protéger l'usurpateur contre le trouble que peut apporter dans sa possession celui qui souffre de l'usurpation, lorsqu'elle dure depuis plus d'une année. L'action relative à la copropriété du mur est seulement soumise au préliminaire de conciliation.

Quant aux actions, qui ne sont pas relatives à la possession, hormis le préliminaire de conciliation, elles s'intentent devant le tribunal d'arrondissement de la situation et non devant un autre tribunal d'arrondissement, parce que ces actions nécessitent le plus souvent des visites de lieux

ou des expertises, et que, par conséquent, il n'est pas de tribunal mieux placé pour en connaître que celui de la situation.

D'ailleurs, qu'il s'agisse de l'action pétitoire, de l'action en payement du prix de cession de mitoyenneté, de l'action tendant au remboursement de sommes avancées pour travaux, toutes ces actions sont réelles, et à ce titre on ne peut les soustraire à la compétence de ce tribunal. Il n'y a pas lieu, à notre avis, de douter de la réalité de l'action tendant au remboursement des frais de mitoyenneté, quoique certains auteurs aient hésité sur ce point. En effet, dans les lieux où la clôture est forcée, c'est moins la personne du voisin qui doit se clore que l'héritage lui-même; et dans les lieux où la clôture n'est pas forcée, est-ce que la faculté d'abandon de l'article 686 ne consacre pas la réalité de l'action? Un jugement du tribunal de la Seine lui a reconnu ce caractère le 13 février 1874; seulement il le déduit de l'idée de servitude que nous avons repoussée lorsqu'il s'agit de mitoyenneté (1).

(1) Voici un extrait de ce jugement: « Le législateur a rangé parmi les immeubles les servitudes ou services fonciers, sans distinguer les servitudes conventionnelles de celles établies par la loi, et dans l'article 526 du Code civil il a qualifié expressément d'immeubles les actions qui tendent à les revendiquer; or, il est de principe que toute action immobilière est une action réelle; donc la réclamation du prix des travaux de mitoyenneté, à laquelle on ne saurait dénier le caractère de servitude et, par conséquent, d'immeuble, donne naissance à une action réelle (art. 526), puisqu'elle repose sur une charge réelle. »

L'action étant réelle dans les divers cas que nous venons de citer, il en résulte qu'elle peut être intentée par le nouvel acquéreur de l'héritage créancier, à qui l'action est transmise avec l'héritage, comme elle peut être dirigée contre le nouvel acquéreur de l'héritage débiteur, pour la même raison.

Nous n'avons rien à dire ici de l'organisation de l'instance à engager, du jugement, du recours ; ce sont là des matières de pure procédure, et qui sont de tous points soumises aux règles du droit commun. Disons seulement en ce qui concerne l'instruction que, lorsque, après les mesures d'instruction préparatoires, telles que les expertises, les enquêtes et les visites de lieux, il s'agit d'établir le droit de mitoyenneté, la loi n'exige pas que vous en fournissiez directement la preuve ; elle déduit l'existence de ce droit de la nature des héritages, par une présomption légale qui dispense de toute preuve. Mais celle-ci deviendrait utile si la nature des lieux devenait contraire à la présomption de mitoyenneté, ou si la possession annale venait détruire cette dernière ; vous devriez alors arguer d'un titre.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES EFFETS DE LA MITOYENNETÉ.

La mitoyenneté est une copropriété, en d'autres termes, une communauté qui crée à la charge de ceux au profit desquels elle existe, dit Pothier, « les mêmes obligations que forme la communauté des autres choses ». « Donc chacun des voisins est 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. » Mais d'un autre côté, cette communauté, ajoute-t-il, « donne à chacun des voisins le droit de se servir de la chose commune pour les usages auxquels elle est destinée », pourvu toutefois « qu'il ne cause aucun préjudice à ceux avec qui la chose lui est commune. » C'est à l'examen de ces charges et de ces droits que nous consacrerons les sections qui suivent.

SECTION I.

Charges qui dérivent de la mitoyenneté.

« Art. 655. — 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.

« Art. 656. — Cependant tout copropriétaire
« d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer
« aux réparations et reconstructions en abandon-
« nant le droit de mitoyenneté, pourvu que le
« mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui
« lui appartienne. »

SUBDIVISION PREMIÈRE.

Contribution aux charges.

La contribution des voisins aux charges que peut comporter le mur, est réglée spécialement par l'article 656.

I. Dans quels cas a-t-elle lieu ?

L'obligation de contribuer s'impose toutes les fois qu'il y a lieu à réparation ou à reconstruction pour vétusté ou accident de force majeure. Mais les parties ne sont pas juges de l'opportunité des travaux ; c'est là une question de fait qui ne peut être appréciée que par le tribunal.

II. Étendue de la contribution aux charges.

§ 1^{er}. *Le mur est entièrement mitoyen.*

Lorsque les frais de charges ne sont pas occasionnés par le fait de l'un des voisins, ils doivent être supportés par chacun d'eux pour égales parts. Ils doivent donc également contribuer aux réparations, sans distinguer si elles sont nécessaires d'un seul côté du

mur ou des deux côtés, et ils doivent faire les reconstructions à frais communs dans les conditions du mur ancien, sous le rapport de la qualité des matériaux, de la hauteur, de l'épaisseur et de la profondeur des fondations. Toutefois, si le mur à remplacer présentait des vices de construction, ou si, reconstruit sur le modèle de l'ancien, il ne devait pas suffire à l'usage auquel les copropriétaires veulent l'employer, ils seraient l'un et l'autre en droit d'exiger une construction plus solide et plus appropriée aux circonstances (arrêt de la Cour de Paris du 11 décembre 1872).

Il va sans dire que si l'un des copropriétaires, seul, demandait un mur dans des conditions nouvelles, il serait obligé de supporter l'excédant de dépenses (jugement du tribunal de la Seine, 10 novembre 1871, et arrêts de la Cour de Paris des 22 février 1872 et 8 août 1873). Il devrait même payer tous les frais si la reconstruction était nécessitée par une faute de sa part.

§ 2. *Le mur est mitoyen pour partie.*

Les charges de la partie mitoyenne sont au compte des deux voisins pour égales parts ; mais celles de la partie non mitoyenne incombent exclusivement à celui qui est propriétaire de cette portion de mur. La réparation et la reconstruction du mur seront alors à la charge de tous ceux qui y ont droit, proportionnellement au droit de chacun.

