22140

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

RAPPORTS DE VOISINAGE

EN DROIT ROMAIN

SERVITUDES POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

M. Jean CARRIEU

AVOCAT

Né à Moissac (Tarn-et-Garonne).

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

TOULOUSE

IMPRIMERIE PRADEL, VIGUIER ET BOÉ

6, RUE DES GESTES, 6.

1873

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE
1872-73

MM. DUFOUR ✻, *doyen*, professeur de Droit commercial.
RODIÈRE ✻, professeur de Procédure civile.
MOLINIER ✻, professeur de Droit criminel.
BRESSOLLES ✻, professeur de Code civil.
MASSOL ✻, professeur de Droit romain.
GINOULHIAC, professeur de Droit français, étudié dans les origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de Code civil.
HUMBERT, professeur de Droit romain, en congé.
POUBELLE, professeur de Code civil, en congé.
ROZY, professeur de Droit administratif.
BONFILS, agrégé, chargé de cours.
ARNAULT, agrégé, chargé du cours d'Economie politique.
DELOUME, agrégé, chargé de cours.
CONSTANS, agrégé.
LAURENS, agrégé.
PAGET, agrégé.

M. DARRENOUGUÉ, officier de l'instruction publique, *secrétaire, agent comptable.*

Président de la thèse : M. ROZY.

—

Suffragants { MM. BRESSOLLES, MASSOL, HUC, professeurs. / DELOUME, agrégé.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. 7

DROIT ROMAIN

Rapports de voisinage.

A. Au point de vue de l'interdit QUOD VI AUT CLAM. 11
I. L'ouvrage doit être fait par violence. 12
II. L'ouvrage doit être fait sur une chose inhérente au sol et doit nuire au sol. 17
III. Effets de l'interdit. 22
B. Au point de vue de la dénonciation de nouvel œuvre. . . 27
I. A quelle condition elle est permise. 28
II. Quelles formes revêt la dénonciation. 34
III. Quels sont les effets de la dénonciation. 37
IV. Quelle instance suit la dénonciation. 40
V. Par quel moyen l'auteur du nouvel œuvre se dégage de la dénonciation. 43
1er APPENDICE : De la caution donnée ou offerte. 48
2e APPENDICE : Des voies de droit avec lesquelles la dénonciation ne peut être confondue. 51
C. Au point de vue du DAMNUM INFECTUM. 57
I. A quel dommage s'applique-t-il. 58
II. Qui peut demander cette caution. 62
III. Comment elle s'exécute. 66

DROIT COUTUMIER

De la dénonciation de nouvel œuvre, progrès de cette institution jusqu'à nos jours.

DROIT FRANÇAIS

Servitudes pour cause d'utilité publique.

CHAPITRE PREMIER. — SERVITUDES DE VOIRIE. 89
Du curage des fossés. 89
Des plantations. 94
Elagage des arbres. 99
Alignement. 102
1° Pour construire le long des routes dépendant de la grande voirie. 104
2° Pour construire dans l'intérieur des bourgs et des villages 116
Extraction des matériaux. 123
CHAPITRE DEUXIÈME. — SERVITUDE DE HALAGE. 132
CHAPITRE TROISIÈME. — SERVITUDES RÉSULTANT DU VOISINAGE DES CHEMINS DE FER. 143
Servitude de clôture. 145
Distance à observer pour construire. 146
Distance à observer pour les couvertures de chaume. . . 149
Alignement. 149
CHAPITRE QUATRIÈME. — SERVITUDES MILITAIRES. 153
Nature et étendue des servitudes militaires. 155
Du bornage des zones de servitude et des polygones exceptionnels. 162
De la constatation et de la poursuite des contraventions. . 167
CHAPITRE CINQUIÈME. — SERVITUDES AUTOUR DES CIMETIÈRES. 171

INTRODUCTION

—

Le hasard n'a pas rapproché dans notre cadre les trois sujets qui le remplissent. Quoique différents par certains côtés, ils ont un point commun, et c'est en l'envisageant que l'on a formé le groupe. Le titre même qui réunit des matières en apparence si diverses indique le lien qui, dans notre esprit, les rattache étroitement.

Quelques lignes de préface suffiront.

La législation romaine s'est occupée avec un soin particulier des éventualités de dommage qui peuvent résulter des travaux exécutés sur le terrain du voisin. On rencontre, en cette matière, divers moyens de droit régis par des dispositions nombreuses et si détaillées que plusieurs paraissent faire double emploi. Ces superfétations apparentes s'expliquent quand on se rend compte de la marche pratique que les Romains suivaient dans leurs réformes législatives. Chez un peuple agriculteur,

les constructions qui doivent attirer l'attention du législateur sont celles qui ont pour effet de changer le cours des eaux pluviales au préjudice des voisins. Aussi trouvons-nous dans la loi des Douze Tables (Cicer., *Top.* 6) une action dirigée contre des entreprises de ce genre. La protection de cette action dut paraître peu à peu insuffisante, car le demandeur n'obtenait réparation du dommage causé qu'à partir de la *litis contestatio,* alors que des dommages considérables avaient précédé et provoqué l'action.

Cette lacune fut comblée par l'interdit *quod vi aut clam* donné en réparation de tous dommages pour le cas où la construction aurait été élevée clandestinement et au mépris de l'opposition du demandeur. (Cicer., *pro Tullio,* 53.) Cet interdit s'appliquait à toutes sortes de constructions et assurait aux voisins l'indemnité de toute tentative effectuée; il permettait même de prévenir indirectement de pareilles entreprises au moyen d'une opposition formelle. Ce moyen, qui impliquait trouble de la possession, exposait celui qui en usait aux périls de l'interdit *uti possidetis.* C'est alors que, pour éviter cet inconvénient, on aurait imaginé un moyen préventif, connu sous le nom de *nuntiatio novi operis,* qui faisait obtenir la suspension de toute

entreprise, préjudiciable au fonds voisin. Enfin, pour compléter le système, le Préteur prévit même le cas où une construction déjà existante menacerait, par suite de certains vices et de vétusté, de s'écrouler et de causer par sa chute un préjudice, *damnum infectum*.

Voilà le développement rationnel de la matière, tel que le présentent la majorité des auteurs allemands. On peut dire que c'est une conjecture — je le veux bien ; mais quand les progrès des institutions juridiques sont environnées de mystère, en attendant que la vérité soit connue, pourquoi repousser des hypothèses vraisemblables?

DROIT ROMAIN

DE QUELQUES RAPPORTS DE VOISINAGE

DROIT ROMAIN

DE QUELQUES RAPPORTS DE VOISINAGE

1° Au point de vue de l'interdit QUOD VI AUT CLAM ;
2° Au point de vue de la dénonciation de nouvel œuvre ;
3° Au point de vue du DAMNUM INFECTUM.

DE L'INTERDIT *quod vi aut clam*.

(Dig., 43, 24.)

Ouvrages à consulter : *Machelard* (Des interdits). — *Molitor* (Possession).

1. Ce moyen est dirigé contre les constructions et les travaux nuisibles quelconques que notre voisin aurait faits *vi*, c'est-à-dire au mépris de notre opposition, soit à la suite d'une prohibition matérielle, soit à la suite d'une simple *operis novi nunciatio ;* ou *clam*, c'est-à-dire clandestinement ou, au moins, sans que le constructeur prévoyant ou ayant dû prévoir les conséquences préjudiciables que ces travaux devaient avoir pour notre propriété, nous en ait averti. (Fragm. passim, lib. 43, tit. 24, Dig.)

Pour que cet interdit se rapporte à un ouvrage, il faut le concours de trois conditions :

1° Savoir qu'il ait été fait par violence ou clandestinement ;

2° Qu'il ait été fait sur une chose inhérente au sol. (Frag. 1, § 4, frag. 7, § 5, 6. — Frag. 20, § 4.)

3° Qu'il la détériore.

Peu importe le genre d'ouvrage; peu importe aussi le lieu où il a été fait, et s'il l'a été avec ou sans droit.

Nous allons examiner successivement ces trois points; ce n'est qu'à cette condition qu'on peut espérer d'avoir une idée générale et vraie sur notre matière.

I. — *L'ouvrage doit être fait par violence ou clandestinement.*

2. On est censé avoir fait par violence ce qu'on a fait malgré une défense, et clandestinement ce qu'on a fait pendant une contestation suscitée à son adversaire pour l'éloigner et le retenir, en se cachant de celui à qui les travaux étaient préjudiciables.

Ouvrage fait par violence. — Le jurisconsulte Mucius dit qu'un ouvrage est fait par violence quand il est fait en violation d'une prohibition : *Vi factum scripsit Quintus Mucius, si quis contra quod prohiberetur, fecerit.* Il est censé y avoir défense de faire quelque chose, dès qu'on a défendu ou porté la main sur l'ouvrage, pour s'opposer à sa continuation. D'où il suit que si quelqu'un a continué de faire un ouvrage après avoir reçu l'ordre de suspendre les travaux, cet ouvrage est censé fait par violence, comme l'affirment les jurisconsultes Pedius et Pomponius.

3. Qui doit faire cette défense ? Est-ce celui à qui les travaux sont nuisibles ? On n'est pas tenu soi-même de faire cette défense, *prohibitio ;* elle peut émaner régulièrement d'un esclave ou d'un fondé de pouvoirs, ou même d'un ouvrier que l'on aurait à son service. Mais on peut objecter que, dans ce cas, j'acquiers une action par une

personne libre. Je réponds qu'il n'y a rien d'étonnant à cela : j'ai une action contre vous qui agissez clandestinement contre moi ; d'où il suit que j'acquiers une action plutôt par le fait de votre délit que par une personne étrangère ; celle ci ne fait, en réalité, que constater un état de choses existant et répréhensible. C'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Paul, qu'on acquiert l'action de l'interdit *quod vi aut clam* par toute personne et qu'on l'acquiert même par un locataire, c'est-à-dire que par rapport à l'ouvrage fait contre la dénonciation du locataire, l'interdit a lieu comme pour un ouvrage fait par violence.

4. Celui à qui une défense a été faite n'agit pas toujours par violence ; si la défense a été faite sans avoir un droit pour fondement, elle ne produit aucun effet, et, de plus, il n'y a pas violence : *non videtur vim facere qui jure suo utitur*. C'est pourquoi Julien dit : Celui qui a fait un ouvrage avant la remise de la dénonciation faite pour l'empêcher est tenu de deux interdits, c'est-à-dire de celui qui lui défendait d'agir contre la dénonciation de son nouvel œuvre, et de l'interdit *quod vi aut clam*. Après la remise de la dénonciation, il n'est plus censé avoir agi par violence ou clandestinement, malgré la défense, puisqu'il doit être permis de bâtir à celui qui a donné caution et est devenu possesseur par le fait. Il n'est plus censé avoir agi clandestinement, ni avant ni après la remise, puisque celui qui lui a fait la dénonciation ne peut plus être réputé prévenu avant la contestation.

5. Celui, au contraire, à qui on n'a point fait de défense, agit encore par violence. Cela paraît extraordinaire; et pourtant, dans les hypothèses où se placent les jurisconsultes romains, cela est parfaitement possible. Ainsi Ariston parle d'un ouvrage bâti par violence, lorsque

le constructeur a tout fait pour empêcher que la *prohibitio* lui fût adressée ou la *denuntiatio* intimée. — Paul dit également qu'il y a violence aussi bien dans le cas où l'on agit contre une défense faite que dans le cas où l'on a empêché de la faire, par exemple, en affligeant son adversaire par une nouvelle funeste et menaçante, soit en lui défendant la porte de notre maison.

6. Si, cependant, quelqu'un a été retenu par la crainte de vous offenser, vous n'agissez pas par violence. Comment y aurait-il violence, puisque aucune défense n'a été signifiée, et que la signification n'a pas été empêchée par le fait du constructeur? Cette opinion est celle du jurisconsulte Labéon; elle est fondée en équité. Il dit encore que si quelqu'un, sans en avoir reçu d'ordre de ma part, vous a effrayé par des menaces ou par des armes, et que j'aie continué les travaux sans apprendre la défense que vous vouliez m'intimer au moment où ces agresseurs ou ces vils insulteurs se sont rués sur votre personne, je n'agirai pas par violence. Pourquoi cette décision? Est-elle fondée en droit? Evidemment; sans cela il appartiendrait au premier venu de porter atteinte à ma condition, et de la rendre pire sans que, de ma part, aucun délit eût été commis.

7. Demandons-nous dans quel cas on agit par violence? On n'agit par violence qu'en continuant un ouvrage commencé. Bien plus, on peut dire que si j'ai défendu à quelqu'un de continuer un ouvrage et qu'il l'ait cessé sur-le-champ, mais qu'il l'ait recommencé ensuite sans ma permission ou sans juste motif, il est censé avoir agi par violence. Celui qui a agi contre une défense agit par violence, tant que la chose reste dans le même état, à moins d'une convention entre son adversaire et lui. Et, dans ce cas, ce qu'il fera ensuite ne sera pas censé fait par vio-

lence ; mais la violence entachera toujours les travaux antérieurs, si on se tient dans les principes rigoureux du droit C'est pour cette raison qu'Ulpien dit : Si l adversaire a permis et autorisé la continuation des travaux et intente ensuite l'action de l'interdit, il y aura nécessairement une action contre lui.

8. *Ouvrage fait clandestinement.* — Celui-là est présumé faire un ouvrage *clam*, quand il le cache à son adversaire et qu'il ne l'en avertit pas, en supposant qu'il craigne ou qu'il doive craindre quelque difficulté de sa part, en sorte que *resupina existimatio non excusat ne melioris conditionis sint stulti quam periti*, c'est-à-dire qu'on ne peut s'excuser sur une opinion mal fondée, parce qu'autrement les sots seraient plus avantagés, plus favorisés que les intelligents. Les trois jurisconsultes Ariston, Cassius et Servius sont unanimes sur ce point. (Loi 3, § 7 et 8 ; loi 4, liv. 43, tit. 24.) Pour que ces travaux soient clandestins, il est indifférent que celui qui les fait ait voulu se cacher de celui que le préjudice atteignait réellement ou d'un autre qu'il croyait faussement être intéressé à l'interruption de l'ouvrage. A bien plus juste raison le maître a l'action de l'interdit, quand le constructeur clandestin cachait les travaux à l'esclave du maître ou à son fondé de pouvoirs : *si servi mei vel procuratoris celandi causa factum sit, mihi interdictum componere.*

9. Cette volonté de cacher les travaux se prouve par plusieurs circonstances. On peut l'induire des mesures prises à cet effet. Ainsi, si vous avez prié un magistrat d'ordonner à votre adversaire de se présenter en jugement lorsqu'il devait dénoncer votre ouvrage, on peut dire avec raison que vous avez fait clandestinement les ouvrages exécutés dans l'intervalle.

On peut l'induire encore, et surtout, de la déclaration

frauduleuse de celui qui a fait l'ouvrage. Aussi est-il vrai de dire qu'on est censé agir clandestinement en faisant un autre ouvrage que celui qu'on a déclaré vouloir faire, en le faisant déclarer par celui qui ne devait pas le faire, en le déclarant à l'adversaire, quand on sait qu'il ne peut pas le défendre.

On peut encore l'induire, comme le dit Labéon, de l'obscurité des termes de la dénonciation, *obscuritate verborum*. Le constructeur doit insérer dans sa déclaration le jour, l'heure où commenceront les travaux et le lieu où ils s'exécuteront. Si ces diverses mentions ne sont pas écrites ou si le délai est trop court pour que l'adversaire puisse faire la prohibition, on peut dire qu'il y a clandestinité.

10. Quand le constructeur fait de bonne foi une déclaration à qui il appartient, cette déclaration écarte invinciblement tous soupçons de mauvaise foi de sa part. Mais à qui doit-elle être adressée ? Elle doit l'être aux amis de la personne intéressée, à son fondé de pouvoirs ou à tous autres qui peuvent l'en instruire. Servius dit même qu'il suffit de faire cette déclaration à sa femme, ou bien de commencer l'ouvrage ouvertement et devant tout le monde ; il suffit, en effet, de n'avoir pas l'intention de se cacher.

11. Que faut-il décider au cas où on ignore si les travaux ont été faits clandestinement ou par violence ? J'ai déjà dit que celui qui faisait des travaux qu'on lui avait défendu de faire, agissait par violence et qu'on soupçonnait souvent de clandestinité celui qui faisait un ouvrage sans avoir déclaré l'intention de le faire. Cela dit, on s'est demandé s'il faut regarder comme faits par violence ou par clandestinité les travaux dont il est question dans l'espèce suivante :

Si quelqu'un a fait un ouvrage qu'il n'avait pas déclaré vouloir faire et qu'on lui avait défendu de faire, *quid juris?* Le jurisconsulte pense qu'ils sont faits par violence. A-t-il raison dans cette décision ? Evidemment, parce qu'il est plus facile de prouver que la chose a été faite par violence, puisqu'il suffit qu'elle ait été faite en violation d'une prohibition, et que pour prouver qu'elle a été faite clandestinement, il faut prouver que celui qui l'a faite a eu l'intention de la cacher à son adversaire.

Mais revenons à l'espèce d'Ulpien et aux développements qu'il donne. Cet interdit comprend tout ce qui a été fait par violence ou clandestinement. Il arrive parfois que le même ouvrage a été fait ou d'une manière ou d'une autre exclusivement, ou en partie d'une manière et en partie d'une autre. Ainsi, vous avez posé les fondements d'un édifice malgré ma défense et depuis que je vous avais actionné pour vous faire défendre de continuer ce même ouvrage, vous l'avez achevé à mon insu ou en mon absence; ou, au contraire, vous avez clandestinement posé les fondements et achevé l'édifice contre ma défense. Dans ce cas, il suffit d'invoquer l'interdit, bien que la violence se mêle à la clandestinité ou réciproquement (loi 11, § 5).

II. — *L'ouvrage doit être fait sur une chose inhérente au sol et doit nuire au sol.*

12. L'interdit *quod vi aut clam* ne concerne que les ouvrages faits par violence ou clandestinement sur le sol. Aussi le jurisconsulte Paul dit-il avec beaucoup de raison que les travaux exécutés sur un vaisseau ou sur une chose mobilière, ne sont pas compris dans cet interdit.

13. Dans quelles circonstances un ouvrage est-il ou

n'est-il pas ainsi fait sur une chose inhérente au sol? Les jurisconsultes romains ne donnent pas à cet égard de règle fixe et invariable ; mais ils nous indiquent par des exemples dans quels cas on doit recourir à notre interdit. Ainsi les travaux qui ont une action sur l'eau qui coule sous le sol, sont censés faits sur une chose inhérente au sol. Labéon nous apprend que celui qui a jeté quelque chose dans le puits du voisin pour en altérer l'eau, est tenu de l'interdit *quod vi aut clam,* comme s'il avait fait un ouvrage dans le puits, car l'eau fait partie du terrain où elle se trouve.

Il en est de même des travaux faits sur la superficie destinée à être perpétuellement attachée au sol. Si quelqu'un, en conséquence, a arraché ma vigne et l'a plantée dans son terrain, ou s'il l'y a couchée et qu'elle y ait pris racine, il y aura lieu à l'action utile de l'interdit *quod vi aut clam,* pendant une année. Après cette année, il n'y a plus d'action à exercer, car les vignes appartiennent à celui qui les a plantées dans un terrain, quoique les souches soient encore dans le mien, parce que les vignes transplantées dans votre champ en sont devenues les accessoires.

Les échalas qu'on plante dans les vignes appartiennent à la superficie du sol. Si quelqu'un m'a volé ces échalas dans ma vigne, il sera sous le coup de notre interdit.

Il en est de même (et c'est ici que les jurisconsultes entassent les exemples) de celui qui a démoli un édifice, alors même que cette démolition ne se serait pas faite jusqu'au niveau du sol, de celui qui a enlevé les tuiles d'un édifice, parce que les tuiles dépendent de la chose inhérente au sol, de celui qui a coupé les branches des arbres, ou de celui qui a soustrait une statue ou tout autre objet d'ornementation analogue, inhérent au sol.

14. Un ouvrage est censé pratiqué sur le sol et tenir à lui, lorsqu'il intercepte l'air au-dessus du sol. Ainsi voici un exemple : Un voisin fait avancer un auvent ou sa gouttière sur un sépulcre. Il y a lieu à l'interdit *quod vi aut clam*, bien que l'auvent ou le stillicide ne touche pas le monument sépulcral. Pourquoi cette disposition? Est-elle juste ? Evidemment, car le sépulcre se compose non-seulement du sol dans lequel il a été taillé, mais encore de l'espace qu'occupe l'air supérieur.

On ne regarde pas comme fait sur une partie du sol et comme donnant lieu à l'interdit, l'ouvrage construit sur une chose qui n'est pas adhérente au sol, quoiqu'elle doive être employée sur le sol. On en voit des exemples dans les tuiles séparées d'un édifice, quoique destinées à le couvrir. Il faut en dire autant de toute autre chose appartenant à un fonds de terre ou à une maison, mais qui n'y adhère pas. C'est pour ce motif qu'Ulpien dit qu'on ne peut pas intenter l'interdit *quod vi aut clam* contre celui qui aurait enlevé une serrure, une clef, un châssis ou une vitre. Il n'y aurait pas lieu non plus à cet interdit contre celui qui aurait mis le feu à du fumier et l'aurait jeté hors du fonds de terre. Le fumier est en effet posé sur le sol ; il n'y est pas adhérent. Mais si quelqu'un a jeté du fumier hors du terrain qu'il engraissait, il y aura lieu à notre interdit contre lui. Cette opinion est fondée sur le préjudice qu'il occasionne au sol.

On ne regarde pas non plus comme une chose dépendante du sol et comme donnant lieu à l'interdit, tout ce qui est fait sur des fruits pendants. Aussi le jurisconsulte Ulpien nous dit-il que celui qui enlève des fruits n'est pas tenu de l'interdit, comme ne faisant aucun ouvrage qui tienne au sol. Il en est autrement de celui qui coupe les arbres de haute futaie, des saules ou autres bois taillis, parce qu'il détériore le sol lui-même et qu'il en diminue la valeur.

Quant à celui qui enlève des fruits, c'est l'action *furti* dont il est passible ; car, l'interdit ne porte que contre celui qui attaque le sol, et qu'attaquer le sol, c'est couper les arbres et non couper les fruits. *In solo fieri accepimus, et si quid circa arbores fiat et non si quid fiat circa fructus arborum.*

15. L'ouvrage doit nuire au sol. Il a été admis, contre l'opinion de Trébatius, que cet interdit n'aurait lieu que pour un ouvrage qui nuirait au sol. Labéon dit, au contraire, qu'il n'a pas lieu même contre celui qui a poursuivi un oiseau en chassant et est passé sur mon fonds de terre, parce qu'il n'y a pas fait d'ouvrage en y passant. Adoptant l'opinion de Labéon à peu près unanimement reçue par tous les jurisconsultes, Ulpien nous apprend qu'il n'y a pas lieu à l'interdit *quod vi aut clam*, pour des recherches de minéraux précieux, d'or, par exemple, sur les terrains d'autrui, si ces terrains ont été améliorés par suite des fouilles nécessaires, bien qu'elles aient été pratiquées clandestinement ou par violence.

Cette décision d'Ulpien, renchérissant sur celle de Labéon, me semble de beaucoup exagérée. J'y vois la violation du droit de propriété. Vainement alléguera-t-on l'avantage que le *dominus* retire des fouilles, puisqu'elles améliorent son terrain ! Est-ce qu'il appartient à quelqu'un d'imposer à un propriétaire des avantages qu'il repousse ?

16. Comme cet interdit n'est donné que pour les ouvrages qui sont nuisibles, on a demandé s'il s'appliquait au cas où un ouvrage était fait sur une chose n'appartenant à personne ? Si quelqu'un, par exemple, a enlevé une statue d'un monument sépulcral, l'interdit est-il accordé à celui qui a des droits au sépulcre ? On répond affirmativement ; la statue faisait partie intégrante du sépulcre ; c'est comme si l'on avait violé la tombe ou si on en avait forcé la porte.

On a demandé si cet interdit aurait lieu contre celui qui aurait enlevé par violence ou clandestinement une statue de la place publique d'une ville municipale. Nous avons l'opinion de Cassius à cet égard. Il nous apprend que celui dont la statue a été placée sur le forum d'une ville municipale a l'action de l'interdit *quod vi aut clam* contre celui qui l'a déplacée, car il avait intérêt à ce qu'elle ne le fût pas. Quant au corps municipal, il a l'action de vol, par la raison que cette statue était chose publique appartenant à tous. Si la statue menace ruine, le corps municipal peut l'enlever. Cette décision de Cassius est tout à fait équitable.

17. Si, une maison n'appartenant plus à personne, on y fait par violence ou clandestinement des travaux, celui à qui la propriété en sera plus tard dévolue aura-t-il l'action de l'interdit? Suit l'exemple suivant: Une succession était vacante. Titius l'a acceptée. Aura-t-il l'action de l'interdit par rapport aux travaux faits avant l'adition d'hérédité? Vivien et Labéon l'accordent. Les raisons qu'ils en donnent sont qu'il est indifférent que le constructeur ait ou non connu qu'il y avait des héritiers, que l'action ne peut jamais être intentée qu'après l'adition, et enfin, assimilant la maison qui n'a pas encore de maître au sépulcre qui n'appartient à personne, ils ajoutent que, dans ce dernier cas, l'action de l'interdit se donnant contre celui qui l'a détérioré, ils ne voient pas pour quel motif on pourrait la refuser à celui qui a fait des travaux dans la maison. — Toutes ces raisons sont valables; mais ne suffit-il pas tout simplement de dire que cette maison appartient, dans notre hypothèse, à l'*hereditas jacens*, représentée par le défunt, tant que l'héritier n'a pas manifesté sa volonté, et qu'en conséquence, si des travaux s'exécutent à propos de cette maison ou dans son extérieur, il naît au profit

du défunt l'action de l'interdit *quod vi aut clam*, laquelle est transmise ensuite à l'héritier, après qu'il a fait adition? Ce qui, d'après moi, n'est pas exact dans le raisonnement des jurisconsultes, c'est la supposition que cette maison n'appartient à personne, comme le sépulcre. Cette idée est tout à fait centraire au principe : *Hereditas jacens personam defuncti sustinet.*

III. — *Effets de l'interdit.*

18. L'interdit *quod vi aut clam* est accordé à celui qui a intérêt à ce qu'un ouvrage nouveau ne soit pas fait contre celui qui l'a fait ou l'a fait faire et contre ses héritiers ou successeurs, quoiqu'il eût le droit de le faire, parce que, dit le jurisconsulte Ulpien : *tueri jus suum debuit non injuriam comminisci*, parce qu'il lui est permis de défendre son droit, mais non de faire tort à autrui de dessein prémédité.

Quel est le but de cet interdit? De faire réintégrer le demandeur dans le droit qu'il a pu perdre à l'occasion du nouvel ouvrage, et de faire condamner le défendeur dans la mesure de l'intérêt qu'a le demandeur à ce que le nouvel ouvrage n'ait point été fait. Le § 7 de la loi 15 ne laisse à cet égard aucun doute. Ulpien, à qui il est emprunté, déclare que dans cette instance la condamnation porte sur l'intérêt qu'a le demandeur à la non-confection de l'ouvrage. Il est du devoir du juge d'ordonner le rétablissement des choses dans leur premier état, comme si le nouvel œuvre n'avait point été entrepris violemment ou clandestinement.

19. Par cet interdit on demande encore que, si le défendeur possède ce qui a été fait de nouveau, il remette les choses dans leur premier état, à ses frais et dépens,

en détruisant ce qui aura été fait. Et si, au contraire, le défendeur n'est pas en possession de ce qu'il a fait, qu'il fasse rétablir les choses comme elles l'étaient auparavant par celui qui était en possession.

Cet interdit est donné contre les héritiers et autres successeurs, seulement à raison de ce dont ils ont profité ; on ne peut point s'en servir après l'année (Loi 15, § 3).

20. Celui qui a donné ordre de faire un ouvrage nouveau, n'est pas tenu de cet interdit ; c'est celui au nom duquel l'ordre a été donné. Le § 12 de la loi 5 de notre titre dit, en effet, que si quelqu'un donne l'ordre de faire un nouvel œuvre, on n'aura point action contre lui, mais contre celui au nom duquel il a donné l'ordre. Car, si un tuteur, un curateur, un procureur, un duumvir, agissant au nom d'un corps de ville des affaires duquel il est chargé, donne cet ordre, l'action sera dirigée non contre celui qui a donné l'ordre, mais contre ceux au nom desquels l'ordre a été donné. Si je vous ai chargé par un mandat de donner l'ordre qu'on fît un nouvel œuvre, l'action sera dirigée non contre vous, mais contre moi.

Recherchons dans quels cas cet interdit a lieu. Nous trouvons plusieurs cas énumérés dans le Digeste, et successivement expliqués. Voici ceux dans lesquels il n'a pas lieu :

21. Cet interdit n'est pas applicable :

a) Si celui qui a fait un nouvel œuvre a eu quelque sujet légitime de le faire, par exemple, pour la culture des terres ou pour empêcher un incendie. Dans le § 4 de la loi 7, le jurisconsulte Ulpien examine l'espèce suivante : J'ai coupé et jeté bas la maison de mon voisin pour empêcher l'incendie d'embraser la mienne. On m'attaque par l'interdit *quod vi aut clam* ou par l'action de la loi *Aquilia*. Sur cet avis nous avons l'opinion de trois jurisconsultes : — Gallus doute qu'on puisse opposer pour excep-

tion : *Quod incendii defendendi causa factum sit.* — Servius décide que cette exception aura lieu, si la maison a été démolie par l'ordre du magistrat, mais qu'il n'en est pas de même si un particulier l'a fait faire de son autorité privée. « Cependant, si le particulier a fait quelque chose de sem- « blable et que le feu ne soit pas parvenu jusqu'à l'endroit, « il doit être condamné à payer au simple la valeur du « dommage qu'il a causé ; si le feu est parvenu jusqu'à « l'endroit, il doit être absous. » Ce jurisconsulte dit qu'il en serait de même, si on avait démoli cette maison à tort et sans droit, car on ne peut pas dire que le particulier ait fait tort à son voisin, dont la maison aurait également péri. Mais si on faisait la même chose hors d'un cas d'incendie et que l'incendie fût survenu depuis, on déciderait le contraire, parce que Labéon dit que ce n'est pas par un événement subséquent, mais par l'état présent des choses qu'on doit estimer si on a fait dommage à tort ou non.

b) Si le nouvel ouvrage a été dénoncé au voisin et qu'il ne s'y soit point opposé, parce qu'on ne peut pas dire qu'il ait été fait violemment ou clandestinement. Il en est de même si le défendeur a offert de donner caution à raison du dommage qui pouvait arriver, en supposant qu'on ne s'opposât à son ouvrage que parce qu'il refusait cette caution ou qu'il ne défendait pas contre la demande qu'on en formait contre lui.

c) Si le demandeur veut poursuivre par cet interdit le défendeur pour avoir détruit *vi aut clam* le nouvel œuvre que le demandeur lui-même avait élevé par violence ou clandestinement au préjudice du défendeur; car, cette exception paraît être très-équitable, dit le jurisconsulte Julien dans la loi 7, § 3, Dig. Julien examine la question de savoir si celui contre lequel on intente l'interdit dont il s'agit ici ne pourrait pas répondre au demandeur

par forme d'exception : *quod non tu vi aut clam feceris.* Par exemple, je me sers contre vous de cet interdit; pouvez-vous m'opposer cette même exception en me disant : *quod non tu vi aut clam fecisti?* Julien répond qu'il est très-juste qu'on accorde cette exception. En effet, si vous avez fait un nouvel œuvre par violence ou par clandestinité et que je le démolisse de même, qu'ensuite vous usiez de l'interdit contre moi, cette exception ou fin de non-recevoir doit m'être utile. Cependant on ne doit y avoir égard que s'il y a grande et juste cause. D'ailleurs le tout doit être remis à la prudence du juge.

d) Si cet interdit est proposé après l'année, à compter du jour que le nouvel œuvre a été terminé ou a cessé d'être continué, quoiqu'il ne fût pas porté à sa perfection. On ne compte pas l'année à partir du jour où l'ouvrage est commencé, car il faudrait intenter l'action plusieurs fois contre ceux qui apporteraient des délais pour l'achever.

e) Si le demandeur a dénoncé au défendeur qu'il cessât son nouvel œuvre et qu'ensuite le demandeur lui ait donné mainlevée de l'opposition, car en ce cas le demandeur ne peut pas se servir de l'interdit.

22. L'interdit *quod vi aut clam* s'applique aux choses immobilières. Mais s'applique-t-il aux meubles? A qui compète-t-il, et contre qui? Cet interdit ne s'applique qu'aux *nova opera* adhérents au sol et non à ceux qui viennent augmenter une chose mobilière et qui y adhèrent, à moins que ce ne soit en vue du sol qu'ils aient été entrepris et effectués. C'est ce que déclarent un grand nombre de jurisconsultes.

23. Cet interdit appartient à celui qui souffre du préjudice résultant de la construction élevée *vi* ou *clam*, soit qu'il possède, soit qu'il ne possède pas, soit qu'il ait le titre de propriétaire, soit qu'il ne l'ait pas, pourvu qu'il ait

intérêt à la non-construction, comme le fermier ou l'usufruitier. (Frag. 11, § 8, 14; frag. 12, 13, Dig. h. tit.)

Il est dirigé contre celui qui a agi clandestinement ou par violence et contre celui qui a donné des ordres à cet effet. De même contre celui qui, ayant pu empêcher le *novum opus* sur son fonds et sur celui d'autrui, n'a fait aucune résistance, alors qu'il était en son pouvoir et qu'il était de son devoir d'y aviser. Peu importe que le constructeur du nouvel œuvre ait su ou non à qui appartenait le lieu où l'*opus* s'effectuait, pourvu qu'il ait pensé qu'il était à un autre que le vrai propriétaire. Il n'est donné contre les héritiers que *quatenus ad eos pervenit.*

24. Qu'obtient celui qui a recours à l'interdit, après avoir prouvé le bien fondé de sa demande? Le voici : on peut procéder de deux manières : — ou le juge estime le dommage — ou il est fixé sous la foi du serment par le demandeur, qui ne doit pas dépasser un certain taux fixé par le juge. Dans ce taux est comprise l'évaluation de tout ce qu'a perdu le demandeur par l'effet du *novum opus* élevé *clam aut vi* , comme s'il y avait eu, par exemple, extinction d'une servitude prédiale. En général, c'est par l'office du juge qu'a lieu la restitution, afin que la condition du demandeur soit la même que si l'ouvrage nouveau auquel se rapporte l'interdit n'avait pas été élevé. — Que si les constructeurs du *novum opus* ne possèdent pas, quelle est alors leur position? ils doivent être condamnés à payer les frais résultant de la restitution des lieux dans leur premier état. Si le possesseur n'a pas élevé le *novum opus* et que ce soit sans sa volonté qu'il ait été construit, il n'est tenu que de laisser enlever les matériaux et démolir les constructions. Les frais sont à la charge du *faciens* (Voët).

25. Quant cet interdit cesse-t-il de s'appliquer? Que

décider au cas où j'ai démoli *vi aut clam* ce qu'un autre avait également construit *vi aut clam?* Cet interdit ne dure qu'une année, et cette année se compte à partir du jour où l'ouvrage est *perfectum*, ou dès le jour où les travaux ont cessé, bien que le *novum opus* n'ait pas été achevé. Je fais remarquer que l'interdit dont je parle ne s'applique pas aux meubles et qu'il ne sera pas donné dans le cas où des travaux auraient été faits sur un navire, fussent-ils même considérables. — Dans le cas où j'ai démoli clandestinement ou par violence ce qu'un autre avait construit de la même façon, l'interdit pourra néanmoins s'appliquer, car cette démolition ne peut être ordonnée que par le juge, à moins qu'il n'existe une cause suffisante pour excuser et légitimer la démolition faite *privatim*.

En résumé, celui qui a bâti *vi aut clam* et qui possède doit *et patientiam et impensam operis*; — celui qui a bâti, mais ne possède pas, doit *impensam*; — celui qui possède mais n'a pas bâti, doit seulement *patientiam*.

DE LA DÉNONCIATION DE NOUVEL ŒUVRE

(Dig. 39, 1.)

Ouvrages à consulter : G. Hasse, Dissert. *De operis novi nunciat.*, Bonnæ, 1829. — Molitor, Possession. — L.-H. Wiederhold, de l'interdit *uti possidetis* et de la dénonciation de nouvel œuvre, Hanau, 1831.

26. Si on entreprend sur son propre fonds des travaux nuisibles au voisin, ce voisin peut en arrêter provisoirement l'exécution au moyen d'une opposition faite en forme déterminée. Cette opposition constitue la dénonciation de nouvel œuvre. On peut donc la définir : le moyen d'obtenir la suspension de travaux qui, sans causer un trouble à la possession du demandeur, produiraient ce résultat s'ils venaient à être achevés.

