

CHAPITRE III : L'INFLEXION DANS LES LIMITES APORTEES AU DROIT DE CONSTRUIRE

+++++ ++

La définition du terrain à bâtir ne serait pas complète sans l'analyse du droit de construire attaché à ladite parcelle. Le législateur de 1985 ne s'y est d'ailleurs pas trompé puisqu'il supprime "les terrains à bâtir inconstructibles" issus jusque là de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Toutefois, dans la poursuite de l'intérêt général ou particulier, certains mécanismes peuvent réduire ou anéantir ses effets, augmentant ainsi la relativité du terrain à bâtir. N'étant pas systématiques, ces atteintes au droit de construire conduisent donc à distinguer les terrains à bâtir simples dont la définition résulte des documents de planification urbaine des terrains à bâtir entravés dont le potentiel de constructibilité subit des atteintes à la fois d'ordre public (Section I) et d'ordre privé (Section II) (1).

Bien que ces limites concernent le résultat de la qualification du terrain à bâtir (la construction), instaurant alors un subjectivisme indirect, leur étude s'avère indispensable afin que l'utilisateur puisse se faire une idée sur la valeur et les possibilités légales de son terrain.

SECTION I : L'INFLEXION DE L'OBJECTIVITE DANS LES LIMITES DE DROIT PUBLIC APORTEES AU DROIT DE CONSTRUIRE -

Avant d'examiner leurs effets sur la notion de terrain à bâtir (§2), il convient d'en rechercher la définition exacte (§1).

§1 - DEFINITION DES LIMITES DE DROIT PUBLIC -

Grâce aux sujétions relatives à l'usage des sols, la puissance publique affirme son désir de maîtriser le développement urbain. Malgré des origines diverses (A), celles-ci présentent des caractéristiques que seules les "servitudes d'intérêt public" renferment, délimitant ainsi l'approche subjectiviste du terrain à bâtir (B).

(1) Me G. BAZAILLE Le terrain à bâtir, rapport congrès Notaires Mai 1963 p.105 et suiv.; M. FANTON Rapport A.N.n°1828 t.1 annexé P.V.séance 27/06/1975 p.23; MM. HENRIOT & PRIEUR Servitudes de droit privé et de droit public Le Moniteur Collect.Actualité Jurid.1976 p.297 et suiv. ou ed. 1979 p.353 et suiv.; R. SAINT-ALARY Le droit de la construction Thémis 1977 P.U.F.p.206 et suiv. J. LAVERGNE Incidences du potentiel de constructibilité et de la législation relative à l'expropriation sur l'éval. des T.A.B. D. et Ville 1978 p.237 et suiv.; J.P. GILLI Le nouveau droit du permis de construire R.D.I.n°sp.juin 1984 p.59-60

A - SOURCES DE L'INFLEXION INDIRECTE D'OBJECTIVITE -

Les limites apportées au droit de construire résultent souvent des P.O.S. qui, pour assurer le respect des objectifs de planification (subjectivisme primaire), fixent les règles et les servitudes d'utilisation des sols (art.L.123-1 C.Urb.). Or une documentation non locale peut être également à l'origine desdits objectifs (v.supra p.159-177). Aussi, des instruments nationaux de réglementation urbaine, tels que les Directives d'Aménagement National remplacées depuis 1983 par des prescriptions d'aménagement au sens de l'article L.111-1-1 C.Urb.(2) ou le R.N.U.(3) vont-ils instituer des servitudes générales d'urbanisme (4). Pour plus de détails, il suffit de se reporter aux principes de la planification urbaine (v. Chap.1 Titre 1 et 2) dont le permis de construire assure l'application pratique (5).

A côté de ces sujétions, la loi instaure soit directement (servitude de passage le long du littoral instituée par la loi du 31 décembre 1976)(6) soit par décisions administratives (actes publics unilatéraux) prises en application de législations spécifiques dans des domaines aussi variés que l'hygiène, l'esthétique, la circulation, la défense nationale ou l'urbanisme (7), les servitudes d'utilité publique (ou servitudes administratives). Elle seule peut créer une servitude de ce genre (8) afin d'éviter tout arbitraire de l'administration.

En outre, l'article L.126-1 nouveau (art.55 Loi n°83-8 du 07/01/1983 modifiée) réaffirme l'obligation de reporter en annexe du P.O.S. dans un délai donné ces servitudes figurant sur une liste dressée en Conseil d'Etat (art.R.126-1) sous peine de ne pouvoir opposer le subjectivisme indirect aux demandes d'autorisation d'occuper le sol et aux certificats d'urbanisme (a11 et 3).

Le représentant de l'Etat, garant de l'utilité publique, donc de cette motivation s'assure même lors de l'élaboration des P.O.S., de la fiabilité et de l'exhaustivité du système de report (a12), mettant ainsi le maire en demeure de l'effectuer dans le délai de un mois sous peine d'y procéder d'office. Il lui adresse le règlement et les documents graphiques de la servitude à annexer. Si le maire s'entête, ledit représentant fait alors connaître par toute voie de publicité que le P.O.S. est incomplet et annoncer qu'il défèrera au

(2) C.E. Sect. 04/03/1977 S.A. "Construction Simottel" Rec. Leb. p.122 A.J.D.A. 1977, 313 concl. LABETOUILLE D. et Ville 1977 n°4 p.293 n. BOUYSSOU G.D.A.U. 1981 n°10 GILLI & CHARLES

(3) C.E. 17/12/1975 Dames DAVID & GARONNE Rec. Leb. p.646

(4) J.B. AUBY Le principe de non-indemnisation des servitudes instituées par application du Code de l'Urb. D. et Ville 1980 n°10 p.170 et suiv.

(5) en ce sens H. HEUGAS-DARRASPEN Servitudes d'urb. et valeur vénale des immeubles non bâtis A.J.P.I. 10/05/1984 études p.323 sp.p.324: "le permis de construire assure simplement le respect des servitudes d'urbanisme".

(6) B. GENEVOIS La servitude de passage des piétons sur le littoral A.J.D.A. 1978.6.28

(7) v. liste de Me G. BARZAILLE cité supra réf. n°1 Chap. III

(8) Civ. 11/05/1937 S. 1937 I 297 sinon illégalité si création par autorité administrative; C.E. 18/06/1926 R.D.P. 1926 p.437; C.E. 25/06/1948 Rec. Leb. p.300; C.E. 05/01/1951 Rec. Leb. p.8

juge administratif tout permis non conforme à l'approche indirecte de la notion résultant de ladite servitude (9).

Toutefois, ces servitudes sont modifiées ou supprimées quand l'utilité publique est elle-même modifiée ou disparaît.

B - CARACTERISTIQUES DE L'INFLEXION INDIRECTE D'OBJECTIVITE -

Le subjectivisme indirect retenu dans la notion de terrain à bâtir, présente des caractéristiques juridiques (1°) dont l'impact ne dépasse pas certaines limites (2°) sous peine de basculer dans l'arbitraire.

1°- Caractéristiques juridiques de l'inflexion indirecte -

Le subjectivisme indirect du terrain à bâtir prend la forme de "servitudes d'urbanisme" qui font partie de celles ayant pour objet "l'utilité publique ou communale" (art.649 C.Civ.) et soumises à des lois et règlements particuliers (art.650 C.Civ.) relevant du droit administratif.

Ces limites apportées au droit de construire ont donc pour effet de contraindre à l'observation de règles d'utilité générale (10) et non de servir un fonds dominant sauf à considérer que le domaine public en tient lieu (11) alors que les servitudes de droit privé s'analysent en un rapport entre deux fonds et relèvent du subjectivisme des particuliers (utilité privée). De plus, ces contraintes, dont la motivation relève de l'ordre public dans le sens que l'administration ne peut y déroger sauf autorisation expresse du texte établissant la servitude, pèsent davantage sur la personne que sur le fonds. Néanmoins, ces sujétions ne pèsent pas sur la personne en tant que telle mais en tant que propriétaire du fonds donnant alors un caractère réel à cette charge, déterminée comme obligation propter rem par les auteurs, intransmissibles aux acquéreurs successifs du propriétaire du fonds (12).

Or ces charges dont le seul but d'utilité publique consiste à aménager un territoire (13), se distinguent des règles générales de police de l'urbanisme issues des P.O.S. ou règlements qui imposent des obligations aux personnes applicables à tout un ensemble d'immeubles et comportent une limitation au droit de propriété de portée générale alors que la servitude administrative pèse sur un immeuble en fonction de son emplacement (14) "ou de la

(9)Y.DAUGE comment.L.n°83-8 du 07/01/1983 modifiée par L.n°83-663 du 22/07/1983 J.C.P.(N) 1983 Prat.8857 p.671-672; J.BASCHWITZ Les P.O.S. instruments de l'urbanisation Rep.Not.Def. 1985 I art.33475 p.300-301

(10)Civ.08/05/1963 J.C.P.1963 II 13314 n.ESMEIN R.T.D.C.1963,760 obs.BREDIN

(11)R.SAINT-ALARY cité supra réf.n°1 p.209-210

(12)RIVALLAND Les charges d'urb. L.G.D.J.1969 p.274; GOUBEUX ss Civ.3ème 23/06/1971 J.C.P. 1972 II 16965; J.L.AUBERT chr.juris.civile Rep.Not.Def.1972 p.61 n°43; R.T.D.C.1975,336 obs.GIVERDON

(13)RIVALLAND cité supra réf.n°12 p.75-76

(14)J.B.AUBY cité supra réf.n°4 p.174

valeur patrimoniale qu'il(...) représente(...) au plan de l'intérêt général (en tant que ressource historique à protéger ou en tant que richesse naturelle à préserver)"(15).

Quoi qu'il en soit, ce comportement détourné que l'on pourrait qualifier de "subjectivisme ponctuel" ne doit pas dépasser certaines limites sous peine de basculer dans l'arbitraire.

2°- Les limites de l'inflexion indirecte -

Le subjectivisme indirect doit répondre à l'utilité publique (16) même si un particulier, une personne publique ou leurs propriétaires en profitent accessoirement, reprenant ainsi un principe applicable en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (cf déclaration d'utilité publique).

Cet intérêt général, qui relève d'ailleurs de l'ordre public, entraîne plusieurs conséquences :

- d'une part, l'administration ne peut déroger librement aux limites subjectives du terrain à bâtir (ou servitudes administratives) en dehors des cas expressément prévus par la loi (théorie de la compétence liée) dont les tribunaux font une stricte interprétation (v.supra p.317-318 : règles du contentieux devant le tribunal civil qui exige un préjudice personnel découlant de la violation d'une servitude d'urbanisme).

- d'autre part, il explique le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme de l'article L.160-5 C.Urb.(a) auquel la loi et la jurisprudence ont apporté quelques tempéraments (b) afin de mieux cerner cette approche du terrain à bâtir.

a - Le pourquoi de l'inflexion indirecte ou le principe de l'article L.160-5 -

Bien que s'adressant davantage au droit de construire (17) qu'à la qualification de terrain à bâtir, ce principe vise en fait à régulariser les rapports existant entre la propriété privée et l'intérêt général (18). Si l'on devait systématiquement indemniser les propriétaires, lorsqu'est instituée une servitude d'urbanisme, aucune politique locale d'aménagement susceptible de modifier les possibilités de constructibilité et leurs modalités, ne pourrait être mise en oeuvre par la collectivité publique (19). La propriété urbaine devient de plus en plus une fonction sociale.

(15)M.PRIEUR & G.C.HENRIOT cité supra réf.n°1 p.34;R.CAPITANT Rep.Dz D.Adm.v.Urb.n°38

(16)G.BAZAILLE cité supra réf.n°1 chap.2 p.107

(17)J.B.AUBY cité supra réf.n°4 p.179 et suiv.;H.CHARLES Le droit et la gestion de l'espace urbain dans Analyse,Organisation et Gestion de l'espace Doc.et Tx n°sp.Avril1980 p.40-41;J.P.CORDELIER De l'influence des restrictions de constructibilité sur la fixation de l'indemnité de l'expropriation G.P.10/11/1977 p.537-538; H.VIDAL Servitudes d'Urb.et Exprop.D.1976 chr.p.111; HENRIOT & PRIEUR cité supra réf.n°1 ed.1976 n°709 et suiv.;P.GALAN Prévisions et règles d'urbanisme P.O.S. Juriscl.Const.Fasc.7 II 1984 p.26 et suiv.

(18)v.analyse de J.P.GILLI Redéfinir le droit de propriété C.R.U.1975

(19)R.M. J.O.A.N.16/07/1977 p.4741 comp.R.M. J.O.A.N.11/07/1976 p.5266

Ainsi, une servitude non aedificandi de part et d'autre de certaines voies de circulation est-elle instaurée à la fois dans l'intérêt général du trafic et l'intérêt des populations riveraines afin d'atténuer les nuisances dues au bruit et à la pollution de l'air (20).

Par conséquent, ce principe relatif aux servitudes d'urbanisme établies par les documents de planification urbaine ou des textes particuliers (21) télescope un droit subjectif, absolu, inviolable et sacré : le droit de propriété auquel se rattache le terrain à bâtir.