SUBDIVISION DEUXIÈME.

Exemption de contribution aux charges.

I. Villes et faubourgs.

Des auteurs, se fondant sur la généralité de l'article 656, soutiennent que le droit de s'affranchir des charges de la mitoyenneté existe aussi bien dans les villes et faubourgs que dans les campagnes. La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 novembre 1864, a consacré cette doctrine. « Attendu, dit-elle, qu'aux
« termes de l'article 656, tout copropriétaire d'un
« mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux
« réparations et reconstructions en abandonnant le
« droit de mitoyenneté; que cette faculté d'abandon
« est générale et absolue, s'appliquant aux murs
« mitoyens *dans les villes et les campagnes*; que
« l'article 663, qui contient, quant aux constructions
« et réparations de clôtures dans les villes et fau-
« bourgs, des dispositions semblables à celles de
« l'article 655 sur les réparations et constructions
« de tout mur mitoyen, n'a en rien dérogé à la fa-
« culté d'abandon édictée en l'article 656; que, par
« conséquent, soit qu'il s'agisse, comme dans ce
« dernier article, d'une reconstruction, soit qu'il
« s'agisse, comme dans l'article 663, d'une première
« construction, la faculté de renoncer à la mitoyen-
« neté persiste, la raison étant la même pour se dis-
« penser de concourir à la confection d'un mur
« destiné à être mitoyen, et pour renoncer à la mi-

« moyenneté de ce mur après qu'il aurait été construit..., etc. » Nous avons montré, en examinant l'article 663, qui déclare que chacun peut *contraindre* son voisin, dans les villes et faubourgs, à *contribuer* aux constructions et réparations de la clôture, qu'on ne peut étendre aux villes et faubourgs la faculté d'abandon de mitoyenneté de l'article 656, sans effacer le droit de contrainte de l'article 663. Il faut donc décider, pour faire à ces deux articles une juste part d'application, qu'on ne peut s'exempter de la contribution aux charges dans les villes et faubourgs. Nous dirons, en conséquence, que si l'un des voisins refuse de coopérer personnellement aux travaux, l'autre voisin pourra se faire autoriser par le tribunal à y procéder seul. sauf son recours une fois les travaux achevés.

II. Campagnes.

On peut s'exonérer dans les campagnes de la contribution aux charges, parce que la clôture n'y est pas forcée, et cela en faisant l'abandon de la mitoyenneté du mur construit. Nous savons que s'il n'y avait pas de mur, le voisin ne serait pas tenu de concourir à la construction d'un mur de séparation, et que dès lors il n'aurait rien à abandonner.

§ 1^{er}. Conditions d'abandon de mitoyenneté.

Pour exercer cette faculté d'abandon, il faut remplir trois conditions : 1^o il faut cesser tout acte

d'appropriation du mur ; 2° il faut que la cessation soit effective ; 3° il faut n'être pas en faute.

1° Il faut cesser tout acte d'appropriation du mur. Cette condition résulte de l'article 656. Sans doute, l'article exige seulement que le mur « ne soutienne » pas le bâtiment de celui qui veut faire abandon », mais il n'est pas restrictif ; il n'est que l'application d'un principe général qui ne veut pas qu'une personne puisse s'affranchir des charges attachées à un droit, tout en conservant les avantages produits par ce droit. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Paris le 4 février 1870. « La faculté, dit-elle, « d'acquérir la mitoyenneté en en payant la valeur « a pour corollaire, dans l'esprit de la loi, l'obligation de ne faire sur ce mur aucun acte de possession utile sans en acquérir la mitoyenneté. » Quand vous abandonnez cette mitoyenneté, vous vous mettez dans la même situation que celui qui ne l'a pas encore acquise, par conséquent, vous ne pouvez plus faire sur le mur des actes de possession utile. « Il ne peut dépendre du propriétaire qui joint « le mur, ajoute la Cour, en restreignant l'usage « qu'il fait dudit mur à telle ou telle destination « spéciale, de s'affranchir en tout ou en partie de « la contribution mise à sa charge par les règles de « la mitoyenneté et par les lois du bon voisinage. »

2° Il faut cesser effectivement tout acte d'appropriation ; c'est ce qu'a admis la Cour de cassation le 16 décembre 1863 dans l'espèce suivante. Le copropriétaire d'un mur mitoyen avait fait l'abandon de

la mitoyenneté, alors que le mur soutenait encore un bâtiment qui lui appartenait, mais en prenant l'engagement de le démolir. Il arriva que la démolition du bâtiment adossé au mur fit tomber celui-ci en ruine. Le copropriétaire soutint qu'il n'en était pas responsable parce qu'il avait cessé d'être copropriétaire en abandonnant son droit de mitoyenneté. Cette prétention fut rejetée par la Cour de cassation. « Vu l'article 656 ;
« — Attendu, en fait, qu'il est constaté par l'arrêt
« attaqué que les maisons du demandeur et du défendeur en cassation sont séparées par un mur mitoyen, et que de plus, elles ont respectivement ce
« mur pour point d'appui ; — Attendu que le même
« arrêt constate que le défendeur en notifiant au demandeur le 9 avril 1861, sa renonciation au droit
« de mitoyenneté, et, en outre, son intention de
« démolir la maison adossée audit mur, lui déclarait
« en même temps qu'il entendait par là laisser à sa
« charge tous les frais de réparation et de reconstruction, que cette démolition entraînerait, et
« qu'à cet égard il déclinait dès à présent toute
« responsabilité personnelle ; — Attendu, en droit,
« que d'après l'article 656, tout copropriétaire d'un
« mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux
« réparations et aux reconstructions en abandonnant
« le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui
« appartienne ; — Attendu que cette dernière disposition est impérative et absolue, et que, notamment, son effet ne saurait être modifié par celle

« circonstance que le propriétaire de la maison,
« soutenue par le mur mitoyen, en faisant dans
« l'espèce l'abandon de son droit de mitoyenneté,
« aurait pris en même temps vis-à-vis du voisin co-
« propriétaire du mur mitoyen l'engagement de
« démolir cette maison, puisque tant que cette
« démolition n'a pas eu lieu, le fait matériel,
« péremptoirement exclusif du droit d'abandon,
« continue à subsister avec toutes ses conséquences;
« — Que ce n'est donc et que ce ne peut être
« qu'après la *démolition réellement effectuée* que ce
« droit peut être légitimement exercé....., etc. »

3° Il faut pour que l'abandon de la mitoyenneté af-
franchisse des réparations et reconstructions du mur,
que celles-ci ne soient pas la suite d'une faute com-
mise par celui qui veut user de la faculté d'abandon.
Le détenteur d'une chose commune peut, à la vérité,
s'affranchir d'une charge réelle, mais il ne peut se
déliver d'une obligation personnelle qui résulte d'un
quasi-délit.