27. Pour pouvoir utilement former cette dénonciation, on n'était pas tenu de prouver le droit que l'on avait d'empêcher les travaux. Cette preuve résultait d'une instance ultérieure dans laquelle le fond du droit était examiné. Mais, en attendant, la dénonciation forçait l'auteur à les suspendre jusqu'à la mainlevée de la *prohibitio*. Si le nouvel œuvre était continué, le dénonçant obtenait par un interdit la destruction de tout ce qui avait été fait au mépris de l'opposition.

Telle est la théorie sommaire de la dénonciation de nouvel œuvre. Les détails vont suivre, et pour introduire la clarté qui résulte de l'ordre dans notre difficile matière, nous établirons plusieurs points de repère qui rendront notre tâche plus aisée.

I. — *A quelles conditions est permise la dénonciation de nouvel œuvre.*

28. Le principe en cette matière est celui-ci : la dénonciation de nouvel œuvre, pour produire l'effet qui lui est propre, c'est-à-dire la suspension des travaux, n'a nullement besoin d'être fondée sur le droit de les empêcher. La loi 1re de notre titre le dit expressément : *Sive jure, sive injuria opus fiat*. On se tromperait en pensant que le *jus nunciandi* dont il est question dans plusieurs textes désigne la faculté de former une dénonciation. Cette expression désigne le droit d'empêcher les travaux, qui doit faire l'objet de l'instance au fond et qui doit exister pour justifier la dénonciation et la faire convertir par le juge en une défense définitive d'exécuter les travaux entrepris. Par elle-même la dénonciation arrête les travaux, sans que le droit ait besoin d'être prouvé ; elle suppose seulement que ce droit est prétendu. Nulle loi romaine n'exige d'ailleurs comme condition de la légitimité de la dénonciation la

possession d'un droit auquel le nouvel œuvre porterait atteinte.

29. Que le nouvel œuvre soit construit sur le fonds de l'auteur des travaux ou sur le fonds du dénonçant, il n'importe. Les interprètes modernes ont souvent considéré la dénonciation comme particulièrement destinée à arrêter un voisin qui construit chez lui. Cette opinion trop absolue ne saurait être admise, car des textes l'appliquent également au cas où un voisin vient construire sur notre propre fonds. Le soin que prend Ulpien de nous instruire dans la loi 5 de notre titre qu'il y a des voies de droit plus avantageuses que la dénonciation pour le cas où le nouvel œuvre empiète sur notre fonds, prouve qu'elle était également admise en cette hypothèse.

30. Ainsi, quand les constructions se font sur notre propre fonds, nous pouvons interrompre les travaux par une opposition formelle, *prohibitio*, qui peut même aller jusqu'à l'emploi de la force *(per manum, id est lapilli jactum)* et qui rend le voisin récalcitrant passible d'un interdit appelé *quod vi aut clam*.

31. Insistons sur le cas où le nouvel œuvre se fait sur notre propre terrain. Dans cette hypothèse, la loi 29, § 1, *in fine*, *ad legem Aquiliam*, autorise la destruction de tout ce qui a été fait, *intercidere aquæductus*, tandis que le frag. 5, § 10 de notre titre permet de *prohibere per manum*. Cujas explique mal ce dernier texte en supposant que l'emploi de la *manus* (il dit *manus armata*) doit avoir lieu, *si vicinus ædificat in meo*, mais que je dois *prohibere per jactum lapilli, si faciat in suo et non in meo* Que conclure de cette prévision ? C'est que, par analogie de ce que nous dit Aulu-Gelle sur la *manuum consertio*, il y aurait à distinguer entre la *manus* ou *vis* véritable et la *manus civilis* ou *festucaria*, qui s'exercerait par le *jactus la-*

pilli, et à faire de ce *jactus* un acte purement symbolique.

32. Que penser de cette distinction? Bien que des interprètes du droit romain fort remarquables, en tête desquels se trouve Cujas, l'aient soutenue, bien qu'ils appuient leur opinion sur des textes nombreux (frag. 5, § 10, huj. tit. ; frag. 6, § 1, *si servit vindic.* ; frag. 1, § 5 et 6; frag. 20, § 1, *quod vi aut clam*), je ne partage pas leur avis. Le *jactus lapilli* consisterait donc, d'après eux, à lancer une pierre contre la construction indûment élevée. Je crois qu'il faut l'entendre de la dispersion des pierres employées à la construction. Il est vrai que le diminutif *lapilli* paraît singulier dans cette hypothèse; mais d'un autre côté, la nature symbolique de l'acte est difficile à concilier avec les textes qui représentent le *jactus lapilli* comme une voie de fait, *per manum*; en opposition à la simple protestation (frag. 5, § 10, Dig. huj. tit.; frag. 20, § 1, *quod vi aut clam*). Ensuite, si l'on veut refuser à l'acte le caractère matériel que nous lui donnons, comment arrivera-t-on à comprendre et à expliquer : 1° La particularité qu'il ne peut avoir lieu que lorsque le nouvel œuvre se fait sur notre terrain, ce que Cujas a tout à fait méconnu ; 2° que le *jactus vel minimi lapilli* implique prohibition (frag. 1, § 5, Dig., *quod vi aut clam*)? Enfin, aucun texte n'indique même de loin l'élément symbolique que les interprètes modernes prodiguent outre mesure dans les actes juridiques des Romains et qui se trouve entièrement déplacé dans notre matière.

33. La chose se présente tout naturellement de la manière suivante : quand quelqu'un, sans notre consentement, tente d'élever ou de démolir des constructions sur *notre* terrain, nous pouvons employer la force pour l'en empêcher. Le frag. 50 *de acquir. rer. domin.*, autorise même cet emploi quand nous éprouvons un *incommodum* par suite de

constructions qu'un tiers élève sans autorisation *in littore publico*. Nous pouvons, à la rigueur, démolir ce qu'il a fait, *intercidere aquæductus*; mais pour sauvegarder nos droits et notre possession, nous n'avons pas besoin d'aller jusque-là. Il suffit d'une voie de fait quelconque qui indique clairement notre intention de prohiber, par exemple, de défaire quelques briques, même une seule, *minimi lapilli jactu*. Et ce procédé est préférable pour plus d'une raison. L'on peut appliquer ici par analogie ce que dit Ulpien, frag. 1, § 3, *de peric.*, du vendeur de vin qui, pour ménager l'acheteur en demeure de prendre livraison, préfère louer les futailles dont il a besoin plutôt que de faire écouler le vin vendu, *si tamen cum effundere potuisset, non effudit, laudandus est potius*.

34. Puisque la dénonciation de nouvel œuvre a pour but d'arrêter les travaux commencés et non encore achevés, quelle doit être la nature de ces travaux? Cette question est fort importante et se rapporte précisément aux conditions nécessaires pour rendre admissible la dénonciation de nouvel œuvre. Cette dénonciation n'est pas susceptible de désigner toute nouvelleté. Les travaux doivent être *opus solo conjunctum*. Il doit consister en constructions ou démolitions changeant l'état antérieur des lieux. *Opus novum facere videtur qui aut ædificando aut detrahendo aliquid, pristinam faciem mutat* (loi 1, Ulp., § 11).

35. Cette définition exclut tout ce qui tient à l'exploitation, comme les plantations et l'enlèvement des récoltes. Voët fait observer que le mot *opus* renferme l'idée de durée qui exclut tout ce qui est attentat passager à la propriété, comme le fait de couper des arbres (loi 1, par. 11, 12 et 13, liv. 49).

36. Dans la théorie générale de la dénonciation de nouvel œuvre doit entrer l'examen de la question suivante :

Quelles personnes peuvent la faire? Toute personne qui éprouve un dommage peut-elle dénoncer? Un tel principe serait contraire aux textes les plus formels qui refusent le droit de dénoncer à diverses personnes, quoique le nouvel œuvre leur fasse subir un réel dommage, ainsi l'usufruitier vis-à-vis du nu-propriétaire et le co-propriétaire à l'égard de ses associés. Au sujet de ce dernier notamment, la loi 3 de notre titre s'exprime ainsi : *Non posse nunciare putat Labeo, quia possum eum alia ratione prohibere ædificare.*

37. Puisque le droit de dénoncer n'est pas puisé dans le préjudice que l'on peut personnellement éprouver, où donc est sa vraie source? Cujas, dans son commentaire sur quelques fragments de notre titre, s'exprime ainsi : Les lois qui déterminent quelles personnes peuvent dénoncer considèrent les personnes au sujet desquelles elles posent cette question sous le point de vue de la relation qui existe entre elles et un fonds auquel le nouvel œuvre préjudicie. La discussion de la question est faite successivement pour le propriétaire, le créancier gagiste, l'usufruitier, le superficiaire. La personne n'est prise en aucune considération. Le fonds seul est envisagé. C'est lui qui doit être diminué de valeur, *lésé* pour ainsi dire, afin qu'il puisse y avoir dénonciation. Aussi peut-on dire énergiquement comme Voët : le fonds a le droit de dénoncer — la personne qui dénonce représente le fonds, *fundus nuntiat* (comment. ad Pandectas). Il paraît étrange au premier abord qu'un droit puisse compéter à un fonds. Observons cependant que cette idée n'est pas propre à notre matière. Les *jura prædiorum* sont-ils autre chose? Une personne peut-elle les posséder directement? Non — ils appartiennent au fonds lui-même dont ils constituent des qualités.

38. Le droit de dénonciation est donc, comme la ser-

vitude, un *jus prædii*. Il est partie intégrante du fonds et il ne peut être exercé que par la personne ayant qualité de représenter le fonds. Cette opinion est des plus sérieuses et des plus incontestables. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les lois 3, § 3 et 9 du Digeste, dans lesquelles les jurisconsultes Ulpien et Gaïus concluent du droit de revendiquer les servitudes au droit de dénoncer. Pour résumer en une formule claire la pensée des lois romaines, on peut dire : le droit de dénoncer nouvel œuvre appartient au propriétaire et au possesseur de bonne foi du fonds menacé (frag. 3, § 19, frag. 5, § 6, Dig. huj. tit.; frag. 1, § 3, Dig. *de remissionibus*), ainsi qu'à ceux qui ont un *jus in re* impliquant possession du fonds, tel qu'un droit d'emphytéose, de superficie et de gage. Quand le nouvel œuvre menace un intérêt public, tout citoyen a le droit de protester, *si in publico quid fiat, omnes cives opus novum nunciare possunt.*

39. Puisqu'une personne représentant un fonds a le droit de dénoncer ce nouvel œuvre, à quoi tient ce droit en elle? Il tient uniquement à la possession du fonds lésé. Tous les textes du Digeste le décident implicitement. Aucune loi, il est vrai, ne l'attribue formellement au possesseur; bien plus, le propriétaire est désigné comme la personne à laquelle il appartient. Mais on sait qu'en droit le possesseur est réputé propriétaire et cette présomption est irrésistible surtout quand elle est opposée à celui qui n'est pas propriétaire lui-même. C'est ce qui a lieu dans la dénonciation de nouvel œuvre, où le dénonçant sera regardé comme propriétaire et sera tenu pour tel.

40. Des exemples tirés des titres le démontrent suffisamment. M. de Savigny soutient avec raison que celui qui n'a qu'une possession concédée, *dérivée*, et qui, par conséquent, ne peut se prétendre propriétaire, a le droit de dénoncer

le nouvel œuvre. Ainsi, le créancier gagiste qui n'a à l'égard du fonds engagé qu'un droit de ce genre, *opus novum nuntiare potest.* Quant à l'usufruitier, il ne peut dénoncer, à moins que ce ne soit comme procureur du propriétaire. J'en dis autant du superficiaire, que je place sur la même ligne que l'usufruitier. Vis-à-vis du propriétaire, la dénonciation qu'il pourrait faire est sans effet. C'est bien ce qu'indiquent les mots de la loi 3, § 3, ainsi conçu : *quod si ego superficiarius sim et opus novum fiat a vicino, an possim nunciare?*

II. — *Quelles sont les formes de la dénonciation?*

41. La dénonciation qui se fait au nom et dans l'intérêt d'un fonds est faite aussi contre le sol où le nouvel œuvre est construit et non pas contre la personne qui le construit. *Operis novi nuntiatio in rem fit, non in personam.* La dénonciation ne s'adresse pas à telle ou telle personne, mais au fonds lui-même sur lequel se fait l'*opus novum.* La personne qui la reçoit n'est qu'un intermédiaire, et tout ouvrage fait postérieurement et contrairement à la dénonciation, quel qu'en soit l'auteur, est illégal. Le changement de propriétaire, après la dénonciation, ne détruit pas son effet. Le nouveau, comme l'ancien propriétaire, ne pourra construire, peu importe qu'il ait eu ou non connaissance de la dénonciation. Qu'en conclure? Que la dénonciation crée une espèce de droit de servitude sur le fonds dans l'intérêt duquel était construit le nouvel œuvre. Ses effets sont indépendants, nous le savons, de toutes considérations relatives aux personnes. *Adversus absentes et invitos et ignorantes nuntiatio procedit.*

42. Voët nous indique les formes de la dénonciation de nouvel œuvre qu'il réduit à deux :

a) La dénonciation doit porter *in re præsenti*. Elle doit être faite en présence de l'œuvre, mais elle n'exige dans le droit nouveau aucune formalité particulière, tandis que dans l'ancien droit, il est probable qu'elle exigeait, comme toute dénonciation, la présence de témoins. (Arg. frag. 1, § 7, Dig. *quod vi aut clam.*) La présence de témoins n'est plus nécessaire dans le droit nouveau, mais elle est toujours utile à cause de la preuve. *Qui opus novum nunciat, si quid operis jam factum erit, in testationem referre debet ut appareat quid postea factum sit.*

Elle peut se faire aussi par mandataire. Dans ce cas, il y a lieu à fournir les cautions qui sont usitées dans les procédures par mandataire et dont parle le frag. 13 huj. tit. Dig.

La dénonciation est admissible toutes les fois que le voisin change le *statu quo*, en élevant, modifiant ou détruisant des constructions adhérentes au sol, et que de ces entreprises il peut résulter une lésion ou un préjudice quelconque pour le fonds que nous voulons protéger.

Quelques observations sont ici nécessaires. *Je dis que la dénonciation est admissible toutes les fois que le voisin change le statu quo....* Sous ce rapport, la dénonciation de nouvel œuvre a donc quelque analogie avec les actions possessoires qui ont également pour but de protéger le *statu quo*; et, cette analogie a engagé les jurisconsultes français à la considérer comme un moyen possessoire. Toutefois cette assimilation n'est pas tout à fait exacte. Les actions possessoires en effet ne protégent le *statu quo* qu'à l'égard des choses que nous tenons *nous-mêmes*, tandis que la dénonciation de nouvel œuvre maintient le *statu quo* même à l'égard des choses sur lesquelles nous n'exerçons aucun pouvoir physique. C'est pourquoi, en droit romain, la dénonciation de nouvel œuvre n'appartient pas au simple possesseur, mais exige un droit réel joint à la possession.

Et *qu'il peut résulter un préjudice ou une lésion quelconque pour le fonds que nous voulons protéger*..... C'est pourquoi la dénonciation peut être dirigée contre des travaux qui pourraient nuire à l'exercice d'une servitude *urbaine* appartenant à notre fonds, puisque toute atteinte portée à l'exercice d'une servitude urbaine porte atteinte à l'exercice de la propriété du *prædium dominans* même, tandis que la lésion éventuelle d'une servitude *rurale* n'autorise point la dénonciation, par la raison que l'exercice de ces servitudes est quelque chose en dehors du fonds dominant et qu'il se manifeste par des actes indépendants de la possession du fonds même, *faciendo*.

b) Enfin la dénonciation doit être faite à une personne placée sur les lieux et pouvant instruire l'auteur du nouvel œuvre. (Loi 5, § 3, huj. tit. Dig.)

43. Y avait-il ume formule spéciale à la dénonciation de nouvel œuvre? Originairement, cela est à peu près certain. C'est ce que conjecturent M. Hasse, qui a fait sur la dénonciation un remarquable travail, et M. L. Wiederhold, qui s'est, dans une monographie, occupé de cette matière. M. Hasse pense que cette formule, bien qu'elle ne nous soit pas parvenue dans ses termes sacramentels, ne pouvait être que l'expression d'une prohibition adressée à la confection des travaux commencés et réunissant les deux mentions dont il vient d'être parlé.

44. La dénonciation est un acte extrajudiciaire et n'exige nullement l'autorisation du magistrat, cela résulte de la loi 1re, § 2, Dig. Mais on lit dans la loi 16: *si prætor novum opus jusserit nunciari, seu deinde prohibuerit*... Il s'agit bien ici d'une dénonciation ordonnée ou défendue par le préteur; ne faut-il pas en conclure que souvent on n'y recourait qu'après avoir pris l'avis du magistrat? Au lieu de trouver dans ces lois des antinomies inexplicables et

dues aux interpolations inconscientes de Tribonien, essayons une explication. Je marcherai ici sur les traces de Voët.

45. Cette contradiction apparente s'évanouit devant la distinction de divers cas où il aurait fallu l'autorisation du préteur et d'autres cas où cette autorisation n'eût pas été nécessaire. On peut objecter que nulle part le titre *De nuntiatione novi operis* ne parle de ces distinctions et qu'au contraire la loi 1, § 2, pose en principe général que l'autorisation n'est pas nécessaire. On répond (et c'est là une pure hypothèse, car en l'absence de textes précis, peut-on affirmer être en possession d'une vérité certaine?) qu'il est fort plausible d'admettre que la dénonciation de nouvel œuvre ait commencé à être pratiquée au moyen d'autorisations spécialement données par le préteur pour chaque cas. Ne peut-on pas ajouter que l'usage de la pratique dans l'autorisation du préteur ne s'introduisit que dans les cas prévus par l'édit, et qu'après l'admission de cette jurisprudence, la dénonciation spécialement autorisée ne fut point exclue et devint facultative? De cette façon et avec cette explication, on comprendrait comment les textes posent comme règle générale que l'autorisation n'est pas nécessaire et présentent cependant des exemples où elle a été demandée et refusée.

Comment donc s'expliquer cette contradiction? Par certains avantages spéciaux attachés à la dénonciation autorisée par le magistrat. Je vais les exposer; mais, pour les bien comprendre, il faut examiner les effets de la dénonciation.

III. — *Quels sont les effets de la dénonciation?*

46. Si les travaux sont continués malgré la dénonciation, le dénonçant demande au préteur l'interdit dont

parle la loi 20 dans son proœmium. (liv. 39 h. tit. Dig.) Cet interdit était restitutoire, c'est-à-dire que les lieux étaient mis absolument dans le même état où ils se trouvaient avant la dénonciation. C'est pour ce motif qu'on avait soin, en faisant la dénonciation, de faire constater les travaux accomplis.

47. On ne peut obtenir l'interdit qu'à la condition de prouver qu'une dénonciation a été faite légalement et qu'elle a été transgressée par l'auteur du *novum opus*. Si ces conditions sont remplies, l'interdit est délivré. Quant au point de savoir si le dénonçant peut empêcher les travaux, c'est dans une instance ultérieure, où le fond du droit sera débattu, qu'il sera examiné. L'interdit a tout simplement pour but de faire respecter, jusqu'à l'issue de cette instance, l'empêchement provisoire qu'apporte la dénonciation à l'achèvement des travaux.

48. Voici comment M. Hasse résume l'effet de la dénonciation de nouvel œuvre : Elle force celui à qui elle a été faite de suspendre la continuation des ouvrages, jusqu'à ce que la justice ait décidé de l'affaire. Si, malgré cette défense, il continue les travaux, le dénonçant a le droit d'exiger, au moyen de l'interdit *de opere novo demoliendo vel restituendo*, la démolition ou la restitution de l'ouvrage. (Frag. 1, § 8; frag. 20, proœm., § 1, 2; frag. 21, § 1, Dig. liv. 39, h. t.) Si cette mise en demeure occasionnait quelque danger au dénoncé, la loi lui permet, même avant la décision de la contestation, de continuer ou d'achever l'ouvrage en donnant caution, *de eventualiter demoliendo aut restituendo*. (Frag. 5, § 17; frag. 8, § 2, 4; frag. 20, frag. 21, Dig. h. t.) Dans le cas où le dénonçant se refuse à accepter la caution, le dénoncé a l'interdit prohibitoire pour se protéger dans la continuation de ses travaux. (Frag. 20, § 9 et 10 *ibid.*)

49. N'y a-t-il aucune exception à opposer à la dénonciation ? Et l'auteur des travaux ne peut-il jamais passer outre ? Dans trois cas :

a) Il peut contester la légalité de la dénonciation, soutenir, par exemple, que celui de qui émane la dénonciation n'avait pas le droit de la lui intimer.

b) Il peut opposer qu'elle a été levée.

c) Il peut enfin alléguer l'urgence de certains travaux utiles à la salubrité publique. Ce sont des marais qu'on dessèche ou des marécages qu'on assainit. C'est dans ce cas qu'on peut dire avec le jurisconsulte Ulpien : *Quis dubitat melius esse nuntiationem novi operis omitti quam impediri operis necessarii urgentem exstructionem ?*

50. Les avantages attachés à l'autorisation du préteur relativement à la dénonciation de nouvel œuvre sont dès lors évidents. Le magistrat n'accordait son autorisation qu'après s'être assuré qu'on se trouvait dans les conditions légales de la dénonciation Il en résultait que l'auteur des travaux ne pouvait être admis à soutenir que la dénonciation n'était pas légale, que l'urgence rendait la suspension des travaux impossible... C'est de cette manière et avec cette explication qu'on peut comprendre que l'usage d'autoriser la dénonciation se soit perpétué après que cette autorisation fut déclarée n'être pas indispensable.

51 Il faut examiner maintenant l'effet de l'interdit. Si l'auteur des travaux n'a pas tenu compte de la dénonciation, la démolition est ordonnée. Cet effet est produit contre toute personne, c'est-à-dire quel que soit l'auteur des travaux faits depuis la dénonciation et quel que soit le possesseur du lieu où ils ont été faits, à l'époque où l'interdit est obtenu. Cela résulte du caractère de la dénonciation, de ce qu'elle est faite *in rem* et non *in personam*. Ces effets, toutefois, ne sont pas identiques contre toute

personne. Celui qui n'est tenu de l'interdit qu'en qualité de tiers détenteur, ne doit souffrir que la destruction du nouvel œuvre. Celui, au contraire, qui n'a pas respecté la dénonciation et a, contre elle, agi sciemment, est obligé de supporter les frais de démolition

52. Cujas, dans son commentaire sur quelques lois de notre titre, se demande comment la dénonciation a une force obligatoire, et il ajoute que la raison de sa surprise est qu'ordinairement, en jurisprudence, c'est au juge seul qu'il appartient d'ordonner ou de défendre. Or, la dénonciation est une prohibition qui n'émane que de la personne intéressée. Cette puissance, répond Cujas, en dehors de toutes les règles du droit commun, a pour cause sa connexion avec une instance ultérieure sur le fond du droit. Le lien qui unit la dénonciation à cette instance est donc important à connaître. C'est le moment de l'étudier.

IV. — *De l'instance qui suit la dénonciation.*

53. La dénonciation est le préliminaire de l'instance ultérieure dans laquelle le fond du droit est débattu. Le *statu quo* est maintenu jusqu'à l'issue de cette instance, et le dénonçant s'engage implicitement et de plein droit à suivre l'instance au fond en qualité de demandeur et à laisser à l'adversaire la position favorable de défendeur. La dénonciation lui sert à prévenir le dommage qu'il éprouverait par la continuation des travaux, pendant qu'il serait occupé à faire reconnaître en justice son droit de les empêcher. Cela est équitable, car il ne doit pas être victime des retards qu'entraîne nécessairement l'instruction du fond. C'est ce que les jurisconsultes romains expriment par cette formule : *Nunciando possessorem adversarium facimus.* La preuve du bien fondé de son droit doit être administrée par le dénonçant.

54. Voët, à propos de cette maxime et pour caractériser son importance, nous donne la clef de toute la matière : *Hujus materiæ clavis interpretativa*, et il fait observer que la dénonciation a un caractère provisoire qu'elle conserve jusqu'au jugement définitif. Aussi peut-on dire qu'elle est l'annonce de la volonté d'introduire l'instance, et, en ce point, elle est semblable à une demande en justice. Celui à qui elle s'adresse est constitué dans le rôle de possesseur du droit de construire qu'on lui conteste. Mais cette possession, quoique reconnue, est paralysée jusqu'à l'instance. On n'a pu, cependant, il est facile de le comprendre, laisser au dénonçant la faculté de retarder, selon son bon plaisir, l'instance au fond qu'il se charge d'introduire. Aussi, lorsque le dénonçant tardait à introduire l'instance, il était permis au dénoncé de recourir à tous moyens susceptibles de lui faire obtenir la mainlevée de la dénonciation, sans être obligé de quitter le rôle de défendeur pour revendiquer un droit dont il était reconnu en possession.

55. Pénétrons plus avant dans cet ordre d'idées. La dénonciation est dirigée contre celui qui fait le nouvel œuvre, mais il n'est pas nécessaire qu'elle lui soit adressée en personne. Elle ne peut être faite contre le co-propriétaire ; pour agir contre lui, le plaignant doit obtenir un décret du juge ou bien se servir de l'action *communi dividundo* (frag. 3, § 1, Dig. huj. tit.).

La dénonciation peut être faite à ceux qui représentent l'auteur du nouvel œuvre, même aux ouvriers qui travaillent aux constructions (frag. 1, § 5 ; frag. 5, 10, 11, Dig. huj. tit.). La dénonciation a pour effet d'empêcher la continuation du nouvel œuvre ; je dis *la continuation*, car si l'ouvrage est déjà achevé, la dénonciation de nouvel œuvre n'est plus recevable. Les intéressés doivent recourir

à l'interdit *quod vi aut clam* ou à d'autres interdits ou, enfin, aux actions pétitoires *(negatoria et confessoria)* qui s'adaptent à l'espèce. (Frag. 1, § 1, Dig. huj. tit. — Frag. 3, *procem.* Dig. *de inferendo mortuo.*)

56. Le dénoncé doit, en effet, cesser immédiatement ses travaux, à moins qu'il n'obtienne mainlevée de l'opposition, soit à l'amiable, soit par une décision du magistrat, *remissio.* — La mainlevée doit être régulièrement accordée quand l'une des conditions requises pour la dénonciation de nouvel œuvre fait défaut ; mais le magistrat peut l'ordonner pour toute autre cause qui lui paraît plausible. Cette grande latitude était toute naturelle dans l'ancien droit où le préteur décidait lui-même la question *extra ordinem :* elle est maintenue dans le droit nouveau. (Frag. 1, procem. § 9, 10 ; frag. 5, § 14-19; frag. 16, 19, Dig. huj. tit.)

Le dénoncé peut également continuer, s'il fournit une caution *de opere restituendo,* qui doit régulièrement être donnée par fidéjusseurs ou au moyen d'une garantie réelle, *satisdatio.* Cette caution ayant pour objet un *facere,* savoir: la restitution de l'ancien état de choses, constitue une obligation indivisible. (Frag. 4, § 1, Dig. *de verb. oblig.*)

D'après une constitution de Justinien, le dénoncé ne peut user de cette faculté que lorsque le procès a duré plus de trois mois (loi un. Code, huj. tit.). Quelle que soit, au reste, la décision du magistrat, qu'il accorde ou qu'il refuse la mainlevée, les parties restent toujours libres de faire valoir ultérieurement leurs droits par la voie ordinaire, en intentant les actions pétitoires qui leur compètent (frag. 19, Dig. huj. tit.).

57. Si, malgré la mainlevée obtenue ou la caution fournie, le dénonçant trouble le dénoncé dans ses travaux,

ce dernier a un interdit prohibitoire à l'effet de faire cesser le trouble (frag. 20, § 9-16, Dig. huj. tit.). Mais, par contre, si les travaux ont été continués sans qu'il ait été fourni caution ou sans que la mainlevée ait été obtenue, le dénonçant peut poursuivre la restitution de l'ancien état au moyen d'un interdit que les commentateurs appellent *interdictum restitutorium* ou *demolitorium* (frag. 1, § 7 ; frag. 20, procem. § 1-8 ; frag. 22, Dig. hoc tit.). Cette action se donne non seulement contre le dénoncé même, mais contre quiconque se trouve en possession du fonds sur lequel les constructeurs élèvent et, notamment, contre ceux qui ont succédé dans ce fonds, ne fût-ce qu'à titre particulier, *quia nunciatio novi operis non personæ fit, et is demum obligatus est qui in eum locum possidet, in quem opus nunciatum est.* — Mais il y a, entre les deux hypothèses indiquées, cette différence que l'auteur des travaux doit être condamné à opérer la destruction à ses frais, tandis que le tiers détenteur est tout simplement tenu de souffrir que la destruction se fasse aux frais du dénonçant (frag. 20, § 7, 8, Dig. huj. tit.).

V. — *Moyens à l'aide desquels l'auteur du nouvel œuvre se dégage de la dénonciation.*

58. *a) La prescription annale.* — Si l'instance au fond n'avait pas eu lieu un an après la dénonciation, la prohibition d'élever des constructions tombait de plein droit. Le constructeur pouvait les reprendre et le dénonçant ne pouvait obtenir l'interdit. C'est, au moins d'après Cujas, la seule explication raisonnable qu'on puisse donner de la loi insérée au Code de Justinien. Cette loi est ainsi conçue : *Si quis denunciationem ad exhibendum opus miserit non posse eum, post annum elapsum ex quo denunciatio missa*

est, iterum œdificationem prohibere. — Justinien paraît avoir fort mal compris cette disposition législative, et c'est cette fausse intelligence qui l'a conduit à la trouver injuste et à l'abroger. Voici en quoi il la trouve injuste : si la dénonciation est faite à bon droit, elle doit tenir toujours ; si elle a été faite sans droit, elle ne doit point tenir pendant une année. A ces raisons données par Justinien, Voët répond : Justinien oublie que la dénonciation est une voie préparatoire du jugement au fond sur le droit d'empêcher les travaux. En quoi consisterait l'injustice ? Elle consisterait à refuser pendant une année entière de discuter le fond du droit et à forcer son adversaire à l'inactivité pendant tout ce laps de temps. — Je repousse cette interprétation. Il est, en effet, naturel de penser que l'ancien droit se contentait d'ôter à la dénonciation son efficacité quand elle n'était pas suivie, dans l'année, de l'introduction de l'instance au fond ; mais il est inadmissible de penser qu'il lui donnait pour effet de suspendre, pendant l'année, l'introduction de l'instance, et en même temps la possibilité de continuer les travaux ; car, nous allons voir d'autres moyens de lever la dénonciation qui pouvaient être employés avant l'expiration de l'année.

59. *b)* On pouvait se dégager de la dénonciation en donnant caution de démolir au cas où l'on succomberait dans l'instance. Au moyen de cette caution on peut continuer le nouvel œuvre et attendre que l'adversaire fasse juger le fond du droit. Celui qui a donné caution obtient même un interdit qui le protége contre tout empêchement apporté dans la suite à la continuation des travaux. On lit dans la loi 20, § 9 : *Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod ejus cautum sit, aut per te stat, quo minus satisdetur ; quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.* (Frag. 20, § 9, Dig. hoc tit.)

60. *c)* Les deux moyens précédents présentent de grands inconvénients : la prescription est fort lente, et la *satisdatio* est trop onéreuse ; d'ailleurs toutes les deux sont subsidiaires. Le principal mode de mettre fin à la dénonciation avant le jugement définitif, c'est la mainlevée accordée par le préteur. Les paroles dont se servait le préteur dans cette circonstance nous ont été conservées et méritent d'être remarquées : *Quod jus sit illi prohibere ne se invito fiat, in eo nunciatio teneat ; cæterum nunciationem missam facio.* (*De remiss.* Dig. lib. 43, tit. 25.)

Ce qu'il faut considérer dans cette formule, c'est la dernière partie, qui renferme l'ordre de mainlevée, et la première partie, qui n'est autre chose qu'une exception réservée au dénonçant pour maintenir sa dénonciation. D'où il résulte que l'auteur des travaux obtient la mainlevée sans avoir aucune preuve à faire et que seulement le dénonçant peut y parer en venant prouver qu'il a le droit d'empêcher les travaux. Il suit de là que la *remissio* n'est qu'un moyen de forcer le dénonçant à rompre le silence et à faire valoir ses droits au fond sous peine d'être débouté de sa dénonciation.

61. Telle est l'opinion de M. Hasse. Il ajoute qu'ainsi devait être réglée la marche de la procédure sur la *remissio*. Autrement, il serait impossible de la concilier avec la maxime que la dénonciation fait le dénoncé possesseur et met la preuve à la charge du dénonçant. Cette règle eût toujours été éludée si, pour obtenir la *remissio*, l'auteur des travaux eût dû prendre pour lui le rôle de demandeur et à sa charge la preuve à faire, car le dénonçant n'eût pas manqué d'attendre qu'il en vînt là, ayant, en attendant, ses droits sauvegardés par la suspension provisoire des travaux.

Ce qui démontre que le sens des dispositions sur la

remissio est celui que nous adoptons, c'est la comparaison établie entre la *remissio* et la *satisdatio*. La loi 5, § 17, de notre titre dit, en parlant de la *satisdatio* : *Habet autem hoc remedium utilitatem, nam remittit vexationem ad prætorem veniendi et desiderandi ut missa fieret nunciatio*. Or, n'est-il pas incontestable que, quand on use de la voie de la *satisdatio*, on n'a nullement à prouver son droit de construire ? En conséquence, si cette voie n'a sur celle de la *remissio* d'autre avantage que d'éviter la peine de venir demander au préteur la *remissio*, il faut nécessairement que la *remissio* ne soit pas plus soumise à l'obligation de faire cette preuve que ne l'est la *satisdatio*. S'il eût existé une différence entre la *satisdatio* et la *remissio* sur un point aussi important, les textes ne manqueraient pas d'en faire l'observation, et ces deux voies ne seraient pas présentées comme ayant les mêmes avantages.

62. En résumé, on peut dire :

Que la dénonciation de nouvel œuvre n'est dans le droit romain autre chose qu'une opposition provisoire, laquelle doit être ultérieurement justifiée par le dénonçant dans une instance définitive sur le droit par lui prétendu d'empêcher les travaux ;

Que, loin d'être un moyen de se maintenir en possession, elle contient implicitement reconnaissance de la possession de l'adversaire, auquel elle en attribue les avantages ;

Que l'obstacle apporté par la dénonciation à la continuation des travaux disparaît naturellement par la décision au fond sur l'instance introduite de plein gré par le dénonçant ou provoquée par l'auteur des travaux, au moyen de la demande en *remissio*, et qu'il peut être levé par la caution donnée de démolir, ou bien encore tomber de plein droit par la prescription annale.

63. Pour terminer la matière de la dénonciation de nouvel œuvre, il ne me manque plus qu'à parler de certaines précisions faites par Ulpien. *Nunciatio fit aut juris nostri conservandi causa, aut damni depellendi, aut juris publici tuendi gratia.* (Loi 1, § 16, hoc tit. Dig.)

Le dernier membre de la distinction se rapporte à la dénonciation faite dans l'intérêt de l'Etat, dans le cas où le nouvel œuvre porte atteinte à une chose publique. C'est là une espèce particulière de dénonciation dont j'ai dit quelques mots dans le cours de cette étude.

Le second membre de la distinction (*damni depellendi*) se réfère à la dénonciation qui est préparatoire, non point, comme d'habitude, à une action en démolition, mais à une action *de damno infecto*, qui ne tend qu'à obtenir une caution. Cette espèce de dénonciation est encore soumise à des règles spéciales, car le dénonçant ne pouvant demander qu'une caution de réparer le dommage qui pourrait être causé dans la suite par le nouvel œuvre, sitôt que la caution est donnée, tout est nécessairement fini.

Il ne reste que la dénonciation *juris conservandi gratia*, à laquelle toutes les règles ordinaires peuvent être appliquées. Celle-là seule est une mesure provisoire, suspendant les travaux jusqu'à l'issue d'une instance dans laquelle on en demandera la démolition,

Il faut remarquer que ces paroles *juris nostri conservandi gratia*, n'indiquent que le but général de la dénonciation et ne font point connaître quelles causes peuvent fonder en droit une dénonciation et la faire convertir en une prohibition définitive de nouvel œuvre. Cela est expliqué dans le texte suivant du même Ulpien :

Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nunciationis : aut naturalem, aut publicam, aut impositiam. Naturalem cum in nostras ædes quid immittitur aut ædificatur in nostro. Publicam causam, quotiens leges, aut senatuscon-

sulta, constitutiones principum per operis novi nunciationem tuemur. Impositiliam, cum quis posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem œdibus suis imposuit, contra servitutem fecit.