Toutefois, cet intérêt général à la base du subjectivisme indirect ne justifie pas toujours la baisse de valeur des propriétés urbaines dans la mesure où leur constructibilité se trouve sous l'étroite dépendance des décisions administratives, ce, sans contrepartie. D'où les exceptions suivantes (à ce principe) pour lutter contre l'arbitraire si nuisible à la définition du terrain à bâtir (22)!

b - Les limites de l'inflexion indirecte ou les exceptions au principe de l'article L.160-5 -

En fait, les exceptions à l'article L.160-5 al1 (23) ne font nullement disparaître les effets de la restriction administrative au droit de construire, mais tiennent compte de l'intérêt privé des propriétaires à considérer leur parcelle comme terrain à bâtir en les dédommageant de ce manque à gagner. D'où l'intérêt d'examiner ces limites d'origine législative (α) et jurisprudentielle (β) afin de combattre le comportement nocif de l'administration.

α) Les limites législatives -

 Dans son avis du 18 décembre 1924 (24), le Conseil d'Etat estimait qu'il fallait appliquer aux servitudes "le principe général selon lequel tout acte de la puissance publique ouvre droit à réparation lorsqu'il en résulte un dommage direct, matériel et spécial".

 (20)R.M. J.O.A.N.21/07/1973 p.3007 J.Not.art.51524; R.M.à Q.E. J.O.A.N. 28/05/1975 p.3281 pour les servitudes relatives aux espaces boisés à conserver.

(21)C.E.09/01/1925 FROSSARD Rec.Leb.p.29; 09/01/1925 MALRAUX Rec.Leb.p.30 à propos de l'interdiction d'afficher dans le périmètre des monuments historiques.

(22)pour une critique de ce principe v.Me G.BAZAILLE cité supra réf.n°1 p.131 :inégalité entre les citoyens devant les charges publiques; G.LIET-VEAUX ss Civ.3ème 19/03/1969 Cne de Bray sur Seine et Civ.3ème 10/07/1969 Ville de Lorient J.C.P.1970 II 16152; Les empiètements de l'Etat sur la propriété privée R.E.D.I.1970 n°42 p.2041; Juriscl.Adm.Fasc.445-2

(23)H.HEUGAS-DARRASPEN cité supra réf.n°5 p.327-328; J.B.AUBY cité supra réf.n°4 p.174-184; HENRIOT & PRIEUR cité supra réf.n°1 n°709 et suiv.;CATHELINÉAU & VIGUIER Technique du D. de l'Urb. Prat.Not. ed LITEC 1984 p.324; H.VIDAL cité supra réf.n°17 p.111;P.GALAN Juriscl.const.Fasc.7 II 1984 p.26 et suiv.

(24)Juriscl.Adm.Fasc.390 n°151

Aussi une indemnité est-elle prévue à l'article 82 ancien du Code de l'Urbanisme et de l'Habitation lors d'une "modification de l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain"(1er Point). L'atteinte aux droits acquis donne également lieu à indemnité (2ème Point) et ce, depuis la loi d'orientation foncière du 31 décembre 1967 (art.37). Enfin, certains textes législatifs instituant des servitudes d'utilité publique (en dehors des servitudes d'urbanisme issues des P.U. et des P.O.S. non susceptibles d'indemnité) prévoient des règles d'indemnisation (art.L.160-7)(3ème Point)(25).

1er Point : Modification de l'état antérieur des lieux -

Pour retenir l'intention du particulier ("considérer sa parcelle comme terrain à bâtir") et le dédommager, l'article L.160-5 al2 C.Urb. exige "une modification à l'état antérieur des lieux" : formule pour le moins ambiguë car on ne voit pas comment une servitude peut modifier l'état des lieux (26). Quoi qu'il en soit, cette modification doit résulter directement de l'institution de servitudes d'urbanisme (27).

Ainsi, ne sont pas retenus les intérêts du particulier :

- en cas de refus du permis de construire, sans faute de la part de l'administration, dans la mesure où les servitudes en cause entrent dans la catégorie générale des servitudes réglementaires ne grévant pas spécialement certaines propriétés. On retrouve ici l'idée d'un subjectivisme ponctuel.

- ni lorsque le P.U. frappe des immeubles détruits par fait de guerre (28)
- ni pour une servitude non aedificandi instituée en bordure d'une autoroute(29)
- ou encore pour un terrain compris dans une zone que le P.U. réserve aux seuls immeubles collectifs bien qu'une limitation de liberté de construire en soit la cause (30).

Toutes ces situations sont donc diversément appréciées par les tribunaux administratifs selon la date d'achat du terrain, l'époque à laquelle est intervenue la demande de permis de construire et la nature de la servitude rendant le terrain impropre à la construction (31).

(25) J.LAVERGNE cité supra réf.n°1 p.238; M.FANTON cité supra réf.n°1 p.23; C.E.Sect.14/03/1986 req.n°40310 Cne de Gap-Romette c/Cts BERAUD J.C.P.(N)1987 juris.p.313 obs.J.DAVIGNON: réparation du préjudice né de l'institution d'une servitude administrative que si le législateur n'a pas entendu exclure toute indemnisation et que si le préjudice est direct, certain, grave et spécial; égal.C.E.10/06/1988 req.n°47568 S.A. Etab.BONNARGENT-GUYON qui rappelle que l'art.L.160-5 C.Urb. institue un régime d'indemnisation exclusif de tout autre mode de réparation.

(26) concl.LABETOUILLE ss C.E.04/03/1977 M.Equip./Cts GUILLEROT A.J.D.A.1977,313 Rec.Leb.p.122 D. Adm.1977 n°166 D.S.1977 I.R.206 obs.CHARLES et p.613 n.LE MIRE D.& Ville 1977 n°4 p.293 n.BOUYSSOU et R.D.P.1977,1118 n.de SOTO; C.E.20/01/1984 Cts DOMSCHEIT Rec.Leb.Tab.p.738 D.1984 I.R.p.128 obs.CHARLES et D.1985 p.213 obs.MODERNE & BON

(27) C.E.08/02/1963 Cts LEROY Rec.Leb.p.83 A.J.P.I.1964,693 G.P.1963.1.381 G.D.A.U.1981 n°10 p.83

(28) C.E.08/02/1963 précité réf.n°27; C.E.14/06/1963 Sté Lacroix Rec.Leb.p.103 D. Adm.1963 n°26

(29) C.E.17/12/1975 Dames DAVID & GARONNE Rec.Leb.p.646 R.D.P.1978,940; C.E.05/05/1982 Dame Charlotte FAURESSE C.J.G.E.1982,314 n.J.P.PAPIN

(30) C.E.13/07/1965 Dame Vve BAUDE et Dame LACHAT Rec.Leb.p.471

(31) R.M.à Q.E. J.O.A.N.26/11/1955 p.6032 J.C.P.(N)1955 IV 2096-1 comp.C.E.27/06/1958 R.P.D.A.1958 n°316

A cela s'ajoute que le subjectivisme indirect du terrain à bâtir issu de cette modification doit provoquer un préjudice direct, matériel et certain (32) pour se voir opposer le comportement du particulier (v. en ce sens les règles générales de la responsabilité administrative supra Chap.2 Section II). Mais là encore, la jurisprudence a une conception plutôt restrictive du préjudice direct (33) puisque la perte de valeur d'un fonds ne peut pas être considérée comme résultant directement de l'institution d'une servitude (34).

2ème Point : Atteinte aux droits acquis -

Comme précédemment, cette notion très précise est interprétée restrictivement par la jurisprudence administrative. Les administrés n'ayant aucun droit au maintien d'une règle d'urbanisme (subjectivisme primaire ou appliqué à caractère évolutif dans le temps), l'institution a posteriori d'une servitude ne crée aucun droit à indemnisation (35).

Seules les décisions individuelles entraînent des droits acquis justifiant que l'on retienne l'intention du particulier. Ainsi en est-il lorsque, par une nouvelle décision revenant sur la première ayant accordé le permis de construire, l'administration modifie ce dernier alors que les travaux ont commencé (36) à condition toutefois de ne pas avoir été illégalement accordé; ou en cas de paralysie d'un accord préalable (37) ou bien encore lorsque la servitude remet en cause l'autorisation de lotir en provoquant l'inconstructibilité de plusieurs lots (38).

Là aussi, le subjectivisme du particulier n'entre en ligne de compte que si l'atteinte aux droits acquis crée un préjudice direct, matériel et certain. D'ailleurs, le Conseil d'Etat (39) refuse d'indemniser le préjudice subi, quand, après un refus illégal de permis de construire ou d'autorisation de lotir, une nouvelle réglementation d'urbanisme rend le terrain inconstructible puisque selon la théorie de la causalité adéquate (seul l'évène-

(32) C.E. 27/06/1958 MERLET Rec. Leb. Tables p.51; C.E. 08/02/1963 M. Const./ LEROY et C.E. 14/02/1963 Sté Lacroix cités supra réf. n°28

(33) G. GALONEC Les limites de la resp. adm. dans le contentieux de l'urb. A.J.P.I. 1979 n°3 p.15

(34) concl. LABETOUILLE ss C.E. Sect. 04/03/1977 M. Equip./S.A. Construct. Simottel et M. Equip./ Cts GUILLEROT cité supra réf. n°26; M.A. LATOURNERIE Urb. et Exprop. Juris. adm. M.E.C.V. 1979 p.193-194

(35) C.E. 23/11/1977 De l'le AJBAUD A.J.D.A. 1978 p.293

(36) R.M. à Q.E. J.O.A.N. 01/12/1967 p.5420

(37) par analogie C.E. 17/06/1983 M.E.C.V./SCI Italie de Vandrezanne J.C.P. 1984 II 20138 n.J. MORAND-DEVILLER

(38) C.E. 04/03/1977 M. Equip./S.A. Simottel G.A.D.U. 1981 n°10 et réf. n°26; confirmation avec C.E. 15/01/1981 Sté d'études et de réalisation "Roche Béranger" req. n°21617 dans CATHELINEAU & VIGUIER cité supra réf. n°23 p.325; C.E. 13/02/1987 ANRIGÓ req. n°57032 et C.E. 06/03/1987 req. n°466943 Sté en nom collectif "Guillaume CERRITO, de MONTERA et Cie" J.C.P.(N) 1988 juris. p.197 obs. R. VANDERMEEREN - N.B. : avant 1977, autorisation de lotir ne pouvait qu'avoir un caractère réglementaire n'entraînant pas indemnisation : C.E. 13/10/1967 SCI Le Méditerranée Rec. Leb. p.375; C.E. 16/05/1973 SEVENSON & HEMENWAY Rec. Leb. p.350

(39) C.E. 26/07/1985 JOLY DANIEL/M. Urb. A.J.P.I. Janv. 1986 p.46-47 obs. E. FATÔME

ment qui porte normalement en lui le préjudice, constitue la cause de ce préjudice), il n'y a pas de rapport de cause à effet (40). Or cette position est critiquable car elle entérine l'attitude nocive de l'administration. En outre, si on avait appliqué la "théorie de l'équivalence des conditions" (la cause d'un préjudice résulte de tout fait sans lequel ce préjudice ne se serait pas produit)(41), la solution du Conseil d'Etat aurait été inverse !

3ème Point : Les exceptions législatives autres que l'article L.160-5 -

L'article L.160-7 C.Urb.(Loi n°76-1285 du 31 décembre 1976) associe à l'établissement de la servitude de passage des piétons le long du littoral (art.L.160-6) une indemnisation à condition, toutefois, que le dommage soit direct, matériel et certain (42).

Bien qu'il s'agisse d'une réparation de dommage au lieu d'une indemnisation de servitude, le subjectivisme du particulier devra être retenu dans la définition du terrain à bâtir, d'autant que la loi du 3 Janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral prévoit "qu'exceptionnellement" la servitude longitudinale de passage pourra s'implanter sur une propriété non riveraine du domaine public, afin d'assurer la continuité du chemin piétonnier (43).

La privation de jouissance au profit de l'intérêt collectif auquel répond le subjectivisme indirect du terrain à bâtir va encore plus loin puisque l'article L.160-6-1 créé par ladite loi instaure, en l'absence de voie publique à moins de 500 mètres, une servitude latérale sur les voies et chemins privés à usage collectif (et non à usage professionnel) reliant la voie publique au rivage alors que la jurisprudence antérieure s'y était refusée (44).

Bien sûr, l'administration répugnera à admettre l'intérêt du particulier susceptible d'indemnité en alléguant l'absence de tout changement dans l'usage habituel des voies et des chemins toujours destinés à la circulation. Mais il est important qu'une telle limite pécuniaire existe afin de restreindre l'arbitraire de l'administration (45).

(40) concl. GALMOT ss C.E.14/10/1966 MARAIS D.1966 juris.p.636; J.P.TAUGOURDEAU Le caractère certain et direct du préjudice en mat.de resp.extracontractuelle de la puissance pub. A.J.D.A. 1974 p.508 et s.; P.VIALLE Lien de causalité et dommage direct du préjudice en mat.de resp. extracontractuelle de la puissance publique R.D.I.1974 p.1243.