L'arrêt du 16 décembre 1863 n'exonère l'auteur
de la démolition que lorsqu'il a remis le mur en
état. « Il est de toute évidence, dit-il, que ce n'est
« qu'après qu'il a été pourvu par lui de droit au
« rétablissement du mur mitoyen en état, que
« l'auteur de la démolition peut être dispensé pour
« l'avenir de contribuer aux charges de la mitoyen-
« neté, parce qu'alors toute éventualité de dommage
« à l'encontre du voisin, provenant de son fait, a
« disparu. »

§ 2. Étendue et suites de l'abandon de mitoyenneté.

L'abandon peut être partiel ou total. En effet, si le droit de mitoyenneté, qui est divisible (art. 661), peut être acquis pour partie seulement, il est logique d'admettre qu'il peut être abandonné aussi pour partie, pourvu que sur cette partie cesse désormais tout acte d'appropriation. La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 avril 1865, a émis un avis conforme, contrairement à un arrêt de la Cour de Besançon (1).

« L'article 661, dit la Cour de cassation, dispose
« que le propriétaire joignant un mur a la faculté
« de le rendre mitoyen en remboursant au maître
« du mur la moitié de sa valeur ou la moitié de la
« portion qu'il veut rendre mitoyenne, et la moitié
« de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti ;

« D'où il suit que le droit de mitoyenneté est
« essentiellement divisible, en ce sens qu'il peut
« également porter sur la totalité du mur ou seule-
« ment sur une portion de ce mur ;

« En conséquence, on ne saurait admettre que
« cette condition de divisibilité puisse cesser d'exister
« lorsque, en vertu des articles 655 et 656, le copro-
« priétaire du mur mitoyen veut se dispenser de

(1) L'argument de la Cour de Besançon est tiré de la généralité des termes de l'article 656, qui ne fait aucune distinction. D'après cet article, dit-elle, l'affranchissement des charges n'est possible qu'en abandonnant le droit de mitoyenneté, or ce droit porte sur la totalité du mur, donc l'affranchissement des charges n'est possible que sous la condition que l'abandon portera sur la totalité du mur.

« contribuer aux réparations et reconstructions en
« abandonnant son droit de mitoyenneté ; que dans
« les deux cas, en effet, soit qu'il s'agisse de l'acqui-
« sition de ce droit conformément à l'article 661,
« soit qu'il s'agisse de son abandon conformément
« à l'article 656, le droit ne change pas de nature
« et doit être exercé dans les mêmes termes. »

L'autre voisin n'est pas obligé d'accepter l'abandon de mitoyenneté que veut lui faire le voisin ; il peut de son côté faire lui-même abandon, car c'est là une faculté dont ils jouissent réciproquement ; ils se partageront alors les matériaux et le sol. S'il accepte l'abandon de mitoyenneté fait par son copropriétaire, il doit avoir soin de retirer un acte d'abandon, pour se prémunir contre la présomption légale de mitoyenneté. Une fois devenu propriétaire exclusif du mur, il ne peut pas se comporter à son égard comme un propriétaire absolu, il ne peut pas le détruire, par exemple, et le laisser tomber en ruine pour profiter des matériaux et du sol, car lorsqu'il a accepté l'abandon, il s'est engagé par contrat à réparer ou à reconstruire le mur à ses frais. Ce n'est qu'à cette condition qu'il a acquis la propriété exclusive du mur. Aussi l'abandon serait-il sans cause, si le voisin, au lieu de conserver le mur et de prendre sur lui la charge des dépenses, l'abandonnait lui-même en ne le réparant pas. Il y aurait dans cette négligence une condition résolutoire tacite qui autoriserait le voisin à répéter sa part de matériaux et de terrain.

SECTION II.

Droits qui dérivent de la mitoyenneté.

La mitoyenneté confère aux copropriétaires le droit de tirer du mur tous les services qui ne sont pas contraires à sa destination, mais sous certaines conditions : tantôt il suffira du consentement du voisin ou d'un règlement par experts, tantôt il faudra faire certains ouvrages intermédiaires.

SUBDIVISION PREMIÈRE.

Les services qu'on veut tirer du mur n'exigent aucun ouvrage intermédiaire

I. Services qu'on peut, en général, tirer d'un mur.

Les services qu'on peut tirer d'un mur consistent dans des actes, ou accomplis *contre* le mur, comme un adossement, ou accomplis *dans* le mur, comme le fait d'y placer une poutre, ou accomplis *sur* le mur, comme un exhaussement.

Quoique la loi n'ait pas indiqué les actes qu'il soit permis de faire contre le mur, personne cependant ne conteste aux voisins le droit d'accomplir tous ceux qui ne sont pas de nature à l'ébranler, tels que plantations, treillages, peintures, sculptures, cadran solaire, berceau, hangar, escalier. La Cour de Metz, le 25 août 1863, a même jugé que l'on pouvait ap-

puyer des planches ou des barres de fer contre le mur, mais sans nuire à sa solidité. Il n'y a pas de contestation non plus relativement aux actes à faire sur le mur. Quant à ceux qui doivent être accomplis dans le mur, Pardessus n'admet pas qu'on puisse en faire d'autres que ceux qui sont déterminés par la loi. D'après lui, on ne peut établir dans le mur une niche, un tuyau de cheminée, ou tout autre ouvrage, qui aurait pour effet de ne laisser entre les voisins qu'une séparation insuffisante si l'autre usait du même droit. Cette opinion n'est-elle pas trop rigoureuse en présence de l'article 662, qui permet au voisin de pratiquer des enfoncements dans le corps d'un mur mitoyen, sous certaines conditions? Nous le pensons; parce que nous ne voyons pas de raison pour interdire, d'une manière absolue, un acte quand, eu égard à l'état du mur, à sa solidité et à son épaisseur, il est sans inconvénients pour le mur et ne nuit pas au droit du voisin.