Cette distinction tripartite de Pedius ne doit pas être confondue avec la division tripartite d'Ulpien, signalée dans un texte précédemment cité. Il est facile de voir que les trois membres de chacune d'elles ne peuvent cadrer ensemble. Il est donc incontestable que la seconde n'est qu'une subdivision de la première et ne se rapporte qu'à la dénonciation ordinaire, à celle qui est faite *juris conservandi gratia*. Si on n'admettait pas cette interprétation, on trouverait une contradiction frappante entre deux textes qui sont tous les deux d'Ulpien et qui se font suite l'un à l'autre. Ulpien aurait établi successivement deux divisions inconciliables, ce qui, évidemment, ne se peut soutenir.

Cela posé, il est facile de comprendre notre texte : La cause de la dénonciation est *naturalis* quand le nouvel œuvre porte atteinte directement à la propriété du dénonçant ; — *publica*, quand il porte atteinte à ses intérêts en violant une loi d'ordre public, c'est-à-dire une loi de voisinage, où quand il porte atteinte à des servitudes légales ou naturelles ; — *impositilia*, quand le nouvel œuvre porte atteinte à un droit de servitude conventionnelle. Et, en effet, ce n'est qu'en se fondant sur un droit de propriété, sur une servitude légale ou une servitude naturelle ou conventionnelle, que l'on peut prétendre empêcher le nouvel œuvre.

I APPENDICE. — De la caution donnée ou offerte.

Nous savons que celui à qui la dénonciation de nouvel œuvre est faite peut continuer les travaux commencés, moyennant l'offre d'une caution. Cette caution tient lieu de renvoi. — Etudions-la de près.

D'abord, quant à l'offre de cette caution par le dénoncé au dénonçant, il importe de savoir la cause de la dénonciation, car si j'ai le droit de vous empêcher de bâtir, et si je vous ai dénoncé le nouvel œuvre, *non alias jus ædificandi habebis quam si satisdederis*. Si je vous ai fait, contre les lois, défense de bâtir dans un lieu public, vous devez me promettre une indemnité, parce que je proteste en vertu d'un droit qui ne m'est pas propre exclusivement, et que celui qui se trouve dans ce cas ne peut, en sa qualité de demandeur, exiger du défendeur qu'une promesse d'indemnité.

L'avantage de cette caution est évident. Celui à qui on a dénoncé un nouvel œuvre retire de la caution qu'il a offerte cet avantage, que la dénonciation laisse tout en l'état. En effet, si celui à qui on a dénoncé un nouvel œuvre a donné caution, il est dans le même état que si la dénonciation n'avait pas été faite. Il en retire cette utilité que dispensant de se présenter devant le prêteur, la caution le dispense lui-même d'aller demander le renvoi ou le rejet de cette dénonciation.

De plus, il est dans l'usage de faire intervenir dans la dénonciation une stipulation, toutes les fois que le voisin soutient qu'il a le droit d'empêcher le voisin de faire un nouvel œuvre, malgré lui. Mais si celui à qui on a fait la dénonciation persiste à vouloir bâtir, il doit offrir de donner caution, et s'il l'a donnée, il a pourvu aux intérêts du dénonçant, en garantissant la démolition de l'ouvrage, s'il y a lieu ; il a pourvu aussi à son intérêt en ce que la construction n'est pas arrêtée, puisque sans cette caution il serait obligé de démolir ce qu'il a bâti, en vertu de l'interdit restitutoire.

Cette doctrine empruntée au jurisconsulte Ulpien, est parfaitement d'accord avec ce que dit Paul, savoir : Que celui à qui on a dénoncé un nouvel œuvre, doit s'abstenir

de le continuer jusqu'à ce qu'il ait donné caution ou que la dénonciation ait été rejetée.

Si le propriétaire a fait la dénonciation et s'il est intervenu une stipulation entre le dénonçant et le dénoncé, la peine sera encourue au jour fixé par la stipulation. S'il n'y a pas eu de jour fixé, la peine ne sera pas encourue. Le propriétaire de qui émane la dénonciation ne peut la répéter, tant que la stipulation subsistera.

Que suit-il de ces observations ? que la dénonciation de nouvel œuvre s'éteint sans le ministère du préteur, par la caution donnée ou offerte. Tel est le droit classique. Mais Justinien a voulu que le préfet de la ville à Rome et les présidents dans les provinces fissent droit, dans l'intervalle de trois mois, sur la dénonciation de nouvel œuvre, et que dans le cas où ils y verraient quelque difficulté, ils fissent intervenir cette caution dont nous parlons, afin que celui à qui la dénonciation a été faite eut, au moyen de cette caution, la liberté de continuer ce travail.

Cette caution doit être donnée par celui qui bâtit à celui qui lui a adressé la dénonciation. Mais on s'est demandé si, dans le cas où plusieurs propriétaires bâtissent, tous devaient donner caution ? Labéon a répondu que chacun d'eux devait la donner, parce que l'ouvrage ne peut pas être démoli en partie. Il dit aussi que s'il y a plusieurs personnes qui fassent la dénonciation, il faut faire donner la caution à une seule d'entre elles, si elles en conviennent, mais, sauf cette convention, la caution doit être donnée à chacune d'elles.

Le même jurisconsulte Labéon dit aussi que, si ceux qui font la dénonciation le désirent, la stipulation doit porter que chacun sera indemnisé à proportion de l'intérêt qu'il a ; mais que, s'il a été stipulé que le dédommagement serait en proportion du préjudice seulement, il y avait lieu de douter si ces expressions se rapportaient à l'intérêt de

tous ou à l'intérêt de celui-là seul qui avait stipulé. Pour moi, je pense qu'en ce cas la stipulation est suffisante, parce qu'elle se rapporte à tout l'ouvrage. Le stipulant agira en vertu de la stipulation pour tout le prix de la chose, et il sera tenu par l'action de société de partager avec les associés Ainsi, on ne peut pas dire que la stipulation ne contient que l'intérêt du stipulant, car l'intérêt des associés est censé compris dans le sien, attendu qu'il est tenu de partager avec eux ce qui a été promis par la stipulation.

Quand et comment cette caution sera-t-elle encourue? Par le jugement ; si donc le jugement n'intervient pas, elle ne produit aucun effet. Elle est soumise à la clause de mauvaise foi. La garantie du dol est insérée dans la stipulation, et en vertu de cette clause l'adversaire s'oblige, dans le cas où il empêcherait le jugement.

II APPENDICE. — Des voies de droit avec lesquelles la dénonciation de nouvel œuvre ne doit pas être confondue.

L'interdit *quod vi aut clam* est restitutoire; par lui on obtient la démolition des travaux construits par violence ou clandestinement (loi 1, Dig., § 1, huj. tit.). On voit qu'il présente une grande analogie, non point avec la dénonciation de nouvel œuvre, mais avec l'interdit qui suit la dénonciation. L'un et l'autre tendent à la destruction des ouvrages construits illicitement. La différence est que dans l'un le caractère illicite de la construction réside en ce qu'elle a lieu malgré la dénonciation, tandis que dans l'autre il réside dans la violence ou la clandestinité.

Un ouvrage est fait par violence toutes les fois qu'il est fait malgré une opposition de fait du voisin qui croit pouvoir l'empêcher. *Vi factum videri Q. Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecit, et mihi videtur plena esse*

Q. Mucii definitio. Nulle forme spéciale n'est prescrite pour cette opposition ; le *jactus lapilli* mentionné dans quelques textes n'était point une solennité nécessaire, mais un mode dont on se servait assez généralement et que les jurisconsultes ne citent que pour établir qu'il est suffisant pour fonder l'interdit. Une remarque importante à faire est que la dénonciation de nouvel œuvre étant elle-même une prohibition, on peut considérer l'ouvrage construit malgré elle comme résultat de la violence, d'où il suit qu'elle peut servir aussi à fonder la demande de l'interdit *quod vi*, et que cet interdit se trouve concourir avec l'interdit ordinaire de la dénonciation (loi 7, § 2, Dig. huj. tit.).

La clandestinité, la seconde cause de cet interdit, est le fait de celui qui cache ses constructions à un voisin, de la part duquel il a lieu de craindre une opposition.

Voilà les faits qui peuvent donner ouverture à l'interdit *quod vi aut clam.* Du reste, cet interdit, de même que la dénonciation, n'est qu'une voie provisoire et laisse intacts les droits de chaque partie pour être poursuivis ultérieurement dans les formes ordinaires. Aussi le fait de la violence ou de la clandestinité est-il la seule condition de l'admissibilité de l'interdit et il n'importe nullement que l'ouvrage ait été construit à tort ou à bon droit, comme également il n'importe nullement que l'ouvrage ait été construit *in suo vel in alieno loco* (loi 1, § 2, huj. tit.). Sous ce rapport, l'interdit *quod vi aut clam* se rapproche de la dénonciation de nouvel œuvre.

En quoi diffère-t-il de la dénonciation? Le voici : la dénonciation porte un caractère de réalité, c'est-à-dire qu'elle est faite dans l'intérêt d'un fonds ; elle est faite *in rem* et donne lieu à l'interdit, même contre celui qui l'enfreindrait sans la connaître. L'interdit *quod vi aut clam* au contraire est essentiellement personnel, car la violence

et la clandestinité ne peuvent, de leur nature, être considérées que dans la personne de celui qui agit violemment ou clandestinement, et par rapport à celui à qui les travaux sont nuisibles. Aussi cet interdit est accordé non point seulement à celui qui représente un fonds lésé par l'ouvrage construit, mais à toute personne à qui l'ouvrage porte préjudice, pourvu que la violence ou la clandestinité se rencontrent à son égard (loi 11, § 14, Dig. hoc tit.), de sorte que la dénonciation de nouvel œuvre n'est point permise à certaines personnes qui peuvent invoquer l'interdit *quod vi aut clam*.

Cet interdit est plus avantageux dans certains cas à celui qui l'emploie ; ainsi, il n'a point pour effet, comme la dénonciation de nouvel œuvre, de conférer à celui contre lequel on l'intente les avantages de la possession, et il n'impose point à celui qui en use l'obligation de poursuivre comme demandeur l'instance sur le fond du droit. Nous n'allons point pourtant jusqu'à dire qu'à l'inverse de la dénonciation il assure à celui qui l'obtient les avantages de la possession et le rôle de défendeur. Cet interdit n'est pas une action possessoire ; il n'a pour but que la répression de la violence ou de la clandestinité et il ne touche point à la possession ; et, ce qui prouve parfaitement que cet interdit n'a rien de possessoire, c'est qu'il n'est pas besoin d'avoir la possession pour l'obtenir (puisqu'on le donne à tous les intéressés qui ne possèdent pas) et que nous voyons certains textes supposer possesseur, après l'interdit, celui qui l'a obtenu, et d'autres textes supposer, en sens inverse, que la possession compète à celui-là même contre qui l'interdit est dirigé. C'est ainsi que la loi 5, § 10, *de operis novi nuntiat.*, dit bien qu'en se servant de cet interdit on évite l'inconvénient qu'a la dénonciation de conférer la possession à l'adversaire, mais elle ne dit point que l'on obtienne par lui la

possession pour soi-même. En effet, la loi 2, § 5, de notre titre suppose bien que l'auteur des travaux peut, malgré l'interdit, conserver la possession, puisqu'elle lui donne la faculté d'arrêter l'interdit en donnant caution de se défendre en justice, *si modo satis offerat et paratus sit se defendere, si quis agat.* Ces expressions caractérisent le rôle de défendeur et indiquent que cette loi était faite pour des cas où l'auteur des travaux avait droit à ce rôle favorable, et pouvait, comme sur une dénonciation de nouvel œuvre, obtenir, au moyen d'une caution, la faculté de continuer ces travaux.

L'interdit *quod vi aut clam* n'a donc rien de commun avec les actions possessoires et ne sert pas à fixer les rôles des parties dans l'instance au fond qui doit suivre. S'il est intenté par le possesseur, il ne l'oblige point à devenir demandeur au fond, et s'il l'est par celui qui ne possède point, il peut être obtenu sans lui donner les avantages de la possession, et il devait en être ainsi; car, d'un côté, on ne trouve pas dans l'interdit *quod vi aut clam* le caractère d'opposition provisoire qui, en se rencontrant dans la dénonciation, exige qu'on intente une action pour justifier après coup l'empêchement apporté à la construction des travaux; il ne s'agit point de maintenir le *statu quo* pendant un certain temps, mais de réprimer la violence qui a repoussé une opposition ou la ruse qui l'a évitée, et pour obtenir ce résultat, nulle raison n'exige qu'on soit obligé de faire abandon de la possession, dans le cas où l'on en jouit; — et, d'un autre côté, il serait inconcevable qu'on gagnât la possession du droit d'empêcher à jamais un ouvrage, par cela seul que cet ouvrage aurait été d'abord construit violemment ou clandestinement par l'adversaire.

Ainsi nous arrivons à cette conclusion : la dénonciation préjuge la question de possession, tandis que l'interdit *quod vi aut clam* la laisse intacte. De là il résulte que l'on

a plus d'avantage à se servir de l'interdit *quod vi aut clam*, dans le cas où l'on est possesseur, car ainsi l'on peut conserver sa possession ; tandis que cet avantage n'existe plus dans le cas où l'on n'est point possesseur, parce qu'il est impossible, quelque voie qu'on prenne, d'obtenir la possession que l'on n'a pas. Tout au contraire, la dénonciation de nouvel œuvre est, en ce cas, préférable à l'interdit *quod vi aut clam*, parce qu'elle conserve sur lui l'avantage de son caractère de réalité.

Pour savoir si dans un cas donné il est plus avantageux de recourir à une dénonciation de nouvel œuvre ou d'opposer une résistance de fait qui donne à la construction un caractère de violence (ce qui permet d'invoquer l'interdit *quod vi aut clam*), il faut savoir si l'on est ou non en possession. Or, cette possession est facile à discerner. *En général*, on est en possession du droit d'empêcher les travaux quand ils sont faits par un voisin sur le fonds que l'on possède ; et, à l'inverse, l'auteur des travaux est possesseur du droit de construire, quand il construit chez lui. C'est une règle générale que chacun peut faire chez soi ce qui lui plaît, et que nul ne peut empêcher quelqu'un de construire dans son domaine. Toutes les dérogations à cette règle sont des droits spéciaux dont la preuve est à la charge de celui qui les invoque. Je viens de dire *en général*, parce qu'il se peut que l'auteur des travaux jouisse d'une servitude qui lui donne le droit d'édifier sur le fonds du voisin et qu'au contraire il peut arriver que l'ouvrage, bien que construit sur le fonds de celui qui bâtit, porte atteinte à la possession qu'aurait l'adversaire d'une servitude sur le fonds.

Après ces considérations, il nous reste à expliquer un texte qui présente d'assez grandes difficultés. Le voici en entier reproduit :

Meminisse autem oportebit quotiens quis in nostro ædificare

vel in nostro immittere vel projicere vult, melius esse per prætorem vel per manum, id est lapilli jactum, prohibere quam operis novi nuntiatione; cæterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus cui nuntiaverimus. Aut si in suo quid faciat quod nobis noceat, tum operis novi nuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, æquissimum erit interdicto quod vi aut clam aut uti possidetis. (L. 5, § 10, hoc tit.)

Que renferme ce texte? Le voici : le jurisconsulte conseille de se servir, lorsque l'ouvrage est fait par le voisin sur notre fonds, de deux voies de droit qu'il énonce : *per prætorem* ou *per manum*. Celle-ci n'est autre que l'interdit *quod vi aut clam*; celle-là est l'interdit possessoire. Nous sommes conduits à le penser parce que les mêmes expressions *per prætorem* servent dans d'autres textes (L. 3, § 2, Dig. *De op. novi nunt.*) à désigner l'interdit possessoire et que d'ailleurs elles conviennent parfaitement pour désigner une voie de droit où tout réside dans la décision du préteur, où l'on va devant le préteur sans qu'il y ait eu préalablement ni opposition ni sommation privée, comme dans l'interdit *quod vi aut clam* et dans la dénonciation, et où le préteur prononce sans renvoyer les parties devant un *judex*. Enfin, la dernière phrase de notre texte favorise aussi cette interprétation, car elle ne peut être qu'une répétition en termes différents de celle qui précède et l'on y voit les mots *interdicto quod vi aut clam* correspondre à ceux-ci : *per manum*, et l'expression *uti possidetis* correspondre à celle-ci : *per prætorem*.

La première proposition du texte est facile à saisir ; en voici la raison : l'ouvrage étant supposé dans le fonds de celui qui s'y oppose, il vaut mieux prendre une voie qui laisse intacte la question de possession (l'interdit *quod vi aut clam*) ou une voie par laquelle on revendique la possession (*uti possidetis*) que la voie de la dénonciation qui constitue l'adversaire possesseur.

Que si l'ouvrage est fait sur le fonds du constructeur, il faut se servir de la dénonciation. Pourquoi? Parce que l'interdit possessoire ne serait pas admissible; en effet, l'interdit *quod vi aut clam* qui pourrait l'être ne devant point ôter à l'adversaire sa possession et n'ayant point les effets importants que donne à la dénonciation son caractère de *réalité*, serait moins avantageux encore que la dénonciation de nouvel œuvre.

DU *damnum infectum*.

(Dig. 39, 2.)

64. Un remède assimilé à une action est proposé dans le titre *de damno infecto* : c'est la caution d'un dommage prévu et non éprouvé. De là *damnum infectum*, c'est-à-dire *nondum factum, imminens, impendens*. Si une maison ou un édifice quelconque, voisins de notre propriété, menacent de s'écrouler par suite de vices ou du mauvais état des constructions, nous n'avons point d'action contre le voisin parce qu'aucun dommage n'a encore été causé, mais le préteur nous autorise à exiger une caution à l'effet d'être garanti du dommage qui peut résulter éventuellement de cet état de choses. Déjà du temps des *legis actiones*, on pouvait agir *damni infecti*, mais les dispositions plus avantageuses du droit prétorien firent tomber l'action en désuétude. (Gaïus, IV, 31.) Cette caution se donne au moyen d'une promesse par stipulation, lorsque le défendeur possède à titre de propriétaire; mais les personnes qui détiennent le bâtiment défectueux en vertu d'un simple *jus in re* sont tenues de fournir des fidéjusseurs ou une garantie réelle.

65. La caution, au reste, n'est donnée que pour un temps déterminé. Si pendant ce temps le dommage a lieu,

on se sert des moyens résultant de la caution, *actio ex stipulatu* ou action hypothécaire, pour obtenir la réparation du dommage; si au contraire le temps s'écoule sans qu'aucun dommage se produise, le demandeur peut demander à être déchargé, s'il y a lieu. (Frag. 4, frag. 7, proœm., frag. 13, parag. 15, frag. 16, 15, proœm. Dig. huj. tit.)

S'il y a contestation sur la qualité de propriétaire, et par conséquent s'il doit garantir par une simple promesse comme le font ordinairement les propriétaires, ou par une caution comme le font ceux qui ne sont pas propriétaires, le préteur ordonne de donner la caution sous la réserve d'une exception, de telle sorte que s'il est évident que le promettant est propriétaire les répondants qu'il a donnés ont une exception péremptoire.

I. — *A quel dommage peut s'appliquer la stipulation de cet édit du préteur ?*

66. Cet édit ne s'applique qu'au dommage non encore réalisé. — Tout autre dommage déjà constant est réparé en vertu d'autres actions, telles que l'action de la loi Aquilia. Le préteur ne statue rien relativement au dommage fait, et la raison en est que pour les dommages causés par les animaux, la réparation du dommage a lieu par l'abandon même de l'animal qui l'a causé.

Remarquons que cet édit ne concerne pas le dommage éprouvé avant qu'on ait recouru au préteur. Aussi le jurisconsulte Africain dit-il dans la loi 44 que lorsque je vous demandais extrajudiciairement de me garantir le dommage que j'avais à craindre, si vous vous y êtes refusé avant que je vous aie traduit devant le préteur, il n'est pas possible d'exercer la *cautio damni infecti*, si votre maison est tombée et m'a causé le dommage que je

prévoyais. Ce qu'il y a de plus simple dans ce cas est de dire que le préteur n'a rien à décider et que c'est par ma faute que j'ai éprouvé le dommage dont j'ai trop tardé à me plaindre. Si le préteur eût ordonné la garantie de votre part et m'eût envoyé en possession au cas de refus de votre part, la maison venant à tomber avant ma prise de possession, c'eût été comme si j'avais éprouvé ce dommage après en avoir pris possession. Dans ce cas, si le propriétaire de la maison écroulée ne répare pas le dommage occasionné par sa chute, moi qui suis en possession du terrain et des ruines, j'obtiendrai la propriété.

67. Gaïus dit également qu'il arrive parfois qu'on n'a point d'action pour un dommage éprouvé faute de s'en être fait donner caution, comme si la maison de mon voisin était tombée sur la mienne. Dans cette hypothèse plusieurs jurisconsultes sont allés jusqu'à penser que ce voisin n'était pas tenu d'enlever les débris, s'il aimait mieux les abandonner. Il est pourtant deux cas dans lesquels le propriétaire de la maison tombée doit répondre du dommage qui en est résulté : le premier cas est celui où il doit enlever les décombres ; le second est celui où le voisin lésé a été justement empêché de s'adresser au préteur avant la chute de la maison.

68. Le jurisconsulte Ulpien rassemble, réunit ces deux cas en rapportant l'opinion de Julien. C'est pour cela qu'on demande si dans le cas où la maison est tombée avant qu'il eut donné caution du dommage et où le propriétaire en abandonne les débris, il y a lieu à quelque action contre lui. Julien consulté sur la question de savoir comment devait procéder celui sur la maison duquel ces débris étaient tombés pour faire réparer le dommage, a répondu que si le propriétaire de la maison tombée voulait en enlever les débris, on ne devait le lui permettre qu'à la

condition de les enlever tous et de donner caution du dommage passé et futur, mais que, s'il ne voulait pas les enlever, il fallait accorder un interdit pour l'y forcer ou lui faire abandonner toute la maison.

69. Lorsqu'une portion d'un terrain voisin s'est éboulée sur la mienne et que le propriétaire vient me la réclamer, j'ai action contre lui pour le dommage causé par l'ébranlement. C'est ce que décide Alfenus. Labéon adopte aussi cette opinion parce que le dommage éprouvé auparavant n'entre pas dans le jugement à intervenir sur cette demande et qu'il n'y a pas d'action à donner pour autre chose que, pour l'enlèvement du terrain. — Il faut observer que d'après ce même Alfenus, ce terrain éboulé ne peut plus être réclamé dès qu'il s'est uni au mien et qu'il fait corps avec lui, de même qu'un arbre ne peut plus être revendiqué s'il a jeté ses racines dans le terrain où il a été transplanté... Je réponds qu'il en est ainsi dans le droit strict, mais l'équité fait accorder au propriétaire de l'arbre une action en revendication, comme le prouve la loi 55, § 3, *de acquirendo rerum dominio*. Cette interprétation me paraît la plus raisonnable. Mais Cujas et Voët concilient autrement ces lois en disant que cette action utile est donnée lorsque l'arbre a été transporté par le fait de l'homme, et qu'elle n'est pas donnée dans cette espèce, parce qu'il est transporté sans le fait de l'homme.

70. Comme en général et hors les cas que nous venons d'examiner, l'édit ne concerne que le dommage futur, on demande depuis quel temps on en doit compte, si c'est depuis que le préteur a envoyé en possession ou si c'est depuis qu'il a donné la jouissance de la chose. Les avis des jurisconsultes étaient partagés. Suivant Labéon, c'est depuis la dernière époque; suivant Sabinus, c'est depuis la première. Pour moi, dit Ulpien, je pense que

c'est tantôt depuis l'une, tantôt depuis l'autre ; car, ordinairement, on favorise celui qui, envoyé en possession, a été empêché par certaines circonstances d'entrer en jouissance.

A cet égard, on demande encore si dans le cas où le dommage arrive pendant que le préteur délibère sur la stipulation, ce dommage pourra être réparé. L'envoi en possession doit cesser d'avoir lieu, car l'envoi en possession de la maison qui menace ruines a lieu à cause du dommage que peut causer sa chute... Or, quand elle est tombée, il n'y a plus de dommage à craindre, et par conséquent l'envoi en possession n'a plus lieu. Toutefois le préteur n'en doit pas moins ordonner qu'on fournisse caution de tout dommage qui pourrait arriver, et, s'il le juge convenable, donner action.

71. Nous venons de parler de l'envoi en possession. Faisons bien connaître ce qui se passe. — Au cas où le voisin ne fournit pas la caution dans le délai fixé, le magistrat nous envoie en possession du bâtiment. La loi *de Gallid cisalpinâ*, ch. XX, § 3 et suiv., donnait pour ce cas une *utilis actio*, comme si la stipulation avait lieu. Dans le droit nouveau, nous trouvons également une *in factum actio* en réparation du dommage, pour le cas où le bâtiment se serait écroulé avant la *missio in possessionem*, ainsi qu'un interdit à l'effet de forcer le voisin à enlever les matériaux et à réparer le dommage, ou à faire abandon des matériaux. (Frag. 7, 44, proœm., Dig. huj. tit.)

Je reviens à l'envoi en possession. Cet envoi en possession, qu'on appelle *missio ex primo decreto*, n'a pas pour effet de déposséder le propriétaire, mais il donne à l'impétrant le droit de s'installer également dans la possession ; si c'est contre le possesseur d'un *jus in re* que la *missio* a été obtenue, elle le prive de la faculté d'exercer son droit

réel. (Frag. 7, proœm.; frag. 15, § 20, 24, Dig. huj. tit.) L'envoi suivi de la prise de possession donne, de plus, un droit d'hypothèque sur le bâtiment et les terrains. — Le défendeur peut mettre fin à la possession du demandeur en faisant les réparations nécessaires ou en fournissant la *cautio damni infecti*. (Frag. 15, § 31, 32, 34, Dig. huj. tit.) Mais si dans le délai fixé par le magistrat il n'a recours à aucun de ces moyens, le demandeur peut obtenir un second décret qui a pour effet de lui donner, selon les circonstances, la propriété ou la possession du bâtiment ou tous autres droits que le voisin avait sur la propriété (*missio ex secundo decreto*). Dans l'ancien droit le second envoi ne donnait qu'une *possessio ad usucapionem*, protégée par l'action publicienne et constituant une espèce de propriété prétorienne ou bonitaire. Mais dans le droit nouveau, la *missio ex secundo decreto* transfère au *missus* tous les droits que le défendeur avait sur la chose, et par conséquent la propriété, si tant est qu'elle appartenait à ce dernier. (Frag. 15, § 16, 17, 33; frag. 44, § 1, Dig. huj. tit. — Frag. 7, § 1, *de usufructu*.) Le défendeur qui tenterait de s'opposer à l'envoi en possession, provisoire ou définitif, est passible d'une action *in factum* en dommages et intérêts. (Frag. 7, 15, § 36; frag. 16, Dig. huj. tit.)

II. — *Qui peut demander cette caution?*

72. Peuvent la demander tous ceux qui y ont intérêt, qu'ils soient propriétaires ou créanciers hypothécaires ou superficiaires. Quant aux *inquilini* et à leurs épouses, ils peuvent demander la *cautio damni infecti*, si le dommage qu'ils redoutent est causé par un étranger et non par le *dominus*. La raison de cette différence est que s'ils ont pris à loyer des maisons peu solides ou vicieuses de

construction, ils ne peuvent qu'imputer à soi-même leur négligence. Si, postérieurement, la maison s'est détériorée, ils ont alors l'action *ex conducto*, à moins, bien entendu, que cet *inquilinus* n'eût en propriété et à lui appartenant une maison qui souffrirait un grand dommage par suite du vice ou de la détérioration de celle qu'il a louée. Et la raison en est que la réparation des édifices en location est à la charge du maître et non du locataire. (Loi 18, § 3, Dig. huj. tit.)

73. Quant à l'usufruitier, rien ne l'empêche de stipuler la caution *damni infecti*. Il peut même arriver que l'usufruitier et le nu-propriétaire fassent, chacun de son côté, cette stipulation. Le promettant n'est nullement lésé, car il ne répond du dommage vis-à-vis du stipulant que dans la limite de son intérêt. — Si cependant l'usufruitier désire obtenir la caution *de vitio soli* et que le nu-propriétaire veuille obtenir de l'usufruitier la caution *de vitio operis facti*, tous les deux doivent être écoutés par le préteur (*ambo audiendi sunt*). Remarquons que tous ceux qui veulent se garantir au moyen de cette caution, sont obligés de prêter serment *de calumnia ;* même ceux qui demandent caution *alieno nomine* doivent aussi faire le même serment au nom du maître.

74. Le possesseur de bonne foi ne peut pas exiger la *cautio damni infecti*, car il n'a qu'un *jus possessionis*. Cette différence entre le possesseur de bonne foi d'un côté et les amphytéotes, les usufruitiers et les créanciers hypothécaires de l'autre, est aisément explicable. Les droits de ces derniers leur viennent du maître, et c'est par la volonté du *dominus* qu'ils en sont investis. Au contraire, le possesseur de bonne foi détient la chose sans la volonté du *dominus* ; il a donc moins de droit que n'en ont ceux qui ont traité avec le maître. Si la *cautio damni infecti* peut

être réclamée par les uns, le possesseur de bonne foi ne peut nullement l'exiger. C'est l'opinion de Godefroy.

Le constructeur qui, sans en avoir le droit, a élevé une maison près d'un édifice dont il craint la chute ou la ruine, obtiendra difficilement cette caution, car une construction illégalement bâtie ne peut pas être pour lui la source d'un droit.

75. Le vendeur n'est pas tenu de fournir cette caution à l'acheteur avant la tradition de la chose et pour en garantir la complète conservation. L'acheteur est assez protégé par l'action *ex empto*, quand il n'a pas négligé de l'intenter. Si la caution *damni infecti* a été promise par le vendeur *ante rem traditam, non proderit stipulatio*, à moins que ce ne soit pour réparer un dommage survenu après la livraison. Pourquoi cela? parce que la réparation du dommage survenu avant la tradition s'obtient par l'action *ex empto*. D'où il suit que si le vendeur et l'acheteur ont fait une stipulation *de damno infecto rei emptæ nomine*, la stipulation du vendeur vise le dommage éprouvé par la chose avant la tradit on, tandis que la stipulation de l'acheteur a pour but la réparation du dommage survenu après la tradition. (Loi 18, § 10, Dig. huj. tit.) Si le vendeur n'exige pas la caution, l'acheteur peut l'exiger du voisin de la maison vendue, par exemple, afin d'obtenir la réparation du dommage antérieur à la tradition. Ceci ne se comprend que dans l'hypothèse où le vendeur n'ayant pas fait la tradition, l'acheteur a pris à sa charge la garde de la chose, *custodiam*.

76. L'associé également ne peut pas stipuler de son associé la caution *damni infecti* pour la réparation du dommage qui pourra naître par suite de l'écroulement de la maison voisine lui appartenant (au co-associé), puisque l'associé qui a fait les dépenses les recouvrera au partage

définitif et au compte de liquidation. Il en serait autrement si l'un des associés avait bâti sur un mur commun, et, par suite de ces constructions, avait déterminé une dépression dans le mur, de laquelle pourrait résulter l'écroulement. De même, si l'un des associés possède un édifice d'une plus grande valeur que l'autre, car alors le dommage n'est pas égal des deux côtés. Que si le préjudice est égal pour l'un et l'autre associé, la caution se répartit également sur tous les deux. Enfin, si les deux associés, par des constructions ou des travaux faits en commun, ont occasionné l'écroulement d'un mur, il n'y a pas lieu à la demande de la caution, malgré la disproportion de valeur entre les deux édifices, car tous les deux ont à se reprocher le dommage causé, et dès lors ni l'un ni l'autre ne doivent supporter l'indemnité.

77. On n'accorde pas cette caution à celui qui appréhende un dommage ayant pour cause un vice naturel de la chose. On l'accorde contre celui qui, pour son utilité propre, fait sur son champ des travaux qui peuvent être nuisibles à son voisin. Ainsi, en creusant, on détourne les eaux d'un puits, ou en bâtissant une maison, on obstrue les vues du voisin, on doit fournir la *cautio*, si elle est demandée, à moins qu'on n'agisse en vertu d'un droit de servitude.

78. Il faut nous demander quand on fournit la caution en son propre nom, et quand on fournit la caution au nom d'autrui. — Sont tenus de donner caution en leur propre nom ceux qui ont un droit propre sur la chose au sujet de laquelle peut naître le préjudice redouté, ainsi les propriétaires. Quant aux usufruitiers ou à ceux qui jouissent d'une servitude, ils doivent aussi donner caution pour le dommage éventuel de l'exercice de cette servitude. On n'a qu'à supposer un individu ayant le *jus tigni immit-*

tendi. Si la poutre qu'il a le droit de placer dans le mur du voisin s'affaisse *vetustate corrupta*, et que cette déviation ébranle les murs du propriétaire voisin qui doit la servitude, la *cautio damni infecti* peut être exigée. Dans le cas où le dommage serait à craindre *ab ipsa re serviente*, ce n'est pas en leur nom, mais *procuratorio nomine* que doivent fournir la caution les titulaires de la servitude. C'est ainsi que l'usufruitier d'une maison ne doit pas promettre la caution en son propre nom.

Il y a une grande différence entre celui qui promet en son propre nom et celui qui promet *procuratorio nomine*. Le premier *repromittit tantum*, le second, *ad satisdandum tenetur*. Cette distinction est fondée. Celui qui fournit la caution en son propre nom, est propriétaire de la chose *cujus intuitu cavet*. Cette caution suffit dans tous les cas au voisin qui, s'il ne l'obtient pas, est envoyé en possession de la chose et doit se contenter de cet envoi. Ceux qui donnent caution *procuratorio nomine*, n'ont pas le *dominium* de la chose en considération de laquelle est promise la caution ; en conséquence, la *repromissio* serait de leur part sans effet ; c'est pour cela que la *satisdatio* a été exigée. S'il y a doute sur le point de savoir s'il est ou non le *dominus* de la chose, il doit donner une *satisdatio*, mais sous la condition que la fidéjussion ne tiendra pas, si plus tard il est établi qu'il est le *dominus*.

III. — *Comment s'exécute la cautio damni infecti.*

79. L'exécution de la caution *damni infecti*, c'est-à-dire le paiement de l'indemnité promise, peut être poursuivie au moyen de l'action *ex stipulatu*, aussitôt que le

dommage prévu par la stipulation a eu lieu. Nous disons: le dommage prévu par la stipulation, c'est-à-dire que l'accident occasionnant le dommage doit provenir d'une cause qui autorise la demande de la caution, *vitio ædium, loci operisve*. Un accident causé par force majeure ne fait pas encourir la stipulation, pas plus qu'un dommage qui résulterait de l'exercice des pouvoirs qui compètent au promettant en vertu de son droit de propriété (frag. 24, § 12; frag. 25, frag. 26, Dig. huj. tit). C'est ce qui fait dire à Ulpien que nous ne pouvons agir *ex stipulatione damni infecti*, par cela seul que nous avons été privés d'un *lucrum quo antea utebamur*. — L'action *ex stipulatu* tend à obtenir la réparation du dommage causé par accident; il en est de même des *actiones in factum* qui peuvent nous compéter à défaut de l'action *ex stipulatu*. L'objet de la stipulation étant une somme d'argent due à titre de dommages et intérêts, *incerta quantitas*, l'obligation qui en résulte est divisible, d'où il suit que plusieurs intéressés ne peuvent agir et ne peuvent être poursuivis que pour leurs parts et portions (frag. 40, § 2, 3, Dig. huj. tit.).

80. Il n'a été question jusqu'ici que du *damnum infectum* à provenir d'un bâtiment défectueux. Mais nous pouvons également demander la *cautio damni infecti* à l'effet de nous garantir contre le préjudice que quelqu'un pourrait nous causer en faisant sur notre terrain ou sur le sien, ou même sur un terrain public, des travaux ou entreprises qu'il a le droit de faire, et dans quelques autres cas analogues. A cet égard on peut consulter le frag. 21, § 7, Dig. huj. tit. combiné avec la *Collatio legum Mosaïcarum*, XII, 7, 8. — Frag. 1, proœm., § 3, *de ripa munienda*. — Frag. 3, § 11, frag. 5, § 4, de *itinere actuque privato*. — Frag. 3, § 9, *de rivis*.

DROIT COUTUMIER

De la dénonciation de nouvel œuvre.

Ouvrages à consulter : Boutillier (*Somme rurale*). — Bouchel (*Dénonciation*). — Charondas (*Pandectes françaises*). — Papon.

78. Je laisse de côté l'interdit *quod vi aut clam* et la *damnum infectum* dont les auteurs coutumiers ne se sont pas occupés particulièrement; je ne parlerai que de la dénonciation de nouvel œuvre, car elle a fixé leur attention et sollicité leurs commentaires. Et pour compléter mon travail, je dirai ce qu'est devenue dans notre droit moderne cette même dénonciation que j'aurai prise à ses commencements, suivie dans son développement juridique et conduite jusqu'à nos jours.