(41) R.ODENT Contentieux Administratif Les cours de droit Fasc.IV p.1503

(42) B.GENEVOIS La servitude de passage des piétons sur le littoral A.J.D.A.1978,628

(43) contra T.A.Rennes 25/05/1983 NOEL réf.cité n°22 dans chr.P.GODFRIN La loi du 03/01/1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral A.J.P.I. Juin 1986 doct.p.366

(44) T.A.Rennes 24/11/1982 Le Grand A.J.D.A.1983 p.440 n. NGUYEN QUOC VINH : pas de remontées entre le sentier du douanier à la voirie publique.

(45) T.A.Rennes 28/11/1984 Cts GUYON (2ème espèce) R.F.D.A.1985 p.913 n.H.CHARLES : réduction de l'indemnité par l'existence antérieure d'un passage.

L'autre exemple d'indemnisation du subjectivisme "particulier" résulte de l'article L.150-4 C.Urb. Lorsque l'administration impose dans certaines conditions une modification d'affectation pour des terrains à usage industriel si l'exploitation industrielle a été interrompue (46). Mais ceci concerne davantage la destination du terrain que sa qualification (terrain à bâtir industriel)!

β) Les limites jurisprudentielles -

A l'inverse des hypothèses précédentes, seule une intention nocive de l'administration déclenche la prise en compte de l'intérêt particulier dans l'approche indirecte du terrain à bâtir (47), venant ainsi sanctionner cet apport d'arbitraire.

Toutefois cette limite jurisprudentielle ne joue que pour une situation très précise : l'évaluation du terrain à bâtir en matière d'expropriation (art.L.13-15 II C.Exprop.) qui, depuis 1976, voit son champ d'application se restreindre davantage (48). En effet, jusqu'en 1976, les tribunaux judiciaires craignent que l'administration, désireuse de sauvegarder ses intérêts financiers, ne réduise la valeur d'un terrain grâce à une servitude d'urbanisme (49). Aussi affirment-ils, en se fondant sur le principe que l'indemnité d'expropriation doit couvrir l'intégralité du préjudice, que "les restrictions de caractère administratif au droit de construire sur un terrain sont sans influence sur la fixation de l'indemnité d'expropriation"(50), sanctionnant alors les réductions nocives de la constructibilité du terrain concerné.

Or cette indemnisation indirecte des servitudes d'urbanisme, comptabilisant la volonté du particulier dans la définition du terrain à bâtir, provoque l'inégalité des citoyens devant les charges publiques car seuls, les fonds expropriés ont la chance d'être dédommagés.

La loi n°75-1328 du 31 décembre 1975 (art.38) prévoit donc de ne pas tenir compte des servitudes d'urbanisme dans l'évaluation du terrain à bâtir sauf intention dolosive

(46) H.HEUGAS-DARRASPEN cité supra réf.n°23 p.328; R.M.àQ.E. n°17498 J.O.A.N.22/09/1979 p.7439 et J.O.A.N.24/09/1977 p.5648

(47) H.HEUGAS-DARRASPEN cité supra réf.n°23 p.328; G.LIET-VEAUX Juriscl.Adm.Fasc.445-4 n°167-178; Exprop.et DoI dans Urb. D.1981 chr.p.249; PRIEUR & HENRIOT cités supra réf.n°1 ed.1979 p.269 et suiv.; H.VIDAL cité supra réf.n°17; J.B.AUBY cité supra réf.n°4 p.177 et suiv.; R.ARRAGO L'indemnisation des propriétaires de terrains frappés de servitudes adm.et de réserves en mat. d'exprop. A.J.P.I.1971,636; H.PERINET-MARQUET La propriété à l'épreuve de la décentralisation D.S.1986 chr.sp.p.132 et suiv.

(48) Ch.LARHER-LOYER L'incidence des servitudes d'urb.sur l'éval.de l'indemnité d'exprop. G.P.1983,1,doct.p.133

(49) ARNAUD Valeur et expertise des immeubles urbains, nouvelles ed.fiscales 1953 p.248

(50) Civ.3ème 25/03/1971 PROBY Bull.Cass.Civ.III n°575 G.A.D.U.1981 n°10; Civ.3ème 29/05/1973 VIDAL Bull.Civ.III n°375

de l'expropriant (51). La loi n°85-729 du 18 juillet 1985 (art.3 II) reprend cette solution (52) insistant sur "le caractère de subjectivisme indirect" des servitudes puisque la qualification proprement dite du terrain à bâtir se réfère aux règles générales de la planification urbaine alors que son évaluation retient les servitudes et restrictions administratives affectant de façon permanente l'utilisation ou l'exploitation des biens.

Quoi qu'il en soit, cette limite au subjectivisme indirect n'intervient que rarement comme l'attestent les décisions de rejet prononcées jusque là (53) car l'intention dolosive (subjectivisme nocif) souvent difficile à démontrer se manifeste de manière tangible, surtout après l'expropriation (54).

En outre, la servitude d'utilité publique est un acte administratif dont le juge civil ne peut apprécier la légalité (id en matière de démolition v. supra p.316 et p.319), ce que conteste vivement M.LIET-VEAUX (55). Et devant un renvoi préjudiciel, qui pourrait être évité quand l'administration n'oppose aucune contestation sérieuse sur son intention dolosive, le juge administratif, perplexe, traduira peut-être par "détournement de pouvoir" tout aussi difficile à établir. D'ailleurs, c'est ce qu'affirmait la Cour d'Appel de Rennes (56) en ces termes : "le dol ne réside pas seulement dans la volonté de porter préjudice à l'exproprié mais plutôt dans une fraude à la loi ou un détournement de pouvoir".

Certes l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, lors de l'élaboration d'un P.O.S., n'est pas obligatoirement exclusive d'intention dolosive. Mais les critères de classement d'un terrain sont suffisamment souples pour laisser une marge de manoeuvre aux communes. Aussi la garantie offerte par le juge de l'expropriation et par là-même la limite au subjectivisme indirect du terrain à bâtir s'effondre-t-elle si celui-ci ne la met jamais en oeuvre!

Restent alors les hypothèses de délaissement dans lesquelles le juge de l'expropriation écarte de l'évaluation du terrain à bâtir les servitudes d'urbanisme (art.L.123-9 relatif aux emplacements réservés par le P.O.S.; art.L.111-11 relatif au sursis à statuer opposé à une demande d'autorisation de construire en prévision d'une expropriation ou opération de travaux publics; art.L.311-2 pour certains terrains compris dans une Z.A.C.)(57).

(51) FERBOS Incidences de la réglementation d'urb. sur les indemnités d'exprop. A.J.P.I.1978 p.621 et suiv.

(52) DESTANE Rapport A.N. n°2207 p.45-46

(53) Civ.3ème 30/04/1980 FORSTA pourvoi n°7970254 J.C.P.1980 IV 260; C.A.PARIS 30/04/1981 J.C.P.1981 IV 344; caractère normal d'un faible C.O.S. en zone rurale; Paris 07/05/1981 J.C.P.(N) 1982 IV 64; Paris 29/05/1981 J.C.P.1982 IV 118; absence d'aggravation de la situation des immeubles résultant d'un nouveau P.O.S.; 04/06/1982 J.C.P.1982 IV 340; 21/10/1983 J.C.P.1984 IV 138

(54) J.C.LAURENT Expropriation et intention dolosive G.P.1976 I 368

(55) G.LIET-VEAUX Jurisc.l. Adm. Fasc.445-4 n°167

(56) C.A.Rennes 15/01/1982 Cne du Pouligen G.P.1983.1.158 (1ère espèce); égal. comment BERAUD Actualité jurid.immob.1976 p.1272

(57) PRIEUR & HENRIOT cité supra réf.n°1 ed.1979 p.411

Mais là, il s'agit plus exactement de la conséquence d'une "motivation privée" émanant du propriétaire de la parcelle concernée visant à obliger les pouvoirs publics à respecter "leur subjectivisme dérivé" en réalisant l'opération d'aménagement pour laquelle ils ont grevé d'une servitude ladite parcelle.

La définition des limites de droit public étant achevée, voyons à présent leur impact sur la notion de terrain à bâtir.

§ 2 - LES EFFETS DES LIMITES DE DROIT PUBLIC SUR LA NOTION DE TERRAIN A BATIR -

Les multiples servitudes instituées par le législateur répondent chacune à un objectif différent et leurs effets sur le terrain à bâtir varient selon le but d'intérêt général en vue duquel elles sont établies (58). D'où une privation définitive (A) ou temporaire (B) du droit de construire auquel se rattache ledit terrain.

A - PRIVATION DEFINITIVE DU DROIT DE CONSTRUIRE -

Les servitudes d'urbanisme ajoutent au subjectivisme du terrain à bâtir en modulant ses possibilités de construire soit de manière absolue (1°), soit de manière relative (2°), en excluant le cas particulier où l'assujetti doit supporter sur sa propriété l'accomplissement de certains actes (obligation de donner accès, de subir l'exécution de travaux ou la présence d'ouvrages permanents) qui en réalité n'entraîne aucune dépossession et ne font pas obstacle au droit de se clore ou de bâtir(59).

1°- Interdiction absolue de construire -

Ces limites subjectives au droit de construire, caractérisées essentiellement par des servitudes non aedificandi répondent à des motivations d'urbanisme telles que la protection d'un site ou d'un monument (v. prescriptions issues de P.O.S., P.U. et règlement de lotissement), l'alignement dont les prescriptions sont reportées au P.O.S. conformément à l'article L.126-1 nouveau C.Urb.(Loi du 07/01/1983 art.55)(60) ou encore la circulation (servitude de halage le long des fleuves et rivières navigables :art.15 C.Dom.Pub.Fluvia1).

(58)A.ROSSIGNOL Limitations adm.au d.de propriété , Servitudes Juriscl.Const.Fasc.265, 1972 p. 14 et suiv.; J.L.GOUSSEAU Vers l'unicité juridique de la notion de terrain à bâtir en D.Pub. français ? D.et Ville 1979 n°7 p.181 et suiv.; MM.PRIEUR & HENRIOT cité supra réf.n°1 ed.1979 p.337 et suiv.; J.B.AUBY Le principe de non-indemnisation des servitudes instituées par application du Code de l'Urbanisme (art.L.160-5 C.Urb.) D.et Ville 1980 n°10 p.172-173

(59)R.M.àQ.E. J.O.A.N.26/09/1983 p.4133

(60)CATHÉLINEAU & VIGUIER Technique du d.de l'Urb.ed.Litec 1984 p.254 et suiv.

Elles visent également à assurer la sécurité du constructeur contre ses propres imprudences (terrains instables, minés, inondables) en instaurant notamment la servitude de poudrière qui interdit de construire à moins de 25 mètres d'un arsenal (L.08/08/1929 art.1er) et — la servitude militaire à moins de 250 et 487 mètres autour des places fortes et ouvrages publics (L.10/07/1781 art.30, D.10/08/1853).

En fait, pour absolues que soient ces interdictions de construire, elles s'exercent dans bien des cas sur une bande de terrain (en long ou en cercle) appartenant aux propriétaires riverains dudit ouvrage ou cours d'eau, tandis que l'autre fraction de la parcelle répond aux exigences de la constructibilité confirmant ainsi la caractère ponctuel du subjectivisme indirect.

2°- Interdiction relative de construire -

La relativité de l'interdiction de construire intervient parce que soit l'administration accorde des dérogations (a) substituant à l'intention du rédacteur de la servitude sa propre analyse du terrain à bâtir, soit la servitude n'anéantit pas toutes les possibilités de construire (b).

a - La relativité des dérogations -

Certains textes permettent à l'administration de passer outre ce subjectivisme indirect (ex: servitude non aedificandi dans l'étendue de vues des postes électro-sémaphoriques (Loi du 18/07/1895 modifiée par loi du 27/05/1933, Loi n°87-954 du 27/11/1987 qui abroge la loi n°57-262 du 02/03/1957) et des postes militaires relatifs à la défense des côtes ou à la sécurité de la navigation (Loi du 18/07/1895, Loi du 11/07/1933; Décret n°61-614 du 12 juin 1961; Circulaire n°75-22 du 14/01/1975 et Loi n°87-954 du 27/11/1987); servitudes constituées pour l'amélioration des routes nationales et autoroutes (Décret n°58-1316 du 23/12/1958 art.2); servitude de recul en bordure des autoroutes, des grands itinéraires et des voies à grande circulation (Décret n°61-1298 du 30/10/1961 art.5)).

Mais les plus récents mettent davantage l'accent sur la limitation du droit de construire puisqu'ils prévoient que les servitudes obligent les propriétaires et leurs ayants droit à s'abstenir de tout fait de nature à nuire au bon fonctionnement, à l'entretien et à la conservation des ouvrages établis sur leurs terrains (loi n°66-1066 du 31/12/1966 sur les aérotrains; Loi n°62-904 du 04/08/1962 et Décret n°64-153 du 15/02/1964 sur les canalisations d'eau potable ou d'évacuation d'eaux usées ou pluviales), démontrant alors le caractère exceptionnel desdites dérogations.