Cette doctrine, enseignée par de bons auteurs, a été appliquée par la Cour de Bastia le 8 février 1840, et par la Cour de Dijon le 18 août 1847. Cette dernière a décidé « que l'un des voisins peut prati-
« quer des enfoncements dans le mur mitoyen, en
« faisant régler par experts les moyens nécessaires
pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible
« aux droits de l'autre. La loi, dit-elle, ne restreint
« pas la faculté de pratiquer un enfoncement pour
« un genre de construction spécial; cette faculté
« dès lors peut être étendue à l'établissement d'une

« *cheminée*, pourvu que les deux propriétaires puis-
« sent jouir d'un droit égal sans compromettre la
« solidité du mur. »

Après avoir déterminé d'une manière générale dans quelle mesure on peut tirer service du mur, voyons sous quelles conditions on peut le faire.

« Art. 662. L'un des voisins ne peut pratiquer
« dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfonce-
« ment, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage
« sans le consentement de l'autre, ou sans avoir,
« à son refus, fait régler par experts les moyens né-
« cessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas
« nuisible aux droits de l'autre. »

La loi soumet-elle à la nécessité du consente-ment, ou à un règlement d'experts, tous les actes qu'on peut faire relativement à un mur mitoyen? Le texte n'y soumet pas au moins les actes faits contre le mur, car l'enfoncement et l'ouvrage dont il parle supposent des travaux pratiqués dans le mur ou sur le mur. Il était, à la vérité, inutile de soumettre à ces conditions des actes qui ne nuisent pas au mur ni au droit du voisin. Des auteurs ont voulu également affranchir de ces conditions le droit de bâtir, le droit de placer des poutres dans le mur, et le droit d'exhaussement (art. 657, 658, 659), parce que, disent-ils, si l'article 662 était général, il n'entrerait pas dans le détail des ouvrages qui ne peuvent être faits sans le concours du voisin ou sans

expertise. Un arrêt de la Cour de cassation du 18 avril 1866 a adopté cette interprétation en ce qui concerne l'exhaussement. « La disposition de l'article 662, porte-t-il, règle une hypothèse autre que celle de l'article 658 ; elle ne peut donc être étendue arbitrairement au cas que celui-ci prévoit. »

Tel n'est point notre avis ; nous pensons, au contraire, avec certains auteurs, que l'article 662 est général et comprend les articles 657, 658 et 659, car il nous semble que placer des poutres dans le mur, bâtir sur le mur ou l'exhausser, c'est bien là pratiquer un enfoncement ou appuyer un ouvrage. Si l'on interprète l'article 662 autrement que nous le faisons, on arrive forcément à une inconséquence, parce que de tous les ouvrages qu'un copropriétaire peut faire, la construction et l'exhaussement sont sans aucun doute les plus importants. Or, on ne peut avec raison affranchir ces ouvrages du consentement du voisin ou de l'expertise, et y soumettre des actes de moindre importance. Il faut, *a fortiori*, appliquer l'article 662 au cas où l'exhaussement du mur exige sa reconstruction, bien que ce cas n'y soit pas prévu.

Si les ouvrages pratiqués dans le mur ont été faits avant l'acquisition de la mitoyenneté, nous ne pensons pas que l'acquéreur puisse toujours se prévaloir de ce qu'ils n'ont pas été établis contradictoirement avec lui pour en demander la suppression. Ce sont là des ouvrages qui ne sont pas nécessairement incompatibles avec le droit de mitoyenneté, et il serait choquant

d'admettre que le voisin, sans justifier d'un préjudice, pût faire supprimer des travaux qui, s'ils étaient démolis pourraient être rétablis. Un arrêt du 19 février 1872, rendu par la Cour de Bourges, l'a ainsi décidé.

II. *Services du mur particulièrement prévus par la loi.*

§ 1^{er}. *Droit de bâtir contre le mur et d'y placer des poutres et solives.*

« Art. 657. Tout copropriétaire peut faire bâtir
« contre un mur mitoyen et y faire placer des
« poutres ou solives dans toute l'épaisseur du
« mur, à 54 millimètres près (0^m,054), sans pré-
« judice du droit qu'a le voisin de faire réduire à
« l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur,
« dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des
« poutres dans le même lieu ou y adosser une che-
« minée ».

Nous n'avons rien à dire à propos du droit de bâtir. Le voisin peut construire ce qu'il veut sur le mur, comme maison d'habitation, grange, hangar, etc... Quant aux poutres et aux solives, si l'on pouvait, sous la coutume de Paris et contrairement à cette coutume, les loger dans le mur, au delà de la moitié de l'épaisseur, cela tenait à un usage, dit Desgodets, qui s'établit peu à peu, à mesure que les constructions

devinrent moins solides. C'est cet usage que le Code a suivi.

§ 2. *Droit d'exhaussement.*

« Art. 658. Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen, mais il 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.

« Art. 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. »

A. Droit des voisins à l'exhaussement. — L'article 658 est absolu, et ne restreint pas la faculté d'exhausser au cas où le voisin veut bâtir ; il étend ce droit à tous les ouvrages qui réclament un exhaussement.

Celui qui veut exhausser le mur est seulement tenu de demander le consentement du voisin ou un règlement d'experts en cas de refus, en s'adressant à cet effet au président du tribunal par voie de référé (art. 806 C. proc.).

Il peut exhausser le mur si haut que bon lui semble (coutume de Paris, art. 195), alors même que le voisin souffrirait de cette élévation par l'obscurité

qu'elle causerait à sa maison. La Cour de cassation dans un arrêt du 11 avril 1864, va même jusqu'à décider que l'exhaussement, fût-il fait dans la seule intention de nuire au voisin et sans aucune utilité actuelle, devrait encore être maintenu, parce que, déclare-t-elle, « celui qui use d'un droit que la loi « lui accorde est seul juge de son intérêt; il ne fait « en cela aucun tort à autrui. On ne peut ad- « mettre la décision contraire sans introduire « dans l'article 658 une restriction qu'il ne com- « porte pas. » La doctrine repousse avec raison cette conséquence extrême, parce que, di-t-elle, le dol fait exception en toutes choses. Ce tempérament d'équité était déjà admis sous la coutume de Paris. Il va sans dire que le voisin ne pourrait demander la démolition de l'exhaussement si le constructeur justifiait d'un intérêt.

Aucune servitude *altius non tollendi* ne résulte de ce fait que les deux héritages, aujourd'hui séparés, ont appartenu au même propriétaire, et que c'est de lui que le mur a reçu son élévation actuelle, car la destination du père de famille vaut titre seulement à l'égard des servitudes continues et apparentes (art. 692); et la servitude *altius non tollendi* n'est pas une servitude de cette sorte, car elle n'est pas apparente; en conséquence le droit d'exhausser reste entier. Ce droit cependant serait limité s'il existait au profit du voisin une servitude dont l'exercice serait incompatible avec l'exhaussement (arrêt de cassation du 23 juillet 1850).