79. Les glossateurs traitant de la dénonciation de nouvel œuvre établirent leur doctrine sur une distinction de trois espèces de dénonciation : l'une qui se faisait verbalement — la seconde *jactu lapilli* — la troisième *per prætorem*, par autorisation du magistrat. Nous allons voir les conséquences de cette doctrine erronée. La loi 5, § 10, *de operis novi nuntiat.*, en disant : *Melius esse eum per prætorem, vel per manum, id est lapilli jactum, prohibere, quam operis novi nuntiatione*, indique clairement que les voies de droit désignées par les mots *per prætorem* et *lapilli jactum* diffè-

rent de la dénonciation de nouvel œuvre et n'en sont pas des espèces. Cette loi et d'autres qui emploient les mêmes expressions désignent dans les mots *per prætorem* les interdits possessoires, et dans les mots *lapilli jactum* l'interdit *quod vi aut clam*. Conclusion : il n'y avait qu'une seule espèce de dénonciation de nouvel œuvre, faite verbalement, sans aucune autorisation nécessaire. Quand on s'adressait au préteur pour l'obtenir, cela ne changeait que peu de chose aux effets de la dénonciation et n'en constituait point une espèce particulière aussi distincte de celle non autorisée que l'ont voulu les glossateurs.

80. Cette fausse intelligence des textes conduisit les glossateurs à restreindre à la dénonciation, verbale les règles fondamentales de la matière, et c'est notamment ce qu'ils firent pour ce principe si essentiel : *nunciando adversarium possessorem facimus*. Ainsi se trouva créée une institution qui n'avait jamais existé dans la jurisprudence romaine : une dénonciation faite par la permission du préteur et en son nom (*prætor annuit personam nunciantis*), ayant pour effet de conserver la possession au dénonçant, bien loin de la conférer à l'adversaire, et appartenant par là à la classe des actions possessoires.

81. Cela admis, il fut bien difficile de ne point considérer la dénonciation de nouvel œuvre verbale faite d'autorité privée comme étant également une voie possessoire, et on fut embarrassé de rendre compte du principe : *nunciando*..... La Glose, qui ne voulait pas paraître avoir fait fausse route, en donna la raison suivante : *Verbis nunciatione facta possessionem amitto, quia meticulosus videor et quasi nutu deserere; secus ubi audacior per jactum lapilli et per prætorem*. Une pareille argutie était faite pour décourager une jurisprudence qui se piquait de quelque bon sens pratique. Aussi voyons-nous Boutillier intervertir la

règle et établir même pour la dénonciation de nouvel œuvre privée que le dénonçant est possessionnaire, *ce qui est grande dignité en procès*, et, dès ce jour, le principe romain ne parut plus dans la jurisprudence coutumière.

82. Ce principe d'ailleurs avait été interprété par la Glose en un sens qui ne lui laissait plus aucune efficacité. On voit en effet que la Glose prend cette possession que les textes confèrent au dénoncé pour la détention de l'ouvrage, pour la faculté de le continuer, tandis qu'elle signifiait uniquement le rôle favorable de défendeur dans l'instance au fond. Et comme, en interprétant ainsi cette possession, la Glose concluait naturellement qu'elle n'était acquise au dénoncé qu'au moyen de la satisdation et non de plein droit, par le fait seul de la dénonciation, il devenait facile de ranger la dénonciation, même verbale, au nombre des voies possessoires, au moins en ce sens qu'elle assurait au dénonçant la possession du droit d'empêcher les travaux jusqu'à ce qu'on lui donnât caution.

83. Telle était la dénonciation de nouvel œuvre, lorsque parurent les praticiens français. En suivant les règles posées par les glossateurs pour la dénonciation *per prætorem*, il dût passer pour incontestable que la dénonciation était une action possessoire. Mais en fit-on une espèce particulière d'action possessoire, soumise à des règles et conditions spéciales? Examinons ce point.

84. Les plus vieux auteurs posent en principe que la pratique française ne connaît que deux actions possessoires : la complainte en cas de saisine et de nouvelleté, et la réintégrande ; ils ne parlent pas de la dénonciation comme d'une action particulière et régie par des principes propres. Pourquoi? Parce que dans leur esprit la dénonciation était comprise dans la complainte ; elle n'était qu'un sous-

genre de l'action possessoire appelée complainte. Il est facile de concevoir qu'il en devait être ainsi, car la construction de nouvel œuvre était un fait constituant nouvelleté. Aussi trouvons-nous dans Charondas les règles de la dénonciation de nouvel œuvre et celles de la complainte confondues, comme ne formant qu'une seule et même doctrine. Il en est de même dans les auteurs provençaux où l'on voit que la dénonciation de nouvel œuvre était désignée sous le nom de statut de querelle (Bonnel, *Recueil d'arrêts*; compét. des juges).

85. Dans notre ancienne jurisprudence on ne peut donc considérer la dénonciation de nouvel œuvre que comme une véritable complainte, et lorsqu'on la voit mise en parallèle avec la complainte, il faut entendre ce mot complainte en un sens plus restreint, car ici comme en bien d'autres doctrines de droit le même mot est employé en deux sens, d'abord pour désigner un genre, puis pour caractériser une espèce de ce genre.

Quelle différence y a-t-il donc entre la dénonciation de nouvel œuvre et la complainte *sensu stricto?* Les points par lesquels ces actions diffèrent ne sont nulle part présentés d'une manière précise et complète. Ce qu'on peut voir de plus certain dans les auteurs anciens, c'est que l'on se sert assez généralement de la dénomination de dénonciation de nouvel œuvre, lorsque la nouvelleté consiste dans la démolition ou l'édification d'un ouvrage, dans ce que les Romains appellent *opus solo conjunctum*, et que l'action dirigée contre tout trouble d'un autre genre est appelée *complainte*. Cette différence est absolument sans portée, et si elle était la seule, elle n'aurait d'autre résultat que d'embrouiller la doctrine. Qu'importe, en effet, que le trouble résulte d'un fait de tel genre ou de tel autre genre, si le moyen de répression est également efficace,

soumis aux mêmes règles de droit et mené à fin par la même procédure !

86. Passons à d'autres différences.

D'après Boutillier (*Somme rurale*), Charondas (*Pandectes françaises*, liv. IV, chap. 26), Papon (liv. VIII, tit. 4, nos 8 et 9), la dénonciation est admise tant que le nouvel œuvre n'est point achevé, et il y a lieu à complainte lorsqu'il est terminé. A cette distinction se rattache celle-ci, que la dénonciation ne tend qu'à la suspension des travaux, tandis que la complainte tend à la démolition ; et encore cette autre, que la permission de continuer les travaux, en donnant caution, peut être accordée sur la dénonciation et ne peut l'être sur la complainte. Tout cela est puisé dans le droit romain; et, en effet, lorsque, dans le droit romain, la dénonciation n'était que le prélude d'une action pétitoire, tout cela était parfaitement raisonnable. Mais des distinctions de ce genre deviennent un non-sens, sitôt que l'on veut faire de la dénonciation de nouvel œuvre une action possessoire.

87. D'autres auteurs, Bouchel, par exemple (*Bibliothèque du droit français*), fait consister la différence entre la dénonciation de nouvel œuvre et la complainte, en ce que la complainte aurait lieu quand le nouvel œuvre est fait sur le fonds de celui qui se plaint, tandis que la dénonciation de nouvel œuvre s'intenterait contre celui qui fait un nouvel œuvre chez lui. (Henrion de Pansey, *Compét. des Juges de paix.* — Pardessus, *Des servitudes.*) Remarquons que ceci s'écarte du droit romain, car nous avons vu que la dénonciation y était usitée aussi bien contre les ouvrages construits dans le fonds du dénoncé que contre ceux construits sur le fonds du dénonçant.

88. Il faut reconnaître qu'à cette distinction, tracée par

Bouchel, se rattachent bien plus naturellement les autres différences admises par la pratique française entre la complainte et la dénonciation. Aussi l'on conçoit qu'il y a quelque raison d'accorder la destruction d'un ouvrage élevé sur le fonds possédé par le plaignant et de n'accorder que la suspension des travaux que le dénoncé élève chez lui. Ainsi il paraît encore assez juste d'accorder à celui qui bâtit chez lui la permission de lever l'opposition de son voisin en lui donnant caution.

89. Mais voyons ce que peut être au fond cette dénonciation de nouvel œuvre construit par un voisin sur son fonds. Puisqu'on a fait de la dénonciation de nouvel œuvre une action possessoire, il faut nécessairement qu'elle se fonde sur une possession. Or, où sera cette possession lorsqu'on dénonce un nouvel œuvre construit sur un fonds que l'on ne possède pas? Si le nouvel œuvre porte atteinte à la possession que l'on aurait d'une servitude sur le fonds dans lequel il est construit, je conçois qu'une action possessoire soit admissible; il y a trouble à la possession d'une servitude. S'il porte atteinte à l'un de ces droits de voisinage que notre Code appelle servitudes naturelles et légales, je conçois encore qu'il y ait lieu à une action possessoire, parce qu'il y a un trouble indirect à la possession du fonds par le trouble apporté à l'exercice d'un droit qui est un accessoire attaché par la loi à ce fonds.

90. Mais ce que je ne conçois pas, c'est la différence qu'on veut établir entre l'action possessoire accordée dans ces deux cas, et celle qui est admise contre un ouvrage fait sur le fonds même possédé par le plaignant. Pourquoi, en effet, créer des règles spéciales pour le cas où un nouvel œuvre vient troubler la possession d'une servitude légale, naturelle ou conventionnelle, au lieu d'appliquer tout simplement celles qui régissent le cas de trouble di-

rect à la possession du fonds? Dans un cas comme dans l'autre, il y a trouble à la possession, et par suite l'action possessoire devrait être une complainte et tendre à la répression complète du trouble. — Et si l'on sort de l'hypothèse d'un trouble ou d'une servitude, soit conventionnelle, soit naturelle ou légale, on ne pourra trouver une base raisonnable à une action possessoire contre un nouvel œuvre construit par un voisin chez lui-même; car on manquera de la cause première de toute action possessoire, c'est-à-dire d'une possession troublée. Où sera, en effet, le trouble à ma possession, si le nouvel œuvre dont je me plains n'est pas construit sur le fonds que je possède et ne porte atteinte à aucun des droits de ce fonds?

91. Les anciens auteurs, égarés sans doute par les textes du droit romain qui n'exigeaient point de trouble à la possession pour admettre la dénonciation de nouvel œuvre, ne se sont pas montrés aussi rigoureux sur ce point qu'ils auraient dû l'être logiquement, après avoir rangé la dénonciation au nombre des actions possessoires. Ils se contentent ordinairement, pour toute condition d'admissibilité de cette action, du préjudice causé par le nouvel œuvre au fonds que le dénonçant possède, préjudice qui peut très-souvent n'être nullement un trouble à la possession du dénonçant et n'être, au contraire, qu'un légitime usage du droit de propriété du construisant. C'est ainsi que Boutillier nous dit : *Dénonciation a lieu si tost que aucun faict ou faict faire nouvel œuvre au préjudice de aultre; celui qui sent que c'est en son préjudice le peut défendre.*

92. Cette doctrine est irrationnelle en ce qu'elle admet une action possessoire sans exiger comme condition indispensable qu'il y ait trouble à la possession. On a voulu plus tard la justifier en disant que le nouvel œuvre, sitôt qu'il cause un préjudice, constitue une atteinte à la pos-

session où l'on est de ne souffrir aucun dommage de son voisin. On a aussi érigé en possession l'état de choses auquel le nouvel œuvre innove. Mais c'est là une pure fiction, directement contraire aux principes élémentaires du droit de propriété et à la nature même du droit de possession. Car d'abord, il est de règle générale que le droit de propriété comporte le pouvoir de faire chez soi tout ce que l'on veut, de changer la forme de son fonds, tant qu'on n'en est pas empêché par une loi générale ou par une servitude particulière. Et cette faculté de construire chez soi ne s'arrête point devant le préjudice qui peut en résulter pour un voisin. Dès lors, comment admettre que tout voisin, sitôt qu'il craint un préjudice, puisse se dire en possession d'empêcher les innovations que son voisin fait chez lui? Et ensuite la nature même de la possession répugne, comme nous l'avons dit, à la doctrine de cette prétendue possession de l'état des choses; car la possession est une chose de fait, un fait positif, patent, durable et continu; or, le droit d'empêcher, qui ne se révèle par rien d'apparent, qui ne peut, de sa nature, s'exercer que passagèrement par un fait momentané d'opposition, est insusceptible de possession. De ce que mon voisin n'a point encore bâti ou creusé chez lui, il ne peut s'entendre que je sois en possession de l'exception de bâtir ou de creuser. L'opinion qui admet une pareille possession est contraire à la nature des choses, comme le dit Savigny, parce qu'elle constitue chaque propriétaire en possession d'un nombre infini de servitudes sur chaque fonds voisin.

Ainsi, dans l'ancienne jurisprudence, la doctrine qui accordait la dénonciation de nouvel œuvre avec force d'action possessoire pour arrêter la construction qu'un voisin faisait chez lui, était loin d'être conforme aux saines notions du droit romain.

93. Cependant les injustices auxquelles cette fausse doctrine a conduit dans la pratique n'ont pas paru fort grandes. La possession accordée au dénonçant lui conférait deux avantages : la suspension provisoire des travaux, le rôle de défendeur qui lui était assuré dans l'instance au pétitoire. Or, le premier de ces avantages n'était pas très préjudiciable au dénoncé, car, en donnant caution, il obtenait la permission de continuer les travaux ; et quant au second, on peut dire qu'il était de peu d'importance, car la question de savoir à qui incombe l'*onus probandi* a toujours été de bien moindre considération dans la jurisprudence française qu'elle ne l'était en droit romain, car nos juges sont habitués à chercher indistinctement dans les dires de l'une et de l'autre partie les éléments de solution du procès.

94. Résumons ce qui précède. Le point le plus caractéristique de la dénonciation de nouvel œuvre, c'est que cette action n'était nullement possessoire en droit romain. Elle ne se puisait ni dans la possession, ni dans le trouble causé; elle n'avait pas pour but l'avantage de la possession. Elle constituait plutôt une mesure pétitoire, préalable à la question du fond du droit. Aussi sur la dénonciation, c'était le dénoncé et non le dénonçant qui jouait le rôle de défendeur, de possesseur. Le droit romain envisageait si peu la dénonciation comme une action possessoire, qu'elle formait l'objet d'un titre particulier au Digeste (XXXIX), et parfaitement distinct des interdits possessoires; qu'à la différence des interdits, elle était plutôt envisagée comme réelle que comme personnelle ; qu'elle tenait de la nature du droit de servitude, qu'elle avait principalement pour but de protéger ou de circonscrire, *nunciatio in rem fit, non in personam.*

Ces principes du droit romain varièrent dans l'ancien droit

et furent altérés par les glossateurs qui distinguaient trois formes de dénonciation, alors qu'il n'en existait qu'une : la dénonciation verbale. Ces glossateurs confondirent la dénonciation avec les interdits *quod vi aut clam* ou *uti possidetis*, qui n'en étaient que la suite. En conséquence, ils appliquèrent à la dénonciation de nouvel œuvre les principes des interdits possessoires, et ils intervertirent la règle : *nunciando possessorem....*

95. Si l'on consulte les monuments législatifs, on trouve que ni dans l'Ordonnance de 1667, ni dans les coutumes, ni dans le Code civil, ni dans le Code de procédure civile, il n'est fait la moindre mention de la dénonciation de nouvel œuvre. Les lois de 1838 et de 1841, sur la compétence, sont les premières qui rappellent cette dénonciation depuis les lois romaines, en la classant purement et simplement au nombre des actions possessoires.

DROIT MODERNE.

Ouvrages à consulter : Troplong (*Prescription*). — Dalloz (*Ac. possess.*). — Carré (*Compétence*). — Henrion de Pansey (*Compétence*). — Merlin (*Dénonciation*). — Bélime (*Possession*).

96. Maintenant que nous avons suivi la dénonciation de nouvel œuvre dans ses évolutions, il nous sera plus facile de saisir l'intention du législateur moderne. — Ce législateur ayant conservé la dénonciation de nouvel œuvre, a voulu faire quelque chose d'utile et notamment la distinguer de la complainte, désignée immédiatement après elle dans le texte de la loi. S'il l'a rangée parmi les actions posssessoires, c'est qu'il a suivi la théorie généralement admise par la plupart des jurisconsultes et les traditions de l'ancien droit. Les lois françaises et belges de 1838 et

1841 n'ont rien voulu innover et se bornent à rappeler la dénonciation, telle qu'elle existait antérieurement, comme une action qui pouvait être utile en certains cas. Or, il résulte de ce que nous avons dit en traitant la partie coutumière de notre étude, que si l'ordonnance et même la plupart des auteurs ne parlent pas de la dénonciation, c'est par le motif que dans la plupart des cas elle était confondue avec la complainte, et que les caractères primitifs s'en étaient considérablement affaiblis ; mais qu'il n'en était pas moins vrai que la généralité des auteurs et la pratique l'avaient conservée pour demander la simple discontinuation des travaux ou leur suspension, s'il en pouvait résulter quelque préjudice futur.

M. Delebecque, dans son commentaire sur Troplong, rapporte une décision du pape Honorius III, qui avait également admis en droit ecclésiastique la dénonciation de nouvel œuvre du droit de Justinien, dans le cas où il ne s'agit que de la suspension des travaux.

97. Comment peut-on définir aujourd'hui la dénonciation de nouvel œuvre? D'après les considérations qui précèdent, voici quelle définition peut être présentée : *C'est une action possessoire par laquelle on requiert la suspension ou la discontinuation des travaux de construction ou de démolition qu'une personne a commencés ou est sur le point de commencer, et dont il peut résulter un préjudice ou trouble éventuel pour le requérant.* L'utilité de cette action est aujourd'hui aussi incontestable qu'en droit romain. Elle a pour but d'empêcher l'aggravation du dommage et non de le réprimer. Elle se fonde évidemment sur un droit quelconque, *jus aliquod prohibendi* (loi 1, § 17, Dig. 39, 1). Mais ce droit n'a pas besoin d'être prouvé, *sive jure, sive injuria opus fieret* (loi 1, pr. Dig. h. tit). La dénonciation suppose seulement, dès le principe, que ce droit est pré-

tendu. Mais, en droit moderne, cela ne suffit pas; il faut aujourd'hui avoir la possession de ce droit, et c'est à cause de ce nouveau caractère que l'action est actuellement possessoire. L'examen du fond appartient ensuite au juge du pétitoire.

98. Dans la plupart des cas, il faut reconnaître que la dénonciation devient fort inutile dès qu'on exige la possession du droit, puisque l'on peut, dans ce cas, obtenir un résultat plus avantageux au moyen de la complainte ordinaire qui est prohibitoire et restitutoire tout à la fois, tandis que la dénonciation n'est que prohibitoire. Cependant, il est des cas spéciaux prévus par la jurisprudence française où la dénonciation, quoique qualifiée d'action possessoire, peut conserver toute son utilité, et notamment le cas où l'on demande la discontinuation de travaux seulement commencés et non achevés, dont il ne résulte pas un trouble actuel, mais dont il peut résulter un trouble futur et incertain. Ce cas peut faire l'objet d'une dénonciation de nouvel œuvre et ne peut, d'un autre côté, constituer l'objet d'une complainte ordinaire qui exige une possession troublée par un fait portant un intérêt né et actuel. Un trouble éventuel ne suffirait pas. C'est à ce cas que la Cour de cassation, qui a longtemps varié, vient de s'arrêter, pour reconnaître une existence individuelle à la dénonciation de nouvel œuvre dans le sens des lois romaines combinées avec les principes des vieux auteurs français, Boutillier, Charondas, Papon.

Par son arrêt du 4 février 1856, la Cour de cassation admet la dénonciation distincte de la complainte. Seulement, la dénonciation reste possessoire, c'est-à-dire qu'elle doit être fondée sur la possession annale et soumise comme telle à l'unique juridiction des juges de paix. La Cour de

cassation a consacré par cet arrêt une partie de la théorie enseignée par M. Troplong.

99. Je n'entreprendrai pas d'énumérer tous les systèmes divergents qui se sont élevés parmi les auteurs modernes sur l'application de la dénonciation de nouvel œuvre. Je ferai simplement remarquer qu'il existe deux grands systèmes principaux qui les divisent. Pour les uns, la dénonciation est une action possessoire exclusive, se confondant avec la complainte ; pour les autres, elle a un cachet propre et distinct de la complainte. Mais ces deux systèmes fondamentaux comprennent plusieurs autres systèmes en sous-ordre. Examinons.

Dans le système de Carré (*Compét.*, tome I, pag. 500), la dénonciation se confond soit au possessoire avec la complainte, soit au pétitoire avec la revendication d'un droit de servitude. La suspension des travaux ne peut se poursuivre que par une demande incidente à l'action principale ou possessoire.

D'autres, comme Molitor (*Possess.*, n° 122), ne voient qu'une distinction nominale entre la dénonciation et la complainte. Peu importe le lieu où les travaux sont entrepris, peu importe qu'ils soient commencés ou achevés, ils ne voient dans la dénonciation qu'une action restitutoire, se confondant tantôt avec l'action possessoire proprement dite, tantôt avec l'action pétitoire. Ils lui refusent le caractère de l'ancien droit, de s'opposer par cette voie à la continuation des travaux, quels qu'ils soient, sur le seul fondement du préjudice qui pourrait en être le résultat. — Tel est le système de Merlin, de Bélime...

Le système d'Henrion de Pansey admet, au contraire, la dénonciation, non pas comme action possessoire, mais comme action spéciale qui ne se concevrait que dans le cas

où le défendeur a construit sur son propre terrain et non pas sur celui du demandeur.

Vient enfin le système de Troplong qui paraît se rapprocher le plus de la vérité. Il consiste à dire, d'après l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1856, qu'il y a dénonciation de nouvel œuvre bien distincte de la complainte chaque fois qu'il ne s'agit que d'un travail commencé ou sur le point de l'être, n'ayant encore causé aucun trouble *réel*, mais susceptible de causer un dommage imminent, et lorsque le demandeur se borne à conclure à la suspension des travaux. Cela est parfaitement juste; mais Troplong a tort d'ajouter que la dénonciation peut être soumise par voie d'incident ou de référé au juge du pétitoire.

100. Par la loi de 1838, la dénonciation a reçu le caractère d'action possessoire qu'elle n'aurait pas dû avoir, mais qu'elle a emprunté aux traditions du droit préexistant. C'est un point incontestable. Le texte est positif.

De ce principe découlent plusieurs conséquences :

a) La première, c'est que restreinte aujourd'hui dans le cercle des actions possessoires, la dénonciation n'a plus le caractère général du droit romain; qu'elle ne peut plus recevoir d'application que dans les cas rares et exceptionnels que je viens de signaler, et que dans la plupart des autres cas elle se confond avec la maintenue et ne forme qu'un rameau de cette dernière.

b) La seconde conclusion à en tirer, c'est que dans notre droit moderne la dénonciation est désormais soumise à tous les principes généraux du droit qui régissent les actions possessoires (art. 23 du Code de procéd.; art. 2229 du Code civil); qu'en conséquence, le juge de paix peut seul en être saisi. Il faut donc que le demandeur ait, au moment de l'action, la possession du terrain ou du droit

réel qu'il exerce. Et comme les vieux auteurs appliquaient à la dénonciation les conditions de la complainte ordinaire, il faut suivre aujourd'hui les mêmes errements et décider que la possession doit être annale et non vicieuse, *nec vi nec clam, nec precario ab adversario.*

Il faut également, ainsi que la loi le dit en termes exprès, que la dénonciation soit fondée *sur des faits commis dans l'année.* Ces mots ne signifient pas, comme le pense Bélime, que les constructions doivent avoir été achevées dans l'année, ce qui rendrait la dénonciation sans objet. Ces expressions doivent s'entendre de faits de constructions commencées et dont il peut résulter un dommage éventuel. Par voie de conséquence, il faut aussi que l'action ne soit pas fondée sur un droit réel de propriété, mais simplement sur le fait de la possession.

101. Si la loi qualifie la dénonciation d'action possessoire, si elle la soumet à la compétence des juges de paix, il faut être conséquent avec la loi ; il devient dès lors impossible de concevoir au pétitoire l'idée d'une dénonciation de nouvel œuvre, soit par voie principale, soit par voie incidente, sous peine de se heurter contre les principes fondamentaux de la compétence judiciaire. La plupart des auteurs qui ont admis la dénonciation dans le domaine du pétitoire se sont mépris sur le caractère de la dénonciation. Elle est une mesure préalable et provisoire, aujourd'hui toute possessoire, laissant intacte la question du fond, la question de savoir s'il y a lieu ou non de continuer ou de discontinuer les travaux. Et c'est précisément ce caractère qui l'a fait confondre anciennement avec la complainte et lui a fait donner le nom de *complainte en dénonciation.* Lorsque l'on dénonce le fait au pétitoire, il ne peut plus être question que du fond du droit, et toute

idée de dénonciation qui n'est que provisoire et préalable vient complétement à disparaître.

102. Sans doute, la personne troublée est libre de renoncer au bénéfice de la dénonciation ou de la complainte et d'agir au pétitoire en répression du fait ou en revendication de son droit. Mais dans ce cas, il ne s'agit plus de dénonciation de nouvel œuvre. Ce genre de procédure n'a rien de commun avec elle.

c) Si la dénonciation est devenue dans le droit français une action possessoire, la troisième conséquence à tirer de cette règle, c'est qu'il faut aujourd'hui mettre de côté les anciennes formes et les anciens principes spéciaux incompatibles avec nos principes de procédure moderne. Ainsi il faut supprimer les anciennes formes du droit romain et des glossateurs, celles faites *verbis* ou *lapilli jactu* ou par acte extrajudiciaire. Comme toute action possessoire, la dénonciation de nouvel œuvre doit s'intenter par exploit judiciaire et s'introduire devant le juge. Aujourd'hui c'est le juge seul qui a l'*imperium*, le droit d'ordonner et de se faire obéir. Du reste, l'art. 1041 du Code de procédure, combiné avec l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII, est formel en ce qui touche l'abrogation des anciennes procédures.

Par les mêmes motifs, je crois qu'il faut dire avec les auteurs et la jurisprudence, que l'innovateur ne peut plus être reçu à verser caution pour continuer ses travaux. Il répugne cependant à quelques commentateurs d'abolir complétement la caution qui, disent-ils, est restée dans nos mœurs. Mais on peut répondre que le juge ne peut ordonner la caution que dans les cas où la loi l'y autorise; que la loi n'admettant pas cette mesure dans les procédures possessoires, le juge commettrait un déni de justice s'il se bornait à la prononcer, sans réprimer l'atteinte

faite à la possession. Il ne s'agit plus, comme en droit romain, de prendre de simples mesures préliminaires tenant au droit de propriété; il faut encore aujourd'hui statuer nécessairement sur la possession.

103. *d)* Une quatrième conséquence consiste à dire que la dénonciation ne confère plus comme autrefois la possession au dénoncé, ou plutôt ne le considère plus comme ayant la possession. Le principe *nunciando... possessorem adversarium facimus* n'est plus applicable en droit français depuis l'époque où écrivait Boutillier. La dénonciation a aujourd'hui un effet contraire à la loi 1, § 6, Dig. liv. XXXIX, tit. I. Elle a pour but de conférer la possession au dénonçant; et, par suite, la dénonciation n'impose plus au dénonçant l'obligation d'agir au pétitoire dans l'année à l'effet de prouver le fondement de son droit. « *Sera le faiseur de l'ouvrage demandeur en ce cas, et le dénonçant possessionnaire ou possesseur de sa dénonciation, qui est grande dignité en un procès.* C'est ainsi que s'exprime Boutillier en faisant allusion au pétitoire.

104. *e)* Une cinquième conséquence, c'est que la dénonciation ne pourrait plus être intentée utilement pour le maintien d'un droit qui n'est pas de nature à être possédé juridiquement.

105. *f)* Une sixième conséquence à signaler, c'est que la dénonciation n'est plus, comme en droit romain, une simple mesure préalable ou pétitoire, ayant un caractère de réalité, comme l'action pétitoire à laquelle elle sert de prélude. Elle est aujourd'hui une véritable action indépendante, et une action personnelle de la même nature que les actions possessoires.

106. A côté du principe que la dénonciation est une ac-

tion possessoire en droit français, il existe une autre règle à suivre en matière de dénonciation et qui sert de correctif à ce principe. Cette règle consiste à appliquer les anciens principes de droit romain, en tant qu'ils sont compatibles avec nos institutions modernes et la théorie de la possession : *juri veteri standum donec expresse reperiatur correctum.*

Faisons connaître quelques conséquences de cette règle.

a) La première conséquence de la règle à poser, la voici : il n'y a pas lieu de distinguer dans la dénonciation si les ouvrages ont été faits par l'innovateur sur son propre terrain ou sur celui du dénonçant, du demandeur au possessoire. C'est là un principe inscrit dans la loi romaine et qu'il faut respecter encore aujourd'hui. (Loi 5, § 8, 9, 10. Dig. 39, 1.) C'est ce principe qui est enseigné par la bonne doctrine. Troplong fait observer avec beaucoup de raison que le caractère distinctif de la dénonciation n'est pas dans le lieu où les travaux sont établis, mais dans leur degré d'avancement et dans la mesure du dommage qu'il occasionne ; il ajoute que s'il n'y a pas encore de dommage et que l'on se borne à demander prohibition de continuer des travaux commencés, c'est là une dénonciation, quel que soit le lieu où ces travaux se préparent ou commencent. Cette opinion est consacrée par une jurisprudence constante. Henrion de Pansey et Pardessus ont voulu établir une distinction entre les deux cas. Mais elle a été rejetée comme contraire aux principes du droit romain.

107. *b)* Il suit des règles du droit romain que la dénonciation ne peut être utilement intentée qu'avant l'achèvement des travaux, *adversus futura opera, non adversus præterita.* (Loi 14, *De op. novi nunt.*) Cette règle est admise encore aujourd'hui par la doctrine et est passée en juris-

prudence. — Quand les travaux sont achevés, Henrion de Pansey estime que l'on ne peut plus se pourvoir qu'au pétitoire. Notons que cette décision ne doit pas être suivie, comme contraire aux principes du droit romain. Ulpien disait : *Nam si quid operis factum fuerit quod fieri non debuit, cessat edictum de operis novi nuntiatione, et erit transeumdum ad interdictum quod vi aut clam factum erit, ut restituatur.* (Loi 1, § 2, *de op. novi nunt.*) La dénonciation ne peut plus, en effet, agir, puisqu'elle est purement prohibitoire, qu'elle ne tend qu'à la suspension de l'exécution du nouvel œuvre. Mais alors on peut agir par la complainte. C'est ce qu'ont décidé un arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 1841 et un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 13 mai 1835, rapportés dans Dalloz. C'est donc à juste titre que Molitor a fait la critique de l'opinion d'Henrion de Pansey.

108. *c)* Une troisième conséquence de la règle que nous avons posée, c'est que la dénonciation ne s'applique pas à toute espèce d'innovation. Il faut que le nouvel œuvre consiste dans des travaux de construction ou de démolition changeant l'état antérieur des choses, *opus solo conjunctum.* Ainsi l'on ne pourrait obtenir l'action en dénonciation de nouvel œuvre pour un arbre que l'on s'apprêterait à enlever, une vigne que l'on se préparerait à arracher, pour un étai de bâtiment en ruine. Tels sont les exemples cités par la loi romaine.

109. *d)* Enfin, nous dirons comme quatrième conséquence caractéristique de cette espèce d'action possessoire, qu'elle se donne non pas pour un dommage causé, mais en vue d'un dommage ou d'un danger à craindre, *damni depellendi gratia, ut infecti damni caveatur nobis ab eo qui quod molitur* (Loi 16 et 17).

C'est ce caractère distinctif de la dénonciation qui a été

longtemps méconnu et auquel la Cour de cassation vient enfin de rendre hommage dans son arrêt du 4 février 1856. C'est ce caractère qui la distingue de la complainte et qui rend encore son application utile. Et c'est à cause de ce caractère que les conclusions dans la dénonciation doivent tendre nécessairement à une simple suspension des travaux, et nullement à leur démolition. C'est également pour ce motif que l'édit du droit romain n'était que prohibitoire, qu'une simple inhibition, une mesure de précaution, un *remedium*, disait Ulpien.

110. Ainsi, s'agit-il de travaux qui menacent simplement d'endommager notre possession, la loi nous accorde une action possessoire et simplement prohibitoire que l'on appelle la dénonciation. — S'agit-il au contraire de travaux qui sont achevés, qui ont déjà causé un trouble réel à notre possession, un dommage né et actuel, la loi nous accorde la complainte, et l'action possessoire peut être dans ce cas prohibitoire et restitutoire tout à la fois. Telle est, il nous paraît, la véritable clef de la solution qui doit mettre fin à tant de controverses.

DROIT FRANÇAIS

Servitudes d'utilité publique.

Ouvrages à consulter : Batbie (*Cours de droit administratif*). — Isambert (*Voirie*). — Serrigny (*Questions de droit administratif*). — Cormenin (*Droit administratif*). — Ducroq (*Droit administratif*). — Delalleau (*Places de guerre*). — *Leçons de droit administratif* de M. Rozy.

1. Les servitudes d'utilité publique, dont il va être question, diffèrent des servitudes ordinaires dont traite notre Code civil ; les secondes rentrent dans le régime légal de la propriété privée, dont les premières s'éloignent ; et, en général, celles-ci ne constituent pas un titre suffisant à une demande de dommages-intérêts, à moins que la loi ne la permette et ne la détermine, ainsi qu'elle nous en donne un exemple dans le décret du 22 février 1808, sur le chemin de halage.

2. Cette idée de la servitude étant connue, il faut, pour embrasser d'ensemble toute la matière, distinguer plusieurs catégories de servitudes :

a) Servitudes de voirie.

b) Servitudes de halage.

c) Servitudes résultant du voisinage des chemins de fer.

d) Servitudes militaires.

e) Servitudes autour des cimetières.

CHAPITRE PREMIER

SERVITUDES DE VOIRIE

3. *Du curage des fossés.* — On sait que les routes sont nationales, départementales ou vicinales, et que les fossés qui les bordent, creusés par les soins de l'administration, sont censés appartenir à l'Etat, au département ou à la commune. Toutefois, cette présomption n'étant pas absolue, la preuve contraire peut être admise. Ainsi, un propriétaire qui aurait fait un fossé sur son propre fonds pour l'écoulement des eaux qui y séjournent, ferait tomber la présomption dont se prévaut l'administration, en prouvant que le fossé a été creusé sur son terrain. Les arbres appartiennent toujours au propriétaire du fossé ; ils appartiennent à l'Etat, quand le fossé a été creusé par les soins de l'administration, sauf, bien entendu, les droits des riverains qui établiraient que les plantations sont leur ouvrage.

4. Dans l'ancien droit, en vertu d'un arrêt du conseil (3 mai 1720), il était de règle que l'établissement des fossés devait être supporté par le trésor public. En 1781, une ordonnance avait toutefois déclaré que, dans la généralité de Paris, tous les propriétaires ou possesseurs légitimes d'héritages aboutissant aux grandes routes seraient tenus de les border de fossés. L'ordonnance déterminait même leur largeur (six pieds dans le haut, — deux pieds dans le bas, — trois pieds de profondeur) ; et imposait la nécessité de se conformer aux pentes et aux talus, pour l'écoulement des eaux. Cette règle a disparu, et aujourd'hui, d'après le droit commun, l'établissement des fossés

est à la charge de l'Etat, du département et de la commune.

5. Une différence doit être signalée entre les routes nationales ou départementales d'une part, et les chemins vicinaux d'autre part, portant sur l'extension des pouvoirs du préfet. D'après la loi nouvelle sur les conseils généraux, ce n'est plus aux préfets qu'appartiennent ces pouvoirs, c'est la commission de permanence qui s'en trouve investie. En matière vicinale, il lui est loisible de prendre un arrêté d'élargissement qui, sans aucune expropriation, aura pour effet de prendre le terrain nécessaire aux fossés. C'est ce que décide la loi du 24 mai 1836. — Quand il s'agit de routes nationales ou départementales, le préfet doit se conformer au plan général, sans pouvoir dépasser les limites qui y sont fixées. L'arrêté d'élargissement, dans ce cas, serait subordonné, dans ses effets, au paiement préalable d'une juste indemnité.

