

Décision n° 2010-60 QPC – 12 novembre 2010

*M. Pierre B.*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 15 septembre 2010 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée à l'occasion d'un pourvoi en cassation formé devant elle. Cette question était relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 661 du code civil.

Dans sa décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition conforme à la Constitution.

**I. – La disposition contestée**

Aux termes de l'article 661 du code civil, « *tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de la dépense qu'il a coûté, ou la moitié de la dépense qu'a coûté la portion du mur qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. La dépense que le mur a coûté est estimée à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté, compte tenu de l'état dans lequel il se trouve* ».

En droit civil, la mitoyenneté peut être définie comme la « *copropriété des clôtures (murs, haies, fossés) qui, constituant, pour les copropriétaires voisins un ensemble de droits (ex. appui d'un bâtiment) et de charges (entretien), est soumise à un régime spécial pour son acquisition, sa preuve, etc.* »<sup>1</sup>. Ainsi le mur mitoyen est celui qui se trouve soumis à la mitoyenneté, c'est-à-dire, par opposition à un mur privatif, celui qui est la copropriété de deux propriétaires voisins.

Plusieurs conditions sont nécessaires pour qu'un mur puisse recevoir la qualification juridique de mitoyen<sup>2</sup>. Sommairement, il faut un *mur* qui constitue la *clôture* entre des *immeubles* qui doivent être *contigus* et doivent appartenir à des *propriétaires différents*. Le mur doit encore être construit sur la *ligne séparative* des deux fonds.

---

<sup>1</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri-Capitant, V° *Mitoyenneté*.

<sup>2</sup> Voir G. Paisant, *JurisClasseur Civil Code*, Art. 653 à 662, Fasc. 10, Servitudes, « Notion de mur mitoyen ».

Une fois ces conditions préalables remplies, la mitoyenneté peut s'établir de différentes façons dont l'une, bien que fort ancienne, présente un caractère original. Outre l'accord des parties et la prescription, la mitoyenneté peut en effet s'acquérir par la décision unilatérale de l'un des voisins qui l'impose à l'autre, ce dernier se trouvant ainsi contraint de devenir copropriétaire. C'est cette *cession forcée de mitoyenneté* que régit l'article 661 du code civil renvoyé par la présente QPC au Conseil constitutionnel.

L'article 661 du code civil date de 1804 et a été modifié une seule fois, par la loi n° 60-464 du 17 mai 1960<sup>3</sup>. Mais cette dernière loi a seulement eu pour objet de préciser le mode de calcul du prix d'acquisition de la mitoyenneté, dans le sens d'une plus juste évaluation<sup>4</sup>; elle n'a donc pas modifié l'économie de la disposition contestée qui trouve sa lointaine origine, d'après les travaux préparatoires du code civil, dans la coutume de Paris<sup>5</sup>.

La Cour de cassation juge de longue date et de manière constante que le droit d'acquérir la mitoyenneté par décision unilatérale revêt un caractère absolu et discrétionnaire : « *Celui qui l'exerce est maître du moment, de l'importance et des motifs de son acquisition.* »<sup>6</sup> Ainsi, selon un arrêt de la chambre civile du 11 mai 1925, qui constitue toujours le reflet du droit positif, « *la faculté d'acquérir la mitoyenneté avec toutes les conséquences légales qu'elle comporte est absolue ; que l'article 661 du code civil impose seulement l'obligation de payer au maître du mur la moitié de sa valeur et la moitié de la valeur du sol sur lequel il est bâti ; que l'exercice du droit n'est pas soumis à d'autres conditions et que notamment l'acquéreur n'est tenu de justifier d'aucun intérêt* ». Aucune restriction au droit du voisin n'est ainsi posée par le juge. À l'inverse de l'exercice du droit de propriété lui-même, le droit d'imposer la mitoyenneté n'est donc pas susceptible d'abus.

Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la cession forcée permise par l'article 661 du code civil a fait l'objet de certaines critiques de nature juridique et technique.

La critique s'est d'abord fondée sur l'article 545 du code civil qui dispose que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité*

<sup>3</sup> Loi modifiant divers articles du code civil en tant qu'ils prévoient des indemnités dues à la suite de certaines acquisitions ou restitutions de biens faisant l'objet de droits réels mobiliers ou immobiliers

<sup>4</sup> Voir débats Assemblée Nationale, JO 5 novembre 1959, p. 2170. Dans sa rédaction de 1804, le texte disposait : « *Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti* ».

<sup>5</sup> P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XI, 1827, p. 308, par Berlier. Pour l'auteur, le code civil a été établi sur ce point « *un droit commun (...) fondé sur nos habitudes et sur les usages reçus le plus universellement* » (p. 309).

<sup>6</sup> Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, n° 535.

*publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». Or, d'une part l'article 661 du code civil restreint les prérogatives du propriétaire au mépris apparent de l'article 544, d'autre part il consacre une sorte d'expropriation au nom d'un intérêt qui, selon une argumentation que la présente reprend, serait privé (c'est l'intérêt du voisin que de rendre le mur mitoyen) et non public, comme l'exige pourtant l'article 545 du code civil ainsi que l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont il serait la traduction dans le code civil.