L'exhaussement doit porter sur la totalité de l'épaisseur du mur et ne peut porter seulement sur une partie. Agir autrement, ce serait charger le mur plus d'un côté que de l'autre et gêner le voisin dans son droit d'exhausser le mur dans toute l'épaisseur. C'est l'avis de Desgodets et de la Cour de Bordeaux (arrêt du 11 décembre 1844); mais la Cour de cassation ne le partage pas, elle admet à tort, selon nous, l'exhaussement partiel, dans un arrêt du 18 août 1874.

B. Obligations que peut entraîner l'exhaussement.
— Ces obligations sont plus ou moins étendues, selon que le mur est ou n'est pas en état de porter l'exhaussement.

Première hypothèse. — Le mur peut supporter l'exhaussement. — L'article 658 met, au compte de celui qui exhausse, la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien de cette partie du mur et enfin l'indemnité de la charge (cassation, 18 août 1874). On comprend qu'il supporte la dépense de l'exhaussement et les réparations d'entretien, mais pourquoi l'indemnité de la charge? Cela tient à ce que le fardeau qui résulte de l'exhaussement va accélérer la destruction du mur et nécessiter des réparations plus fréquentes. L'indemnité est calculée suivant la valeur de l'exhaussement, soit par les parties, soit par les experts. Il peut se faire cependant qu'elle ne soit pas due si des travaux confortatifs suffisants mettent le mur en état de soutenir l'exhaussement. Ajoutons, ce qui va de soi, que celui qui exhausse

est tenu de réparer le dommage qu'il cause par sa faute (Cour de Paris 1^{re} février 1839), mais rien de plus : ainsi on ne saurait lui imputer à faute les inconvénients que peut procurer au voisin l'exercice du droit d'exhaussement, comme, par exemple, celui qui mettrait ce dernier dans la nécessité d'élérer les cheminées adossées contre le mur pour empêcher la fumée de refouler dans sa maison (arrêt de la Cour de Bordeaux du 18 mai 1849).

Deuxième hypothèse. — Le mur ne peut supporter l'exhaussement. — On peut alors compter trois séries de frais. 1^o Les frais de reconstruction. 2^o Les frais d'exhaussement. 3^o Les frais de dédommagement.

PREMIÈRE SÉRIE. *Frais de reconstruction.* — Ces frais peuvent se décomposer en frais de démolition, de reconstruction, de consolidation et de clôture provisoire. A la charge de qui sont-ils ? Il faut distinguer, selon que le mur a besoin, ou non, d'être reconstruit par suite de vétusté. A-t-il besoin d'être reconstruit ? Tous les frais sont communs si le mur est entièrement mitoyen, ou sont supportés dans la mesure du droit respectif de chacun des voisins s'il n'est mitoyen que pour partie. Nous mettons en dehors, bien entendu, les frais de consolidation s'ils ne sont occasionnés que par l'intérêt d'un seul. Le mur est-il bon et de durée ? Les frais incombent alors exclusivement à celui qui veut reconstruire le mur.

DEUXIÈME SÉRIE. *Frais d'exhaussement.* — Celui qui veut faire un exhaussement peut sans doute

employer les matériaux qu'il lui plaît, mais tous les frais sont à sa charge.

TROISIÈME SÉRIE. *Frais de dédommagement.* — Il est de principe que le copropriétaire ne doit réparer de dommage à raison de la reconstruction et de l'exhaussement que s'il lèse le droit de mitoyenneté du voisin ; il ne doit aucune indemnité pour celui que le voisin éprouve dans ses autres biens. Donc, il y aura lieu à indemnité pour les arbres, treillages, berceaux, pavillons, cabinets, cadrans solaires, glaces, cheminées, ... que la reconstruction du mur aura détruits ; car en les adossant contre le mur, le voisin n'a fait qu'exercer son droit de mitoyenneté. Il en sera de même des peintures appliquées contre le mur ; seulement, l'indemnité n'excédera pas la valeur d'une peinture ordinaire, parce qu'il y a eu imprudence de la part du voisin à faire une peinture de grande valeur sur un mur, qu'il savait pouvoir être détruit, selon les circonstances et le besoin. Mais quant au dommage que le voisin éprouve dans ses autres biens, comme par exemple, dans son industrie ou son commerce, aucune indemnité n'est due, parce qu'il ne porte pas sur les avantages qui résultent directement de la mitoyenneté. D'ailleurs, dit Pothier, ce n'est pas faire tort à quelqu'un que d'user de son droit. Des auteurs objectent qu'il est étrange d'admettre que le voisin, qui souffre de la reconstruction et de l'exhaussement, soit tenu, lorsqu'il a loué tout ou partie de sa maison, d'indemniser le locataire de la privation de jouissance de plus de quarante jours (art. 1724), tandis que lui

n'a droit à aucune indemnité. Cela s'explique : c'est que le bailleur s'est engagé à faire jouir le preneur.

C. *Droit des voisins sur le mur exhausé.* — Que le mur exhausé ait été reconstruit ou non, il est mitoyen jusqu'à la hauteur ancienne, c'est ce qui résulte de l'article 659. Cependant nous ne pensons pas que les voisins aient toujours un droit égal sur le mur. Ainsi, lorsqu'il a été reconstruit sur une plus grande largeur, l'excédant de terrain et la partie correspondante des matériaux fournis doivent rester propres au constructeur, sauf acquisition du voisin. Quant à la partie exhausée, elle appartient exclusivement à celui qui l'a élevée; on ne peut en douter en lisant l'article 660, qui déclare que celui qui n'a pas contribué à l'exhaussement *peut en acquérir la mitoyenneté*; c'est qu'elle n'existait pas apparemment avant l'acquisition. Le propriétaire de l'exhaussement devra donc payer seul les réparations que celui-ci nécessitera; mais, d'un autre côté, il aura sur cette partie du mur tous les droits qui découlent de la propriété, et il pourra, par exemple, y pratiquer des jours à verre dormant et à fer maillé.

Disons enfin que la reconstruction du mur, qui laisse subsister les droits respectifs des copropriétaires, ne fait pas disparaître les servitudes qui existent au profit de l'un d'eux.