6. On lit à l'art. 4 de l'arrêt du conseil, du 3 mai 1720: « *Ordonne Sa Majesté que les nouveaux fossés seront entretenus et curés par les propriétaires des terres y aboutissantes..., et seront tenus, lesdits propriétaires, de faire jeter sur leurs héritages ce qui proviendra du curage.* » Depuis, la loi du 9 ventôse an XIII, et le décret du 16 décembre 1811, ont, tour à tour, transféré des riverains à l'Etat et de l'Etat aux riverains, la charge du curement et de l'entretien des fossés; et enfin une loi du 12 mai 1825 en a exonéré ces derniers, en disposant que, à dater du 1er janvier 1827, le curage et l'entretien des fossés qui faisaient partie de la propriété des routes royales et départementales seraient opérés par les soins de l'administration publique et sur les fonds affectés au maintien de la viabilité desdites routes.

7. Par qui doit être supporté le rejet du curage des

fossés ? par l'Etat ou par les riverains ? La question surgit à cause du silence que garde la loi du 12 mai 1825 sur cette servitude. On se demande si la servitude a été maintenue ou si son abrogation ne résulte pas de la suppression de l'obligation du curage. — Je pense que la servitude du curage des fossés existe encore à la charge des propriétaires riverains. En effet, avant la loi du 12 mai 1825, les propriétaires avaient la double obligation de curer les fossés et de recevoir sur leur sol le produit du curage. La loi du 12 mai les a déchargés de la première de ces obligations, mais elle se tait sur la seconde, et comme une servitude formellement établie ne peut être abrogée que par un texte de loi précis, il est évident que la disposition des anciens arrêts, relative au dépôt des terres provenant du curage des fossés, existe encore aujour d'hui.

Dans une autre opinion on raisonne autrement. On dit que la loi du 12 mai 1825 dispose que le curage sera fait par l'administration et sur les fonds affectés au maintien de la viabilité Ces derniers mots indiquent que le curage a été mis à la charge de l'administration comme il était à la charge des riverains. C'était comme conséquence de cette charge que les riverains devaient recevoir sur leurs terres le produit du curage. Le changement du système adopté par la législation doit faire disparaître tout ce qui tenait au système précédent.

8. Cette argumentation est fort spécieuse ; mais c'est à cause de sa subtilité que nous la repoussons. L'abrogation d'une loi est, en effet, *expresse* ou *tacite*. L'arrêt du conseil établit deux servitudes; la première seule est expressément abolie par la loi du 12 mai 1825, et le maintien de la seconde n'étant pas incompatible avec cette abolition, on peut dire avec fondement que celle-ci n'est abolie ni explicitement ni implicitement. D'ailleurs, cette servitude

est, dans la pratique, moins lourde qu'on ne le croit. En effet, les cantonniers divisent les produits du curage en plusieurs classes. Dans la première sont compris les cailloux, les pierres descendues des champs voisins dans les fossés ; ces matériaux sont réservés et emp'oyés à boucher les cavités et les ornières de la route. Ils ne sont jamais rejetés sur le champ d'où ils viennent. — Les sables ou terres graveleuses forment la seconde classe. Les cantonniers emploient ce second produit à réparer les accotements, parce que, présentant plus de résistance au roulage, il est préférable aux terres végétales susceptibles de gazonner et contenant des éléments fécondants. Ces dernières terres forment la troisième classe. Elles sont employées à réparer le talus des routes, et le surplus est rejeté sur les champs voisins, de telle façon qu'en réalité le propriétaire ne reçoit sur son champ que le produit du curage qui peut lui être utile.

9 Enfin, à l'appui du système que je défends, j'invoque une considération puissante. Les propriétaires riverains des grandes routes ont tenté de se prévaloir des lois et décrets qui avaient pour effet de les soustraire à l'obligation de recevoir sur leurs héritages les terres provenant du curage, ce qu'on nomme le *jet des fossés*. Mais cette prétention, combattue par l'administration (Inst. 30 juillet 1835), contraire à l'opinion émise en plusieurs occasions par la Chambre des députés, a été, en dernier lieu, condamnée par la jurisprudence.

Le Conseil d'Etat décide dans un arrêt du 2 avril 1849 que l'art. 4 de l'arrêt du conseil du 3 mai 1720 impose aux propriétaires riverains des grandes routes deux charges distinctes dont l'une consiste à entretenir et curer les fossés de ces routes et l'autre à recevoir sur leurs terres ce qui provient du curage ; que si l'art. 2 de la loi du 12

mai 1825 a mis à la charge de l'administration le curage et l'entretien des fossés qui font partie de la propriété des routes nationales et départementales, ni cet article ni aucune autre disposition de loi ou de règlement n'a affranchi les propriétaires riverains desdites routes de l'obligation de recevoir sur leurs terres le produit du curage.

10. On applique le même raisonnement à l'obligation de recevoir les eaux. D'anciennes ordonnances du 13 juin 1741 et du 23 juin 1751, postérieures aux prescriptions relatives à l'ouverture des fossés, ont fait défense aux propriétaires *dont les héritages sont plus bas que les chemins et en reçoivent les eaux*, d'en interrompre le cours soit par l'exhaussement, soit par la clôture de leur terrain, sauf à eux de construire des aqueducs et des fossés propres à les débarrasser des eaux, conformément aux dimensions qui leur auront été données, le tout à peine de 50 livres d'amende et de la réparation de l'œuvre. C'est là une disposition à laquelle la loi de 1825 ne peut être qu'étrangère. Elle interdit aux propriétaires riverains de se prévaloir de ce que la route constitue un ouvrage de main d'homme, pour se refuser à supporter l'écoulement des eaux. Mais ce n'est qu'en cela qu'elle modifie et qu'elle aggrave le servitude imposée au fonds inférieur envers le fonds plus élevé, par l'art. 640 du Code civil. Il est évident que l'on n'a entendu assurer que l'écoulement des eaux, et que l'administration ne pourrait les accumuler et les conduire sur un héritage voisin, qu'autant qu'elle aurait acquis une servitude à son préjudice. L'obligation de recevoir les eaux de la route n'est, d'ailleurs, établie que par rapport aux propriétés riveraines. Entre les riverains et les propriétaires des terrains contigus, l'écoulement des eaux est régi par les dispositions du droit civil (décret du 29 août 1867).

11. *Des plantations.* — Dans l'ancien droit, on attachait une grande importance à la plantation d'arbres à haute tige sur le bord des routes. L'ordonnance de 1720 imposait aux particuliers l'obligation d'effectuer les plantations sur leur propre terrain, à une certaine distance du bord extérieur des fossés. Quand les riverains ne se conformaient pas à cette prescription dans un délai déterminé, *les seigneurs ayant droit de voirie* étaient autorisés à planter eux-mêmes, et demeuraient, en ce cas, propriétaires des arbres plantés. D'après des règlements plus anciens, des plantations ayant eu lieu sur le sol des grands chemins et ayant été faites soit par les propriétaires des tenants et aboutissants, soit au bénéfice des seigneurs et même du roi, il s'ensuivit une confusion dont le législateur eut la plus grande peine à triompher, lorsqu'il s'agit d'étendre à la propriété des arbres plantés le long des routes les conséquences résultant de l'abolition des institutions féodales.

L'Assemblée législative ne put réaliser elle-même la promesse de la Constituante ; l'art. 9 du décret des 26 juillet et 15 août 1790 resta sans effet. On lit simplement dans l'art. 18 du décret du 28 août 1792 : « Jusqu'à ce « qu'il ait été prononcé relativement aux arbres plantés sur « les grandes routes nationales, nul ne pourra s'approprier « lesdits arbres et les abattre ; leurs fruits seulement, « et leur bois mort, appartiendront aux propriétaires « riverains. Il en sera de même des émondages quand il « sera utile d'en faire ; ce qui ne pourra avoir lieu que « de l'agrément des corps administratifs, à la charge par « lesdits riverains d'entretenir lesdits arbres et de rem- « placer les morts. » Cette disposition nous montre que l'abandon aux riverains des fruits, des bois morts et de l'élagage, est une compensation des frais d'entretien et de renouvellement mis à leur charge provisoirement. La

question de propriété est réservée d'une manière absolue. Ainsi, dans les contestations qui peuvent naître, les autorisations administratives données sous l'empire du décret du 28 août 1792, pour l'élagage ou le renouvellement des arbres, ne sont point, en elles-mêmes, des preuves de propriété. Husson, Serrigny, Cotelle, soutiennent cette opinion.

12. La difficulté restait toujours; elle fut abordée dans le décret du 16 déc. 1811. Les art. 86 et 87 sont ainsi conçus :

Art. 86. « Tous les arbres plantés avant la publication du présent décret sur les routes impériales, en dedans des fossés et sur le terrain de la route, sont reconnus appartenir à l'Etat, excepté ceux qui auront été plantés en vertu de la loi du 9 ventôse an XIII. »

Art. 57. « Tous les arbres plantés jusqu'à la publication du présent décret, le long desdites routes et sur le terrain des propriétés communales ou particulières, sont reconnus appartenir aux communes ou particuliers, propriétaires du terrain. »

Ces deux articles n'ont pas fait disparaître tout embarras. Le gouvernement a cru que par l'abandon gratuit de tous les arbres qu'il avait plantés en dehors des fossés et en ne retenant que les arbres en dedans des fossés et dont quelques-uns seulement n'avaient pas été plantés par lui, la transaction serait acceptée par les riverains, et qu'il n'y aurait plus à redouter désormais leurs plaintes ou leurs réclamations. Ce n'est pas ainsi que les choses se sont passées. Les riverains ont commencé par s'emparer des arbres que le décret leur avait abandonnés et, ensuite, ils ont réclamé les autres en vertu des anciens titres. Ce que l'administration appelait une compensation ne l'était pas

pour tous. L'était-elle pour ceux qui possédaient les arbres par eux plantés sur le bord de la route et qui n'en trouvaient pas d'autres en échange au-delà des fossés ? Evidemment non; à ceux-là, il a fallu rendre justice.

13. La loi du 12 mai 1825, intervenue à cet effet, s'exprime ainsi : « Seront reconnus appartenir aux particuliers les arbres actuellement existants sur le sol des routes royales ou départementales, et que ces particuliers justifieront avoir légalement acquis à titre onéreux et avoir plantés à leurs frais, en exécution des anciens règlements. Toutefois, ces arbres ne pourront être abattus que lorsqu'ils donneront des signes de dépérissement et sur une permission de l'administration. La permission de l'administration sera également nécessaire pour en opérer l'élagage. Les contestations qui pourront s'élever entre l'administration et les particuliers relativement à la propriété des arbres plantés sur le sol des routes seront portées devant les tribunaux ordinaires. Les droits de l'Etat y seront défendus à la diligence de l'administration des domaines. » La loi de 1825, en rapportant l'art. 86 du décret du 16 déc. 1811, n'a pas restitué l'Etat contre le sacrifice qu'il s'était imposé par l'art. 87. Les riverains sont recevables à se prévaloir de deux titres. D'après l'art. 87 du décret de 1811, il leur suffit d'établir par tous les moyens de droit commun que le sol sur lequel les arbres sont plantés leur appartient, pour que la propriété de ces arbres ne puisse leur être contestée. Que s'ils sont dans l'impossibilité d'invoquer un droit à la propriété du fonds, ils ont alors la ressource de la loi de 1825, qui leur permet de prétendre qu'ils ont acquis les arbres à titre onéreux ou en ont effectué la plantation à leurs frais, en exécution des anciens règlements. La seule condition que la loi leur impose, est que leur allégation soit *justifiée*.

14. Dans la législation nouvelle, les complications sont loin d'être aussi embarrassantes. L'obligation de planter a d'abord été renouvelée et réglée par la loi du 9 ventôse an XIII. Il faut distinguer dans cette loi les dispositions qui imposent l'obligation de planter sur le terrain appartenant à l'Etat et celles qui n'ont d'autre objet que de soumettre à certaines restrictions le droit pour les riverains de planter chez eux. Ces dernières sont seules restées en vigueur. — L'obligation de planter n'est aujourd'hui régie que par le décret du 16 décembre 1811, décret dont on a contesté la légalité, mais que la jurisprudence n'a jamais fait difficulté de considérer comme ayant force de loi. (Ordonn. 1er février 1833. — 12 mars 1846.)

D'après le décret de 1811, toutes les routes non plantées et qui peuvent l'être sans inconvénient, doivent être plantées par les particuliers ou par les communes, dans la traversée de leurs propriétés respectives. La plantation doit être faite, non pas dans l'intérieur de la route et sur le terrain appartenant à l'Etat, mais à la distance d'un mètre au moins, suivant l'essence des arbres, du bord extérieur des fossés et partant sur le terrain appartenant aux riverains. (Art. 88, 89, 90). L'obligation est d'une autre portée que dans la loi du 9 ventôse an XIII. On ne peut plus exiger que les particuliers plantent sur le sol des routes; les frais et les profits de ces plantations, dans le cas où elles peuvent être utiles, ne concernent que l'Etat. (Circulaire du ministre des travaux publics des 9 août 1850, 17 juin 1851, 21 déc. 1853). L'administration, en revanche, reste maîtresse du droit de contraindre les riverains à planter sur leurs héritages.

15. Les formes assignées à l'exercice de ce droit sont indiquées dans le décret qui le consacre; la plantation est ordonnée par un arrêté préfectoral, revêtu de l'approba-

tion du ministre et qui détermine l'alignement à suivre, l'âge, l'essence des arbres, l'intervalle à laisser d'un arbre à l'autre, la distance à observer à partir du bord extérieur des fossés et le délai dans lequel l'opération doit être faite. (Art. 90 et 91.) L'arrêté, au regard du propriétaire riverain, auquel il enjoint de complanter, est marqué d'un caractère contentieux ; il atteint ses droits et ses droits les plus sacrés, ceux qui tiennent à la qualité de propriétaire. Le recours lui est permis pour l'attaquer devant le Conseil d'Etat. Il ne faut pas se méprendre sur l'importance de cette garantie, ni se l'exagérer. Quoi qu'il en soit, les prescriptions de l'administration ne peuvent être éludées. Les arbres sont reçus par les ingénieurs, et, à défaut par les propriétaires de se conformer à l'arrêté du préfet, le conseil de préfecture décide que la plantation sera exécutée d'office à leurs frais avec une amende en plus qu'il supporteront. (Décret du 16 déc. 1811, art. 95, 96 et 97.) Dans tous les cas, les arbres sont la propriété des riverains ; ils en jouissent sous l'empire de quelques restrictions imposées dans un intérêt de conservation.

16. Telle est la législation concernant les plantations d'arbres sur le bord des grandes routes. Un mot maintenant de celles qui sont faites près des chemins vicinaux.

L'application au profit de la voirie vicinale des règles consacrées par les art. 670 à 673 du Code civil pour les distances à observer dans les plantations souffrait de grandes difficultés, et les tribunaux laissaient l'autorité administrative à peu près désarmée contre les inconvénients des plantations trop rapprochées des chemins. La loi du 21 mai 1836 a comblé une lacune dont on avait trop à souffrir, et l'art. 21, en attribuant au préfet le droit de régler la distance à laquelle les propriétaires riverains pourront, à l'avenir, planter sur le bord des routes vicinales, soit des

arbres, soit des haies vives, a donné un moyen de les contraindre à respecter les intérêts de la voirie. Les maires prendront des arrêtés portant défense de planter sans autorisation, et donneront des alignements à cet effet comme pour les constructions et bâtisses. — Quant aux plantations faites sur le sol même des chemins vicinaux, la commune peut évidemment, à quelque époque que ce soit, requérir le particulier qui les a faites de les relever ; ce n'est là que l'application de l'art. 555 du Code civil. (Voir Cormenin.)

17. Il ne faut pas confondre le cas où la plantation n'a pas été faite à la distance voulue avec le cas où elle a été faite sur le sol même du chemin vicinal.

Voici la différence :

La plantation faite *le long des chemins vicinaux* à des distances des bords de ces chemins ou avec des espacements moindres que ceux voulus par le règlement, constitue une infraction à un arrêté de l'autorité administrative et cette infraction doit être poursuivie devant le tribunal de simple police.

La plantation faite *sur le sol des chemins vicinaux* constitue une usurpation du sol de ces chemins, et cette contravention doit être poursuivie à la fois devant le conseil de préfecture pour en obtenir la répression de l'usurpation et devant le tribunal de simple police pour obtenir la condamnation à l'amende. Cette doctrine, qui nous a été exposée à son cours par M. Rozy, est le résumé d'une circulaire du ministre de l'intérieur, du 10 octobre 1839, fondée elle-même sur un avis inédit du Conseil d'Etat émis à la date du 9 mai 1838.

18. *Elagage des arbres.* — J'ai déjà parlé de l'obligation de planter sur les héritages tenant et aboutissant aux

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

grandes routes que l'arrêt du conseil du 3 mai 1720 imposait aux propriétaires de ces héritages et qui est réglée dans la législation nouvelle par le décret du 16 septembre 1811. Il me reste à appeler l'attention sur les prescriptions destinées à pourvoir à la conservation des plantations faites en accomplissement de cette obligation.

Les arbres doivent être élagués toutes les fois que l'administration le commande et selon le mode qu'elle impose. L'art. 102 du décret de 1811 dispose, en effet, que l'élagage des arbres plantés sur les routes, conformément au présent titre (tit. 8 du décret), sera exécuté toutes les fois qu'il en sera besoin, sous la direction des ingénieurs des ponts-et-chaussées, en vertu d'un arrêté du préfet qui sera pris sur le rapport des ingénieurs en chef, et qui contiendra les instructions nécessaires sur la manière dont l'élagage devra être fait. Les ingénieurs et conducteurs des ponts-et-chaussées sont chargés de surveiller et d'assurer l'exécution desdites instructions. Mais les propriétaires ne sont pas libres de faire eux-mêmes cette opération. « Les particuliers, porte l'art. 105 du même décret, ne pourront procéder à l'élagage des arbres qui leur appartiendraient, sur les grandes routes, qu'aux époques et suivant les indications contenues dans l'arrêté du préfet, et toujours sous la surveillance des agents des ponts et-chaussées, sous peine de poursuites comme coupables de dommages causés aux plantations des routes. » Ainsi, dans le cas où la nécessité d'élaguer se ferait sentir, ils n'ont que la ressource de s'adresser à l'administration pour en obtenir une autorisation préalable et spéciale.

19. L'abattage des arbres est, à plus forte raison, placé sous la surveillance administrative. Les arbres plantés sur les terres riveraines des routes, antérieurement au

décret de 1811, et notamment sous l'empire de la loi du 9 vent. an XIII, ou conformément à ses dispositions, ne peuvent être coupés ou arrachés qu'en vertu d'un arrêté du préfet, pris sur le vu de la constatation de leur dépérissement. (Décret du 16 déc. 1811, art. 99.) Une instruction du 6 mai 1817 conseillait de ne reconnaître ce dépérissement que lorsque les branches de la cime étaient mortes sur deux mètres de hauteur. Mais on considère maintenant comme dépérissant l'arbre qui a cessé de croître. Tout propriétaire qui serait reconnu avoir coupé sans autorisation, arraché ou fait périr les arbres plantés sur son terrain, devrait être condamné à une amende égale à la triple valeur de l'arbre détruit.

20. Dans ces diverses dispositions, il n'est question que des plantations obligées, de celles que les particuliers ont dû faire pour donner satisfaction à l'intérêt général de la circulation. En faut-il conclure qu'en dehors des exigences fondées sur les priviléges attribués à l'administration, les propriétaires riverains des grandes routes sont demeurés dans les termes du droit commun? Il est vrai que le décret de 1811 garde le silence sur les plantations que les particuliers seraient tentés de faire de leur propre mouvement, en vertu de leur droit de propriété, et, par exemple, dans le voisinage des routes autres que celles susceptibles d'être plantées. Mais on lit dans l'art. 5 de la loi du 9 ventôse an XIII : « Dans les grandes routes dont la largeur ne permettra pas de planter sur le terrain appartenant à l'Etat, lorsque le particulier riverain voudra planter des arbres sur son propre terrain, à moins d'une distance de six mètres de la route, il sera tenu de demander et d'obtenir l'alignement à suivre de la préfecture du département; dans ce cas, l'autorisation ne sera pas nécessaire au propriétaire pour disposer des arbres qu'il aura plantés. »

Il en résulte, que dans une zone de six mètres de largeur de chaque côté des routes, les héritages qui les bordent sont frappés d'une servitude, en ce que les propriétaires ne peuvent se dispenser de se munir d'un alignement pour planter. (Ord. du 1er août 1834.)

Quant à la distance à observer, l'art. 90 du décret du 16 déc. 1811 déclare que les plantations seront faites à un mètre au moins du bord extérieur des fossés, disposition qui crée non pas un droit au profit des riverains, mais bien une faculté pour l'administration qui peut fixer par des arrêtés préfectoraux la distance à observer pour les plantations sur chaque route et dans chaque département. (Décret du 4 janv. 1866.) Une fois la plantation effectuée conformément à la ligne indiquée, le propriétaire n'a à subir aucune des restrictions infligées par le décret de 1811.

21. Le décret de 1811 et la loi de ventôse an XIII ont expressément consacré dans la désignation de l'autorité chargée de pourvoir à leur application les conséquences des principes généraux. C'est au préfet qu'on doit adresser les demandes de permission et d'alignement. Ces actes, en cette matière, participent de la nature des alignements à l'effet de bâtir, délivrés d'après un plan régulièrement prouvé. Ils ne sont pas seulement susceptibles d'être attaqués devant le ministre des travaux publics, ils prononcent entre des droits et des obligations, et tombent à ce titre dans le domaine de la juridiction du Conseil d'Etat.

22. *Alignement.* — C'est de toutes les servitudes de voirie la plus importante.

L'alignement, pris en lui-même, n'est autre chose que l'indication, par rapport aux héritages qui bordent une voie publique, de la limite du sol affecté à la circulation,

et faisant, à raison de cette affectation, partie du domaine public. Envisagé dans ses effets, il n'a pas seulement pour objet la conservation des chemins, il offre aussi le moyen de les redresser et de les élargir. L'administration, dans l'exercice du droit d'alignement, est maîtresse de contraindre le propriétaire dont l'héritage borde une route à avancer ou à reculer. Le terrain retranché de la voie publique est abandonné au riverain qui, s'il refuse de l'acquérir, peut être dépossédé de l'ensemble de sa propriété (loi du 16 sept. 1807) ; et, dans le cas, au contraire, où il y a lieu d'élargir la route aux dépens de l'héritage qui la borde, on retrouve le principe de la prédominance de l'intérêt public sur le respect dû à la propriété privée. Le droit de propriété privée se résout en un droit à l'indemnité devant les actes d'alignement.

23. A ce point de vue, l'analogie entre l'alignement et l'expropriation pour cause d'utilité publique est si frappante qu'on les a quelquefois sinon confondus, au moins considérés comme deux chemins tracés pour conduire à un même but, et entre lesquels l'administration est toujours libre de choisir (Cormenin). Rien cependant n'est moins vrai. Ce n'est pas que la propriété privée ne soit démembrée par un alignement au profit du domaine public; mais, quand il produit ce résultat, il est soumis à des règles et des conditions qui en font une mesure spéciale et applicable exclusivement au redressement ou à l'élargissement de communications déjà existantes.

Il ne faut pas confondre non plus l'alignement avec le bornage. C'est l'autorité judiciaire qui procède au bornage d'après les titres et les limites fixées par les actes, quelle que soit d'ailleurs l'irrégularité de la ligne séparative. Les sinuosités ne pourraient être redressées sans le consentement et l'adhésion réciproque des parties intéres-

sées. — L'alignement est un bornage d'une espèce toute particulière et qui donne à l'une des parties le droit de faire le redressement et même l'élargissement de la voie. Nous savons, par exemple, que l'administration, afin de procurer l'embellissement et l'élargissement des voies de communication, peut, selon sa convenance, redresser *les plis et les coudes*. Au reste, le mot *alignement* emporte par lui-même l'idée de redressement et il y aurait contradiction entre la chose et le nom, si l'on disait que l'alignement s'effectuera selon les règles du bornage ordinaire. Pour caractériser d'un mot l'alignement administratif, on peut dire qu'il produit absolument le même effet que *l'adjudicatio* du droit romain en matière de bornage.

24. A. — *Alignement à demander pour construire le long des routes dépendant de la grande voirie.* — Pour être bien comprise, cette mesure doit être considérée successivement à deux points de vue : dans le droit pour l'administration de donner l'alignement, et dans l'obligation pour les particuliers de le demander.

a) Droit pour l'administration de donner l'alignement. — Jusqu'en 1862, le Conseil d'Etat avait admis que les fonctionnaires compétents pour délivrer les alignements individuels, pouvaient, même en l'absence d'un plan régulièrement approuvé de la voie publique, faire avancer ou reculer les propriétés riveraines. Cette solution reposait sur les termes de l'édit de décembre 1607, qui chargent le *grand voyer* et ses commis de pourvoir à ce que les rues *s'embellissent et s'élargissent au mieux que faire se pourra*, et sur un avis des comités réunis de législation et de l'intérieur du 3 avril 1824. Mais on pouvait opposer aux termes vagues de l'édit de 1607 les termes précis de l'art. 52 de la loi du 26 sept. 1807, qui ne supposent la

possibilité d'un élargissement des rues par voie d'alignement qu'autant que l'alignement est délivré en conformité d'un plan arrêté par l'autorité compétente. Un décret rendu au contentieux, le 5 avril 1862, en matière de voirie urbaine, a marqué le point de départ d'une jurisprudence dont les principes n'ont pas tardé à être appliqués à la grande voirie (décret du 10 fév. 1865 — 25 mars 1867) et à la voirie vicinale. D'après la doctrine qui a prévalu, on regarderait comme entaché d'excès de pouvoir tout arrêté préfectoral émis en l'absence d'un plan régulièrement approuvé pour la délivrance d'un alignement individuel, et qui, au lieu de se borner à marquer la ligne actuelle de séparation du domaine public et de la propriété privée, aurait pour effet de procurer l'élargissement de la voie publique. Quand une route a reçu son assiette définitive et que ses limites résultent des anciens règlements ou même d'un usage immémorial, on ne peut l'élargir sans recourir aux formalités de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

25. Ce n'est donc pas par mesures individuelles que doit procéder l'administration; elle doit faire de l'alignement une opération d'ensemble et de prévoyance et arrêter ce qu'on appelle les plans généraux d'alignement.

Quant aux plans dressés dans le but de reconnaître et de fixer les limites anciennes des routes, il faut, pour se rendre compte de l'intérêt qu'offre la confection de ces plans, les envisager comme un moyen d'arriver à l'élargissement et au redressement de la voie publique. Quand un plan d'alignement a été homologué, son effet est de soumettre les héritages des particuliers aux retranchements nécessaires pour donner à la route la largeur que lui assigne ce plan. *Pour les terrains non bâtis*, le retranchement peut être immédiat, ils deviennent cessibles et la

jouissance en est attribuée au public du moment que le préfet a fait, par un arrêté spécial, application des indications du plan à chaque héritage et fait suivre l'alignement général d'un alignement partiel. *Pour les terrains bâtis*, si l'administration avait dû entrer en jouissance, elle aurait eu à payer, indépendamment de la valeur du sol, le prix des constructions ; l'alignement n'aurait pas été moins onéreux pour elle que l'expropriation ; dans les villes surtout, tout agrandissement ou toute rectification eût été impossible. Le législateur est venu en aide à l'intérêt commun. Les plans généraux d'alignement saisissent les propriétés bâties dans l'état où elles se trouvent, emportent interdiction d'y faire désormais aucun changement de nature à prolonger la durée des constructions et mettent les terrains sur lesquels elles reposent à la disposition de l'administration pour le jour où elles viendront à être démolies ou à tomber en vétusté. (Serrigny. — Ducroq. — Batbie.)

26. L'obligation de subir le retranchement se présente ainsi, dans son application aux terrains bâtis, avec tous les caractères d'une véritable servitude que l'on désigne sous le nom de servitude de reculement. Cette servitude implique défense de réparer, dans le présent, les constructions qui en sont frappées, et astreint, pour l'avenir, les propriétaires au délaissement de leur propriété. Le droit de l'administration va même jusqu'à profiter des accidents de nature pouvant hâter la ruine du bâtiment. On voit combien ce droit est étendu et combien il est important de le limiter. Le Conseil d'Etat s'est montré le protecteur de la propriété privée. Il a reconnu et constaté en fait que la durée des fondations et du rez-de-chaussée était la cause même de la durée du bâtiment, et il a posé en principe, que le propriétaire ne devait souffrir dans sa

jouissance que les restrictions indispensables à la garantie des droits de l'administration, et qu'ainsi il demeurait libre pour tous les actes dont l'effet ne pouvait être de reculer l'instant où la vétusté devrait nécessiter la démolition.

27. Quelles conséquences résultent de ce point de vue? Elles sont très-bien déduites dans l'ouvrage de M. Batbie que je me borne à résumer :

La première, c'est que les badigeons et peintures ne sont pas interdits, puisque ces travaux ne sauraient avoir pour effet de consolider les constructions. Il en est de même des percements des portes et croisées, puisqu'il est de la nature de ces sortes d'opérations d'affaiblir les murs plutôt que d'en augmenter la solidité. — La seconde, c'est que les étages d'un bâtiment peuvent être réparés et entretenus tant que le mur de face, dans la partie des fondations et du rez-de-chaussée, est reconnue solide. L'administration se conforme chaque jour à cette jurisprudence. Il faut observer néanmoins que toutes ces règles participent de l'instabilité des faits ; que c'est d'après l'effet réellement produit qu'il faut toujours juger de la légitimité de l'entreprise, et qu'il n'est point impossible qu'une combinaison particulière de circonstances prête sous ce rapport à un travail un caractère différent de celui qui lui appartient ordinairement. C'est ainsi qu'un propriétaire a pu, sans tomber sous le coup des interdictions en matière de réparations confortatives, convertir un simple mur de clôture en un mur de façade, lui faire supporter un plancher, pratiquer une devanture de boutique dans son étendue et le surmonter d'un étage carré (ordonn. du 30 déc. 1841).

28. La troisième conséquence, de beaucoup la plus importante, est que tous les travaux d'intérieur échappent

à la prohibition. Les réparations, changements de disposition, les redressements et remplacements de plancher, les démolitions et constructions de murs de refend, doivent être considérés comme absolument inoffensifs. On n'a pas même à rechercher s'ils portent ou non sur la partie retranchable, sur la portion de terrain qui est promise à la voie publique. La raison en est que les travaux d'intérieur ne se rapportent qu'à l'usage du bâtiment, et que, quelle que soit leur solidité, sa durée ne saurait en être prolongée. Du jour où la façade a péri, l'événement qui tenait en suspens le droit de l'administration est réalisé ; elle ne peut être reconstruite que sur l'alignement.

29. Comment se font ces plans d'alignement ? Un rapide historique va nous l'apprendre. Dès l'an VI, l'administration entreprit de faire procéder, par mesure générale, à la confection des plans d'alignement des portions de route pour lesquelles se faisait sentir la nécessité de l'élargissement ou du redressement, à savoir des villes, des bourgs et des villages. Une instruction du ministre de l'intérieur du 13 thermidor an VI, une instruction du ministre des travaux publics en date du 21 oct. 1845 et une circulaire du 22 nov. 1853 réglent la levée des plans comme opération d'art.

La loi de 1807 n'entoure d'aucune garantie particulière les appréciations de l'autorité administrative, touchant les exigences de l'utilité publique. La même condition appartenait sous ce rapport à la dépossession par voie d'alignement et à celle par la voie d'expropriation directe. On s'est demandé s'il n'était pas dans le vœu du législateur, que l'on fît participer l'alignement aux progrès de la législation applicable à l'expropriation. L'administration frappée de ce que, dans son principe et dans ses résultats, l'alignement, pour l'amélioration de la voie publique, aux

dépens des héritages riverains, constitue une véritable expropriation pour cause d'utilité publique, se fit un devoir d'étendre à cette opération les formalités prescrites pour la publication des plans par la loi du 8 mars 1810. En 1833, une circulaire du directeur général des ponts-et-chaussées, à la date du 5 août, eut pour objet d'indiquer les modifications à faire subir aux formalités jusque-là observées, pour mettre à l'avenir la rédaction et confection des plans d'alignement en harmonie avec les art. 6, 7, 8, 9 et 10 de la nouvelle loi d'expropriation du 7 juillet 1833 ; et la loi du 4 mai 1841 n'ayant fait que reproduire, dans ses art. 5, 6, 7, 8, 9 et 10, les dispositions écrites dans les art. correspondants de la loi de 1833, on a dû s'en tenir à l'usage établi depuis cette dernière loi.

30. Les plans sont publiés dans la commune à son de trompe ou par voie d'affiches ; de plus, un avertissement est, en outre, inséré dans l'un des journaux du chef-lieu d'arrondissement ou de département. Le maire certifie ces publications et mentionne, sur un procès-verbal ouvert à cet effet et que les parties sont tenues de signer, les déclarations ou réclamations qui ont été faites verbalement (art. 7, loi du 3 mai 1841). Le maire doit ensuite prendre l'avis du conseil municipal. On a, sur ce point, une disposition expresse de la loi. Les projets d'alignement de grande voirie dans l'intérieur des villes, bourgs et villages, figurent dans l'énumération, par la loi du 18 juillet 1837, des objets sur lesquels le conseil municipal est toujours appelé à donner son avis. Les pièces sont remises au sous-préfet qui les soumet à une commission dont la composition et la mission sont réglées par les art. 8 et 9 de la loi du 3 mai 1841.

31. Quand le sous-préfet a transmis les pièces au préfet,

l'instruction se trouve achevée et l'on rentre sous l'empire de la loi de 1807. Cette loi n'est point explicite sur la nécessité de soumettre les plans généraux d'alignement de grande voirie au Conseil d'Etat, mais il semble rationnel de conclure de son silence que la législation a entendu s'en référer sur ce point aux anciens règlements de 1754 et de 1765. La rédaction même de l'art. 52, relatif aux alignements de petite voirie, vient à l'appui de cette conclusion; car, le principe de l'approbation du Conseil d'Etat s'y trouve plutôt rappelé que formellement institué. C'est là, sans doute, la considération qui a déterminé l'administration à se faire une règle de l'homologation au Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs admis, implicitement au moins, que l'homologation était prescrite par la loi de 1807; tous les auteurs se prononcent en ce sens. (Batbie, Serrigny, Foucart, etc., etc.)

32. Le décret qui approuve un plan d'alignement, envisagé dans son principe et dans son objet, n'implique qu'une appréciation et une déclaration d'utilité publique. Il ne pourrait être attaqué que pour vice de forme et comme entaché d'illégalité.

Le plan régulièrement dressé et approuvé constitue un titre. C'est un principe à noter dès à présent, mais l'administration conserve toujours le droit de revenir sur ce plan par un second. L'intérêt public qu'elle soutient et sauvegarde et en vue duquel elle stipule, est susceptible de se modifier sous l'influence de circonstances journalières; mais le nouveau plan ne peut se produire que dans les mêmes formes et aux mêmes conditions que celui qu'il est destiné à remplacer ou à modifier. Il faut aussi remarquer que les droits acquis n'en peuvent recevoir aucune atteinte. On n'est pas seulement fondé à conserver les constructions commencées, mais encore à les achever. (C. de cass.,

15 mars 1845.) Cependant, pour assigner à cette règle sa juste portée, il faut la combiner avec la règle qui, en matière de réparations confortatives, fait dépendre le sort de la maison de celui du rez-de-chaussée de la façade. Un plan d'alignement frappe, saisit, dans l'état où elles se trouvent, toutes les constructions sujettes à reculement; il ne laisse aux propriétaires que le droit de conserver ce qui existe; et il emporte notamment l'interdiction de tout travail au rez-de-chaussée. N'est-il pas juste d'en conclure que ce n'est qu'autant que, dans une construction en cours d'exécution, le rez-de-chaussée est bâti, qu'il y a quelque chose à conserver? Le Conseil d'Etat a consacré cette doctrine en distinguant une maison déjà élevée au troisième étage ou plancher d'une autre qui n'atteignait pas encore la hauteur du rez-de-chaussée, et en restreignant le droit de conservation à la première. (Ordonn. du 15 juillet 1841.)

33. La défense de construire sans alignement ne s'applique qu'aux bâtiments *étant le long et joignant les routes.* Les propriétaires n'ont à en tenir aucun compte pour les constructions qui ne touchent point au sol de la route. Mille ordonnances et arrêtés consacrent cette jurisprudence. Ce qui ne veut pas dire pour cela que l'administration sera dans l'impossibilité de s'opposer à l'établissement ou au maintien d'enfoncements ou de saillies de nature à favoriser les entreprises des malfaiteurs ou occasionner des accidents. L'autorité préposée à la grande voirie, le préfet, est aussi investi de la mission de pourvoir à la salubrité et à la sécurité publique; dans cet ordre d'idées, il aura toujours assez des pouvoirs généraux de police qu'il tient de la loi du 22 décembre 1789.