De plus, la loi n°85-729 du 18 Juillet 1985 relative à la définition et à la mise en oeuvre des principes d'aménagement (art.42 I,II,III,IV,V) (61) abroge les servitudes (61)L.n°85-729 du 18/07/1985 J.O.19/07/1985 J.C.P.(N)1985 III 57466

militaires autour des enceintes fortifiées des places de Paris et Lille, supprimant du même coup le principe des exceptions à la servitude non aedificandi pour le logement social, les écoles et les équipements sportifs repris dans ladite loi ainsi que le mécanisme de compensation introduit par la loi LAFAY de 1953 qui autorisait la construction à condition de transférer la servitude sur un terrain de surface équivalente dans Paris. A cette interdiction relative de construire, le législateur a donc substitué une interdiction absolue dans la mesure où la surface hors oeuvre brute du niveau édifié sur le sol ne peut couvrir une surface totale supérieure à 20% de la superficie globale de chacune des zones. Néanmoins, en dehors de ces deux villes, le système des compensations demeure (62) conservant ainsi cet apport de mobiles administratifs dans la notion de terrain à bâtir.

b - La relativité des possibilités de construire -

Sans aller jusqu'à l'interdiction de construire, des servitudes subordonnent l'édification de bâtiments à des prescriptions spéciales pour des raisons de sécurité ou de salubrité publiques, ou encore pour le bon fonctionnement de services publics et même pour des motifs d'esthétique.

Par conséquent, à la différence de l'interdiction absolue de construire ou de l'interdiction relative sous réserve de dérogations, la limite au droit de construire joue à compter d'une certaine hauteur par le biais de servitudes non altius tollendi(63) comme par exemple, les limitations de la hauteur des bâtiments autour des aérodromes (Décret n°59-92 du 03/01/1959, Décret n°60-1059 du 24/09/1960), le long de certaines voies publiques (loi n°55-435 du 18/04/1955 art.3, Décret n°56-1425 du 27/12/1956, Décret n°58-1316 du 23/12/1958), à proximité des croisements, virages ou points dangereux du réseau routier (Décret du 30/10/1935 art.2), autour des centres radio-électriques (art.R.22 et suiv Code P.et T.) ou autour des monuments et sites classés (loi du 02/05/1930 modifiée par loi n°67-1174 du 28/12/1967).

Toutefois, d'autres mécanismes, tels que les C.O.S. en présence d'un P.O.S. et anciennement le P.L.D. issu de la réglementation nationale, limitent la hauteur des constructions. Mais en fait, ces deux institutions, qui expriment le droit de construire, s'appliquent à toute une zone et non pas à quelques terrains selon leur emplacement. En outre, elles relèvent de la définition subjective et financière du terrain à bâtir (v.infra Partie II).

(62)M.J.BRIAND La ceinture verte : c'est fini Etudes Foncières n°28 sept.1985 p.47

(63)J.P.MARTIN Aspects juridiques de l'urb.vertical Mémoire Rennes 1973

La relativité de l'interdiction de construire se caractérise aussi par l'obligation d'une déclaration préalable pour tous travaux projetés dans les zones submersibles des vallées (C.voies navig.art.48), ce qui signifie encore une fois que l'approche indirecte du terrain à bâtir poursuit un objectif de sécurité du constructeur.

De toute manière, cette privation du droit de construire établie au profit du domaine public voit son sort lié au maintien de ce régime juridique aux biens jouxtant les propriétés privées concernées. Pour les monuments historiques et les sites, il n'y a pas de risque que cette jouissance publique disparaisse; mais pour d'autres servitudes non aedificandi les choses pourront évoluer (v.infra B). Quoi qu'il en soit, ce caractère définitif de la limitation au droit de propriété revêt toute son importance lorsque le législateur y assortit une obligation de détruire les plantations ou ouvrages existants dont le maintien s'avèrerait incompatible avec le but d'utilité publique justifiant ces interdictions ou limitations (ex autour d'établissement d'explosifs Loi du 08/08/1922 art.2). Nul doute que l'on ne créera pas de "terrains à bâtir à caractère limité dans le temps", mais plutôt des terrains nus inconstructibles.

B - PRIVATION TEMPORAIRE DU DROIT DE CONSTRUIRE -

Pourquoi parler de privation temporaire du droit de construire, quand en fait, on part d'une interdiction absolue de construire (1°)? Tout simplement parce que cette limitation de droit public peut être remise en cause (2°) par le particulier qui délaisse son bien ou l'administration qui abandonne son projet, créant alors une instabilité potentielle dans la définition du terrain à bâtir (64).

1°- Interdiction absolue de construire -

A la base de cette interdiction, on répertorie deux mécanismes juridiques dont les effets sur la notion de terrain à bâtir se ressemblent : les réserves foncières plus proche de l'aménagement du territoire que de la servitude (a) et les emplacements réservés(b).

a - Les réserves foncières et le terrain à bâtir -

La politique de réserves foncières, pratiquée depuis très longtemps à l'étranger*

(64)J.L.GOUSSEAU cité supra réf.n°58 p.181 et suiv.

* N.B. aux Pays-Bas, expérience de plus de 3 siècles pour contrôle du marché foncier; en Suède pour s'assurer la disponibilité d'espaces correspondant à une période de développement d'au moins 10 ans et freiner la spéculation; au Canada viabilisation de terrains nécessaires à leur expansion (municipalités);en R.F.A. politique du début du 20ème siècle pour besoins propres des municipalités ou de leurs constructeurs; id. en G.B. - informations fournies par Ph. MARINI & B.REMOND Spéculation et Politiques Foncières Collect.Adm.Nouvelle ed.Berger-Levrault 1976 p.295 et suiv. - plus récemment, cas de l'Algérie après l'indépendance qui s'est révélée être un échec dans la mesure où l'attribution de réserves foncières s'est transformée en une privatisation du domaine foncier public, à des coûts élevés et au profit de couches sociales favorisées (v.O.IDER Alger Les réserves foncières à la dérive, Etudes Foncières n°28 sept.1985 p.19 et suiv.

est au contraire toute récente en France (65). Abstraction faite de la loi foncière n°53-508 du 23 Mai 1953 qui a permis l'expropriation par zones, les réserves foncières ne sont apparues dans les textes qu'avec la loi d'orientation foncière n°67-1253 du 30 décembre 1967 (art.L.221-1 et L.221-2) et ce n'est qu'après coup, que le Conseil d'Etat a admis explicitement la faculté d'exproprier dans un tel but (66).

Ceci étant, le subjectivisme indirect des réserves foncières sur le terrain à bâtir doit répondre à des règles de constitution (A) et d'utilisation (B) bien précises pour éviter tout arbitraire nuisible à ladite définition.

A) La constitution des réserves foncières -

La motivation indirecte: qui émane de la constitution des réserves foncières se détermine dans les trois points suivants :

1er Point : Fondement du "subjectivisme" indirect -

Différents organismes publics gèrent les possibilités de construire de quelques propriétés privées afin de répondre aux objectifs énumérés à l'article L.221-1 C.Urb.(Loi n°76-1285 du 31/12/1976 modifiée par loi n°83-8 du 07/01/1983 et loi n°85-729 du 18/07/1985) qui, depuis 1985, ont évolué.

En effet, avant la loi de 1985, l'article L.221-1 limitait doublement ce subjectivisme indirect. En présence d'un S.D.A.U., les acquisitions ne visaient que la réalisation des objectifs dudit schéma (correspondant aujourd'hui aux normes supérieures du subjectivisme primaire du terrain à bâtir) et de façon plus générale, la finalité des réserves se résumait à l'extension d'agglomération, l'aménagement des espaces naturels périphériques, la création de villes nouvelles ou de stations de tourisme, la rénovation urbaine et l'aménagement de villages (67).

Aujourd'hui, l'article L.221-1 renvoie purement et simplement à l'article L.300-1 lui-même à la base de l'aspect subjectif du terrain à bâtir dérivé de l'aménagement du territoire (v.supra Chap.1 Titre 2) à savoir : la mise en oeuvre d'une politique locale de l'habitat,

(65)M.FANTON Rapport A.N. n°1828 annexé P.V.séance 27/06/1975 t.1 Le problème foncier p.32 et suiv.; Ph.MARINI & B.REMOND Spéculation et Politique Foncières collect.Adn.Nouvelle ed.Berger-Levrault 1976 p.285 et suiv.;R.SAINT-ALARY cité supra réf.n°1 p.126 et suiv.;R.SAVY D.de l'Urb.Thémis 1981 P.U.F.p.335 et suiv.; F.BOUYSSOU & J.HUGOT Code de l'Urb.annoté ed.Litec 1986 p.139 et suiv.

(66)C.E.04/11/1970 S.C.I. Les héritiers CAUBRIERE Rec.Leb.p.646 A.J.D.A.1971,360 n.HOMONT

(67)v.énumération limitative pour T.A.Nantes 27/05/1980 DORISON Etudes et Doc. de l'I.E.J. Rennes 1980 p.130; pour une motivation plus détaillée v.MARINI & REMOND cité supra réf.n°65 p.285 à 300

Le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, le développement des loisirs et du tourisme, la lutte contre l'insalubrité, la sauvegarde ou la mise en valeur du patrimoine bâti ou non des espaces naturels.

Or l'une dans l'autre, ces finalités sont très rapprochées et, à la base de la définition du terrain à bâtir, on retrouve le subjectivisme primaire issu de la planification urbaine d'où sont tirés les principes d'aménagement (subjectivisme dérivé) et maintenant les limites au droit de construire (subjectivisme indirect).

2ème Point : Les titulaires du "subjectivisme" indirect -

Toujours par souci d'éviter l'arbitraire, seuls les bénéficiaires des réserves foncières cités à l'article L.221-1 appliquent ce subjectivisme indirect au terrain à bâtir, soient : l'Etat, les collectivités locales, leurs groupements y ayant vocation (cf décentralisation), les syndicats mixtes et les établissements publics d'aménagement visés à l'article L.321-1*.

Comme précédemment, cette motivation semble fort inspirée par les impératifs primaires du terrain à bâtir car lesdits bénéficiaires rédigent aussi les documents d'urbanisme ou exercent les droits de préemption urbains.

3ème Point : La mise en place du "subjectivisme" indirect -

Cette mise en place s'effectue grâce à des mécanismes juridiques énumérés par les textes, tels que l'expropriation dont l'usage reste cependant exceptionnel (art.L.221-1:..."au besoin par voie d'expropriation"), les droits de préemption urbains (art.L.210-1)(anciennement celui de la Z.I.F. (art.L.211-3) et de la Z.A.D.(art.L.212-1)) et la rétrocession par les S.A.F.E.R. de 5% des terres acquises dans l'année à l'amiable (art.15 de la loi n°60-808 du 05/08/1960 modifié par art.66-I Loi n°80-502 du 04/07/1980; art.3,3° du D.n°61-610 du 14/06/1961 modifié par art.2 D.n°81-217 du 10/03/1981) pour faciliter la mise en oeuvre de projets d'aménagement rural (68).

Là encore, le subjectivisme primaire de la notion fait son oeuvre car la constitution de réserves foncières utilise des mécanismes d'aménagement dont les finalités... doivent être compatibles avec les objectifs précédents (v.supra p.194-195 pour D.P.U., p. 208-210 pour Z.A.C. et p.210-211 pour A.F.U.) réduisant à néant une jurisprudence antérieure-

*N.B. on citera à titre d'exemple l'AFTRP (D.n°62-479 du 16/04/1962 modifié par D.n°67-312 du 01/04/1967 et D.n°68-640 du 10/07/1968), l'établissement public de la Basse Seine (D.n°68-376 du 26/04/1968), l'établissement foncier de la métropole lorraine (D.n°73-250 du 07/03/1973) et le Fonds National d'Aménag.Foncier d'Urb.(FNAFU)(Loi du 08/08/1950 modifiée par D.n°63-125 du 14/02/1963) en tant qu'organisme financier des collectivités locales, établissements publics et sociétés d'économie mixte.

(68)R.M. à Q.E. J.O.SEN 27/12/1984 p.2062 G.P.3-4 Mai 1985 doct.p.16

re (69) selon laquelle la réserve foncière n'exigeait aucune compatibilité avec le P.O.S. puisqu'aucuns travaux n'étaient à réaliser pendant la période de validité de ce document.

(?) L'utilisation des réserves foncières -

Si la constitution des réserves foncières relie le subjectivisme indirect au subjectivisme primaire du terrain à bâtir, leur utilisation montre déjà le caractère temporaire de la limite apportée au droit de construire.

En effet, l'affectation définitive des terrains compris dans ladite réserve aura lieu dans un avenir plus ou moins proche. En attendant, le permis de construire (dès la publication de la déclaration d'utilité publique) peut être refusé pour les travaux ou les constructions à réaliser sur les terrains devant être compris dans la réserve foncière (art. L.421-4) et l'article L.221-2 a)2 interdit toute cession en pleine propriété en dehors de celles que les personnes publiques pourraient se consentir entre elles, sauf dérogation par le biais de concessions temporaires ne conférant aucun droit à renouvellement ni à se maintenir dans les lieux quand l'immeuble est repris en vue de son affectation définitive (70).