« Art. 665. Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur, sans toutefois

« qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la
« reconstruction se fasse avant que la prescription
« soit acquise. »

SUBDIVISION DEUXIÈME.

Nous avons supposé jusqu'ici que la construction n'exigeait aucun ouvrage intermédiaire ; examinons maintenant le cas où elle exige un ouvrage intermédiaire.

I. *Étendue d'application de l'article 674.*

« Art. 674. Celui qui fait creuser un puits ou
« une fosse d'aisances près d'un mur mitoyen ou
« non ; celui qui veut y construire cheminée ou
«âtre, forge, four ou fourneau, — y adosser une
« étable, — ou établir contre ce mur un magasin
« de sel ou amas de matières corrosives, — est
« obligé à laisser la distance prescrite par les règle-
« ments et usages particuliers sur ces objets, ou à
« faire les ouvrages prescrits par les mêmes règle-
« ments et usages, pour éviter de nuire au voisin. »

La loi indique dans cet article certains ouvrages qu'elle présume de plein droit dommageables pour le voisin, et elle décide, à ce propos, que des mesures préventives doivent être prises conformément aux usages établis ; elle s'inspire en cela, comme on le voit, de l'article 1382.

Les auteurs ne s'entendent pas sur la portée d'application de l'article 674. Cet article ne concerne-t-il que les ouvrages prévus par le législateur ? Faut-il absolument que les ouvrages soient près du mur ? Est-il indispensable qu'il y ait des règlements et usages ?

Et d'abord, l'article 674 ne doit-il s'appliquer qu'aux ouvrages qui y sont prévus ? Nous pensons, bien qu'il s'agisse ici de restrictions au droit de propriété, qu'il ne faut pas s'en tenir exclusivement au texte, car il n'était du devoir du législateur que de poser un principe sur cette matière, et l'on ne pouvait lui demander d'énumérer tous les ouvrages dangereux. Le juge devra donc suppléer au silence de la loi, en se guidant d'après les exemples qu'elle contient : Notamment il devra ordonner, à notre avis, les mesures de précautions nécessaires à empêcher l'infiltration et l'humidité du mur par une citerne, un réservoir, un vivier, parce qu'ils sont aussi dommageables qu'un puits. Les tuyaux d'une fournaise sont aussi dangereux qu'une cheminée ou une forge ; pourquoi les soustrairait-on à l'article 674 ? On pourrait citer bien d'autres cas où les travaux commandent aussi des mesures de précaution.

Il n'y a pas lieu de s'arrêter non plus à cette circonstance que le texte parle seulement d'ouvrages faits *près* du mur, car ce qu'il faut considérer avant tout, c'est le danger que court le voisin.

Pour la même raison, le défaut de règlements dans un lieu quelconque, sur les ouvrages jugés

dangereux, ne saurait être un obstacle à l'application de l'article 674. L'existence d'un règlement n'est pas une *condition* d'application, mais un *moyen* seulement. Le juge devra, dans cette situation, ordonner les mesures préventives que prescrivent les règlements et usages voisins.

II. *Dommmages causés au voisin par le constructeur qui a observé les règlements et usages, et sanction de l'inobservation des mesures requises.*

Si le constructeur, en prenant les mesures de précaution exigées, se met à l'abri de l'action qui aurait pu être dirigée contre lui à raison de la possibilité des accidents, il n'échappe pas cependant à la responsabilité du dommage qu'il cause, car, d'après l'article 1382, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Lorsqu'il n'a pas tenu compte des prescriptions de l'article 674, le voisin peut demander la démolition de l'ouvrage, avec dommages-intérêts, s'il y a lieu, ou l'accomplissement des mesures requises. Le voisin ne pourrait même pas, s'il s'agissait de précautions ordonnées dans un intérêt public, renoncer au droit d'en demander l'observation; il y aurait là une convention nulle (art. 6). Toutefois il faut faire une distinction sur ce point entre les divers ouvrages qui peuvent être faits près du mur, car les mesures de sûreté qu'ils imposent n'ont pas toutes

pour but de garantir un intérêt public. C'est ce qui arrive notamment pour le magasin de sel, l'amas de matières corrosives et l'étable. La même distinction doit être faite dans la question de savoir si l'on peut prescrire contre les règlements et usages.

Enfin le juge en cette matière, c'est, nous dit la loi du 25 mai 1838, le juge de paix (art. 6, n° 3).

CHAPITRE QUATRIÈME.

MODES D'EXTINCTION DE LA MITOYENNETÉ.

Nous avons essayé de montrer, en commençant ce travail, que la mitoyenneté avait plus de rapports avec la propriété qu'avec la servitude. Les modes d'extinction de la mitoyenneté le démontrent une fois de plus. En effet, la mitoyenneté cesse bien par le changement survenu dans la nature des fonds voisins (si la preuve de l'existence de la mitoyenneté n'est pas faite), par la confusion, par la résolution du droit du constituant, par l'abandon, par la prescription, mais elle ne cesse pas par le non-usage, pas plus que la propriété elle-même.

La mitoyenneté prend fin par le changement des lieux, lorsque, par suite du changement survenu dans la nature des fonds, l'un d'eux n'est plus avec

l'autre dans un rapport susceptible d'engendrer la mitoyenneté.

Elle prend fin par confusion lorsque les deux héritages voisins deviennent la propriété d'un seul.

Elle prend fin par la résolution du droit du constituant, lorsque vous avez acquis la mitoyenneté d'un propriétaire sous condition résolutoire, qui voit disparaître son droit à l'événement de la condition.

Elle prend fin par l'abandon, lorsque, pour vous exempter des charges de la mitoyenneté, vous laissez au voisin la propriété exclusive du mur séparatif.

Elle prend fin par prescription lorsque votre voisin fait sur le mur des actes de propriétaire exclusif, pendant le temps requis pour prescrire. Ce temps est de dix ou vingt ans, s'il a juste titre et bonne foi, et de trente ans en cas contraire.