Une partie de la doctrine a par ailleurs fait valoir le caractère selon elle daté de l'article 661 du code civil au regard des progrès effectués en matière de construction. Certes, la faculté de rendre ce mur mitoyen permet au voisin d'y prendre appui (c'est-à-dire de réaliser une emprise) pour construire son propre bâtiment. L'article 661 permet ainsi de réaliser une double économie de moyens et de place dans les bourgs et les villes. Toutefois, les techniques de construction ayant évolué, l'objectif poursuivi par l'article 661 du code civil serait dépassé<sup>7</sup>. Grâce au fer ou au béton armé, les murs n'ont plus la même épaisseur que jadis, et ceux qui construisent des bâtiments seraient davantage soucieux de les isoler, notamment des bruits du voisinage, que de gagner quelques centimètres<sup>8</sup>.

## **II. – La conformité à la Constitution**

Le requérant soutenait que la disposition litigieuse était contraire aux articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 en ce qu'elle permettrait une expropriation au seul bénéfice d'une personne privée. De manière plus nuancée, la Cour de cassation, dans sa décision de renvoi, a jugé sérieuse la question de savoir si l'article 661 du code civil n'était pas à la source d'une « *grave dénaturation du droit de propriété du maître du mur qui perd ses droits exclusifs, sans justification évidente d'une nécessité publique* ».

### **A. – Les normes de constitutionnalité applicables**

La jurisprudence du Conseil constitutionnel distingue la privation du droit de propriété, au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789, et l'atteinte aux conditions d'exercice de ce droit, qui s'apprécie au regard de la protection reconnue par son article 2<sup>9</sup>. Dans le premier cas, la privation ne peut intervenir que « *lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Dans le second cas, le

<sup>7</sup> H. Capitant, « La mitoyenneté et les nouveaux matériaux de construction », *D.H.* 1929, chron. p. 81 ; G. Goubeaux, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 8 mars 1972 : *JCP* 1972, II, 17248.

<sup>8</sup> G. Liet-Veaux, « Un anachronisme : la mitoyenneté des murs », *JCP* 1966, I, 1991.

<sup>9</sup> Décisions n° 2010-607 DC du 10 juin 2010, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, cons. 9 ; décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, cons. 5.

Conseil examine principalement si l'atteinte portée aux conditions d'exercice du droit de propriété est proportionnée aux buts d'intérêt général<sup>10</sup> poursuivis. À cette occasion, le Conseil constitutionnel peut être conduit à constater que les atteintes au droit de propriété en dénaturent le sens et la portée à raison de leur gravité.

À l'occasion de la décision sur la QPC n° 2010-60, le Conseil constitutionnel a synthétisé cette alternative dans un considérant de principe. Ainsi le troisième considérant de la décision commentée, après avoir rappelé que « *la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789* », reproduit les termes de son article 17 relatif à l'expropriation pour cause de nécessité publique et, surtout, poursuit « *qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi* ».

La qualification de la mesure contestée revêt donc un caractère fondamental<sup>11</sup>. Qualifiée de privation de propriété, une disposition législative doit répondre aux sévères conditions posées par la lettre de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; qualifiée d'atteinte aux conditions ou modalités d'exercice du droit de propriété, la disposition en cause est soumise à un contrôle de proportionnalité en fonction de la nature de l'objectif poursuivi, de la gravité de l'atteinte portée et des garanties de fond et de procédure qui l'encadrent. Il appartenait donc en premier lieu au Conseil constitutionnel de qualifier la nature de l'article 661 du code civil au regard des principes de la Déclaration de 1789.

## **B. – L'application des normes de constitutionnalité**

La solution développée par le Conseil tient en deux temps bien distincts : la qualification de privation du droit de propriété est d'abord écartée ; la mesure est ensuite examinée du point de vue des restrictions apportées aux conditions d'exercice de ce droit.

À titre préalable, le Conseil constitutionnel a rappelé la compétence du législateur, conférée par l'article 34 de la Constitution, « *pour fixer les principes fondamentaux de la propriété et des droits réels* ». Il a également jugé que cette compétence générale implique une compétence particulière pour « *définir les modalités selon lesquelles les droits des propriétaires de fonds voisins doivent*

---

<sup>10</sup> Décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*, cons. 22.

<sup>11</sup> Voir J.-F. de Montgolfier, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée », cycle de conférences de l'ordre des avocats aux conseils, 18 novembre 2009, in *Justice et cassation*, Dalloz, 2010, p. 259 et s.

*être conciliés* ». À cet égard, le Conseil précise que « *la mitoyenneté des murs séparatifs est au nombre des mesures qui tendent à assurer cette conciliation* » (cons. 4).