Par conséquent, l'interdiction de construire ne concerne que les particuliers jusqu'au moment où les parcelles "réservées" passent de leur domaine privé dans celui de la collectivité publique, dont elle "assure la gestion en bon père de famille" (art.L.221-2). En outre, à la différence des servitudes d'utilité publique, l'administration pourra y déroger grâce aux concessions temporaires.

L'affectation définitive des réserves foncières à leur objet rend donc aux terrains leurs possibilités de construire, mais seulement pour réaliser les équipements d'intérêt public pour lesquels ces réserves ont été constituées, sous peine de rétrocession desdits terrains aux propriétaires d'origine. Or, si cette rétrocession conduit à restituer la parcelle en question, elle n'en supprime pas pour autant la limite de droit public apportée au droit de construire du particulier .

De plus, cette levée de l'interdiction temporaire de construire ne bénéficiera qu'à l'usager de la réserve, qu'à son concessionnaire en pleine propriété public ou privé qu'il aura désigné. Les articles R.222-1 et suivant permettront même d'instituer les "péri-

(69)C.E.14/01/1974 Vve BARBARO A.J.D.A.1974 p.214

(70)v.Modèle de concession d'usage temporaire d'une réserve foncière - Note technique 05/10/1975 Annexe VIII

mètres de concession obligatoire" dans lesquels aucune cession en pleine propriété à des personnes privées ne s'effectuera. Or cette possibilité n'a jamais été utilisée; de même qu'a été repoussé par le Sénat (71) l'amendement CLAUDIUS-PETIT voté en Assemblée Nationale (72) qui interdisait définitivement la revente de biens fonciers acquis par les collectivités publiques, afin de ne pas aggraver leur situation financière. D'ailleurs, l'article L.213-11 (loi de 1985) régissant les dispositions communes au droit de préemption urbain et au droit de préemption de la Z.A.D., admet la cession desdits biens à une personne privée autre qu'une société mixte de l'article L.300-4 a)2 ou qu'une société d'H.L.M. si une délibération motivée du conseil municipal ou une décision motivée du délégataire du droit de préemption le permet, confirmant ainsi ce caractère temporaire de l'interdiction de construire qui s'adresse en réalité aux propriétaires privés.

b - Les emplacements réservés et le terrain à bâtir -

L'interdiction absolue de construire résulte cette fois des emplacements réservés fixés par le P.O.S.(73) et dont l'article L.123-1-8 énumère les usages, à savoir : la création de voies publiques nouvelles ou l'élargissement de voies anciennes (autoroutes, rues, routes, chemins, places, cheminements piétonniers, passages publics, parcs de stationnement public), la construction d'ouvrages publics (équipements d'infrastructure (aérodrômes, transformateurs) ou de superstructure (écoles, universités, hôpitaux, bâtiments administratifs)), la construction d'installation d'intérêt général qui, selon la pratique et la doctrine, répondent à trois critères (avoir une fonction collective, résulter de l'expropriation que pourra exercer le bénéficiaire de l'emplacement réservé (74)) et l'acquisition ou la création d'espaces verts publics hors définition du terrain à bâtir.

Toutefois, cette interdiction de construire, quelqu'en soit l'usage (réalisation de lotissement, ouverture d'installations classées ...), dure moins longtemps que pour les réserves foncières, car ces terrains réservés reçoivent leur affectation définitive dans un proche avenir (75).

(71) J.O. SEN Séance 20/05/1976 p.1226

(72) J.O.A.N.13/04/1976 p.1668

(73) CATHELINEAU & VIGUIER cité supra réf.n°60 p.247 et suiv.; PRIEUR & HENRIOT Servitudes de d.privé et de d.public, ed.Actualité Jurid.de la Promotion Immob.1976 p.297 et suiv.; Circul. adm.n°78-14 du 17/01/1978 J.C.P.(N)1978 III 4706 et dans D.et Ville 1982 n°14 les articles de P.HOCRETEIRE et V.LAVALLEE, S.PERIGNON, C.BOSGIRAUD et L.RANGER

(74) R.M.àQ.E. J.O.A.N.23/03/1987 p.1683 Rep.Not.Def.1987 I art.33996 p.799-800

(75) v.cependant C.E.09/10/1985 (ref.2544)M.Urb.et Log./Dame FERRARI G.P.22-24 juin 1986 Pan. Adm.p.8 où auteurs du plan pas obligés de prendre parti sur totalité du tracé d'une voie à créer, ni à réserver l'ensemble des emplacements correspondant dès lors que l'état des études à la date où le P.O.S. est approuvé ne permet pas de déterminer pleinement ce tracé et que la réalisation de la partie de ce tracé encore indéterminé n'exige l'institution d'aucune servitude particulière.

Et à l'instar des servitudes d'urbanisme (v. supra p.344), elle ne concerne qu'une bande de terrain, le propriétaire pouvant sur le restant de parcelle non touché par la réserve, utiliser tout ou partie des droits de construire correspondant à un emplacement réservé en échange d'une cession gratuite dudit emplacement (art.R.123-22-2°)(76).

Néanmoins, la dérogation à cette limite subjective apportée au terrain à bâtir ne joue pas pour la construction d'un équipement public ou d'une installation d'intérêt général consommatrice de droit de construire (77). Or si l'on parle de consommation de droit de construire, cela signifie que la limite de droit public imposée aux terrains à bâtir est, en réalité, temporaire car une fois que le terrain quitte le domaine privé du particulier pour aller dans celui de la collectivité publique, l'interdiction tombe au profit d'édifices et d'ouvrages dont la réalisation donnera a posteriori à la parcelle concernée son caractère de terrain à bâtir : l'apport de personnalisation résultant du fait que lesdits-ouvrages doivent répondre à l'intérêt général.

Mais le côté "temporaire" de cette privation du droit de construire prend toute sa signification dans l'étape suivante.

2°- Remise en cause de la limitation de droit public -

Si l'interdiction de construire émane de deux mécanismes différents (réserves foncières, emplacements réservés que nous reprendrons sous le terme générique de "réserve"), sa remise en cause se plie aux mêmes règles juridiques. Pourtant, deux raisons principales sont à l'origine de cette levée de subjectivisme indirect du terrain à bâtir : l'abandon par l'administration de son projet et le délaissement par le propriétaire de son bien.

En effet, des événements juridiques nouveaux intervenant après l'approbation du P.O.S.(entrée en vigueur des lois sur la montagne, sur le littoral, réalisation d'un projet d'intérêt général, abandon d'un projet prévu par ledit P.O.S.) peuvent remettre en question l'utilité de la "réserve". Un changement de comportement s'opère et le commissaire de la République demande à la commune de modifier ou de réviser son P.O.S.(art.L.123-7-1 et R.123-35-1) dans les 6 mois sous peine de se substituer à elle en cas de négligence (78).

(76)Circul.17/01/1978 §2.3.2.a; Lyon 07/10/1980 cité par C.BOSGIRAUD & L.RANGER De la mise en demeure d'acquiescer les emplacements réservés dans les P.O.S. D.et Ville 1982 n°14

(77)Circul.17/01/1978 §2.3.2.b; C.E.26/01/1985 G.P.28/01/1986 Pan.D.Adm.p.8 n'assimile pas les "espaces communs"(aires de jeux, cheminement de piétons) imposés par le P.O.S. à des emplacements réservés déductibles de la superficie pour le calcul du C.O.S.

(78)R.M.à Q.E.n°55859 J.O.A.N.14/10/1985 p.4885 J.C.P.(N)1986 Prat.9721 n°2 p.187

Pour faciliter ce changement d'intention, la loi du 23 décembre 1986 modifiant l'article L.123-4 (art.67) supprime l'exigence d'une enquête publique (79) en cas de modification du P.O.S. pour suppression ou réduction d'un emplacement réservé inscrit au bénéfice d'une commune ou d'un établissement public de coopération intercommunale (E.P.C.I.). Cet allègement sera fortement apprécié par les collectivités locales dont certains emplacements ont été partiellement abandonnés après une procédure de préemption inachevée (80).

Toutefois, à cette levée de subjectivisme par abandon de projet, on préférera la procédure de délaissement (81) régie par les articles L.123-9 et R.123-32 C.Urb modifiés, le premier par la loi n°85-729 du 18 juillet 1985 (art.4) relative à la définition et à la mise en oeuvre des principes d'aménagement et la loi n°86-13 du 6 janvier 1986 (art.9 et 10) relative à diverses simplifications administratives en matière d'urbanisme concernant le bâtiment (82), le second par le décret n°83-813 du 9 septembre 1983 (art.4III,IV) modifiant le code de l'urbanisme (notamment les dispositions relatives aux P.O.S.) et le décret n°86-514 du 14 mars 1986 (art.6) pris en application de la loi de 1986 (83).

Dans cette hypothèse, le subjectivisme indirect du terrain à bâtir évolue de la façon suivante :

- ° le propriétaire de la parcelle réservée remet en cause la limite de droit public en prenant l'initiative de délaisser son bien (subjectivisme privé)(a);

- ° l'administration réagit(subjectivisme public)(b) soit en achetant le bien, entérinant ainsi a posteriori la définition du terrain à bâtir, soit en abandonnant le projet renonçant alors à cette limite de droit public.

Dans les deux cas, on aboutit nécessairement à une limitation temporaire du droit de construire puisqu'en définitive le propriétaire ou le bénéficiaire de la réserve "récupère" la constructibilité de la parcelle réservée (84).

(79)car en 1976 suppression ou réduction d'emprise des emplacements réservés que par procédure de modif. voire de révisions si réserves importantes v.Circul.n°77-190 du 29/12/1977 J.C.P. 1978 III 46913; égal.D.MUSSO Suppression d'emplacements réservés (Loi n°86-1290 du 23/12/1986) J.C.P.(N)1987 Prat.87

(80)ARZEL Rapport Sénat n°26 annexé P.V.séance 23/10/1986 p.25-26

(81)F.BOUYSSOU Les nouvelles modif. du C.Urb. J.C.P.(N)1986 Prat.9706 p.149 n°48:selon débats parlementaires, il existe 40 000 emplacements réservés par 7 000 P.O.S. en vigueur, 10 000 délaissements par an soit une acquisition une fois sur 2.

(82)L.n°86-13 du 06/01/1986 J.O.07/01/1986 - G.P.12-14 janv.1986 Leg.p.5 et suiv.

(83)D.n°86-514 du 14/03/1986 J.C.P.(N)1986 III 58643

(84)V.LAVALLEE Emplacements réservés, Les nouvelles garanties des propriétaires Etudes Foncières n°31 Juin 1986 p.31 et suiv.; F.BOUYSSOU cité supra réf.n°81 sp.p.153-154; P.CARRIAS Le droit de propriété au point de non retour ? (A propos de la loi n°85-729 du 18/07/1985) D.S.1985 chr.p.294 et suiv. sp.p.296;v.égal.D.MUSSO cité supra réf.n°79; J.P.CORDELIER Le nouveau régime des terrains réservés (art.L.123-9 C.Urb.) R.D.I.n°1 janv-mars 1987 articles p.1 et s.; S.PERIGNON Modif.récentes du D.de l'urb.(V)Rep.Not.Def.1987 I art.34046 sp.p.1102-1106

a - La mise en demeure d'acquérir - (inflexion d'objectivité privée)

Pour être retenu, le comportement privé doit répondre à un certain formalisme: fournir les coordonnées du terrain et de son propriétaire par lettre recommandée avec avis de réception ou par dépôt à la mairie contre décharge.

Le propriétaire s'adresse donc au titulaire du subjectivisme primaire du terrain à bâtir, à savoir le maire de la commune où est situé ledit bien. Peu importe qu'il soit ou non bénéficiaire de la réserve ou qu'il ait ou non délégué son subjectivisme à une E.P.C.I. (85) puisqu'il aura 8 jours pour transmettre la mise en demeure d'acquérir au véritable bénéficiaire du subjectivisme indirect.

Bien que n'affectant qu'une bande de terrain, cette servitude peut léser le propriétaire privé en rendant inutilisable dans des conditions normales la partie restante non bâtie ou en la réduisant au quart de sa superficie, lui-même inférieur à 1 000 m², ou bien encore en déséquilibrant gravement la structure d'une exploitation agricole.

Ces hypothèses issues du Code de l'Expropriation (art.L.13-10 et L.13-11) lui permettent ainsi de requérir l'emprise totale de son terrain, contrairement à la jurisprudence antérieure qui réservait cette possibilité aux parcelles expropriées et non aux terrains expropriés (86). Finalement, pour faire cesser le subjectivisme indirect sur son terrain à bâtir, le particulier renonce à toute la parcelle lors de la mise en demeure d'acquérir ou au moment des négociations avec le bénéficiaire en vue d'un accord amiable ou bien encore ans le mémoire adressé au juge de l'expropriation.