Tout ce qu'il importe de remarquer, c'est que les bâtiments contigus à la route sont seuls soumis à l'empire des

règlements de voirie en général, et de l'arrêt de 1765 en particulier.

34. *b) Obligation pour les particuliers de demander l'alignement.* — On est tenu de demander l'alignement pour toute construction ou reconstruction à entreprendre. Cette prescription pourtant ne concerne que la partie qui doit faire face à la route, et n'est pas applicable aux travaux de réparation ou de surélévation dans lesquels la question de délimitation de la voie publique ne saurait être engagée.

La demande d'alignement pour les grandes routes doit être adressée au préfet qui y répond par un arrêté constitutif d'alignement partiel. Le propriétaire n'a pas à se préoccuper du point de savoir s'il existe ou non un plan général d'alignement. L'alignement partiel est d'obligation, et c'est le préfet qui le donne dans un cas comme dans l'autre. D'après une circulaire du ministre des travaux publics, en date du 18 mai 1849, les sous-préfets auraient été chargés de délivrer des alignements dans les traverses, pour lesquelles il existe des plans généraux dûment approuvés. Les demandes d'alignement adressées au sous-préfet devaient être communiquées par lui à l'ingénieur ordinaire de l'arrondissement, et il statuait ensuite sur le rapport de ce fonctionnaire. Mais le Conseil d'Etat a pensé qu'une circulaire ministérielle n'avait pu transférer aux sous-préfets un pouvoir que les préfets tiennent de la loi elle-même et qui ne comporte pas de délégation (déc. 28 nov. 1861).

35. Ou il y a un plan général d'alignement, ou il n'y en a pas. Cette circonstance est d'une immense portée dans l'appréciation des effets de l'arrêté rendu par le préfet.

Il y a un plan général d'alignement. Le préfet n'a mission que de pourvoir à l'application d'un titre; il est lié par les indications du plan, et s'il venait à s'en écarter, non-seulement on aurait la ressource de s'adresser au ministre des travaux publics, mais son arrêté serait susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat par la voie contentieuse.

Il n'y a pas de plan général d'alignement. Le préfet est appelé à faire usage du droit dont l'administration est investie pour la conservation de la voie publique. Si le riverain était libre de construire ou de planter le long de cette voie, de creuser un fossé ou de clore sa propriété, s'il pouvait se livrer à tous les actes de propriétaire, sans avoir besoin de l'autorisation administrative, le domaine public pourrait souffrir des usurpations. L'alignement individuel est destiné à prévenir ces atteintes et à assurer l'efficacité de la surveillance de l'administration.

36. L'indication donnée par le préfet de la limite du domaine public n'est en elle-même qu'une mesure de l'office de l'administrateur. Elle n'est donc sujette qu'au recours pour excès de pouvoir, et j'ai déjà dit qu'il y aurait excès de pouvoir, d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, dans tout arrêté qui, au lieu de respecter la limite de la voie publique, limite préexistante, obligerait le propriétaire riverain à s'avancer.

37. Peut-on bâtir en arrière de l'alignement? Au premier abord il semble que celui à qui a été donné un alignement est tenu de bâtir sur la limite assignée. Nous savons, cependant, que l'obligation de demander alignement n'était pas applicable aux constructions séparées de la route par une zone quelconque. Cela suppose qu'il n'était pas dans l'esprit du législateur de contraindre les propriétaires à

avancer leurs constructions sur le bord même de la route, et il est rationnel de conclure qu'ils sont libres de construire en arrière de l'alignement préfixé (ord. 6 déc. 1844). Le droit de l'administration est seulement de les forcer de se clore sur l'alignement pour faire disparaître les angles et les renfoncements nuisibles à la salubrité ou à la sûreté publiques (avis du Conseil d'Etat, 21 août 1839).

38. Dans l'arrêté d'alignement, l'intérêt de la viabilité est le seul qui soit engagé ; les droits de propriété et de servitude restent saufs et réservés vis-à-vis de l'administration elle-même, en ce sens que les contestations dont ils peuvent faire l'objet ne surgissent, ne se présentent qu'au moment du règlement d'indemnité et doivent être portées devant les tribunaux dont les décisions deviennent la base de la fixation de la somme à payer. — Comment se règlent ces indemnités ? Sous l'empire de la loi du 16 sept. 1807, les indemnités étaient réglées par le conseil de préfecture, sur rapport d'experts (art. 56). Lorsque la compétence des tribunaux civils, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, eut été déclarée par la loi du 8 mars 1810, on partit de l'idée que l'application de ce principe ne pouvait être subordonnée aux formes de l'expropriation, et on admit qu'il devait être suivi toutes les fois qu'il y aurait cession de la propriété privée au domaine public, et qu'en conséquence le règlement des indemnités, au cas d'alignement, devait désormais être déféré aux tribunaux. Plus tard, au mois de juillet 1833 (voir les débats de la Chambre des députés), il fut très-nettement dit au cours de la discussion que le surcroît de garanties que l'on se proposait de donner à la propriété privée par l'institution du jury d'expropriation s'étendrait à tous les règlements d'indemnité régis par la loi de 1810. Le même raisonnement qui avait fait

prévaloir cette loi de 1810 sur celle de 1807 commandait, d'ailleurs, de faire céder à son tour celle de 1810 devant les dispositions plus favorables de la loi nouvelle. Le Conseil d'Etat a décidé par un arrêt spécial que toutes les fois qu'un propriétaire est obligé d'avancer ou de reculer ses constructions sur la voie publique, l'indemnité dont il est créancier dans un cas et débiteur dans l'autre, est réglée, en cas de contestation, par un jury spécial (1er avril 1841).

39. Au cas où il y aurait infraction à l'obligation de demander alignement *pour les constructions ou reconstructions le long et joignant les routes*, une amende de 300 francs est prononcée par l'arrêt de 1765 et la démolition des ouvrages exécutés ordonnée. Toutefois, dans l'application, la rigueur de ces condamnations est singulièrement tempérée. L'amende peut être abaissée à la somme de 16 fr. Quant à la démolition, elle n'est pas ordonnée dans tous les cas, il faut qu'elle fasse saillie sur la voie publique. Cela est juste, avec une restriction toutefois, c'est que le fait de la contravention ne préjudiciera pas à l'administration, et que l'alignement pourra être utilement donné par le préfet en présence et sur la provocation résultant de ce fait même.

Dans certains cas, on n'a pas besoin d'un alignement, mais seulement d'une permission, ce sont ceux où il s'agit de la réparation d'une construction existante, *de toute espèce d'ouvrages aux faces des maisons, édifices et bâtiments généralement quelconques étant le long et joignant les routes* (arrêt de 1765).

40. Les travaux d'intérieur ne sont pas soumis aux dispositions prohibitives de réparations, constructions et reconstructions. Le propriétaire jouit à leur égard d'une

entière liberté, à la seule condition de n'en point user pour prêter appui à la façade. Mais ces travaux sont-ils affranchis de la formalité de l'autorisation? En d'autres termes, les propriétaires ont-ils une permission à demander pour les réparations et changements à faire dans l'intérieur des maisons? Il y a eu longtemps doute sur cette question. Certains disaient que la nécessité de ménager à l'administration un avertissement pour la mettre à même d'empêcher et de prévenir les abus, forçait à dire qu'il n'y avait pas à distinguer, quant à l'autorisation préalable, entre les travaux d'intérieur et ceux du dehors. D'autres, au contraire, constataient que les dispositions qui font une obligation de l'autorisation préalable, n'ont en vue que les empiétements et embarras nuisibles à l'administration, qu'elle devait rester étrangère aux travaux d'intérieur, et qu'à l'égard de ces travaux, l'administration n'avait que le droit de vérifier s'ils étaient confortatifs ou non pour en poursuivre la démolition, s'il y avait lieu. Ce dernier avis a rallié à peu près tous les suffrages et a été confirmé par des arrêts multiples du Conseil d'Etat.

41. B. — *Alignement à demander pour construire dans l'intérieur des bourgs et des villages.* — La police municipale est compétente pour toutes les mesures prises afin de ménager à l'administration le moyen de protéger, et, au besoin, de rectifier et d'élargir les voies de communication à l'intérieur des villes; nous allons nous retrouver en face du droit, pour l'autorité préposée à la voirie, de donner l'alignement, et de l'obligation, pour les propriétaires dont les héritages bordent les rues, de demander permission et alignement pour construire. « Dans les villes, porte l'art. 52 de la loi du 16 sept. 1807, les alignements pour l'ouverture des nouvelles rues, pour l'élargissement des anciennes qui ne font point

partie d'une grande route, ou pour tout autre objet d'utilité publique, seront donnés par les maires, conformément aux plans dont les projets auront été adressés aux préfets, transmis avec leur avis au ministre de l'intérieur et arrêtés en Conseil d'Etat. En cas de réclamation de tiers-intéressés, il sera de même statué en Conseil d'Etat, sur le rapport du ministre de l'intérieur. »

La distinction entre l'alignement général et l'alignement partiel est ici fort nettement indiquée. Aux termes du décret du 25 mars 1852, sur la décentralisation, le préfet est substitué au chef du gouvernement pour l'approbation des plans généraux d'alignement, et la circulaire du 5 mai 1852 trace la marche à suivre pour la confection de ces plans. Pour se faire une idée exacte de la doctrine sur ce point et surtout de la jurisprudence, il faut rapprocher la circulaire du 5 mai de celle du 12 mai 1869 relative à l'avis du Conseil d'Etat en matière d'alignement. De ces deux circulaires il résulte que les arrêtés préfectoraux, portant approbation d'un plan d'alignement, ne sont pas à l'abri du recours pour excès de pouvoirs, mais qu'ils échappent par leur nature d'actes de pure administration au recours ordinaire par la voie contentieuse. Ils peuvent seulement, par application de l'art. 6 du décret sur la décentralisation, être annulés ou réformés par le ministre de l'intérieur, soit d'office, soit sur la réclamation des parties intéressées.

42. L'approbation du plan ne saurait impliquer la déclaration d'utilité publique exigée en matière d'expropriation forcée; elle est réservée au pouvoir central, et s'il s'agissait de procéder à une rectification ou à un élargissement immédiat, il faudrait en référer au ministre qui aurait à provoquer un décret spécial. Toutefois, quant à la servitude d'alignement, le plan arrêté par le préfet a

toute la force et produit tous les effets des plans approuvés par le gouvernement pour les grandes routes. Les propriétaires riverains des rues dont il modifie le tracé sont frappés de l'obligation d'avancer ou de reculer.

L'art. 53 de la loi du 16 sept. 1807 règle l'obligation d'avancer ; il dit comment devra être fixé le prix du terrain retranché de la voie publique et autorise l'administration, pour le cas où le propriétaire ne voudrait point l'acquérir, à déposséder celui-ci de l'ensemble de sa propriété.

L'obligation de reculer n'est intéressante à considérer que dans son application aux terrains bâtis et autant qu'elle implique interdiction de tous travaux de nature à consolider la façade des maisons sujettes à reculement. Ce que j'ai dit plus haut pour les grandes routes s'applique également ici.

43. L'alignement partiel n'implique l'indication de la ligne séparative de la rue ou de la place et de la propriété privée qui la borde que sur un point déterminé ; il est donné par un arrêté individuel pour tout héritage sur lequel on veut bâtir et en vue d'une construction à élever sur la voie publique ou joignant à elle. Pour se rendre exactement compte des règles qui le concernent, il faut l'envisager dans ses rapports avec l'obligation de demander permission et alignement pour tout bâtiment à édifier le long et joignant les rues, places et promenades publiques. L'édit de décembre 1607 faisait défense au grand-voyer ou à ses commis qu'il fut fait aucune saillie sur la voie publique. Indépendamment de la confirmation de cet édit par la loi des 19-22 juillet 1791, l'art 52 de la loi du 16 sept. 1807 a reconnu formellement, bien que ce soit d'une façon implicite, la force de l'obligation qu'elle impose, puisqu'il a prévu les alignements à donner par l'autorité.

44. L'autorisation a toujours été regardée comme nécessaire par l'administration et par les tribunaux. Cependant l'édit de 1607, aussi bien que la loi de 1807, ne fait mention que des rues des villes. Mais alors *quid juris* pour les rues des bourgs, villages et hameaux? Sont-ils affranchis de l'autorisation ou y sont-ils soumis? Je crois, avec un grand nombre d'auteurs, que le fait d'avoir bâti sans autorisation dans un village ou un bourg ne saurait motiver une poursuite. Cette solution me semble emprunter un appui bien solide à la maxime qui veut que l'on s'efforce de renfermer dans ses plus étroites limites toute dérogation au droit commun. Cependant la Cour de cassation ne croit pas devoir subordonner la prohibition, même à l'extérieur des villes, à l'existence d'nn arrêté spécial. Elle se contente, pour légitimer la condamnation, de déclarer que les dispositions de l'édit du mois de décembre 1607 ont été virtuellement renouvelées et maintenues par les lois des 16-24 août 1790 et 19-22 juillet 1791. (Arrêt du 23 fév. 1839.)

45. Les attributions des anciens officiers de la voirie ont passé aux mains des maires, par suite des dispositions de l'art. 1er du décret du 26 juillet 1790, de l'art. 3, tit. II, de la loi du 24 août de la même année, de l'art. 29 de la loi du 22 juillet 1791, et enfin de l'art. 52 de la loi du 16 sept. 1807 ; c'est donc aux maires que les permissions doivent être demandées. Quant aux rues qui servent de route dans la traverse des villes, bourgs et villages, elles constituent des dépendances de la grande voirie. L'attribution faite aux maires doit, pour les rues qui ont cette destination, céder devant l'autorité réservée au préfet et au sous-préfet pour l'administration de la grande voirie. C'est au préfet ou au sous-préfet qu'il appartient, suivant les cas, de délivrer des permissions. Il ne faut pas oublier

non plus le droit du sous-préfet en ce qui touche les rues qui sont le prolongement des chemins vicinaux de grande communication.

46. Le maire seul est compétent pour délivrer les permissions ; il est aussi seul appelé à donner des alignements pour les constructions à entreprendre sur les rues, places et promenades qui ne servent pas de traverse pour les grandes routes. Lorsqu'il a été procédé à la confection d'un plan général, le premier acte du maire, après l'avoir reçu de la préfecture, doit être d'en porter l'existence à la connaissance du public par un arrêté permanent et indicatif des réparations prohibées, de la forme à suivre pour obtenir les permissions de construire et des dimensions des saillies qui pourraient être autorisées sur les façades. Lorsque des alignements partiels lui sont demandés, seul, sans l'intervention du conseil municipal, il les délivre, conformément au plan, en désignant, d'après le rapport de l'agent-voyer ou de l'ingénieur, ou par des mesures exactes, la ligne à suivre. Sa mission n'étant que de fixer la limite entre le sol public de la rue et la propriété riveraine, il commettrait un excès de pouvoir et un déni de justice en subordonnant la délivrance de l'alignement au dépôt du plan de la maison ou du dessin de la façade.

47. Mais s'il n'y a pas de plan général existant, que doit-on décider? A l'origine, on pensait que les maires ne pouvaient donner d'alignements partiels qu'en vertu d'une délégation de pouvoirs spéciale. C'est ainsi que le décret du 27 juillet 1808 leur confère ce droit, à titre provisoire, pour un délai de deux années, et que ce délai fut successivement prorogé par diverses ordonnances royales, jusqu'au 1er mai 1819. Mais, à cette époque, on avait déjà reconnu que le pouvoir pour les maires de délivrer des

alignements partiels, à défaut de plan général, résultait des attributions générales qu'ils tiennent des lois des 24 août 1790 et 22 juillet 1791, et était passé dans leurs mains, comme une dépendance du droit de voirie, institué et défini par les lois et règlements anciens. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans de nombreux arrêts, et notamment ceux des 17 déc. 1836 et du 13 janv. 1841. Mais la jurisprudence, dans de nombreux arrêts, a apporté des restrictions aux droits de l'administration.

On allait jusqu'à dire que les pouvoirs du maire n'étaient autres que les pouvoirs des préfets pour les grandes routes. S'il en était ainsi, les alignements partiels que le maire a mission de délivrer, en l'absence d'un plan général, n'avaient pas seulement pour objet de reconnaître et constater la limite de la voie publique, il lui appartenait encore de la modifier dans l'intérêt de la circulation, soit en abandonnant aux riverains les portions retranchées, soit surtout en les forçant à reculer leurs constructions. Ce droit pourtant n'existait que pour des alignements industriels ; quand les villes ne voulaient pas procéder par voie d'alignement spécial et limité à une seule propriété, lorsqu'il s'agissait d'une mesure embrassant plusieurs maisons contiguës, on pensait qu'un arrêté municipal rendu sous l'approbation du préfet ne pouvait suffire, et qu'il fallait arrêter un plan général ou partiel, dans les formes tracées par l'art. 52 de la loi du 16 sept. 1807. (Voir Batbie, Serrigny, Ducroq.) — Toutes ces distinctions, purement factices, sont proscrites ; les maires, s'il n'y a pas de plan général arrêté, ne peuvent plus délivrer l'alignement que suivant les limites actuelles de la voie publique ; ils n'ont le droit de contraindre les riverains ni à avancer ni à reculer leurs constructions, et il n'est plus aujourd'hui d'autre moyen d'opérer l'élargissement et la régularisation des voies urbaines que par l'application des servitudes de

voirie, résultant des plans arrêtés, ou par l'expropriation pour cause d'utilité publique.

48. Quand les plans généraux d'alignement ont été arrêtés en Conseil d'Etat, si des tiers intéressés réclament, l'art. 52 de la loi du 16 sept. 1807 décide *qu'il sera statué en Conseil d'Etat sur les réclamations, après le rapport du ministre de l'intérieur.* Peut-on dire que cette dernière disposition prévoit les réclamations que peut susciter l'arrêté d'alignement à prendre par le maire, en conformité du plan? Bien que la question soit fortement controversée, je n'hésite pas à adopter l'opinion de M. Rozy, mon savant maître. Mon raisonnement est celui-ci : La disposition de l'art. 52 de la loi du 16 septembre 1807 se réfère à un plan arrêté en Conseil d'Etat, elle n'a pu songer à ménager aux tiers le moyen de produire, après l'approbation du plan, des réclamations qui ne pouvaient venir utilement qu'au cours de l'instruction suivie sur le projet de plan. La rédaction même de la disposition exclut le sens qu'on veut lui prêter. Le pouvoir énoncé est celui du maire, et c'est au regard de ce pouvoir que les réclamations sont prévues. Je crois qu'il faut voir là une dérogation aux principes, une anomalie dont le résultat est de soumettre l'application des plans généraux d'alignement, pour la voirie urbaine, à un contrôle spécial.

49. Une remarque importante se place en ce lieu. Le préfet ayant été substitué par le décret du 15 mars 1852 au chef du gouvernement pour l'approbation du plan d'alignement des villes, le Conseil d'Etat ne peut plus être saisi des réclamations contre les alignements partiels. S'il en était autrement, l'économie de l'art. 52 de la loi du 16 septembre 1807 et de l'art. 2 du décret du 27 juillet 1808, lequel soumettait les alignements partiels au con-

trôle de l'autorité chargée d'arrêter les alignements généraux, serait profondément troublée. La raison, dit Batbie, conseille d'étendre aux réclamations la mesure de décentralisation consacrée par la confection des plans. Si donc les parties croient devoir réclamer contre les décisions prises par les préfets sur les alignements partiels, elles ont le droit de se pourvoir devant le ministre de l'intérieur anquel il appartient d'annuler ou de réformer lesdites décisions. Toutefois, le cas d'excès de pouvoirs est toujours réservé, et cette exception a une grande importance, depuis que l'alignement partiel ne peut plus être, aux mains des maires, un moyen d'obliger les propriétaires à avancer ou à reculer. Selon une remarque fort juste, plus le droit des maires est enfermé dans d'étroites limites, et plus il est à craindre qu'ils n'excèdent leurs attributions.

50. *Extraction des matériaux.* — En dehors de l'expropriation pour cause d'utilité publique, il y a une autre circonstance où il est permis d'envahir, au nom de l'intérêt commun, les héritages protégés par la loi civile. On lit dans l'art. 1er d'un arrêt du Conseil, du 7 septembre 1755 : « Les arrêts du Conseil des 3 octobre 1667, 3 décembre 1672 et 22 juin 1706, seront exécutés selon leur forme et leur teneur ; en conséquence, les entrepreneurs du pavé de Paris, ainsi que ceux des autres ouvrages ordonnés pour les ponts, chaussées et chemins du royaume... pourront prendre la pierre, le grès, le sable et les autres matériaux pour l'exécution des ouvrages dont ils seront adjudicataires, dans tous les lieux qui leur seront indiqués par les devis et adjudications desdits ouvrages, sans néanmoins qu'ils puissent les prendre dans des lieux qui seront fermés de murs, ou autre clôture équivalente, suivant les usages du pays. » D'un autre côté, la loi du 16 septembre 1807, en même temps qu'elle étend

par son art. 55 le bénéfice de cette disposition à toutes les constructions d'utilité publique, autorise l'établissement de passages provisoires, de dépôts et d'ateliers sur les fonds voisins, et prévoit toutes les atteintes que la propriété privée a à redouter de l'exécution des travaux.

51. Je vais considérer d'abord le droit d'extraction d'une manière générale; ensuite, je m'attacherai particulièrement à cette servitude au point de vue de la voirie vicinale.

52. L'exercice en est subordonné à une désignation préalable qui est faite par un arrêté du préfet notifié au propriétaire du terrain ou à son représentant. L'entrepreneur se rendrait coupable d'une voie de fait et deviendrait passible de poursuites devant les tribunaux correctionnels, s'il venait à s'introduire, pour les fouiller ou y extraire des matériaux, dans les héritages non désignés. La juridiction administrative, à raison des fouilles pratiquées pour extraction de matériaux par les entrepreneurs de travaux publics, est motivée sur ce qu'ils sont les représentants et les ayant-droit de l'administration. Or, pour qu'ils jouissent de cette qualité, il leur faut agir dans les limites des pouvoirs à eux conférés, c'est-à-dire dans les lieux indiqués par leurs cahiers des charges, ou, à défaut, par le préfet représentant de l'administration. Cette autorisation n'a d'effet qu'autant qu'il en est fait usage pour l'exécution du marché en vue duquel elle a été accordée. Le Conseil d'Etat réservait autrefois le droit de prendre des matériaux dans les propriétés particulières aux seuls entrepreneurs, mais aujourd'hui la jurisprudence a complétement changé.

53. L'arrêté du préfet indique le nom de la commune où le terrain est situé, les numéros que les parcelles dont

il se compose portent dans le plan cadastral et le nom du propriétaire. Il vise le devis qui désigne le terrain à occuper ou le rapport par lequel l'ingénieur chargé de la direction des travaux propose l'occupation. Cet arrêté ne comporte que le recours au ministre des travaux publics.

Tous les terrains sont-ils grevés de cette servitude? Les terrains *fermés de murs de clôture* ou d'autres, suivant les usages du pays, sont, aux termes de l'arrêt de 1755, exempts de la servitude. Toutefois, ces termes sont loin d'avoir la généralité qu'au premier abord on serait tenté de leur donner. D'après l'interprétation qu'en a donné un arrêt du Conseil du 20 mars 1780, l'exemption ne s'applique qu'aux cours et jardins, vergers et autres possessions de ce genre qui dépendent de la maison d'habitation; elle ne peut s'étendre aux terres labourables, bois, prés ou vignes, alors même qu'ils seraient entourés de clôture. C'est donc le domicile *continué* que les entrepreneurs sont tenus de respecter. Il ne suffit pas, pour légitimer leurs opérations sur la propriété d'autrui, lorsqu'elle constitue une dépendance d'une habitation, qu'elle leur ait été désignée, il faut encore que l'héritage auquel s'applique la désignation ne soit pas entouré de murs ou d'une clôture équivalente.

54. Mais qu'est-ce qu'une clôture équivalente à un mur, suivant les usages du pays? Il est évident que le législateur n'a voulu étendre l'exception qu'aux propriétés véritablement closes, comme le seraient des cours, des jardins, des parcs ou tous autres héritages qui, par leur nature, auraient mérité les frais d'une véritable clôture de défense. Ainsi, il est permis de penser que des clôtures en bauge, en pisé, en pieux, planches ou palissades, peuvent équivaloir à des clôtures telles que le règlement les a définies.

Que dire des fossés de limite ou de démarcation de propriété? Dans l'intention du législateur, les champs qu'ils entourent ne sont pas exempts de la servitude; s'il n'en était pas ainsi, le législateur n'eut pas manqué de désigner textuellement les fossés, puisque leur usage, beaucoup plus général que celui des murs, suffit pour interdire le parcours à l'égard duquel il établit un genre de clôture spéciale; mais à l'égard des carrières, cette extension aurait, en fait, annulé la servitude imposée, car, avec des sommes très-modiques, il n'est pas de propriétaire qui n'ait pu se soustraire à cette servitude en ouvrant de petits fossés.

Cette doctrine est généralement admise. Pour la résumer d'un mot, il suffit de dire que l'exemption ne doit profiter qu'aux héritages que leur genre de clôture, eu égard aux usages du pays, doit faire considérer comme *réservés*, par opposition aux héritages ceints d'une clôture seulement destinée à en marquer les limites ou à en interdire le parcours.

55. Le propriétaire peut-il se clore à temps, après que la désignation a été faite? La question est controversée; mais la négative me paraît s'imposer. Quand l'arrêt du Conseil de 1755 a excepté de la servitude d'extraction les lieux fermés de murs ou autres clôtures, il a entendu parler des clôtures qui existeraient à l'époque de l'entreprise des travaux et qui auraient été faites de bonne foi. La législation prend toujours en considération les constructions ou clôtures établies avant les mesures qu'elle ordonne. Il ne peut pas dépendre d'un propriétaire de libérer d'une servitude déjà établie son héritage qui en est grevé. Autrement, cette servitude sera, en fait, impossible, puisqu'il dépendra toujours du propriétaire des terrains désignés d'empêcher les entrepreneurs de commencer ou de continuer leur extraction, et d'apporter ainsi les obstacles les plus préjudiciables aux travaux.

56. Il faut indiquer maintenant les formes à suivre et l'autorité à saisir pour les contestations relatives à son existence. L'entrepreneur, armé de son devis ou de l'arrêté émané du préfet doit, préalablement à toute mesure, s'entendre avec le propriétaire. En cas de refus, il peut le faire mettre en demeure, par acte d'huissier portant notification de l'autorisation et désignation du jour et de l'heure qu'il aura choisis pour commencer ses opérations. Les art. 4, 5 et 6 du décret du 8 février 1868 organisent une expertise qui a pour but de constater l'état des lieux avant les extractions, de manière à préparer pour l'époque où finiront les travaux les éléments nécessaires à l'évaluation de la dépréciation du terrain et des dommages. Ce n'est qu'après cette constatation que l'entrepreneur peut occuper le terrain et y commencer les travaux autorisés par l'arrêté du préfet.

Si le propriétaire se refuse à l'expertise et formule son opposition, l'alternative est la suivante :

Ou il allègue que l'autorisation ne résulte pas de l'acte invoqué ou que les formalités voulues n'ont pas été remplies. C'est donc un acte administratif qu'il s'agit d'interpréter. La question est du ressort du conseil de préfecture. Sa compétence, qui a sa raison d'être dans les principes, est encore écrite dans l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui lui attribue expressément la connaissance des actions relatives aux extractions de matériaux.

Ou la désignation étant claire et précise, le propriétaire est réduit à se retrancher dans l'exception stipulée par l'arrêt de 1755 ; il soutient que son héritage est entouré d'un mur ou d'une clôture équivalente. Le conseil de préfecture doit encore, en ce cas, être saisi. En effet, la désignation n'intervient entre l'administration et l'entrepreneur que dans le but d'assurer à ce dernier les ressources nécessaires à l'exécution ; elle n'implique d'au-

tre appréciation que celle de l'exigence des travaux et ne constitue, en conséquence, qu'une mesure d'administration. Les propriétaires sont protégés par l'intervention du juge ; la loi s'est contentée de substituer le juge administratif au juge civil, de confier au conseil de préfecture la garde des droits de propriété qui, d'ordinaire, sont l'apanage du tribunal civil.

57. S'il y a absence de désignation et introduction dans des lieux autres que ceux désignés, le fait constitue un attentat à la propriété. L'entrepreneur sera valablement traduit devant la juridiction correctionnelle, tant pour la répression du délit que pour la réparation du dommage causé. La juridiction administrative ne sera donc pas compétente, puisqu'elle n'a trait qu'aux droits et priviléges de l'administration, et le débat ne doit être soumis à l'autorité administrative qu'en ce qui a trait à la conservation de ces droits. Le juge administratif n'a donc pas à intervenir lorsqu'il n'y a pas eu de désignation ou lorsque l'entrepreneur a excédé les termes de la désignation. C'est ce qui a été jugé en matière de travaux publics, tant par le Conseil d'Etat que par la Cour de cassation (arrêt du 16 août 1836).

58. Tels sont les principes généraux en matière de servitude d'extraction. En ce qui touche plus particulièrement les chemins vicinaux, il faut parler des indemnités.

Quelle que soit la gravité du préjudice causé, la voie à prendre pour obtenir réparation est la même ; le droit des propriétaires se résout en une indemnité ; seulement, le chiffre de leur réclamation prend une plus grande élévation. On se laisse volontiers aller à cette erreur assez commune que lorsque l'extraction des matériaux ou l'enlèvement du terrain végétal frappe le sol d'une stérilité

qui anéantit la jouissance et réalise l'un des effets de l'expropriation, ce sont les règles consacrées pour ce dernier cas qui deviennent applicables. Cela n'est pas exact. L'expropriation n'existe qu'autant que la mesure prise par l'administration a pour résultat une privation perpétuelle et totale de propriété.

59. Quant aux bases de l'indemnité, il faut distinguer. — Si le terrain n'était point soumis à ce genre d'exploitation, si l'extraction, par exemple, n'a été effectuée que dans une pièce de terre en nature de culture, on n'a à indemniser le propriétaire que du dommage provenant de ces fouilles et de l'occupation de son champ ; le prix des matériaux enlevés ne doit point entrer dans l'évaluation. La loi suppose qu'il n'éprouve nul préjudice de l'emploi des matériaux enfouis dont il ne tirait aucun parti.

Si ces matériaux ont été pris dans une carrière déjà en exploitation, la valeur en doit être payée. A cet égard, la loi est positive. Il n'est point exigé que l'exploitation soit régulière ou actuelle ou qu'elle ait un but commercial. Le prix des matériaux ne peut être refusé, dès qu'il est établi que la carrière a été ouverte et exploitée, bien que l'exploitation n'ait jamais été fort régulière. Le droit ne périt que lorsque la carrière a été comblée ou abandonnée.

60. L'indemnité sera-t-elle préalable? D'après la rigueur des principes, il en devrait être ainsi ; il serait de toute justice que le particulier reçut à l'avance le prix destiné à lui tenir lieu du revenu dont il est dépouillé. Toutefois, l'usage contraire a prévalu. On s'est fondé pour l'établir sur le silence de la loi et sur cette considération qu'il serait difficile d'apprécier à l'avance, soit les effets, soit la durée du sacrifice imposé à la propriété. Cette doctrine est conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Il arrivera plus d'une fois que l'administration aura plus d'avantage à acquérir les héritages qu'à se contenter d'indemniser les propriétaires des détériorations occasionnées par les fouilles. Qu'elle ait, par exemple, à faire enlever tout le sol végétal, l'indemnité à donner sera bien près d'égaler le prix d'une acquisition, et il pourra lui être bien plus utile de disposer du terrain à titre de propriétaire. Si elle se décide pour une acquisition, il suffira du refus du propriétaire pour la réduire à recourir à l'expropriation forcée.

61. La loi limite à deux années la durée de l'action en indemnité pour les terrains qui ont servi à la confection des chemins vicinaux. Le délai est le même en ce qui concerne le règlement de l'indemnité pour extraction de matériaux. La loi ne dit pas de quelle époque courra le délai. Mais était-il nécessaire de le dire? Non, puisqu'une action ne tombe en prescription que du jour où on est en demeure de l'exercer; et que, d'un autre côté, l'indemnité n'est point due préalablement au fait qui la motive, le délai pour la demander ne saurait courir que du jour où ce fait s'est réalisé. On s'est demandé si la prescription de deux années frappera le droit à l'indemnité lorsqu'il aura été reconnu par les voies juridiques, ou même par un traité à l'amiable, et on n'hésite point à se prononcer pour la négative par la raison que, dans ce cas, il ne s'agit plus que de l'exécution d'un titre. C'est l'opinion de la majorité des auteurs, et elle est d'autant plus fondée que la lettre de la loi, en exprimant que c'est l'action en indemnité qui sera prescrite, paraît n'avoir eu en vue que l'action en reconnaissance du droit à l'indemnité.

62. *Servitudes de vue, de passage et d'égout établies au profit des riverains sur les routes.* — Pour terminer les servitudes relatives à la voirie, il me reste à dire un mot de

ces servitudes de vue, d'égout..... La jurisprudence du Conseil d'Etat et même la doctrine avaient prêté à l'usage que les parties peuvent faire du domaine public le caractère essentiel d'une *servitude* qui, pour être exercée, soit en vertu d'une permission de la loi, soit en vertu d'une concession expresse ou tacite de l'autorité compétente, n'en constituait pas moins un droit. On avait toujours décidé et soutenu que les riverains d'une voie publique ne pouvaient être privés, sans indemnité, des facultés de vue, de passage et d'égout. Cette doctrine engendrait des difficultés; aussi sentit-on la nécessité d'une conciliation entre les prétentions contradictoires de l'Etat et des riverains. La loi de 1842 a été dictée par cette pensée. La première question à se poser était celle de savoir si la transaction devait s'effectuer entre deux droits, ou bien entre un droit de l'Etat, d'un côté, et d'autre part, des considérations d'équité dérivant, en faveur des riverains, du fait d'une possession antérieure. La minorité des membres de la commission nommée en 1842 par la Chambre des députés n'hésita pas à déclarer que, dans son opinion, il s'agissait réellement d'une transaction entre deux droits. On peut même lire à cet égard le rapport de M. Renouard : « L'Etat a sur la route une propriété imprescriptible, mais non pas absolue ; cette propriété ne devra être transmise à des tiers et devenir entre leurs mains une propriété absolue qu'autant que, dans les conditions de cette transmission, on aura égard à l'affectation spéciale par laquelle cette nature particulière de propriété se trouvait modifiée pendant que la route existait. On se trompe si on relègue parmi les considérations de pure faveur les limitations qu'apportaient à cette propriété l'intérêt du public et des riverains. Il faut tenir ceci pour un axiome fondamental : l'équité permanente et nécessaire est de droit pour le législateur ; une seule condition lui manque pour devenir

le droit pour le jurisconsulte, c'est d'obtenir la consécration d'un texte. » (*Moniteur.*) Cette doctrine fut celle de la minorité. Le principe de l'inaliénabilité et en conséquence de l'imprescriptibilité du domaine public a triomphé. La jouissance pour les riverains de la route des servitudes d'égout et de vue n'a été considérée que comme l'effet d'une certaine tolérance, et le législateur ne s'est proposé que de satisfaire aux vœux de l'équité par la concession d'un bénéfice aux riverains, et non de répondre, par une transaction, aux exigences de droits rivaux.

Les propriétaires se trouvent ainsi à la discrétion pleine et entière de l'administration, pour tous les avantages que leur procurait le voisinage de la route. La réserve d'un chemin d'exploitation est subordonnée à une appréciation d'utilité, du ressort du préfet. La seule indemnité accordée aux riverains consiste dans le droit de *préemption*.

CHAPITRE II

SERVITUDE DE HALAGE

63. L'art. 650 du Code Napoléon ne fait que mentionner cette servitude, en déclarant que tout ce qui la concerne est déterminé par des lois ou règlements particuliers. L'ordonnance de 1669 nous fait connaître les dispositions qui la définissent et en règlent l'exercice. L'art. 7 porte « que les propriétaires des héritages aboutissant aux rivières navigables, laisseront, le long des bords, vingt-quatre pieds, au moins, de place en largeur, pour le chemin et trait de chevaux, sans qu'ils puissent planter arbre ni tenir clôture ou haie plus que trente pieds du côté que les bateaux se tirent et dix pieds de l'autre bord, à peine de 50 livres d'amende, confiscation des arbres, et, d'être,

les contrevenants, condamnés à réparer et remettre les chemins en état, à leurs frais. » Il y a donc deux chemins : le premier sert au tirage des bateaux à la remonte et s'appelle chemin de halage, le second, aux divers services de la navigation et prend plus particulièrement le nom de marchepied. Cette distinction entre les deux chemins n'a aucune utilité pratique.