TITRE II

MUR NON MITOYEN

Le mur étant la propriété exclusive de l'un des voisins, l'autre n'a point à en supporter les charges, mais il ne peut non plus en tirer service. Il ne pourra point, par exemple, appuyer contre lui des planches, des barres de fer, des espaliers, etc.... (arrêt de la Cour de Paris du 30 janvier 1811). Le propriétaire du mur n'aura point de tour d'échelle, car ce droit ne peut exister, depuis le Code, sans un titre constitutif, parce que c'est une servitude discontinue (art. 691); et il n'y a pas à distinguer entre les lieux où la clôture est forcée et ceux où elle n'est pas forcée. « C'est à celui qui bâtit, dit Toullier, à veiller à la conservation de sa chose et non à son voisin. On ne peut imposer à celui-ci une servitude, parce que le propriétaire a trouvé bon de construire à la limite précise de son héritage. »

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Le dépôt ordinaire ne peut avoir pour objet que des choses mobilières.

II. Le dépositaire n'est tenu que de la *culpa lata*.

III. La convention qui affranchirait le dépositaire de toute responsabilité quant au dol est prohibée, mais celle par laquelle le déposant renonce à intenter l'action de dol est permise.

IV. Le dépositaire qui a commis une *culpa levis in committendo* n'est point passible de la loi *Aquiliana*.

V. Le déposant a une créance privilégiée contre l'*argentarius*, mais elle ne passe qu'après les autres privilèges.

VI. Le dépôt peut être converti en *mutuum* par la seule volonté des parties.

DROIT FRANÇAIS.

I. Le voisin, dans les villes et faubourgs, ne peut se dispenser de contribuer aux frais de construction du mur séparatif en abandonnant la moitié du sol nécessaire à la construction.

II. La cession de la mitoyenneté est une expropriation pour cause d'utilité publique et non une vente.

III. Les créanciers hypothécaires du propriétaire du mur n'ont pas le droit de suite contre le voisin acquéreur de la mitoyenneté.

IV. L'acquéreur de la mitoyenneté a le droit de faire boucher les jours de souffrance existants dans le mur au moment de son acquisition.

V. La présomption de mitoyenneté n'existe pas, lorsqu'il est démontré que le mur, aujourd'hui placé entre bâtiments, n'a soutenu à son origine qu'un bâtiment.

VI. Les marques de non-mitoyenneté ne sont pas limitatives.

VII. La possession annale détruit la présomption de mitoyenneté.

VIII. Le voisin a besoin du consentement de son

voisin, ou à défaut d'un règlement d'experts, pour exhausser le mur mitoyen.

IX. Le voisin ne peut exhausser le mur dans l'unique but de nuire au voisin.

X. Le copropriétaire qui reconstruit le mur dans son seul intérêt, et qui, sans faute de sa part et par la reconstruction seule, cause un dommage au voisin, ne doit d'indemnité à celui-ci qu'autant que le dommage porte sur les avantages, qui résultent directement de la mitoyenneté.

DROIT PÉNAL.

I. L'interdiction légale ne peut avoir lieu au cas de condamnation par contumace.

II. La circonstance personnelle aggravante pour l'auteur d'un crime influe ~~sur~~ sur la peine à infliger au complice.

DROIT DES GENS.

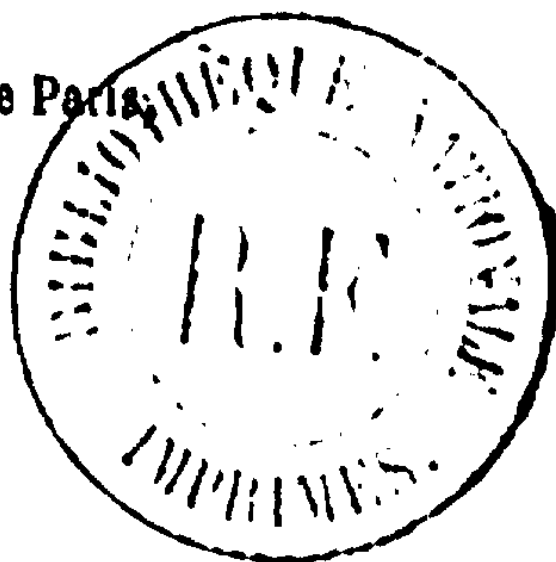
I. Dans les opérations d'un siège, le bombardement ne doit être dirigé que contre les fortifications ou les constructions militaires, et non contre l'intérieur de la ville.

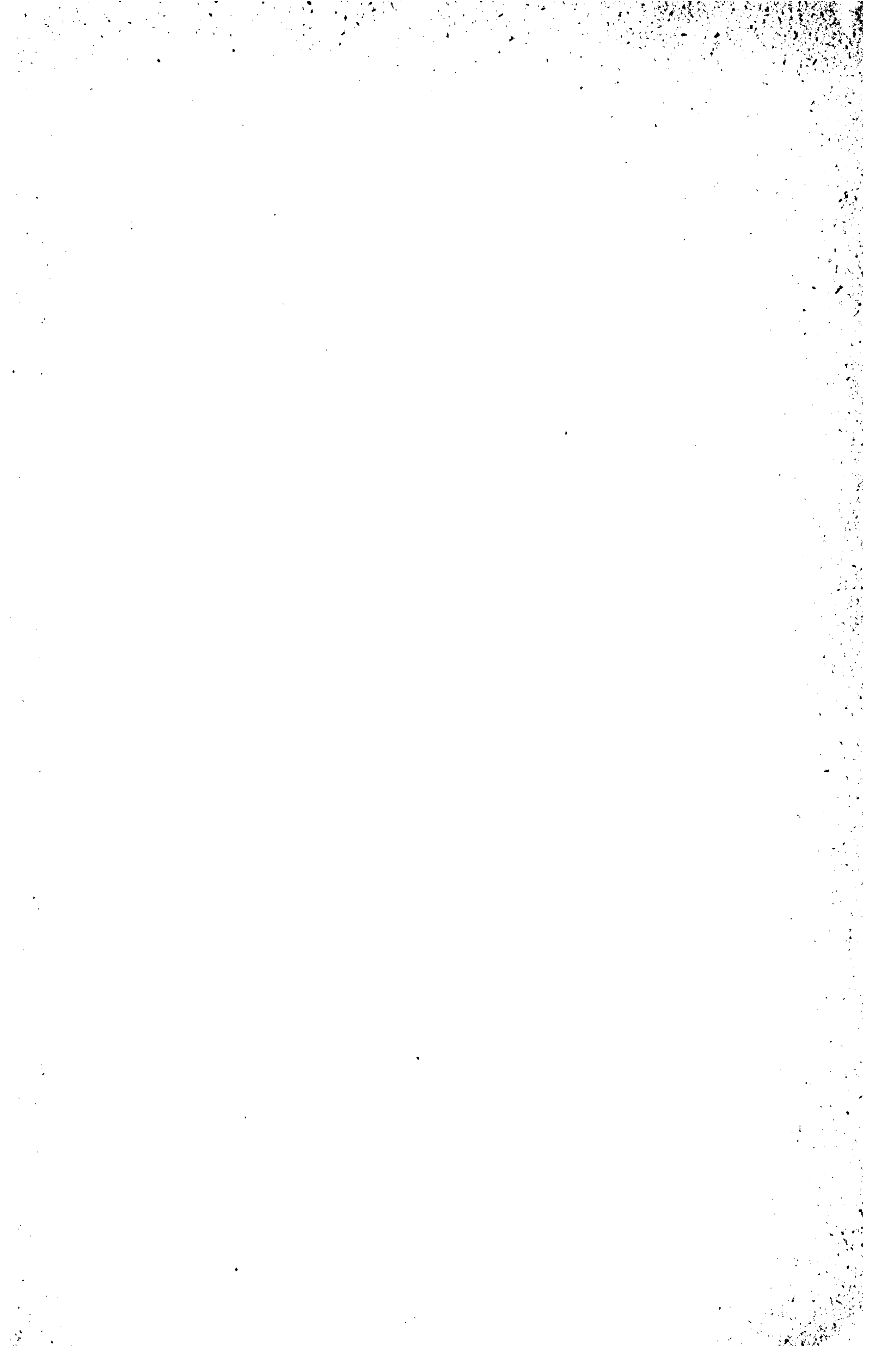
II. Pour qu'une cession de territoire soit valable, il faut comme condition essentielle la reconnaissance de la cession, faite, à la majorité des suffrages, par les personnes habitant le territoire cédé et y jouissant de leurs droits politiques.