Mais ce n'est pas si simple car le silence des textes pour les réserves (à l'inverse des Z.A.D. où l'article R.212-14 refuse le droit de repentir) a conduit la Cour de Cassation à reconnaître un droit de repentir au propriétaire qui délaisse, jusqu'à la fixation du prix et du transfert de propriété prononcés par une décision passée en force jugée(87). Cependant, ce droit de repentir qui laisse subsister la réserve risque fort d'entamer la sécurité juridique de la qualification du terrain à bâtir. Est-ce bien souhaitable ?

b - La réponse de l'Administration - (inflexion d'objectivité publique)

La remise en cause de la motivation indirecte créant une certaine insécurité juridique, l'article L.123-9 circonscrit la réponse de l'administration dans des délais bien

(85)R.M.àQ.E.n°48586 J.O.A.N.03/12/1984 p.5330

(86)T.G.I. Versailles 21/10/1981 CHALVIGNAC/Cne de Houilles A.J.P.I.1984 p.24; R.M.àQ.E. n° 14305 J.O.A.N.02/03/1987 p.1177 J.C.P.(N)1987 Prat.209 n°1

(87)Civ.3ème 05/11/1985 Ville de Marseille/Cts TARIS-ROCCHI A.J.P.I.Janv.1986 juris p.55 obs. J.C.

précis, surtout depuis 1986. En effet, avant cette date, seul était imposé un délai de deux ans prorogeable un an après le dépôt de la mise en demeure d'acquérir le terrain. Aussi, les collectivités publiques attendaient-elles 3 ans avant d'exercer leur subjectivisme public (accord amiable) à l'encontre du particulier et encore un ou deux ans de plus pour le payer.

Pour mettre fin à ces pratiques abusives, le nouvel article L.123-9 impose au bénéficiaire de la réserve de signer avec le propriétaire une promesse de vente dans l'année qui suit la réception en mairie de la mise en demeure d'acquérir et de le payer dans les deux ans à compter de ladite réception (88). A partir de là, de deux choses l'une :

- ou le comportement privé se transforme définitivement en initiative publique, quitte à saisir le juge de l'expropriation pour fixer le prix et le transfert de propriété(4);
- ou le comportement privé n'aboutit à aucun accord des parties et une levée de réserve le conforte (5).

4) La transformation du "subjectivisme" privé en "subjectivisme" public -

Cette transformation se réalise parce que la collectivité publique consent à acquérir l'emplacement réservé. De ce fait, à l'égard du propriétaire, la limite de droit public apportée au droit de construire tombe. Toutefois, le délai de un an peut ne pas suffire pour la mise en place des modalités de cession (prix, transfert de propriété). Le propriétaire du terrain ou le bénéficiaire de la réserve aura donc trois mois pour saisir le juge de l'expropriation(89).

A ce moment là, on constate deux choses. L'évaluation du terrain tient largement compte du subjectivisme primaire issu des documents d'urbanisme puisque sa constructibilité est estimée à la date de création de l'emplacement réservé (date de publication ou d'approbation du P.O.S. ou celle d'approbation de sa modification ou de sa révision) et non plus un an avant (art.L.13-15 C.Exprop. et art.4.Loi 18/07/1985)(90). Et comme pour confirmer le caractère temporaire de cette servitude, le juge ne comptabilise pas l'inconstructibilité due à l'emplacement réservé que ce soit désormais pour les parcelles inscrites en emplacement réservé ou faisant l'objet d'une acquisition dans le cadre d'une expropriation (91) afin de

(88)R.M.n°14305 cité supra réf.n°86;pour L.123-9 et R.123-32(rédaction 1976) v.Civ.3ème 01/04/1987 Sté des Ciments Français/Synd.des cnes de la Banlieue de Paris pour les eaux G.P.1-2 Juil.1987 juris.cass p.16

(89)Civ.3ème 26/04/1983 Cts LIAUDY/Cne de la Rochette J.C.P.1983 IV 206

(90)v.égal. J.DOUCÉDE Le sort des terrains réservés par un P.O.S. A.J.P.I.janv.1987 etud.p.13

(91)art.L.13-15 nouveau renversant la juris.antérieure :cass.16/10/1979 Cne de Fourchambault chr.R.HOSTIOU A.J.P.I.1980 sp.p.628; C.A.Paris 14/01/1983 MANGEON/Ville de Lésigny J.C.P.(N) 1985 II p.168; égal.J.F.LE PETIT La loi du 18/07/1985 et la nouvelle définition du T.A.B. G.P.29-30 janv.1986 doct.p.8-9

préserver les finances locales contre des propriétaires trop pressés de mettre en demeure la commune d'acheter lesdites parcelles.

Bien sûr, cette levée de subjectivisme indirect n'intervient qu'au stade de l'évaluation. Mais elle correspond à un changement de propriétaire qui "récupère" la constructibilité de la parcelle au moment de son affectation définitive (cf construction d'équipements et d'installations d'intérêt public).

Néanmoins, pour les demandes déposées entre le 7 janvier 1985 et le 6 janvier 1986, l'administration conserve l'ancien délai de deux ans, sans prorogation, pour répondre (art.10 Loi n°86-13 du 06/01/1986), ce qui sera préjudiciable au propriétaire car aucun délai de paiement n'est prévu par le texte ancien et la réquisition d'emprise totale n'est pas recevable (92). De quoi lui faire regretter la confirmation ou l'infirmité de l'approche indirecte du terrain à bâtir !

↳ La confirmation du "subjectivisme" privé

Puisque l'accord amiable n'a pu se réaliser dans l'année suivant la réception de la mise en demeure d'acquiescer et que le juge de l'expropriation n'a pas été saisi dans les trois mois suivant l'expiration dudit délai (art.L.123-9 al6), le propriétaire prend l'initiative de se faire confirmer le changement de politique sur sa parcelle et demande une levée de réserve.

Pour faire échec à cette menace, la collectivité publique a pour seule ressource de saisir le juge de l'expropriation dans les trois mois prévus à l'alinéa 6 de l'article L.123-9 nouveau (93). Il n'y a que le propriétaire qui passé ce délai pourra saisir le juge (94) exerçant ainsi son droit de repentir dont on a signalé les conséquences dommageables pour la définition du terrain à bâtir (v.supra p.351).

De toute façon, le maire transfère la mise en demeure de lever la réserve à son bénéficiaire ainsi qu'au service chargé de l'instruction des demandes d'autorisation d'occuper ou d'utiliser le sol pour les informer de la disparition du subjectivisme indirect sur la parcelle concernée (95).

(92) Civ.3ème 19/12/1984 Cne de St Just.St Rambert/epx GILLIER Bu11.n°219 p.172 AJPI1985 p.405

(93) La levée de réserve n'empêche pas la demande du propriétaire dès que la levée n'est pas intervenue avant l'expiration du délai de réponse de la collectivité :C.A.Paris 30/10/1986

R.A.T.P./FUCHER épouse PEITEVIN de St ANDRE inédit dans J.P.CORDELIER cité supra réf.n°84 p.4

(94) contra Civ.3ème 26/03/1983 Bu11.Civ.III n°95 p.75 D.1983 I.R.414

(95) v.toutefois R.M.àQ.E. J.O.A.N.18/12/1966 qui prévoyait que cette servitude était toujours opposable à tout autre que le propriétaire et à ses héritiers en cas de renonciation à l'acquisition dudit terrain.

En outre, une rétention d'information de la part du maire ou du président de l'E.P.C.I. qui omettent de modifier le P.O.S. en ce sens, ne fait nullement échec à cette levée de réserve qui devient effective un mois après la demande formulée par le propriétaire, ce afin de contrecarrer le comportement nocif de l'administration.

Avant de passer à la seconde catégorie de limites apportées au droit de construire (section II), on notera toutefois que la procédure de délaissement joue dans certains instruments juridiques d'aménagement tels que : les Z.A.C.(art.L.311-2C.Urb.) avec pour date de référence celle de la publication de l'acte créant ladite zone), les droits de préemption urbains (art.L.211-5) pour échapper aux inconvénients du gel des transactions provoqué par l'institution du droit de préemption, les Z.A.D.(art.L.212-3) ou bien encore les périmètres de travaux publics, de projets d'opération d'aménagement et les terrains concernés par l'ouverture d'une enquête préalable à une déclaration d'utilité publique (art.L.111-9, L.111-10 et L.111-11). Mais il s'agit en fait de se débarrasser d'une privation de propriété et non d'une privation de constructibilité, qui seule influence vraiment la définition du terrain à bâtir.

SECTION II : L'INFLEXION DE L'OBJECTIVITE DANS LES LIMITES DE DROIT PRIVE APPORTEES AU DROIT DE CONSTRUIRE -

La présence dans la notion de terrain à bâtir de limites défendant un intérêt particulier peut étonner. Néanmoins, leur influence sur ladite notion oblige à les définir (§1) et à en rechercher les effets sur cette qualification (§2).

§1 - DEFINITION DES LIMITES DE DROIT PRIVE -

L'idée d'un subjectivisme indirect prend ici toute sa signification : créées pour défendre un intérêt privé (A) ces limites protègent en fait l'intérêt public intimement lié à l'urbanisme et à la notion de terrain à bâtir (B)(96).

A - LA DEFENSE DES INTERETS PRIVES -

La défense d'intérêts privés au moyen de servitudes ou services fonciers régis par le Titre IV du Livre II du Code Civil (art.637-710) concerne également la définition du terrain à bâtir car, aussi bien par leurs éléments constitutifs (1°) que par leurs caractéristiques

(96)J.M.RIVALLAND Les charges d'urbanisme L.G.D.J.1969 p.109-110 et p.215 et suiv.; Jean CARBONNIER D.Civil Les biens t.3 P.U.F.1975 Thémis p.191 et suiv.; D.FERRU Encycl.Dz Servitudes 1976 n°1 à 82; G.MARTY & P.RAYNAUD D.Civil Les biens t.2 Vol.2 ed.1980 n°139 et suiv.

téristiques (2°) ces limites influent-elles sur la constructibilité des parcelles concernées (même si pour cela un fonds servant est nécessaire).

1°- Éléments constitutifs de l'inflexion indirecte privée -

Selon l'article 637 C.Civ., "une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire". L'analyse de ce texte montre comment s'organise cette inflexion indirecte de l'objectivité à laquelle doit répondre le terrain à bâtir (cf intérêt des voisins).

D'abord, ne sont concernés que les fonds de terre et les bâtiments à caractère immobilier (ni immeubles par destination, ni arbres) à savoir : les terrains non bâtis dont certains répondent à la définition objective et subjective du terrain à bâtir et les terrains bâtis qui, initialement, étaient des terrains à bâtir. Toutefois, l'article 637 ne vise que les terrains à usage privé ("un héritage"), le caractère inaliénable et imprescriptible du domaine public s'oppose aux servitudes.

Ensuite, ce subjectivisme, qui découle d'un rapport entre deux fonds ("imposée à un fonds en faveur d'un autre") appartenant à deux propriétaires différents (97) et non d'un rapport entre deux personnes (art.636) se distingue nettement des servitudes d'utilité publique (98) qui n'ont nul besoin de recourir à l'idée de service foncier pour justifier la limite apportée au droit de construire.

Enfin, sans établir de prééminence d'un héritage sur l'autre (art.638), ledit subjectivisme présente un double aspect : un aspect négatif en imposant une charge au fonds servant (par ex, une interdiction de bâtir ou de ne pas bâtir au-dessus d'une certaine hauteur) et un aspect positif en profitant au fonds dominant, même s'il s'agit d'un avantage d'agrément (servitude de prospect) (99) à condition qu'une clause expresse le prévoit ("pour l'usage et l'utilité du fonds dominant")(100). D'ailleurs, cette intention positive, qui améliore l'utilisation du fonds dominant, résulte de servitudes négatives donnant au propriétaire du fonds dominant seulement le droit d'imposer une abstention au propriétaire du fonds servant (servitude de ne pas bâtir), abstention qui en fait peut geler la qualification de terrain à

(97) Civ.3ème 10/01/1984 J.C.P.(G)1984 IV 88

(98) Civ.09/06/1959 Bull.Civ.I n°291; MARTY & RAYNAUD cité supra réf.n°96 n°308 et suiv.

(99) DAGOT La clause d'habitation bourgeoise J.C.P.1967 I 2108; Civ.21/06/1967 Bull.Civ.I n° 2313; Civ.09/07/1985 D.1986 I.R.12

(100) Civ.29/03/1933 D.H.1933,282 R.T.D.C.1933,904 obs.SOLUS

bâtir du fonds servant en le rendant inconstructible; ou positives en permettant à leur titulaire d'accomplir certains actes sur le fonds servant (servitude de passage) comme obtenir une desserte de leur propre terrain si nécessaire à ladite qualification.

De toute façon, ce comportement négatif ou positif se transmet aux propriétaires successifs du fonds concerné (101). Mais cette défense des intérêts privés qui peut profiter à plusieurs fonds (102) tout en n'étant exercée qu'individuellement par chacun des propriétaires (103) prend parfois des allures collectives car les tribunaux admettent des servitudes stipulées au profit d'un public (104), de collectivités réduites et déterminées dans une aire géographique donnée (105) voire d'une commune estimant qu'y être domicilié suffit pour profiter du service foncier (106). Cependant, la Cour de Cassation sanctionne l'indétermination absolue de titulaire (107) donnant à ce subjectivisme un caractère encore plus ponctuel que la défense de l'intérêt public proprement dit.