64. La première question à se poser, est de se demander au profit de qui existe la servitude. Il est certain que les intérêts et les besoins de la navigation ont seuls dicté les dispositions qui la concernent ; c'est comme voies de communication que les rivières, *ces grands chemins qui marchent* (Pascal), sont réglementées ; l'obligation de fournir le marchepied n'a donc été imposée aux riverains qu'afin de ménager le moyen d'user du fleuve pour la navigation. Ce principe a été mis en lumière lorsque, dans la loi sur la pêche fluviale, on a dû fixer le droit des pêcheurs sur le chemin de halage. Dans la discussion de cette loi, le rapporteur faisait remarquer avec insistance que le chemin de halage n'est qu'une servitude, que son objet est uniquement le tirage des bateaux, qu'elle ne peut être rendue plus onéreuse pour le propriétaire, que c'est seulement pour le tirage des bateaux que les pêcheurs doivent s'en servir, mais qu'ils ne peuvent en user pour tirer leurs filets hors de l'eau et les sécher (Pardessus).

65. Quelle est l'étendue de cette servitude ? La fréquentation du chemin de halage est interdite à tous autres qu'aux navigateurs et pêcheurs. Quant au marchepied, il ne constitue point un chemin dans le sens ordinaire du mot ; ce n'est pas une voie publique ; il ne désigne qu'un espace qui, sans cesser de faire partie des héritages dont il dépend, est assujetti à servir de passage dans des circonstances déterminées.

Plusieurs auteurs, entre autres Pardessus et Isambert, semblent s'être inspirés du § 4, de *divisione rerum*, Instit. Just., pour mesurer les facultés attribuées aux navigateurs ou aux pêcheurs. Ils vont jusqu'à autoriser sur le marchepied le dépôt des choses destinées au transport par eau, et même jusqu'à étendre l'usage des rives à tous les actes qui se rattachent à la navigation. Cependant la servitude de halage, telle qu'elle existe chez nous, n'a rien de commun avec les dispositions de la loi romaine sur les rives. Les ordonnances et le Code Napoléon, loin d'admettre que la faculté d'user du chemin procède du même titre et réponde au même droit d'user du fleuve, supposent que ce chemin fait partie des propriétés riveraines, qu'il se distingue des rives considérées comme dépendances du fleuve, et n'est affecté qu'à certains actes déterminés. Ainsi d'après cela, on peut dire que la servitude de halage n'impose aux riverains qu'elle frappe d'autre obligation que de souffrir le tirage des bateaux, et que tout acte étranger à cette opération aggraverait leur position. Ce ne peut être qu'en cas de péril imminent ou de naufrage, que le dépôt de quelques objets ou l'amarrage des câbles devrait être accidentellement toléré par les riverains. Une indemnité serait due au cas où de pareils faits se prolongeraient de manière à causer quelque dommage.

66. Le but de la servitude, dite de halage, étant bien défini, on comprend qu'elle serait sans objet sur les bords des parties ou des bras non navigables ni flottables. Elle ne leur est donc pas applicable. Sans doute, les bras d'une rivière navigable tombent dans le domaine public comme accessoires du corps du fleuve, et parce que leur conservation intéresse directement le cours d'eau principal. Mais la servitude de halage n'a trait qu'à la navigation ; elle n'est donc légitime que là où la navigation est possi-

ble. L'application de ce principe nous conduit à dire également, qu'on ne peut user du marchepied pour l'exploitation des héritages voisins.

67. On ne distingue pas entre les rivières naturellement navigables et celles qui ne le sont qu'à la suite de travaux exécutés de main d'homme. Le chemin de halage est une simple conséquence de la navigabilité, et il y aurait aujourd'hui d'autant moins de raison de s'attacher à cette distinction, que, d'une part, ces deux sortes de rivières font également partie du domaine public, et que, d'autre part, l'établissement de la navigation sur un cours d'eau jusqu'alors non navigable donne lieu à une indemnité au profit des riverains (ord. 20 août 1847).

C'est la loi elle-même qui établit la servitude de marchepied; d'où il suit qu'elle grève les terrains aboutissant aux rivières navigables, alors même qu'aucun travail n'aurait été effectué pour en faciliter l'ouvrage ou que la largeur du terrain n'aurait pas été indiquée contradictoirement ou d'une manière visible. Le marchepied suit le bord des rivières dans ses variations.

68. Le marchepied ne constitue pas un chemin dans le sens légal du mot; malgré cela, il n'en est pas moins assimilé aux grandes routes sous le rapport de sa police et de sa conservation. C'est dans ce sens que l'ordonnance de 1669 lui applique la qualification de *chemin royal*. Il ne faudrait pas pourtant pousser trop loin cette assimilation, et, en conclure, par exemple, que les propriétaires sont tenus, avant de se livrer à des constructions et des plantations le long des chemins de halage, de se soumettre à une demande d'alignement. Il n'y a pas ici de précautions à prendre contre les empiétements sur le domaine public, puisque le terrain sur lequel s'exerce la servitude ne cesse pas d'être une propriété privée; et d'un autre côté,

les lois spéciales qui règlent la matière se bornent à réprimer les travaux exécutés dans l'espace prohibé.

Quant à la largeur du chemin de halage, elle est fixée par l'ordonnance de 1669 à vingt-quatre pieds du côté où les bateaux se tirent ; cet espace doit être laissé entièrement libre. De plus, il est interdit de planter des arbres et de tenir clôture ou haie dans un second espace de six pieds attenant au chemin. Ces deux zones doivent être soigneusement distinguées, puisqu'elles ne sont pas soumises aux mêmes charges.

69. Une question que se sont posée tous ceux qui se sont occupés de la matière est la suivante : Dans le cas où le chemin doit être établi sur les deux rives, y a t-il lieu à indemnité ? Ou, d'une manière plus pratique, lorsque en raison de la variation des pentes, le tirage doit s'effectuer concurremment sur les deux rives, est-il dû une indemnité aux riverains de l'un des côtés ? On peut dire, d'abord, que l'établissement d'un chemin de halage des deux côtés est une hypothèse dont la réalisation est difficile à conserver ; il faudrait, d'ailleurs, des arrêtés spéciaux pour établir ce double chemin, la loi n'en imposant qu'un seul.

Certains auteurs regardent la question comme utile à prévoir. Ils décident que si, d'après un ancien usage, le tirage avait lieu des deux côtés, la servitude du chemin de halage frapperait des deux côtés au même titre et avec les mêmes effets. Cette dernière opinion me paraît devoir être admise. Mon raisonnement est celui-ci : L'ordonnance, en déclarant que le chemin doit avoir vingt-quatre pieds (7 mètres 80 cent.) du côté où les bateaux se tirent, s'est proposée de sanctionner les nécessités et exigences de la navigation, telles que l'usage les a manifestées. On peut même aller jusqu'à dire que la servitude de halage

dérive de la destination que la nature a assignée aux rivières navigables et que c'est par cette raison qu'elle a lieu sans indemnité. A ce point de vue, il est vrai de dire que le titre ou la condition de la servitude est absolument le même, lorsque les besoins de la navigation exigent qu'elle se déplace et passe d'une rive à l'autre, ou qu'elle s'exerce à la fois sur les deux rives. S'il en est ainsi, pourquoi les riverains auraient-ils droit à une servitude qui n'avait jusque-là frappé que sur la rive opposée? Il n'est pas vrai, d'ailleurs, que la loi n'établisse le chemin de halage que sur une rive. L'édit de décembre 1762 prescrit de laisser vingt-quatre pieds le long des bords des rivières navigables, sans parler de la zone de dix pieds dont il était question dans l'ordonnance de 1669. L'arrêt du Conseil du 24 juin 1777 emploie la même généralité d'expressions. Enfin, le décret du 22 janvier 1808 astreint les propriétaires riverains, à quelque époque que la navigation ait été établie, à laisser le passage pour le chemin de halage, sans le limiter à une seule rive. On a jugé, en ce sens, qu'au cas où, par suite des besoins de la navigation, le chemin de halage d'une rivière navigable avant le décret du 22 janvier 1808 a été transporté d'une rive sur l'autre, le propriétaire de la rive nouvellement assujettie n'a droit à aucune indemnité. (13 avril 1853.)

70. Lorsqu'un cours d'eau est déclaré navigable et ne l'avait pas été jusqu'à ce jour, *quid juris?* L'établissement d'un cours d'eau jusqu'alors non navigable est prévu par un décret du 22 janvier 1808. Après avoir déclaré que les riverains sont tenus de laisser le passage pour le halage, il ajoute : « Il sera payé aux riverains des fleuves ou des rivières où la navigation n'existait pas et où elle s'établira, une indemnité proportionnée au dommage qu'ils éprouveront, et cette indemnité sera évaluée conformé-

ment aux dispositions de la loi du 16 septembre dernier. » Il n'y a aucune distinction entre le cas où une rivière ne devient navigable que par l'effet des travaux de l'art et celui où la navigabilité est due à des circonstances purement naturelles. Le gouvernement n'a point à se procurer le long du cours d'eau la propriété de l'espace nécessaire pour le chemin de halage. L'établissement de la navigation entraîne pour les riverains l'obligation de le fournir, et ne leur laisse que le droit d'obtenir une indemnité, en dédommagement du préjudice qu'ils en éprouvent. Le législateur aurait pu se dispenser d'allouer une indemnité pour la servitude de halage, toutes les fois que la navigabilité est le fait de la nature. S'il fallait justifier cette indemnité, on pourrait dire que le législateur s'est laissé guider par le désir de favoriser l'industrie, garantissant autant que possible, contre les suites d'une affectation ultérieure à la navigation, les propriétaires des constructions, plantations et établissements sur les cours d'eau non navigables.

Le paiement de l'indemnité ne doit point être préalable. Le droit des mariniers d'user du chemin n'est point subordonné à l'accomplissement de cette condition. C'est la conséquence directe de la disposition d'après laquelle la navigation est possible dès que le cours d'eau est déclaré navigable.

71. Puisque le décret n'accorde d'indemnité que pour les rivières où la navigation n'existait point à l'époque de la promulgation, la question de savoir si une indemnité est due implique inévitablement la nécessité de vérifier quel était l'état de la rivière antérieurement à 1808. Qui sera compétent ? est-ce l'autorité administrative? est-ce l'autorité judiciaire ? La question est justement controversée. La jurisprudence du Conseil d'Etat est positive ; elle

revendique cette question pour l'autorité administrative.

Voici les raisons qu'elle présente : Il appartient au pouvoir exécutif de régler tout ce qui se rapporte aux grandes voies de communication, parce que ce sont des moyens de gouvernement intérieur. Ainsi, c'est l'administration qui, sous le contrôle du pouvoir législatif et des conseils généraux de département, classe les routes nationales ou départementales. C'est elle aussi qui réprime les contraventions à la police de ces routes... Des règles analogues ont dû être établies pour les voies fluviales de communication. C'est l'administration qui les classe, qui réprime les contraventions à leur police. Il n'y a aucune difficulté à cet égard. On reconnaît aussi qu'il lui appartient de déclarer que, des actes administratifs ou de la matérialité des faits, il résulte que telle rivière est ou n'est pas navigable actuellement.

Telle est la jurisprudence du Conseil d'Etat. La jurisprudence des cours et tribunaux est différente. D'après celle-ci, la question de savoir si une rivière est actuellement navigable ou le sera à l'avenir est du ressort administratif; quant à décider si la rivière a été navigable dans le passé, l'administration ne peut statuer, surtout lorsque la question de navigabilité se lie à une question de propriété privée et d'indemnité pour dépossession. La navigabilité ne se présente plus alors comme question d'intérêt public et dès lors elle devait être jugée et résolue par le juge saisi de l'action en indemnité.

Le Conseil d'Etat a repoussé ces considérations. Il lui a paru que dans toute question de navigabilité, soit les actes, soit les faits à apprécier commandaient l'intervention de l'autorité administrative et que, pour le cas où elle ne surgissait et ne devait être tranchée que par rapport à un débat engagé sur des droits privés, il n'y avait d'autre concession à faire que de considérer cette question comme

rentrant dans le contentieux de la grande voirie. (David, Proudhon.)

72. Dans tout ce qui a trait à la servitude de halage et à son établissement, il ne saurait être question de canaux creusés de main d'homme. Ces canaux envisagés dans leur exécution ne constituent que des entreprises d'utilité publique, pour lesquelles l'Etat ou les concessionnaires n'ont vis-à-vis des tiers d'autres droits et d'autres priviléges que ceux institués pour favoriser la confection des travaux publics en général. Ce n'est qu'après leur achèvement et par le fait de leur ouverture qu'ils passent sous le régime de police et de surveillance organisé dans l'intérêt de la navigation.

Les ordonnances, en fixant la largeur du marchepied, ont dû laisser à l'autorité administrative le soin de le créer. Les tribunaux ne pourraient pas en reconnaître l'existence. Le préfet seul, en sa qualité de chef de l'administration locale, en constate l'utilité et ordonne les mesures nécessaires pour son établissement. C'est aussi au préfet qu'il appartient comme préposé à la conservation du domaine public en général et de la servitude de halage en particulier, qui constitue une dépendance de ce domaine, de reconnaître et déterminer, en cas de contestation, les limites du chemin. Le chemin a le bord du rivage pour borne du côté de la rivière, son tracé pourtant est subordonné à la nature du terrain et aux accidents qu'il présente, toutes choses dont l'appréciation est de l'office exclusif de l'administration, dont le devoir est de ne pas grever les propriétés riveraines au-delà des termes de la loi.

73. Tous les arrêtés dont l'objet est de déclarer l'utilité du marchepied, de fixer l'espace qu'il doit occuper et de le dégager de tout obstacle, sont évidemment empreints du

caractère administratif. Ils ne comportent pas de recours par la voie contentieuse. Les riverains n'ont que la ressource de s'adresser au ministre de l'intérieur pour en obtenir la modification ou l'annulation, sauf, bien entendu, le cas d'excès de pouvoir : par exemple, si le préfet avait attribué au chemin une largeur plus grande que celle marquée par la loi.

Il peut arriver que l'administration ne maintienne pas au marchepied toute la largeur que lui attribue l'ordonnance. Pourquoi imposer à l intérêt privé un sacrifice que l'intérêt public ne commande pas ? Remarquons que ce pouvoir de réduire la largeur du chemin à un moindre espace constitue une faculté dont l'exercice est libre pour l'administration. En supposant qu'elle ait pris le parti d'en user, l'abandon est-il inévitable? Est-il interdit de rendre au chemin sa largeur légale ? Je réponds que l'administration qui a renoncé à user momentanément de toute l'étendue du droit, ne s'en est cependant pas absolument dessaisie.

74. Si le marchepied est détruit par l'action des eaux, est-il dû une indemnité pour les constructions et plantations à sacrifier pour le report du chemin sur une portion plus reculée des fonds riverains? Certains auteurs tiennent pour l'affirmative par la considération que l'administration a garanti l'existence des constructions et plantations en donnant l'alignement qu'on était tenu de demander. Dans une autre opinion on répond que l'indication d'un alignement n'a rien de commun avec la garantie contre les événements de force majeure, et que nulle loi n'impose l'obligation de pourvoir à la défense des rivages. D'ailleurs on n'est pas assujetti à l'obligation de l'alignement pour les constructions et plantations le long du chemin de halage. Cette considération est donc étrangère à la ques-

tion. La servitude de halage n'enlève point au riverain la propriété du sol qu'elle frappe ; elle n'est point inhérente à une portion de l'héritage, elle dérive du voisinage du fleuve et le suit dans les variations de son cours. C'est au riverain à contenir les eaux. S'il ne peut les contenir, la servitude retombe sur la nouvelle rive au même titre que sur le terrain emporté. — On peut, contre cette opinion, invoquer en apparence un arrêt de la Cour de cassation du 11 août 1835, qui a décidé que le report d'un chemin établi sur les rives du Tarn devait donner lieu à une indemnité. Mais je fais remarquer qu'il s'agit là d'un chemin public qui n'était nullement dû à titre de servitude naturelle.

Une demande d'indemnité pourrait-elle être fondée sur le motif invoqué par un riverain, que sa construction ou plantation remonte à une époque antérieure à l'ordonnance de 1669 ? Cette prétention a été alléguée devant le Conseil d'Etat qui n'en a tenu aucun compte (3 fév. 1854). Cependant, en fait, l'administration renonce à user de son droit et, par une mesure d'équité, elle dédommage les riverains des conséquences de la destruction des berges.

A l'inverse de la précédente hypothèse, il pourrait se faire que les riverains fussent tenus, par application des art. 30, 31, 32, 33 et 34 de la loi du 16 sept. 1807, de payer une indemnité à raison des améliorations qui résulteraient, en faveur de leurs propriétés, des travaux exécutés par l'Etat pour l'établissement du chemin de halage. On ne voit pas ce qui pourrait les soustraire à l'application de la règle touchant la plus-value.

75. Par qui doit être établi et entretenu le chemin de halage? Sa destination le met inévitablement à la charge de l'administration. Il en est de même des frais d'entretien. La loi du 30 floréal an X n'avait fait que reconnaî-

tre, à cet égard, la conséquence des principes, en autorisant la perception d'un droit de navigation spécialement affecté à cet objet. Aujourd'hui la dépense est supportée par des fonds généraux alloués à l'administration des ponts-et-chaussées. Quant aux dégradations qui se produisent, les propriétaires n'en sont responsables que si elles proviennent de leur fait.

CHAPITRE TROISIÈME

SERVITUDES RÉSULTANT DU VOISINAGE DES CHEMINS DE FER

76. Les chemins de fer font partie du domaine public ; ils appartiennent à la grande voirie. Ce sont des routes perfectionnées sur lesquelles on place des rails destinés à recevoir des voitures spéciales, mais qui n'en sont pas moins de véritables voies de terre établies pour les besoins de la circulation. En conséquence, tous les auteurs enseignent que les chemins de fer doivent être soumis aux règles ordinaires de la grande voirie. On peut consulter à cet égard Serrigny, Batbie, Ducroq. Quant à la jurisprudence, elle a décidé, sans la moindre hésitation, que les lois et règlements de la grande voirie, et particulièrement les dispositions relatives aux alignements étaient, de plein droit, applicables à ces voies nouvelles. Que résultait-il de cette considération et de cette doctrine ? Que l'administration était autorisée à s'armer, pour assurer la conservation des chemins de fer, de toutes les prescriptions établies pour les grandes routes. Leur insuffisance fut bientôt révélée. Pourquoi ? Parce que les chemins de fer sont placés dans des conditions toutes particulières, et pour les protéger efficacement il est indispensable d'imposer à la propriété privée des restrictions plus considéra-

bles et d'investir l'autorité de pouvoirs plus grands. La loi du 15 juillet 1845 a voulu atteindre ce but. Dans son article 1er, cette loi dit que « les chemins de fer construits ou concédés par l'Etat font partie de la grande voirie. » Ce texte prouve qu'on ne se préoccupait pas de créer un principe nouveau, mais d'appliquer les conséquences, qui n'y répugnaient pas trop, aux voies ferrées, tout en les réglant par des dispositions précises et spéciales. Je m'explique. Les mots *grande voirie* révèlent par eux-mêmes une série d'effets légaux; ils rappellent immédiatement des règles d'administration, de servitudes, de poursuites, de procédure en cas de contravention, etc... Toutes ces règles qui ne sont pas incompatibles avec le caractère essentiel des voies ferrées, pourront être appliquées.

77. L'art. 3 de la loi du 15 juillet 1845 est celui qui touche de plus près à la matière qui m'occupe.

En voici les termes :

« Sont applicables aux propriétés riveraines des chemins de fer les servitudes imposées par les lois et les règlements sur la grande voirie et qui concernent l'alignement, l'écoulement des eaux, l'occupation temporaire des terrains en cas de réparation, la distance à observer pour la plantation et l'élagage des arbres plantés, le mode d'exploitation des mines, minières, tourbières, carrières et sablières, dans la zone déterminée à cet effet. »

Telle est l'énumération des servitudes imposées aux héritages contigus aux chemins de fer. En dehors des limites marquées par les dispositions que je viens de reproduire, les sacrifices demandés à la propriété au profit des grandes routes ou des travaux publics en général ne sont pas dus aux chemins de fer.

Comme observation générale, il est bon de faire remar-

quer que les servitudes protectrices des chemins de fer ne peuvent donner lieu à aucune indemnité. Cette doctrine s'appuie sur le principe professé à la Chambre des pairs et à la Chambre des députés, que pour les servitudes imposées à la propriété dans un intérêt général il n'est dû aucune indemnité.

78. *Servitude de clôture* — Tout chemin de fer doit être clos des deux côtés et sur toute l'étendue de la voie. L'administration détermine le mode de cette clôture. « Partout où les chemins de fer croiseront de niveau les routes de terre, des barrières seront établies et tenues fermées conformément aux règlements. » Dans toutes ces précautions spéciales, le chemin de fer se préoccupe avant tout de donner des garanties à la sûreté publique. La mesure qu'il prescrit en ordonnant la clôture a pour objet de protéger les citoyens contre eux-mêmes, afin de ne pas les laisser à la merci de leur propre imprudence. L'obligation de la clôture ne repose pas sur d'autre motif.

Qui déterminera le mode de clôture? La commission, devant la Chambre des députés, avait demandé que le mode de clôture fut fixé par un règlement d'administration publique. La Chambre n'a pas adopté ce procédé de réglementation; elle a dégagé l'administration de toute entrave. Il faut seulement remarquer que la détermination du mode de clôture doit être faite pour chaque ligne et que par conséquent, elle ne peut émaner que de l'administration supérieure. Celle-ci émet ses ordres et ses prescriptions en vue des exigences de la sécurité des personnes; l'obligation de la Compagnie ne va point au-delà. Si un riverain du chemin de fer a besoin d'une clôture plus efficace, il doit se la procurer à ses frais. Le préfet peut dispenser de poser des clôtures sur tout ou partie d'un chemin de fer d'intérêt local. Il peut aussi dispenser d'éta-

blir des barrières au croisement des chemins peu fréquentés. (Loi du 12 juillet 1865, art. 4.)

79. *Distance à observer pour les constructions.* — Cette servitude nous ramène aux servitudes imposées aux héritages voisins. On a voulu garantir la circulation, en tenant les bâtiments assez éloignés du chemin, pour qu'on n'eut pas d'écroulement à craindre et que rien de nature à occasionner des accidents ne put être jeté sur la voie.

« A l'avenir, dit l'art. 5, aucune construction autre qu'un mur de clôture ne pourra être établie dans une distance de deux mètres d'un chemin de fer. Cette distance sera mesurée, soit de l'arête supérieure du déblai, soit de l'arête inférieure du talus du remblai, soit du bord extérieur des fossés du chemin, et, à défaut d'une ligne tracée, à un mètre cinquante centimètres à partir des rails extérieurs de la voie ferrée. — Les constructions existantes au moment de la promulgation de la présente loi ou lors de l'établissement d'un nouveau chemin de fer pourront être entretenues dans l'état où elles se trouveront à cette époque. — Un règlement d'administration publique déterminera les formalités à remplir par les propriétaires pour faire constater l'état desdites constructions, et fixera le délai dans lequel ces formalités doivent être remplies. »

Remarquons que les dépendances d'un chemin ne suivent point le sort du chemin lui-même. Ainsi, on a jugé que le propriétaire d'un héritage situé à plus de deux mètres de la voie publique (ferrée), bien que contigu à l'embarcadère, n'était pas soumis à l'interdiction de construire dans la zone tracée par l'art. 5. Il serait fort imprudent pourtant de construire à moins de deux mètres d'une gare où aboutissent les voies et où les nécessités du service peuvent amener des déplacements de rails. On s'exposerait à des poursuites pour contravention, et si la

contravention était tolérée, on se trouverait tout au moins sous le coup d'une servitude.

80. Il faut résoudre une question fort délicate. Quelle est l'étendue du droit d'entretenir les constructions existantes? De la lecture des débats qui ont eu lieu à propos de la loi de 1845, il résulte, dit-on, dans une opinion, que la Chambre des députés a entendu la faculté d'entretien comme permettant des travaux confortatifs, tandis que la Chambre des pairs l'a entendue comme ne les permettant pas. On fait remarquer ensuite que le mot *entretien* n'étant pas défini par la loi, il est rationnel de le prendre dans le sens que lui donnent les règlements de voirie, et il en conclut qu'il est, dans l'art. qui nous occupe, exclusif de toute espèce de travaux confortatifs. Cette solution est trop rigoureuse. On a repoussé l'analogie avec la servitude de retranchement, à la Chambre des députés et à la Chambre des pairs. Pour bien comprendre le sens de notre loi, il faut l'examiner en elle-même. Le rapporteur de la commission devant la Chambre des pairs, M. Persil, l'a dit : On s'est contenté d'exprimer que le propriétaire pourrait faire toutes les réparations d'entretien, mais qu'il ne pourrait rien rebâtir. On a opposé les réparations réconfortatives aux réparations d'entretien. Le sens prêté au mot réconfortatif n'était pas aussi restreint que celui que lui applique la jurisprudence en matière de voirie. On peut dire, en définitive, qu'il y a eu entre les opinions des deux Chambres une sorte de transaction.

On assimile les excavations aux constructions; aussi la loi défend-elle aux riverains, dans les localités où le chemin de fer se trouvera en remblai de plus de deux mètres au-dessus du terrain naturel, de pratiquer, sans autorisation préalable, des excavations dans une zone d'une largeur égale à la hauteur verticale du remblai, mesurée

à partir du talus Cette autorisation ne pourra être accordée sans que les concessionnaires ou fermiers de l'exploitation du chemin de fer aient été entendus ou dûment appelés.

81. *Distance à observer pour les couvertures de chaume.* — On ne peut, à moins de vingt mètres d'un chemin de fer desservi par des machines à feu, établir des couvertures en chaume, des meules de paille et de foin et autres dépôts de matières inflammables. Cette prohibition ne s'étend pas aux récoltes, seulement dans le temps de la moisson (art. 7). Il faut aussi remarquer qu'elle est absolue et ne peut pas être levée par l'administration. C'est du moins l'opinion de certains auteurs, tandis que d'autres soutiennent que cela ne doit s'entendre que des autorisations qui seraient demandées aux préfets, puisque, d'après l'art. 9, les distances déterminées par les articles précédents peuvent être diminuées en vertu d'arrêtés du gouvernement, rendus après demande.

S'il n'est pas permis d'établir à nouveau une couverture en chaume ou de la reconstruire en entier, de créer dans la zone prohibée un dépôt de bois de chauffage ou de construction, il est permis au contraire d'entretenir une couverture en chaume déjà existante, de conserver un chantier, un dépôt de fagots, à la condition de n'en pas changer l'emplacement. La suppression exigerait une indemnité.

De même à une distance de moins de cinq mètres d'un chemin de fer, aucun dépôt de pierres ou autres objets inflammables ne peut être établi sans l'autorisation préalable du préfet. Cette autorisation est révocable.

82. *Alignement.* — Il est donné par le préfet. Les arrêtés qu'il prend à cet effet ne sont pas même subordonnés à l'approbation du ministre des travaux publics. Le droit

de ceux qui ont obtenu l'alignement est d'user de l'autorisation préfectorale sans attendre le contrôle de l'autorité supérieure. Les constructions faites avant qu'elle n'intervienne et qu'elle n'annule, s'il y a lieu, l'arrêté du préfet, doivent être considérées comme légitimement faites. La démolition ne peut pas en être ordonnée. L'administration n'aurait d'autres ressources que d'en requérir la suppression moyennant indemnité, en vertu de l'art. 10, d'après lequel : « Si hors les cas d'urgence prévus par la loi des 16-24 août 1790, la sûreté publique ou la conservation d'un chemin de fer l'exige, l'administration pourra faire supprimer, moyennant une juste indemnité, les constructions, plantations, excavations, couvertures en chaume, amas de matériaux, combustibles ou autres, existant dans les zones. L'indemnité sera réglée, pour la suppression des constructions, conformément aux titres 4 et suivants de la loi du 3 mai 1841, et pour tous les autres cas, conformément à la loi du 16 sept. 1807. » Cela revient à dire que toutes les fois qu'il y aura expropriation, la loi du 3 mai 1841 sera appliquée et que l'indemnité sera réglée d'après les formes que cette loi prescrit ; que, lorsqu'il n'y aura qu'un simple dommage, ce sera la loi du 16 sept. qui sera suivie.

83. Aux termes de l'art. 5 de la loi du 15 juillet 1845, un propriétaire riverain peut établir sur son terrain un mur de clôture à moins de deux mètres de distance d'un chemin de fer ; mais s'il élève toute autre construction qu'un mur de clôture, il ne peut le faire qu'à une distance de plus de deux mètres, distance mesurée soit de l'arête supérieure du déblai, soit de l'arête inférieure du remblai, soit des bords extérieurs des fossés du chemin, et, à défaut, d'une ligne tracée à 1 m 50 c à partir des rails extérieurs de la voie. En pareille occurrence, un propriétaire

doit demander alignement, afin de n'être pas exposé à commettre, sur la zone de terrain qui doit être réservée pour la voie de fer et les constructions particulières, un empiétement pouvant attirer sur lui des condamnations et entraîner la démolition des constructions. Mais lorsque les constructions se trouvent en dehors de la zone de servitude, c'est-à-dire à plus de deux mètres des chemins de fer, il n'y a pour le propriétaire aucune obligation de demander alignement, attendu qu'il ne s'agit plus, comme au bord des routes ordinaires, de faire disparaître les angles et renfoncements contraires à la salubrité et à la sûreté publique.

En résumé, on peut dire que les propriétaires riverains des chemins de fer qui veulent établir une construction touchant immédiatement le chemin de fer ou la zone de deux mètres, mesurée comme le prescrit la loi du 15 juillet, art. 5, doivent demander alignement, mais qu'il n'y a aucun recours à exercer contre eux, si, sans avoir demandé l'autorisation, ils bâtissent en dehors de ces limites.

84. Il y a d'autres servitudes encore, desquelles il me suffira de dire un mot.

La servitude d'écoulement des eaux consiste dans l'obligation pour les propriétaires voisins des routes de recevoir les eaux qui en découlent.

L'occupation temporaire des terrains est régie, pour tous les travaux publics, par la loi du 16 sept. 1807.

Parmi les assujettissements relatifs aux plantations, en ce qui concerne les grandes routes de terre, il n'y en a que deux qui soient appliqués par la loi du 15 juillet 1845 aux propriétaires des héritages riverains des chemins de fer. Ce sont les obligations d'observer la distance qui sera fixée pour les plantations et de se conformer aux

règlements qui seront prescrits pour l'élagage des arbres.

L'exploitation des mines, minières, tourbières, carrières et sablières, dans ses rapports avec la sûreté de la circulation et la conservation des voies publiques, a ses règles dans les arrêts du Conseil du 14 mars 1741 et 5 avril 1772, dans les règlements des 22 mars et 4 juillet 1813, et dans la loi du 21 avril 1810.

85. Toutes les prescriptions que nous venons de parcourir ont leur sanction dans la loi même qui les édicte. En déclarant par son art. 1er que les chemins de fer construits ou concédés par l'Etat font partie de la grande voirie, la loi du 15 juillet 1845 s'était implicitement approprié les dispositions de la loi du 29 floréal an X, qui veut que les contraventions aux lois et règlements de grande voirie soient constatées, poursuivies et réprimées par voie administrative et qui organise toute cette matière. Mais elle a tenu à s'en expliquer formellement. « Les contraventions aux dispositions du présent titre, dit l'art. 11, seront constatées, poursuivies et réprimées comme en matière de grande voirie. » C'est là le principe fondamental d'après lequel les chemins de fer font partie du domaine public, car le droit des compagnies ne va pas au-delà de la perception des péages et du prix de transport. Il a été même jugé qu'un fait constitutif de contravention ne pouvait être justifié par une permission ou une concession émanée de la compagnie. L'administration seule a la garde des choses du domaine public, et, en conséquence, des chemins de fer et de toutes ses dépendances.

Qui constate les contraventions ? L'art. 23 de la loi du 15 juillet 1845 décide que les contraventions peuvent être constatées par des procès-verbaux dressés concurremment par les officiers de police judiciaire, les ingénieurs des ponts-et-chaussées et des mines.....

86. Un même fait peut être à la fois punissable comme constitutif d'un délit réprimé par le Code pénal et comme constitutif d'une contravention à la police des chemins de fer. Les deux actions pourront-elles être cumulativement exercées ? Le Conseil d'Etat s'est prononcé pour l'affirmative ; il a décidé que les poursuites devant le tribunal correctionnel ne faisaient pas obstacle à la juridiction administrative (9 août 1850). A ne consulter que le sens littéral, la pénalité fixée par l'art. 11 serait applicable à toutes les contraventions en matière de police des chemins de fer. Cependant l'art 2 de la loi déclare expressément que les faits qu'il spécifie seront régis par les lois et règlements de voirie. D'un autre côté, la pensée du législateur n'a certainement pas été de déroger à la législation de la voirie pour l'énerver. La sanction pénale qu'il a établie n'est donc faite, dans ce qu'elle a de particulier, que pour les prescriptions nouvelles. Tout ce qui est règlement ancien a sa sanction dans ces mêmes règlements. La distinction est importante pour le taux de l'amende ; car les règlements de grande voirie l'élèvent souvent au-dessus de 300 francs.

87. La loi, dans les diverses dispositions que nous avons examinées jusqu'ici, n'envisage que les tiers. Il nous reste à faire connaître les dispositions prises contre le concessionnaire lui-même. Le cahier des charges contient des clauses et conditions qui doivent être formellement exécutées par lui. S'il y manque, procès-verbal sera dressé de la contravention, soit par les ingénieurs des ponts-et-chaussées, soit par d'autres agents dûment assermentés.

Les contraventions s'élèvent de 300 à 3,000 francs, sans compter que l'administration pourra prendre immédiatement toutes les mesures provisoires pour faire cesser le dommage, ainsi qu'il est procédé en matière de grande

voirie. Les frais qu'entraînera l'exécution de ces mesures seront recouvrés contre le concessionnaire ou fermier, par voie de contrainte, comme en matière de contributions publiques.

CHAPITRE IV

DES SERVITUDES MILITAIRES

88. Pour construire et entretenir des forteresses, il faut détenir la souveraineté. A l'époque où la féodalité occupait le territoire, les seigneurs élevaient des donjons et s'y enfermaient pour la défense de leurs priviléges. On vit alors s'élever dans notre pays forteresse contre forteresse, et les enceintes crénelées devinrent innombrables. Mais quand la royauté centralisa dans ses mains tous les pouvoirs et abattit les vassaux qui lui faisaient ombrage, ces fortifications derrière lesquelles ils organisaient la résistance tombèrent. En cela le vœu du peuple était suivi, car le peuple d'alors, représenté, autant que le permettaient les institutions imparfaites du temps, par les Etats-Généraux, avait manifesté solennellement, en 1614, le désir de voir tomber en ruines les châteaux et les forteresses inutiles à la défense du royaume. Cette réforme, Richelieu l'accomplit, en étouffant la féodalité sous sa main de fer. Louis XIV continua son œuvre, en faisant démanteler les forteresses qui n'entraient pas dans le plan de défense des frontières; les autres y prirent place et furent reconstruites par Vauban ou d'après ses principes. Toutes les fortifications passèrent ainsi dans le domaine du roi, qui alors se confondait avec le domaine public. (Aug. Thierry, *Tiers-Etat.*)

Bien que dans ces derniers temps on ait révoqué en

doute l'utilité des places de guerre, il faut constater que leur nombre tend à diminuer, mais que l'importance de celles qui subsisteront ne pourra que s'accroître, puisqu'elles auront à résister à des moyens d'attaque d'une puissance dont les âges précédents n'avaient jamais eu l'idée. La stratégie peut changer; mais, malgré ses variations, il y aura toujours utilité pour la défense du territoire à occuper et à surveiller les principaux débouchés, à commander le cours des rivières, à conserver pour soi l'usage et l'accès des voies ferrées, enfin à ménager des points d'appui, des magasins et un asile à l'armée nationale. Les places de guerre n'ont que ce but; telle est la raison de leur existence.

La création des places de guerre affecte les droits privés sous plusieurs rapports. D'abord, les terrains où s'élèvent les fortifications prennent, de cette affectation à la défense militaire de l'Etat, le caractère de domaine public. Ce n'est pas tout: même les terrains qui ne sont pas incorporés, les propriétés voisines, par exemple, sont affectées. Les places de guerre ne pourraient, en effet, remplir leur office, si ces propriétés étaient exploitées avec une entière liberté et couvertes de constructions. Les restrictions imposées sous ce rapport à l'exercice ordinaire du droit de propriété constituent des charges réelles ou servitudes, dont nous devons tout particulièrement nous occuper.