**Vu par le Président de la thèse,
E. LABBÉ.**

**Vu : Le doyen de la Faculté,
COLMET-DAAGE.**

**Vu et permis d'imprimer,
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
A. MOURIER.**





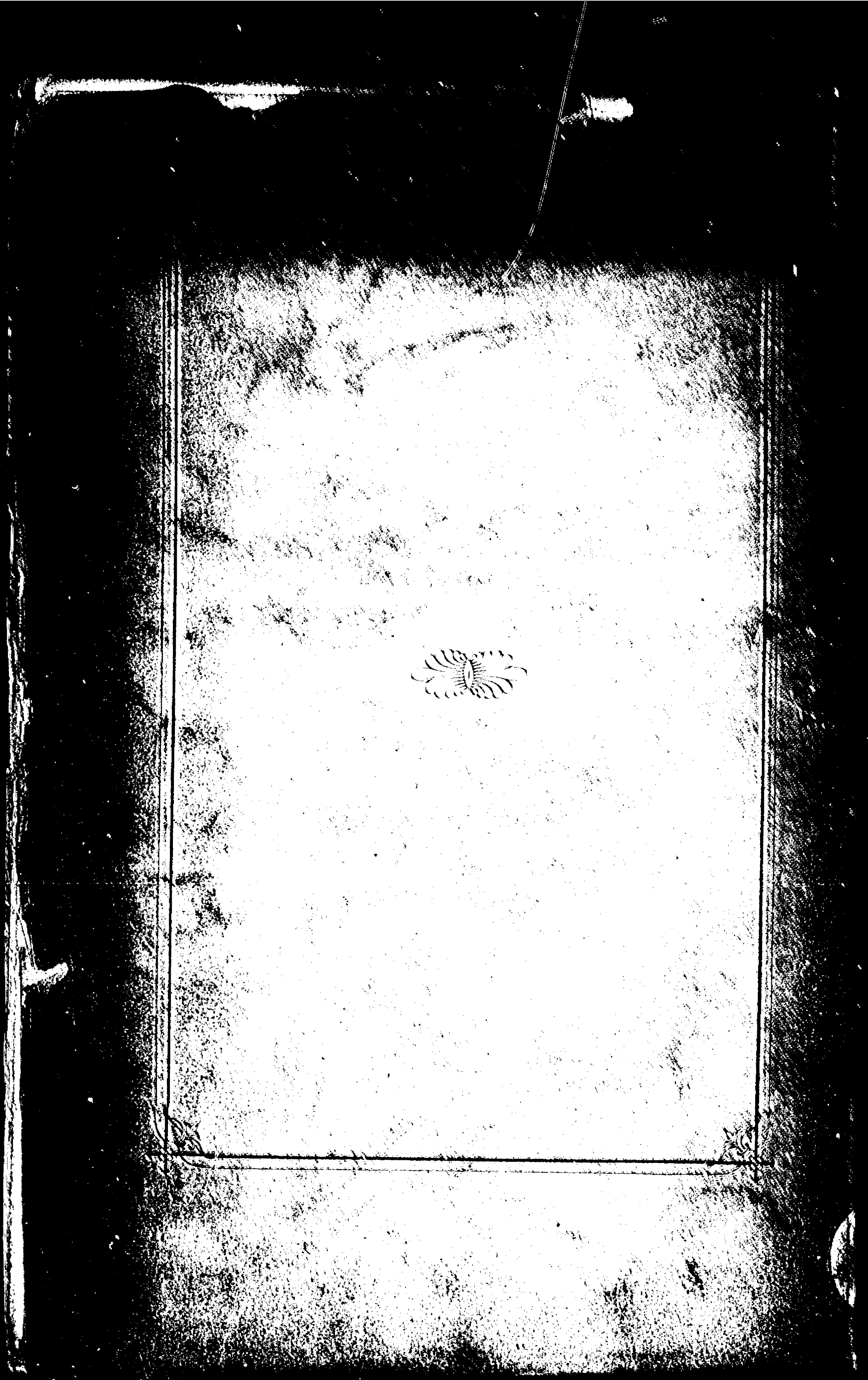


TABLE DES MATIERES.

TITRE I. - DU DEPOT

DIVISION I. - Dépôt régulier

SUBDIVIS. I. - Dépôt régulier non simulé

CHAP. I. - Dépôt ordinaire

Section I. - Détermination du dépôt

Section II. - Action directe de dépôt

Section III. - Actions qui peuvent concourir avec celle de dépôt

Section IV. - Action contraire de dépôt

CHAP. II. - Dépôt nécessaire

CHAP. III. - Séquestre

SUBDIV. II. - Dépôt régulier simulé

DIVISION II. - Dépôt irrégulier

TITRE II. - TRANSFORMATION DU DEPOT EN *mutuum*