2°- Les caractéristiques de l'inflexion indirecte privée -

A la différence des servitudes d'utilité publique ou des charges d'urbanisme, les servitudes d'utilité privée présentent certains caractères qui renforcent l'idée que le terrain à bâtir doit tenir compte des intérêts particuliers des propriétaires fonciers.

α) Caractère accessoire -

Elles sont attachées aux fonds sur lesquels ou au profit desquels elles sont établies alors que les servitudes d'utilité publique justifiées par l'intérêt collectif ne nécessitent pas ce rapport de fonds (108). Le subjectivisme indirect du terrain à bâtir va donc se transmettre activement avec le fonds dominant et passivement avec le fonds servant (109). La démolition, sanction habituelle d'un droit réel transgressé, pourra même être prononcée pour protéger cette initiative privée sans que le titulaire du fonds dominant ait à justifier d'un préjudice (110).

(101) Trib. Civ. Le Puy 21/11/1950 D.1951,251; Civ.07/02/1949 S.1949,1,146 D.1949,405 n.LENOAN J.C.P.1949 II 5159 n.E.BECQUE pour les obligations accessoires de la servitude.

(102) J.HANSENNE La servitude collective: modalités du service foncier individuel ou concept original? Thèse Liège 1968; J.L.BERTEL Les servitudes de lotissement à usage d'habitation Thèse Aix 1970(imprimé L.G.D.J 1973)

(103) Paris 28/02/1962 D.1962,1,452 n.MAZEAUD S.1962,271 R.T.D.C.1962 p.528 obs.SOLUS - sauf pour la renonciation si servitude d'intérêt collectif Civ.III 20/11/1979 D.1980 I.R.206 R.T.D.C.1980,373 obs.GIVERDON

(104) Req.02/08/1898 S.1899,1,75 cité par KORNPROBST La notion de servitude en droit français contemporain Thèse Strasbourg 1936 p.221

(105) Trib. Civ. Béthune 02/05/1934 S.1935,2,51

(106) Req;04/01/1860 D.1860,1,14; 26/02/1881 S.1882,1,111 D.P.1881,1,401

(107) Req.18/04/1921 S.1922,1,76 RTDC 1921,772 obs.SOLUS;Req.14/11/1932 ibid 1933,146 obs.SOLUS

(108) Civ.08/05/1963 J.C.P.1963 II 13314 n.P.ESMEIN R.T.D.C.1963,760 obs.BREDIN

(109) servitudes ni louées, ni cédées, ni saisies, ni hypothéquées séparément des fonds : Civ. 03/07/1900 G.P.1901,1,3; Trib. Civ. La Seine 22/02/1945 J.C.P.(N)1945 II 2961 n.MAGUET; Trib. Civ. Le PUY 21/11/1950 D.1951,251

(110) Civ.14/01/1963 D.1963,421; C.A.Versailles 02/05/1984 G.P.15/02/1986 som.p.17; pour servitudes non aedificandi ou non altius tollendi Civ.17/12/1963 J.C.P.1964 II 13609 n.BLAVOET et F.S.de la Marnierre de la construct.édifiée en violation d'une servitude D.1963 chr.p.251

b) Caractère perpétuel -

Ce principe vient en corollaire du précédent : parce qu'elles sont l'accessoire d'un fonds, les limites de droit privé ont un caractère perpétuel, alors que les servitudes d'urbanisme dépendent d'une réglementation qui évolue au fil du temps (R.N.U., P.O.S.), ce, en raison du caractère inviolable et sacré du droit de propriété auquel elles se rattachent.

Pourtant la perpétuité n'est pas de l'essence de la servitude. Son effet temporaire peut dépendre d'une convention (111) ou d'une loi (art.945 C.Rural), de l'aspect naturel des choses comme l'extraction de minéraux (art.703 C.Civ.) ou bien encore d'un évènement imprévu tenant au comportement ou à la volonté du propriétaire du fonds dominant (art.703 et 705). Il est remarquable de constater ici que c'est le bénéficiaire de cette attitude qui peut renoncer à l'avantage donné à sa parcelle alors qu'en matière de charges d'urbanisme, seul le rédacteur de la planification urbaine peut augmenter ou restreindre les possibilités de construire de ladite parcelle. Encore une preuve de la divergence d'intérêts poursuivis par les divers subjectivismes indirects du terrain à bâtir.

g) Caractère indivisible -

Enfin, lors de la division d'un fonds dominant, la servitude continue de profiter soit à la partie du fonds à laquelle elle est utile, soit à toutes les parties du fonds à qui elle profite à condition de ne pas aggraver la charge du fonds servant (art.700)(112). Chaque propriétaire exerce donc individuellement la servitude (113).

Ce dernier aspect pourrait, d'ailleurs, s'appliquer aux charges d'urbanisme mis à part le fait que la division d'une propriété déjà bâtie réduit les possibilités de construire sur la nouvelle parcelle.

Au travers de ses éléments constitutifs et de ses caractères, la servitude d'utilité privée défend surtout les intérêts des propriétaires fonciers. Mais en réalité, cette approche du terrain à bâtir ne va-t-elle pas plus loin qu'une simple motivation d'ordre privé ?

B - VERS LA DEFENSE DE L'INTERET PUBLIC DANS LA NOTION DE TERRAIN A BATIR -

Puisque les servitudes sont des droits réels et des démembrements de propriété, on en déduit qu'elles défendent essentiellement les intérêts des propriétaires fonciers. Et

(111) Trib.Civ.de Béthune 02/05/1934 cité supra réf.n°105

(112) pas sur extensions que le propriétaire du F.S. aurait ultérieurement réunies : Civ.1ère 29/05/1963, 718 R.T.D.C.1964, 142 obs.BREDIN

(113) Trib.Civ.Albi 23/03/1955 D.1956 som.p.84

si dès 1902 la doctrine conteste cette définition exclusivement réaliste pour y introduire un élément personnel (114) faisant de la servitude une catégorie d'obligation propter rem qui incombe à une personne en tant que propriétaire d'un bien déterminé (fonds servant), il n'en reste pas moins que cette obligation constitue toujours une limite de droit privé dans la notion de terrain à bâtir puisqu'elle aménage l'immeuble en règlementant l'activité des propriétaires.

Mais au-delà des simples apparences, l'utilité publique se réalise dans la propriété privée sans pour autant en épuiser le contenu (115). En effet, instituer une servitude de ne pas bâtir au-delà d'une certaine hauteur n'empêche nullement le propriétaire d'utiliser sa maison dans son strict intérêt personnel.

Le droit de propriété devient alors un droit subjectif à fonction sociale. Et cette fonction, qui n'intervient qu'au stade de l'utilisation dudit droit, contribue à rapprocher l'intérêt public de l'intérêt privé : l'intérêt public valorisant les intérêts privés de la propriété, l'intérêt privé adaptant la propriété à l'utilité publique.

Pour répondre à toutes ces motivations, le subjectivisme indirect du terrain à bâtir utilise donc les servitudes qui ont des rapports plus ou moins directs avec l'urbanisme. Sans reprendre les servitudes d'urbanisme ou d'utilité publique, objet de la précédente section, on examinera les "servitudes d'utilité privée" réparties en trois catégories par le Code Civil : celles qui dérivent de la situation des lieux (art.640 à 648), celles qui sont établies par la loi (art.649 à 685) et celles qui sont établies par le fait de l'homme (art. 686 à 710). Bien sûr, il existe d'autres classifications : servitudes urbaines et rurales (art. 687), servitudes continues et discontinues (art.688), servitudes apparentes et non apparentes (art.689). Mais elles ne rendent pas toujours compte des rapports existant entre les limites

(114)v.en ce sens G.RIPERT De l'exercice du d.de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines Thèse Aix 1902; en faveur des servitudes "in faciendo" RIGAUD Le d.réel, histoire et théorie Thèse Toulouse 1912; ABERKANE Essai d'une théorie générale de l'oblig.propter rem en droit positif français Thèse Paris 1957 p.115 et suiv.; M.de JUGLART Obligation réelle et servitude en droit français Thèse Bordeaux 1937 p.353; GINOSSAR D.réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des d.patrimoniaux 1960; conception néo-personnaliste de la servitude: D.FERRU La notion de servitude Thèse Paris 1970 et V.Servitudes encycl.Dz.1976 n°40-48; J.HANSENNE cité supra réf.n°102; MARTY & RAYNAUD n°141 et suiv. cité supra réf.n°96; J.CARBONNIER cité supra réf.n°96 p.207-209

(115)J.M.RIVALLAND Les charges d'urbanisme L.G.D.J.1969 p.215 et suiv.

de droit privé et la notion de terrain à bâtir. D'où l'étude de ces trois catégories de servitudes sans oublier de mentionner les servitudes judiciaires.

1°- Servitudes dérivant de la situation des lieux - (art.640 à 648)

Cette catégorie interesse le moins la notion de terrain à bâtir car, à la différence des servitudes légales, ces limites de droit privé dérivent d'une situation naturelle (différence d'altitude entre deux fonds pour l'écoulement des eaux :art.640) et de la force des choses et non pas d'une disposition plus ou moins arbitraire du législateur (116). Et bien que pour la majorité des auteurs, elles ne soient qu'une variante de servitudes légales (117), cela ne signifie pas pour autant qu'elles s'adressent nécessairement à un terrain urbain (bâti ou non).

2°- Les servitudes imposées par la loi - (art.649 à 685)

En réglementant le voisinage, ces limites que l'article 649 divise en servitudes d'utilité publique (art.650)(v.supra p.331-354) et servitudes d'utilité privée (art.651), conditionnent la construction immobilière ou l'urbanisme lato sensu (art.674: respect des distances par rapport au mur séparatif des fonds). Peu importe que la doctrine (118) leur refuse la qualification de servitudes parce qu'elles existent au profit et à la charge de tous les fonds, qu'elles régissent l'ensemble des propriétés foncières et constituent, de ce fait, le droit commun de la propriété. Car, si un droit ne dépend pas de sa fréquence ou de sa rareté (119), il n'en reste pas moins que cette remise en cause de la nature juridique des "servitudes d'utilité privée" accentue l'importance du subjectivisme indirect issu desdites limites dans la notion de terrain à bâtir.

Par conséquent, les obligations réelles de voisinage (120), à la base de l'initiative privée au travers de laquelle se développe l'intérêt public, agissent sur les terrains à bâtir soit unilatéralement lorsque chacun des deux fonds se détache (fonds dominant, fonds servant) comportant ainsi un subjectivisme positif et un subjectivisme négatif distincts (a); soit réciproquement lorsque chacun des deux fonds supporte l'un et l'autre subjectivismes(b).

a - Servitudes légales unilatérales -

A la différence des servitudes d'utilité publique, le subjectivisme indirect de

(116)J.CARBONNIER cité supra réf.n°96 p.191 et suiv.

(117) MARTY & RAYNAUD cité supra réf.n°96 p.162 n°143;D.FERRU même réf. n°72

(118)DEMOLOMBE Cours de Code Napoléon t.11 n°7 et suiv.; AUBRY & RAU D.Civil Français 7ème ed. t.2 par ESMEIN §194 et suiv.

(119)caractère hybride de la servitude : PLANIOL & RIPERT Traité Pratique de D.Civil 2ème ed. t.3 par PICARD §905; MARTY & RAYNAUD cité supra réf.n°96 §144; CARBONNIER cité supra réf.n°96 p.207-209

(120)CAPITANT Rev.Crit.Legis.et juris. 1900,157; ABERKANE cité supra réf.n°114 p.119 et suiv.

droit privé profite à un fonds au détriment d'un autre, moyennant indemnité, s'analysant ainsi en une véritable expropriation pour cause d'utilité privée. La répartition du subjectivisme indirect en deux branches (aspect positif et aspect négatif) concerne essentiellement la servitude de passage en cas d'enclave (art.682 et suiv.) et toutes celles établies par des lois spéciales, telle que la délivrance d'un permis de construire subordonnée à la création sur des terrains voisins de servitudes de ne pas construire ou de ne pas dépasser une certaine hauteur en construisant (servitudes de cour commune : art.R.451-1 et suiv.C.Urb. issus de la loi n°57-908 du 07/08/1957 et du décret n°58-1178 du 04/12/1958).

Dans les deux cas, la mise en oeuvre de ce comportement (assiette de la servitude, indemnité du fonds servant) résulte d'une convention (subjectivisme particulier) ou à défaut d'entente d'un jugement (subjectivisme judiciaire)(121). D'où l'apparition de servitudes judiciaires.

b - Servitudes légales réciproques -

Chaque fonds supporte indistinctement l'aspect positif et négatif du subjectivisme indirect du terrain à bâtir. Mais ces limites de droit privé intéressent-elles toutes ce type de notion : ? D'ores et déjà, on exclut la mitoyenneté (art.653-665 : murs, art.666-667 : clôtures, art.668-670 : haies et fossés) et le bornage (art.646-648) qui concernent davantage la limite séparative des fonds que leur constructibilité ainsi que la servitude d'égout des toits (art.681) applicables aux seuls terrains bâtis.

Reste alors à se demander si les distances à observer par chacun des voisins soit pour faire des plantations ou des constructions sur sa parcelle (A) soit pour ouvrir des vues et des jours dans ses bâtiments (B) intéressent ou non la définition du terrain à bâtir.