– S’agissant de la qualification de la mesure, le Conseil a jugé, dans un premier temps, que l’article 661 du code civil « *n’a pour effet que de transformer en indivision le droit exclusif du maître du mur qui, dans les limites de l’usage en commun fixées par les articles 653 et suivants du code civil, continue à exercer sur son bien tous les attributs du droit de propriété* ». Il en résulte, selon le juge constitutionnel, qu’« *en l’absence de privation de ce droit, l’accès à la mitoyenneté autorisé par le texte en cause n’entre pas dans le champ d’application de l’article 17 de la Déclaration de 1789* » (cons. 5).

Le Conseil souligne ainsi que le maître qui subit la cession forcée de mitoyenneté demeure bien propriétaire du mur, de sorte que l’on ne saurait parler d’une véritable *privation* de propriété au sens de l’article 17 de la Déclaration de 1789 – même si la doctrine civiliste retient parfois cette qualification. D’autres auteurs préfèrent qualifier la cession forcée de mitoyenneté de « *cessation de droits privatifs* », car il n’y a « *pas un transfert de droit d’un patrimoine à un autre, mais plutôt un partage* »<sup>12</sup>. Selon ces derniers, le droit change certes de nature, mais il demeure. Le mur, devenu mitoyen par la volonté unilatérale du voisin, reste en effet dans le patrimoine du maître d’origine, même si les deux propriétaires des fonds contigus en jouiront désormais en commun. La mitoyenneté constitue bien une forme particulière de copropriété, ainsi que certains termes du code civil le laissent d’ailleurs entendre<sup>13</sup>. En tout état de cause, le Conseil ne s’est pas estimé tenu par la qualification de la mesure en droit civil : tout transfert de droits réels n’implique pas nécessairement le constat d’une privation de propriété au sens de l’article 17 de la Déclaration de 1789. S’agissant d’un transfert de droits qui, au sens propre comme au figuré, revêt un caractère marginal, le Conseil a estimé que la mesure devait s’appréhender comme un atteinte aux conditions d’exercice du droit de propriété.

Par conséquent, c’est au regard de l’article 2 de la Déclaration de 1789 que la conformité à la Constitution de l’article 661 du code civil devait être analysée.

– Au titre du contrôle des restrictions apportées à l’exercice du droit de propriété, le Conseil vérifie, conformément aux conditions posées, d’abord qu’elles sont justifiées par un motif d’intérêt général, ensuite qu’elles sont

<sup>12</sup> G. Paisant et L. Tranchant, *JurisClasseur Civil Code*, Art. 653 à 662, Fasc. 20, Servitudes, « Régime juridique de la mitoyenneté des murs », n° 3.

<sup>13</sup> À ce sujet, les arrêts les plus récents de la Cour de cassation parlent d’un « *droit de propriété indivise* » (Civ. 3<sup>e</sup>, 19 février 1985 : *Bull.* n° 37) ou d’un « *droit de propriété dont deux personnes jouissent en commun* » (Civ. 3<sup>e</sup>, 20 juillet 1989 : *Bull.* n° 173).

proportionnées à l'objectif poursuivi, enfin qu'elles ne conduisent pas, par leur gravité à une dénaturation du sens et de la portée de la propriété (cons. 6).

S'agissant de l'intérêt général, le Conseil décide que la mitoyenneté « *détermine un mode économique de clôture et de construction des immeubles ainsi que d'utilisation rationnelle de l'espace* ». La cession forcée de mitoyenneté permet en effet d'éviter la construction d'ouvrages inutiles en autorisant en particulier le voisin à réaliser une emprise sur l'immeuble du maître d'origine. On peut observer que le récent projet doctrinal de réforme du livre II du code civil (novembre 2008), élaboré sous l'égide de l'association Henri Capitant, reprend la substance de l'article 661 du code civil<sup>14</sup>. Ainsi, si l'intérêt du voisin, cessionnaire de la mitoyenneté, est indiscutable, l'accès forcé à la mitoyenneté n'en répond pas moins également à un motif d'intérêt général, et le Conseil le juge par ailleurs « *proportionné à l'objectif poursuivi par le législateur* ».

Quant aux garanties de fond et de procédure qui entourent la mise en œuvre de l'article 661 du code civil, le juge constitutionnel relève d'une part que cet accès forcé à la mitoyenneté est « *réservé au propriétaire du fonds joignant le mur* » et, d'autre part, qu'il est « *subordonné au remboursement à son propriétaire initial de la moitié de la dépense qu'a coûté le mur ou de la portion qu'il veut rendre mitoyenneté la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti* », le juge judiciaire fixant, le cas échéant, le montant de ce remboursement.

Dans ces conditions, le Conseil conclut que la disposition en cause ne présente pas « *un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée* » du droit de propriété (cons. 6).

Le Conseil constitutionnel juge par conséquent que l'article 661 ne porte pas une atteinte inconstitutionnelle aux conditions d'exercice du droit de propriété garanti par l'article 2 de la Déclaration de 1789.

---

<sup>14</sup> Avant-projet de réforme du Livre II du code civil relatif aux biens, art. 642 : « *Le propriétaire du fonds joignant un mur a la faculté d'en acquérir la mitoyenneté en tout ou partie, en remboursant au propriétaire du mur la moitié de la valeur actuelle du mur et la moitié de la valeur du sol supportant le mur ou la partie du mur.* »