89. Les places de guerre doivent être dégagées de toute espèce de constructions environnantes ; cela est aisé à comprendre à cause des feux d'artillerie qui doivent porter à une certaine distance. S'il en était autrement, les bouches à feu dont les ouvrages sont armés ne pourraient plus avoir qu'une action incomplète pour retarder les travaux des assiégeants, et ceux-ci favorisés par les bâtiments ou les murailles dont ils seraient couverts, s'avan-

ceraient avec plus de rapidité et moins de danger. On regarde comme une maxime axiomatique dans l'art de la guerre, que le contour des places et forteresses soit libre de toute construction et qu'il n'y existe aucun abri dans l'étendue ordinaire de la portée des armes. Tel est l'objet des servitudes militaires qui grèvent les propriétés voisines d'une place de guerre.

Pour plus de clarté dans l'ensemble des développements, nous suivrons la division suivante :

1° Nature et étendue des servitudes;

2° Bornage des zones de servitudes;

3° Répression des contraventions.

90. *Nature et étendue des servitudes militaires.* — Il faut autour des places de guerre distinguer trois zones commençant toutes aux fortifications et s'étendant aux distances de deux cent cinquante mètres, quatre cent quatre-vingt-sept mètres, et neuf cent soixante-quatorze mètres pour les places; — et de deux cent cinquante mètres, quatre cent quatre-vingt-sept mètres, et cinq cent quatre-vingt-quatre mètres pour les postes. (Décret du 10 août 1853, art. 5. Loi du 8 juillet 1791.) S'il est possible de réduire l'étendue des zones de servitude du côté de quelque centre important de population, sans compromettre la défense ni porter atteinte aux droits et intérêts du Trésor, cette réduction est prononcée par un décret émané du chef du pouvoir exécutif, inséré au *Bulletin des lois* et publié dans les communes intéressées.

91. Quelle est l'étendue de la prohibition de la première zone? L'art. 7 du décret du 10 août 1853 nous l'apprend. Il ne peut être fait aucune construction, de quelque nature qu'elle puisse être, à l'exception de clôtures en haies sèches ou en planches à claire-voie, sans pans de bois ni maçonneries. Les haies vives et plantations d'arbres ou d'arbus-

tes formant haies sont spécialement interdites dans cette zone. Les termes de l'interdiction sont d'une généralité absolue ; la jurisprudence les applique dans toute leur rigueur. L'exception qui permet d'établir seulement des haies sèches ou des clôtures à claire-voie, précise, en l'aggravant, l'interdiction d'élever aucune construction. Un mur en pierres sèches, même superposées, sans régularité, est une construction dans le sens de l'art. 7. Il en est de même à plus forte raison d'appentis en charpente, de hangars en planches, si peu solides qu'ils soient. Les auteurs de pareils ouvrages sont à la discrétion de l'autorité militaire, et ils ne peuvent alléguer, pour lui résister, aucune autorisation émanée d'un préfet ou d'un maire, aucune délivrance d'alignement. Il est bon de remarquer que l'administration militaire n'a jamais prétendu défendre la plantation d'arbres isolés qui peuvent devenir une importante ressource, en cas de siége, pour les palissades et les blindages.

Toutes les prohibitions dont il est parlé dans l'art. 7 de la loi de 1853, et qui avaient été empruntées à la loi de 1819, étaient déjà écrites dans l'ordonnance de 1713, laquelle défendait d'élever des édifices et des bâtiments dans un rayon de *deux cent cinquante toises*, à partir de la crête des parapets. Il n'a donc servi de rien à des propriétaires contre lesquels était poursuivie la démolition de prétendre que leurs constructions étaient antérieures à la loi du 17 juillet 1819, ou même à celle du 8 juillet 1791. Il est à remarquer pourtant que l'ordonnance de 1713, moins sévère dans ses termes, interdisait les constructions en maçonnerie, ce qui laissait la faculté de bâtir en terre et bois, à quelque proximité que ce fût de l'enceinte fortifiée. La question d'antériorité conserve, sauf certains cas, un intérêt véritable.

92. Dans la deuxième zone, il est également interdit,

dit l'art. 8 du décret du 10 août 1853, d'exécuter aucune construction quelconque en maçonnerie ou en pisé. L'art. 31 de la loi du 8 juillet 1791 disait seulement qu'il serait permis d'élever des bâtiments et clôtures en bois et en terre, ce qui a fait surgir la question de savoir si on ne pouvait pas se servir de pisé ou terres desséchées, soutenues par une charpente en bois. Le Conseil d'Etat admettait l'affirmative ; mais le décret de 1853 a consacré l'opinion contraire. Cette disposition, qui n'a pour appui le texte d'aucune loi, n'a d'autre valeur que l'autorité de l'interprétation doctrinale de l'administration et pourrait être combattue par les intéressés.

« Dans la même étendue, c'est-à-dire dans la deuxième zone, il est permis tout autour des places de la deuxième série et des postes militaires, d'élever des constructions quelconques, mais, le cas arrivant où ces postes et places seraient déclarés en guerre, les démolitions qui sont jugées nécessaires n'entraînent aucune indemnité pour les propriétaires. »

93 « Dans la troisième zone des servitudes, il ne peut être fait aucun chemin, aucune levée ni chaussée, aucun exhaussement de terrain, aucune fouille ou excavation, aucune exploitation de carrière, aucune construction au-dessous du niveau du sol, enfin aucun dépôt de matériaux ou autres objets, sans que leur alignement et leur position n'aient été concertés avec des officiers du génie, et que, d'après ce concert, le ministre de la guerre n'ait déterminé ou fait déterminer par un décret les conditions auxquelles les travaux doivent être assujettis dans chaque cas particulier, afin de concilier les intérêts de la défense avec ceux de l'industrie, de l'agriculture et du commerce. » Rien ne peut suppléer à l'intervention de l'autorité militaire ; la circonstance qu'un travail aurait eu pour but de

réparer le dommage indûment causé par l'Etat n'aurait pas d'excuse ; le fait dommageable peut ouvrir un droit à indemnité mais n'autorise jamais la modification de l'état de la zone assujettie.

De même, dans cette troisième zone, les décombres provenant de bâtisses et autres travaux quelconques ne peuvent être déposés que dans des lieux indiqués par les officiers du génie. On excepte les détritus destinés à servir d'engrais aux terres et pour les dépôts desquels les particuliers n'éprouvent aucune gêne, pourvu qu'ils évitent de les entasser. L'exception ne s'applique qu'aux engrais ; en d'autres termes, c'est pour favoriser l'agriculture qu'elle a été introduite. Ainsi les dépôts de plâtre, de sable et de charbon pourraient n'être pas tolérés, bien que toutes ces matières soient susceptibles de servir à l'amélioration des terres cultivables.

« Enfin, dans la même zone, il est défendu d'exécuter aucune opération de topographie sans le consentement de l'autorité militaire. Ce consentement ne peut être refusé lorsqu'il ne s'agit que d'opérations relatives à l'arpentage des propriétés. » L'art. 41 du tit. 1er de la loi de 1791, déclare que les contrevenants seront arrêtés et jugés conformément aux lois et décrets sur ce point. Il ne résulte de cette défense aucune servitude ; ce n'est qu'une mesure de police ; pour s'y conformer, les propriétaires qui voudront faire arpenter leurs terrains devront prévenir l'autorité militaire du jour et de l'heure à laquelle cette opération aura lieu.

94. Les servitudes de la deuxième zone sont, à plus forte raison, applicables dans la première, et celles de la troisième dans les deux autres. Il est facile de comprendre que plus on se rapproche de la place, plus il importe que les abords soient nivelés et ne présentent aucune élévation ou excavation qui puisse dérober la vue de l'ennemi.

95. Jusqu'ici, nous ne nous sommes occupés que de travaux à exécuter; mais s'il existait autour des places de guerre, lors de leur classement ou lors des modifications apportées à leur état de défense, des constructions dont il n'aurait été possible de dégager de suite la zone des servitudes qu'au prix d'indemnités proportionnées à leur importance, l'administration militaire a dû se borner à un régime restrictif. On a pris le parti d'empêcher absolument les reconstructions et de limiter la faculté d'entretenir.

« Les reconstructions totales de maisons, clôtures ou bâtisses sont soumises aux mêmes prohibitions que les constructions neuves, qu'elle qu'ait pu ou que puisse être la cause de la destruction. » La démolition volontaire, même opérée pour remplacer la construction par un édifice d'une dimension inférieure ou d'une moindre solidité, n'est pas un moyen de se soustraire à la prohibition, car les restaurations de bâtiments... tombant par vétusté ou pour une cause quelconque, constituent des reconstructions totales, lors même qu'on voudrait conserver quelques parties des anciennes constructions. Cette règle ainsi posée, ne soulève pas d'objections; toutefois, on peut prévoir des cas où il serait malaisé de distinguer l'entretien permis de la restauration interdite. La difficulté sera du ressort du conseil de préfecture, en première instance, et, en appel, du Conseil d'Etat.

96. Si les reconstructions sont prohibées, l'entretien est permis. Mais dans quelle limite? « Les bâtisses en bois ou en bois et en terre existant dans la limite de quatre cent quatre-vingt-sept mètres, ne peuvent être entretenues dans leur état actuel qu'autant qu'il n'est apporté aucun changement dans leurs formes et leurs dimensions et que sous les restrictions expresses : 1° que les matériaux de réparation et de reconstruction partielle sont de même

nature que ceux précédemment mis en œuvre ; 2° que la masse des constructions existantes n'est point accrue. »

Cette disposition s'applique aussi aux places de la deuxième série et aux postes militaires, aux constructions en maçonnerie situées au-delà de la première zone, jusqu'à la limite de quatre cent quatre-vingt-sept mètres.

C'est dans l'art. 3 que le chef du pouvoir exécutif a trouvé le droit d'édicter ces prescriptions (loi du 17 juillet 1853). Cette loi lui confiait la mission de déterminer les conditions de la tolérance qui pouvait être accordée, relativement à la nature des matériaux et à la dimension des constructions, aux bâtiments ou clôtures existant hors des places et des postes. Il s'est montré plus ou moins rigoureux, selon que les constructions ont été élevées à une époque où le terrain était libre de servitudes ou qu'elles ont, au contraire, été élevées en contravention, ou que les travaux projetés sont plus ou moins nuisibles à l'intérêt de la défense. La première situation est la plus favorable ; le propriétaire qui veut s'y placer doit faire la preuve de l'antériorité. S'il s'agit d'une place ancienne, il doit prouver que la construction existait avant la publication de l'ordonnance de 1713, et si, pour y parvenir, il produit des titres dont les prétentions soient contestées, les tribunaux civils seront compétents pour en connaître. Il peut aussi prouver que la construction, à l'époque où elle a été élevée, se trouvait en dehors des deux premières zones et que c'est un changement dans les ouvrages de la place qui l'a fait tomber sous le coup des servitudes.

97. On doit comprendre que ce n'est pas sans quelques exceptions que ces servitudes si onéreuses ont été imposées à la propriété privée. Examinons le décret du 10 août 1853. Ainsi l'art. 13 pénètre dans le détail des constructions pour permettre de leur donner certains accessoires sans lesquels l'usage en serait difficile sinon impossible.

La défense d'une place exige qu'elle puisse se suffire à elle-même en cas de guerre. Cette considération fait tolérer, dans un intérêt public, l'établissement de moulins et autres usines semblables, en bois ou en maçonnerie. Ils peuvent être autorisés exceptionnellement par le ministre de la guerre, dans les zones de prohibition, à la condition de n'être élevés que d'un rez-de-chaussée, et qu'en cas de guerre il ne sera accordé aucune indemnité pour démolition.

Une décision du 9 octobre 1812 décide que les moulins à vent en bois peuvent être tolérés, parce qu'ils sont faciles à brûler, pourvu qu'ils ne reposent pas sur une base conique ou des piliers en maçonnerie qui présenteraient des couverts contre la place.

D'après la loi de 1791, le roi peut permettre d'établir des constructions autour d'une place forte, à la condition que cette construction ait le caractère d'utilité publique. De même la loi de 1819 (art. 3) lui a permis de prendre en considération la forme et les propriétés du terrain des attaques, et d'autoriser toute espèce de constructions sur les points où elles ne seraient pas jugées nuisibles à la défense. Afin d'éviter que des considérations de personnes ou des influences puissantes ne déterminassent des autorisations, qu'on eût à regretter plus tard, on a voulu que les adoucissements apportés aux servitudes légales prissent la forme de décisions communes à toutes les propriétés situées dans un même espace ou rayon, appelé *polygone exceptionnel*. On a donné ce nom aux enclaves privilégiées.

98. Bien que certains travaux soient autorisés en principe autour des places de guerre, ces travaux exigent cependant une soumission. Sous l'empire de l'ordonnance de 1821, on pouvait douter qu'une demande et une soumission de démolir fussent nécessaires, lorsqu'il s'agissait

de travaux permis par la loi, à charge de démolition sans indemnité dans les cas prévus. Mais, dans la pratique, les soumissions avaient paru nécessaires pour constater l'emplacement, la nature et l'état des constructions, ainsi que les noms des propriétaires. L'art. 26 du décret du 10 août 1853 consacre cette pratique.

L'autorisation doit toujours être expresse; elle n'a de valeur que si elle émane du fonctionnaire compétent pour la donner; enfin, les permissionnaires doivent se renfermer rigoureusement dans les termes de leur demande et de la décision qui l'a accueillie. Cette règle doit cependant être appliquée avec discernement; l'autorisation donnée comprend nécessairement les moyens de la mettre à profit, c'est ainsi que, quand on permet l'exploitation d'une carrière, on est censé permettre implicitement le maintien des appareils qui fonctionnent pour cette exploitation.

Si l'autorisation n'a pas été accordée, le refus peut faire l'objet d'un recours au ministre, et, si c'est lui-même qui a statué, on peut tenter d'amener l'administration à prendre un parti plus favorable, en fournissant de nouvelles explications ou en offrant de plus amples garanties.

99. *Du bornage des zones de servitudes et des polygones exceptionnels.* — Moins une charge est définie, plus elle est lourde; c'est donc diminuer les inconvénients des servitudes que de mettre chaque propriétaire à même de connaître avec certitude la mesure dans laquelle son immeuble est atteint. C'est là l'objet du bornage qui facilite d'ailleurs la surveillance des agents militaires et ôte tout prétexte à des tolérances pleines d'abus. Quand un crédit est nécessaire à la construction ou à l'extension d'une place de guerre, il doit être accompagné d'un plan indiquant le tracé des zones de servitudes que le ministre de la guerre propose d'appliquer. En vertu de la loi de 1819,

les distances fixées pour les servitudes étaient mesurées à partir du tracé tel qu'il se trouvait établi sur le terrain, tracé quelquefois bien différent de celui qui figure sur le papier, à cause des difficultés qui entraînent des modifications en cours d'exécution. Aujourd'hui cela ne se fait plus ainsi; et si le tracé de la fortification varie en cours d'exécution, le tracé des zones reste néanmoins tel qu'il était sur le papier, quand même il devrait en résulter une diminution dans les distances réglementaires.

Comment se calculent les distances? Le voici : elles se comptent à partir de la crête des parapets des chemins couverts les plus avancés ou des murs de clôture ou d'escarpe, lorsqu'il n'y a pas de chemins couverts, ou enfin quand il n'y a ni chemin couvert, ni mur de clôture ou d'escarpe, à partir du mur de la crête intérieure du parapet des ouvrages. (Loi des 17-25 juillet 1819, art. 6 et 7. Décret du 10 août 1853, art. 17.)

100. Le bornage dos servitudes est contradictoire. Les représentants de l'administration et les militaires représentant l'armée, délégués du ministre de la guerre, sont présents. On a pensé que le maire faciliterait aux agents de l'autorité militaire l'accès et l'entrée des propriétés privées, et mettrait à leur portée les renseignements dont ils ont besoin sur les circonstances locales, et à leur disposition les documents des archives municipales. En même temps elle assure la représentation de l'intérêt communal à une opération dont l'influence sur l'établissement des voies de communication suburbaines et sur le développement des faubourgs peut l'affecter de la manière la plus grave.

La sauvegarde de cet intérêt permet au maire ou à l'adjoint qui le remplace de consigner des observations sur le procès-verbal de bornage; ils n'ont pas qualité pour

formuler les réclamations de tous ou de quelques-uns en particulier atteints par les servitudes. L'art. 20 du décret du 10 août 1853 détermine, comme il suit, le mode d'après lequel ces observations doivent se produire : « Le procès-verbal de bornage, ainsi que le plan de délimitation et ses annexes, sont déposés, pendant trois mois, à la mairie de la place ou du poste, pour que chacun puisse en prendre connaissance. Avis de ce dépôt est donné aux intéressés par voie d'affiches ou autres moyens de publication en usage. Les parties intéressées ont trois mois pour se pourvoir devant le conseil de préfecture contre l'opération matérielle du bornage. Le conseil de préfecture statue, sauf recours au Conseil d'Etat, après avoir fait faire au besoin, sur les lieux, les vérifications nécessaires par les ingénieurs civils et militaires. Les réclamants ont le droit d'être présents à ces vérifications et doivent dûment y être appelés. » Le principe de l'attribution faite au conseil de préfecture se trouve dans l'art. 9 de la loi du 17 juillet 1819.

101. Si une demande en rectification des opérations du bornage a été régulièrement introduite devant le conseil de préfecture, elle suspend l'émission du décret d'homologation du chef du pouvoir exécutif. Si ce décret intervient, malgré l'instance pendante, le conseil n'en conserve pas moins le droit d'ordonner la rectification. On ne concevrait pas que le chef du pouvoir exécutif tranchât d'autorité un litige porté devant la justice privée.

Le terrain militaire et les zones de servitude étant délimités, on procède à la confection des registres, plans et états descriptifs concernant les constructions existantes. C'est l'objet des art. 30 et suivants du décret du 10 août 1853. Le ministre de la guerre fait, après la remise des plans, connaître s'il admet l'antériorité de l'existence des

constructions ou s'il ne l'admet pas. La décision ministérielle est notifiée au propriétaire. Si elle lui est favorable, elle sert de titre pour établir, en cas de poursuites, la préexistence des constructions ; si elle est défavorable, la décision ne fait pas obstacle à ce qu'il porte devant les tribunaux la question de préexistence. C'est ce que reconnaît l'art. 32 en déclarant que les particuliers à l'égard desquels le ministre déclare les pièces insuffisantes ou inadmissibles conservent le droit « de fournir et de faire constater la preuve de la priorité d'existence, en produisant à cet effet leurs titres devant les tribunaux ordinaires. »

102. Cet art. 32 dit que les particuliers pourront introduire cette action à toute époque. De droit commun, il faut, pour saisir les tribunaux, un intérêt né et actuel, et l'on aurait pu croire qu'en l'absence de poursuites de la part de l'administration ou de prétention de la part du propriétaire d'exécuter des travaux tels que la préexistence les autorise, le débat ne peut être soulevé ; mais l'art. 32 me paraît contenir une sorte d'engagement de la part de l'administration de ne pas le déserter et de regarder la dénégation officielle du droit de propriétaire comme un trouble suffisant pour motiver l'action judiciaire.

Lorsque dans une contestation ainsi engagée, l'interprétation de titres administratifs devient nécessaire, elle doit être donnée par le conseil de préfecture, mais cette règle ne peut être acceptée dans des termes aussi généraux. L'auteur du décret du 10 août 1853, chargé par l'art. 8 de la loi du 10 juillet 1851, de coordonner les dispositions de lois relatives aux servitudes, n'a rien voulu changer aux attributions des conseils de préfecture et de l'administration.

L'art. 32 lui-même reconnaît que si l'époque à laquelle remonte l'existence d'un ouvrage de fortification est contestée, elle sera déterminée par une déclaration du ministre de la guerre dont la décision ne pourra être attaquée que devant le Conseil d'Etat. On sait qu'en pareil cas la décision ministérielle constitue seulement l'expression d'une prétention, qui, si elle est contraire à la partie qui plaide contre l'Etat, fait naître pour cette dernière le droit et le devoir de se pourvoir contre l'interprétation.

103. « Le chef du génie fait indiquer, sur un plan pareil au plan de délimitation et de ses annexes, chacune des propriétés dont les constructions ont fait l'objet de déclarations acceptées par le ministre. Cette indication a lieu sans détail. Ce plan est fait en double expédition, l'une pour la mairie et l'autre pour le service militaire. Il est complété chaque année et signé tous les ans par le maire et le chef du génie. » « Il est fait, en outre, par propriété, un plan parcellaire des constructions reconnues existantes, avec l'état descriptif de leur nature et de leurs dimensions. Si l'une de ces constructions fait plus tard l'objet d'une soumission de démolition sans indemnité, cette circonstance est annotée sur le registre, et l'annotation est certifiée par le chef du génie et le maire. Le conseil de préfecture prononce, sauf recours au Conseil d'Etat, sur les réclamations auxquelles donne lieu le plan parcellaire, après avoir fait faire par les ingénieurs civils et militaires les vérifications qu'il juge nécessaires. »

Les contestations ne s'élèvent, au moins dans la pratique, qu'à l'occasion de poursuites dirigées par l'administration militaire, à raison de contraventions relevées par ses agents.

Nous allons en dire un mot.

104. *De la constatation et de la poursuite des contraventions.* — Nous avons dit que la confection des plans parcellaires et des états descriptifs, à la suite de tout classement de place de guerre, était indispensable. Ce plan assurera une base certaine aux poursuites à exercer contre ceux qui contreviendraient aux lois sur les servitudes militaires. Toutes ces formalités, utiles pour la détermination des droits respectifs, n'ont rien d'essentiel sous le rapport de l'existence des servitudes; celles-ci sont la conséquence obligée du classement de la place ou du poste et prennent naissance dès l'insertion du décret de classement au *Bulletin des lois.*

L'observation des prescriptions relatives aux servitudes est fort importante; aussi, comme mesure préventive, l'art. 4 du décret du 9 décembre 1811 porte que les généraux commandant les divisions militaires et les départements et les directeurs de fortifications doivent veiller dans leur tournée, par de fréquentes visites, à l'exécution des dispositions ayant trait aux servitudes. L'art. 11 de la loi du 17 juillet 1819 et l'art. 40 du décret du 10 août 1853 chargent les gardes du génie, dûment assermentés, de rechercher les contraventions et de les constater, aussitôt qu'elles seront reconnues. Enfin, une loi du 21 mai 1858 dispose qu'à l'avenir les gardiens des batteries seront, comme les gardes du génie et les gardes d'artillerie, chargés de dresser les procès-verbaux pour la constatation des contraventions aux lois sur le domaine militaire de l'Etat et les servitudes militaires. Les procès-verbaux de tous ces agents font foi jusqu'à inscription de faux, conformément à la loi du 29 mars 1806, dont l'objet est de prescrire les mesures pour la répression des délits commis dans les établissements militaires.

Quand la constatation a été faite par des agents subalternes, les poursuites ne peuvent avoir lieu que sur l'ordre

du chef du génie de la place, préposé à la conservation du domaine militaire. S'il juge qu'il y a lieu à suivre, les procès-verbaux de contravention « sont notifiés sans délai aux contrevenants par les gardes du génie dûment assermentés, avec sommation de suspendre sur-le-champ les travaux entrepris, de démolir la partie déjà exécutée et de rétablir les lieux dans l'état où ils étaient avant la contravention, ou, en cas d'impossibilité, dans un état équivalent : le tout dans un délai déterminé d'après le temps que cette opération réclame. Une notification et une sommation pareilles sont aussi faites à l'architecte, à l'entrepreneur ou au maître-ouvrier qui dirige les travaux. »

Lorsque le contrevenant continue les travaux, malgré la notification de suspension, le chef du génie en informe le directeur des fortifications, en lui envoyant cet acte. Le directeur vise et transmet cette pièce au préfet du département et demande que le conseil de préfecture prononce immédiatement la suspension des ouvrages commencés. Le conseil de préfecture, convoqué d'urgence par le préfet, ordonne sur-le-champ cette suspension, par provision, nonobstant toute inscription de faux. Le préfet, dans les vingt-quatre heures après le jugement, fait parvenir au directeur des fortifications une expédition de l'arrêté du conseil de préfecture. Cet arrêté est notifié au contrevenant par le garde du génie, et les officiers et autres agents en assurent l'exécution par l'emploi, s'il est besoin, de la force publique.

105. L'arrêté du conseil de préfecture permet à l'administration militaire d'arrêter les travaux, d'empêcher toute modification ultérieure de l'état des lieux litigieux. Pour obtenir le rétablissement dans l'état primitif, il faut qu'elle provoque un arrêté définitif et, si elle néglige de le faire,

le propriétaire intéressé doit pouvoir, de son côté, agir pour faire lever l'interdit qui pèse sur ses travaux. L'art. 43 du décret du 10 août ne prévoit que la première hypothèse : « Le directeur des fortifications adresse au préfet un mémoire de discussion avec plan à l'appui, tendant à obtenir que le conseil de préfecture prononce la répression de la contravention conformément aux dispositions consignées dans la sommation. Le mémoire est notifié au contrevenant en la forme administrative, avec citation devant le conseil de préfecture et sommation de présenter ses moyens de défense dans le délai d'un mois. » « Sauf le cas d'inscription de faux, le conseil de préfecture statue dans le mois suivant. » C'est là une recommandation adressée à l'activité des juges et à la vigilance de l'administration ; mais la décision rendue après le délai d'un mois n'en a pas moins d'autorité.

106. Les peines qui atteignent le contrevenant sont, outre la démolition à ses frais des ouvrages exécutés ou, généralement, le rétablissement des lieux dans leur état primitif, les amendes applicables aux contraventions analogues en matière de grande voirie, c'est-à-dire celles qui sont notamment prononcées par l'arrêt du conseil du 27 février 1705, lequel porte défense de construire ou de réparer le long des routes sans permission, à peine de trois cents livres d'amende. La réduction de la peine pécuniaire à une somme moindre implique l'exercice du droit de grâce qui n'appartient qu'au souverain ; le Conseil d'Etat peut donc seul l'accorder, à l'exclusion du conseil de préfecture.

L'amende est une peine toute personnelle ; elle n'atteint que l'auteur de la contravention ; au contraire, la démolition prononcée à titre de satisfaction donnée à l'intérêt de la défense est valablement poursuivie contre tout

acquéreur, soit qu'il ait connu ce que la situation de son vendeur avait d'irrégulier, soit qu'il l'ait ignoré (décret du 14 février 1861). Une autre conséquence du caractère différent des deux peines applicables est que l'amende se prescrit par une année révolue à partir du jour où la contravention a été commise, tandis que l'action principale à l'effet de prononcer ou exécuter la démolition des travaux indûment entrepris est imprescriptible dans l'intérêt toujours subsistant de la défense de l'Etat.

Le recouvrement de l'amende a lieu comme en matière ordinaire ; la démolition seule fait l'objet de prévisions spéciales : « Le conseil de préfecture fixe le délai dans lequel le contrevenant est tenu de démolir les travaux exécutés et de rétablir à ses frais les lieux dans l'état où ils étaient avant la contravention ou dans l'état équivalent déterminé par le conseil (art. 44). — Si le jugement n'a pas été exécuté à l'expiration du délai fixé, le chef du génie se concerte avec le commandant de place sur l'époque de l'exécution du jugement et, s'il est nécessaire, sur l'intervention de la force armée, et requiert, en outre, par écrit, le maire de la commune d'être présent à l'opération. Huit jours à l'avance, un garde du génie dûment assermenté notifie au contrevenant le jour et l'heure de l'exécution, avec sommation d'y assister. Le garde du génie constate par un procès-verbal les résultats de l'opération et les incidents auxquels elle donne lieu (art. 45). »

107. L'exécution suppose une décision définitive ; l'opposition régulière à un arrêté par défaut aurait un effet suspensif ; à part ce seul cas, il ne peut appartenir au conseil de préfecture d'ajourner la démolition. L'autorité judiciaire, statuant en état de référé, pourrait bien moins encore entreprendre d'arrêter l'exécution. Le Conseil d'Etat aurait seul le droit de prononcer un sursis, dans la

forme réglée par l'art. 3 du décret du 21 juillet 1806. Le délai de recours au Conseil d'Etat est, aux termes du droit commun, de trois mois, à dater de la notification au contrevenant de l'arrêté du conseil de préfecture (ord. du 19 janv. 1832).

CHAPITRE CINQUIÈME

SERVITUDES AUTOUR DES CIMETIÈRES

108. Autour des cimetières dont la translation n'a jamais été opérée et qui n'ont pas été établis hors des communes, comme le prescrit le décret du 23 prairial an II, la propriété n'est assujettie à aucune espèce de servitude. Il appartiendrait seulement au maire de prendre des mesures de police dans l'intérêt de la santé publique, et, par exemple, de faire combler des puits ouverts dans le voisinage trop immédiat des sépultures, mais nul ne peut sans autorisation élever aucune habitation ni creuser un puits, à moins de cent mètres des nouveaux cimetières, transférés hors des communes en vertu des lois et règlements. (Décret du 7 mars 1808, art 1er.) « Les bâtiments existants ne pourront être également restaurés ou augmentés sans autorisation. Les puits pourront, après visite contradictoire d'experts, être comblés en vertu d'ordonnance du préfet du département, sur la demande de la police locale. »

Tous ces textes fixent à cent mètres la distance à observer pour la construction des habitations et le creusement des puits aux abords des cimetières transférés, tandis que les art. 1 et 2 du décret de prairial exigent seulement que les nouveaux cimetières soient éloignés de trente-cinq à quarante mètres des enceintes habitées ; on a cru voir

là une contradiction, et on a soutenu que le décret de 1808 avait dérogé à celui de l'an XII; mais il suffit pour les concilier de considérer que le premier en date pose une règle inflexible en prescrivant aux communes qui ont à transférer leur cimetière un minimum d'éloignement de trente-cinq à quarante mètres, tandis que le second, dont les injonctions s'adressent aux propriétaires voisins, ne détermine un rayon plus considérable qu'en laissant à l'autorité municipale la facilité d'atténuer la rigueur de ces injonctions par des permissions individuelles, au cas où des fouilles ou des constructions n'ont aucun danger pour la salubrité. Du reste, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles qu'on ne saurait prévoir, lorsqu'une commune, dit la circulaire du 30 décembre 1843, a satisfait à l'obligation que lui impose le décret de l'an XII, et qu'elle a transporté son cimetière à trente-cinq ou quarante mètres de ses murs, il ne serait ni juste ni vraiment utile d'étendre les prohibitions prononcées par le décret du 7 mars 1808 sur un rayon de cent mètres, du côté des habitations que la translation du cimetière à la distance légale a dû avoir pour effet d'exonérer de toute servitude : c'est donc seulement du côté des terrains non bâtis que doivent porter les prohibitions qui ont pour objet, non-seulement de garantir la salubrité publique mais encore de ménager autour des cimetières transférés, une zone de terrains libres qui en facilite l'agrandissement, s'il était plus tard reconnu nécessaire.

109. L'octroi ou le refus de la permission de construire ou de restaurer ne constitue, de la part du maire, qu'un acte de son pouvoir de police municipale, basé sur une appréciation des exigences de la salubrité publique, qui échappe au contrôle de la juridiction contentieuse. Son arrêté n'est donc pas susceptible d'être attaqué devant le

Conseil d'Etat; mais il en serait autrement de l'arrêté qui, une fois les travaux commencés, viendrait retirer une autorisation accordée. Le particulier qui l'aurait obtenue et déjà utilisée, aurait droit et intérêt à la faire maintenir.

La sanction légale attachée aux arrêtés du maire est celle qui, aux termes du § 15 de l'art. 475 du Code pénal, est destinée à réprimer les contraventions aux règlements de police municipale, et la juridiction compétente est le tribunal de simple police. C'est à ce tribunal qu'il appartient, par conséquent, de déterminer, sous le contrôle de la Cour de cassation, si le travail exécuté par le propriétaire et représenté comme constitutif de contravention tombe sous le coup de l'interdiction portée par le décret de 1808, d'élever aucune *habitation* dans la distance de cent mètres. D'après la jurisprudence, cette expression ne désigne pas seulement une construction destinée à l'occupation de jour et de nuit; elle comprend tout bâtiment dans lequel on rencontre le fait de la présence habituelle, quoique non permanente, de l'homme. Ainsi, des caves destinées à la manutention des vins, un hangar contigu à une maison et servant d'abri à des ouvriers, ont été regardés comme soumis à la prohibition. — Le délai de la prescription pour la démolition, comme pour l'amende, est celui d'un an, fixé par l'art. 640 du Code d'instruction criminelle.

110. L'interdiction de construire et de réparer, l'obligation de combler des puits existants, si l'autorité municipale l'exige, sont des assujettissements assez graves pour que les propriétaires voisins d'un cimetière transféré ou agrandi aient souvent cherché à obtenir une indemnité. Lorsqu'ils se sont adressés à la juridiction administrative, ils se sont vus écartés par une déclaration d'incompétence.

Le Conseil d'Etat a décidé que le préjudice provenant tant des exhalaisons et autres inconvénients résultant du voisinage du cimetière que des prohibitions établies par le décret du 7 mars 1808 ne constituait pas, dans le sens de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, un dommage direct et matériel, et qu'aucune disposition de loi n'attribuait aux conseils de préfecture la connaissance des demandes en indemnité de cette nature. (Décret du 8 mars 1855.) Cette solution indique aux justiciables la voie civile comme la seule qu'ils puissent prendre. Mais si leur demande est recevable devant les tribunaux, elle est destinée à échouer devant la doctrine bien établie qui refuse toute indemnité pour les atteintes résultant de l'assujettissement de la propriété aux servitudes d'utilité publique. Cette doctrine, applicable à la servitude du chemin de halage, lorsque la navigation était établie sur le cours d'eau qu'il borde avant le décret du 22 janvier 1808, et aux servitudes militaires, a été formulée à l'occasion de notre matière par un arrêt de la Cour de Nancy (30 mai 1843).

111. Dès que les cimetières sont supprimés, les propriétés voisines redeviennent libres, et les bâtiments peuvent être augmentés ou réparés sans aucune autorisation.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. La loi 24, pr. Dig. *de Pigneratitia, actione* 13, 7, ne peut être conciliée avec la loi 46 pr. Dig. *de solut.*

II. Le demandeur dans l'action négatoire doit prouver l'inexistence de la servitude

III. Le § *Sane uno casu qui possidet* (liv. IV, tit. VI, Instit.) ne se rapporte pas à la dénonciation de nouvel œuvre.

DROIT COUTUMIER

I. Le texte glosé de la loi salique est plus ancien que le texte non glosé.

II. La saisine coutumière a son origine première dans la *festuca* du droit germanique.

III. Les bénéfices viennent des concessions à titre précaire que l'Eglise faisait à ses chefs.

DROIT CIVIL

I. L'adultère doit être établi principalement par la preuve des faits qui s'y rattachent. (Art. 313.)

II. L'enfant né dans le mariage, quoique conçu avant la célébration, naît légitime.

III. La possession d'état ne prouve ni la paternité, car la recherche de la paternité est défendue, ni même la maternité, lorsqu'il n'existe point un commencement de preuve par écrit, car la recherche de la maternité n'est permise qu'à cette condition.

PROCÉDURE CIVILE

I. Le juge peut accorder des délais au débiteur, quand le créancier est porteur d'un titre exécutoire autre qu'un jugement. L'art. 122 ne s'y oppose pas.

II. Si les sommations de produire dans un ordre portent diverses dates, le délai pour chaque créancier court du jour de la sommation.

III. L'absence du saisi ou de l'adjudicataire n'empêche pas le règlement de l'ordre amiable.

DROIT CRIMINEL

I. Les lois de procédure pénale ne sont pas régies par l'application du principe de non-rétroactivité.

II. La liberté provisoire peut être accordée à un accusé, en cas de renvoi de l'affaire à une autre session d'assises.

III. L'interdit peut, comme les tiers, demander la nullité d'un acte qu'il a consenti.

DROIT COMMERCIAL

I. Lorsqu'une lettre de change fausse est payée par le tiré, la perte retombe sur le tiré et non sur le porteur.

II. Quand le tireur tombe en faillite, le porteur de la

lettre de change a un droit sur la provision, à l'exclusion des créanciers du failli.

III. La lettre de change où n'est pas mentionné le jour de l'époque du paiement ne vaut pas comme lettre de change.

DROIT ADMINISTRATIF

I. Le lit des rivières non navigables ni flottables appartient au domaine privé de l'Etat.

II. Une communauté religieuse ne peut être, sur le simple motif de non-autorisation, dispersée par le gouvernement.

III. Les maires peuvent autoriser les réunions publiques de plus de vingt personnes.

Vu par le président de la Thèse,

H. ROZY.

Vu par le Doyen,

DUFOUR.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Pour le Recteur empêché,

L'Inspecteur d'Académie délégué,

VIDAL-LABLACHE.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
TOULOUSE

« Les visas exigés par les règlements sont une garantie des prin-
« cipes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux
« bonnes mœurs (statuts du 9 avril 1825, art. 41), mais non des
« opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée
« aux candidats.

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

Toulouse, imp. Pradel, Viguier et Boé, rue des Gestes, 6.