A) Distances à observer pour les plantations ou les constructions -

A priori, les distances imposées aux plantations (art.671-672)(122) ne semblent pas concerner les terrains à bâtir, car interdire de planter en deçà d'une certaine limite n'équivaut pas à une interdiction de construire. Pourtant, cette restriction au droit absolu

(121) pour servitude de passage Civ.15/05/1950 D.1950,482; Civ.3ème 03/07/1969 D.1969,646 en tenant compte à la fois des intérêts du fonds servant et des nécessités de l'exploitation du fonds enclavé Civ.1ère 29/06/1953 D.1953,597; C.A.Rouen 17/04/1985 G.P.18/01/1986 som.p.14: pas nécessairement le trajet le plus court si desserte insuffisante et plus dommageable - pour cour commune Paris 13/03/1961 D.1961,461 modifiant la servitude si sa création apparaît au juge trop préjudiciable aux parties, note critique G.LIET-VEAUX.

(122) pour une étude plus détaillée A.ROSSIGNOL Servitudes légales d'intérêt privé Juriscl. Constr.Fasc.263-C,11,1978

de la propriété, prise dans l'intérêt réciproque des voisins, relève de la même idée qui, dans un but général d'urbanisme et au moyen de règles d'urbanisme, empêche un propriétaire de construire jusqu'à une extrême limite de la propriété voisine et d'utiliser, de ce fait, l'intégralité du sol (123).

Plus caractéristique est le gel de constructibilité imposé par l'article 674 lorsqu'il s'agit de constructions nuisibles au voisinage immédiat (puits, fosse d'aisances, cheminée, âtre, forge, four ou fourneau, étable, magasin de sel ou amas de matières corrosives). Bien que cette limite de droit privé tende à satisfaire à la fois l'intérêt public (prévenir l'infiltration, l'infection des eaux ou les causes d'incendie) et l'intérêt privé des voisins (124), elle reflète une motivation subsidiaire, compte tenu de l'intervention de l'administration dans ce secteur où l'intérêt public rejoint l'intérêt privé. Le contrôle administratif des constructions à édifier et les sanctions édictées en cas d'infraction évitent au voisin de faire valoir ses droits en justice.

De plus, l'article 674 n'impose ce subjectivisme que s'il existe des règlements ou des usages relatifs à ces travaux, ou dépôts de nature à nuire aux voisins. En leur absence, la finalité subsidiaire émane du juge qui selon les circonstances de fait (125) examine si le rapprochement de la construction nouvelle n'est pas actuellement et absolument nuisible au mur préexistant (126).

En outre, l'énumération de l'article 674 n'étant pas limitative, les tribunaux recherchent si les constructions non comprises dans cette liste ne sont pas susceptibles de causer un préjudice au voisin et d'ordonner l'exécution des mesures préventives établies pour ces constructions par les règlements et usages (127). Une fois encore, le comportement nocif du particulier est combattu par l'intérêt général même si c'est à titre subsidiaire.

(2) Jours et vues sur le fonds voisin - (art.675-680)

 Les vues sont des ouvertures donnant le passage à la lumière, à l'air et au regard, qu'elles soient ouvertes en permanence ou munies de fenêtres ou de volets (128). Les

(123)Paris 06/07/1982 G.P.1982.2.578

(124)Lyon 25/10/1910 D.P.1913,2,351; AUBRY & RAU cité supra réf.n°118 §198;BAUDRY-LACANTINERIE & CHAUVEAU Traité théorique et pratique de droit civil Les biens n°1022; PLANIOL & RIPERT Traité de D.Civil 2ème ed.t.3 par PICARD n°908

(125)DEMOLOMBE cité supra réf.n°118 §521

(126)Paris 05/01/1872 D.P.1876,2,8

(127)Civ.10/07/1872 D.P.1872,1,257; Bordeaux 17/07/1889 D.P.1890,2,142; AUBRY & RAU cité supra réf.n°118 §198; Req.05/12/1904 D.P.1905,1,77

(128)même une terrasse est une vue Civ.03/06/1950 J.C.P.1950 IV 118, Civ.10/07/1957 Bu11. Civ.I n°323 D.1957,616

jours sont, au contraire, des ouvertures toujours fermées ne laissant passer que la lumière mais ni l'air ni les regards (art.676)(129).

Cette réglementation applicable à tous les fonds (130) dans les villes comme dans les campagnes relevant du domaine privé de l'Etat, des communes ou des particuliers (131), à usage ou non d'habitation (132), n'intéresse que les terrains bâtis, puisqu'a priori (sauf réglementation d'urbanisme et construction relevant de l'article 674) un propriétaire peut construire jusqu'à l'aplomb du fonds voisin (133) du moment que les ouvertures de ses bâtiments respectent les distances légales (134).

Il faut toutefois mentionner ce type de servitude négative pour bien la distinguer de la servitude de prospect résultant d'une convention entre deux voisins et destinée à empêcher le propriétaire du fonds servant à faire aucune construction, ouvrage ou plantation susceptible de gêner la vue aussi loin qu'elle s'étende (135).

Cette limite qui doit être expressément stipulée (136)(v.infra servitudes conventionnelles) se résume en fait en une servitude non aedificandi ou non altius tollendi qui infléchit l'objectivité de la définition du terrain à bâtir, en gélant, totalement ou partiellement, la constructibilité de la parcelle dans l'intérêt du voisin pouvant ainsi exiger la démolition de l'ouvrage litigieux sans invoquer de préjudice (137).

3°- Servitudes établies par le fait de l'homme - (art.686-710)

A la base du subjectivisme indirect du terrain à bâtir, se trouve ici l'autonomie de la volonté. Pourtant, les servitudes établies par le fait de l'homme permettent à l'individu de participer à la réalisation de l'intérêt général de l'urbanisme, en instituant des prescriptions d'urbanisme (cf dans les lotissements ou par le biais de la servitude de la cour commune à laquelle est subordonnée la délivrance d'un permis de construire) qui, en quelque sorte, prolongent le rôle des servitudes administratives.

D'où la question de savoir comment l'autonomie de la volonté crée ce subjectivisme indirect.

a) La constitution par titre - (art.686)

Toutes les servitudes peuvent être constituées par titre soit un acte juridique

(129)Pau 12/11/1963 D.1964 som.34; egal.HENRIOT Définition et caractère des jours et des vues obs.A.J.P.I.1967,690

(130)PLANIOL & RIPERT cité supra réf.n°124 §915

(131)Civ.08/05/1867 S.1867,1,387

(132)BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU cité supra réf.n°124 §1032

(133)AUBRY & RAU cité supra réf.n°118 §196, contra C.A.Agen 07/11/1947 D.1948,24

(134)A.ROSSIGNOL cité supra réf.n°122 Fasc.263-B 11,1978

(135)Req.31/05/1880 D.P.1881,1,14; Orléans 12/02/1865 D.P.1865,2,60

(136)Civ.29/06/1921 G.P.1921,2,375;Civ.22/03/1966 J.C.P.1966 II 14696 obs.H.G.;Civ.3ème 09/05/1978 J.C.P.(N)1978 Prat.7010

(137)privation d'ensoleil.pas nécessaire Civ.13/03/1963 D.1963 som.79;Civ.17/12/1963 JCP1964 II 13609 obs.BLAEVOET RTDC1964,585 obs.BREDIN;28/10/1964 D.1965 som.38;16/03/1964 D.1964 som.106

tel qu'une convention, un testament, un acte onéreux ou gratuit entre vifs ou à cause de mort. Néanmoins, cette intention issue de l'autonomie de la volonté doit répondre à un double condition afin de ne pas basculer dans l'arbitraire : respecter l'ordre public puisqu'au delà de l'intérêt du voisin se profile l'intérêt public applicable au terrain à bâtir et établir une servitude au profit ou à la charge d'un fonds et non d'une personne, rappel des éléments constitutifs du subjectivisme privé (art.686).

Indépendamment de ces restrictions et bien qu'il existe des servitudes nommées (servitude de passage, non aedificandi, non altius tollendi (138)), les propriétaires envisagent de nombreuses combinaisons, même de déroger expressément aux servitudes légales (139) du moment que les dispositions de l'acte révèlent sans équivoque l'intention de constituer cette limite de droit privé (140). En cas de doute, les parties ont toujours la ressource de s'adresser au juge pour interpréter ledit subjectivisme, sous réserve bien sûr de ne pas dénaturer l'acte (141).

b) La prescription acquisitive - (art.690-691)

Dans ce cas, le facteur temps est à l'origine du subjectivisme indirect du terrain à bâtir. Seulement pour éviter aux usagers de mauvaises surprises quant à la constructibilité de leur parcelle, on impose à cette limite de droit privé les trois conditions suivantes (142) : une prescription trentenaire (art.690), une servitude continue et apparente (art.691) et une véritable possession (art.2232).

La première et la dernière conditions ne posent pas de réelles difficultés. Il suffit au propriétaire du fonds dominant de se comporter comme si la servitude existait en droit. La possession est donc exempte de vices (non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire), ce qui la distingue des actes de simple tolérance que le voisin supporte parce qu'ils ne le gênent pas et des actes de pure faculté qui n'empiètent nullement sur le droit d'autrui (143). Mais peut-être que ces actes de simple tolérance ou

(138) qui repose sur un titre et non sur la seule constatation de la beauté d'un site qu'il convient de respecter: Montpellier 05/06/1963 G.P.1963,2,437

(139) Civ.19/10/1886 D.1887,1,116; 16/12/1940 G.P.1941,1,190

(140) Civ.10/07/1957 D.1957,616

(141) Civ.08/11/1886 D.P.1887,1,85; 24/02/1931 D.1931,1,105 rapport BEUDANT, n.GENY; Civ.1ère 30/06/1964 D.1964,586; Civ.21/06/1967 Bull.Civ.I n°231; 06/11/1969 D.1970 som.104

(142) MARTY & RAYNAUD cité supra réf.n°96 §152 et suiv.

(143) Pau 12/01/1954 G.P.1954,1,190 et 02/03/1954 G.P.5-8 juin 1954 comm.SOLUS à R.T.D.C.1954 p.518; Rennes 01/10/1963 D.1963,738 n.P.ESMEIN; Montpellier 16/05/1963 D.1963,752 S.1964, 20 R.T.D.C.1964 p.142 obs.BREDIN

de pure faculté contribuent-ils de manière informelle à ce subjectivisme indirect du terrain à bâtir !

L'exigence d'une servitude continue et apparente fait appel aux autres systèmes de classification des limites de droit privé qui semblent avoir des rapports plus ténus avec la notion de terrain à bâtir *.

Ainsi, en ce qui nous concerne, ni la servitude de passage (élément matériel du terrain à bâtir) ni la servitude de ne pas bâtir (gel de la constructibilité) ne sont acquises par prescription, car pour les servitudes non apparentes (144), leur caractère général négatif est inconcevable avec une véritable possession. En vertu de l'autonomie de la volonté à la base dudit subjectivisme, il ne faut pas tromper la vigilance du propriétaire du fonds servant. De même, pour les servitudes discontinues (145), le caractère isolé des faits de possession ne peut-il leur servir de base. Et pour ne pas envenimer les rapports de voisinage ni porter atteinte à l'urbanisme lato sensu, il est préférable que les actes de simple tolérance n'aboutissent pas à la prescription.

Pourtant, les choses ne sont pas aussi simples car la jurisprudence reconnaît à la possession prolongée des servitudes discontinues ou non apparentes divers effets, telle que l'acquisition par prescription de l'assiette et des modes d'exercice d'une servitude née d'un titre ou d'une loi (art.708 et art.685 en cas d'enclave)(146). On en arrive donc à la situation très paradoxale selon laquelle le bénéficiaire de la prescription acquiert un droit plus important que la servitude en ce sens qu'il peut même bénéficier de la prescription abrégée et qu'au delà d'une simple restriction de construire, le propriétaire du fonds servant se trouve confronté à une privation de propriété; ce qui est plus grave. C'est pourquoi la jurisprudence atténue les inconvénients de l'article 691 en se fondant sur le principe de la liberté de preuve des servitudes (147) pour admettre ce subjectivisme de droit privé.

*N.B. art.688 al2: servitudes continues = celles dont l'usage est continu sans besoin du fait actuel de l'homme (conduite d'eau, égouts et autres), al3 : servitudes discontinues = celles ayant besoin du fait de l'homme (servitude de passage, de puisage, de pacage); art.689 al2 : les servitudes apparentes s'annoncent par des ouvrages extérieurs (fenêtre, porte, aqueduc) à l'inverse des servitudes non apparentes (al3) qui n'ont pas de signe extérieur (prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à hauteur déterminée).

(144)servitude de prospect : req.01/06/1908 D.1908,1,280; Civ.29/06/1921 D.1925,1,31; Civ.22/03/1966 J.C.P.1966 II 14696 n.H.G. - non altius tollendi ou non aedificandi : civ.26/06/1867 D.P.1867,1,254; 12/01/1948 D.1948,202

(145)servitude de passage Civ.24/01/1947 J.C.P.1947 II 3754 n.E.BEQUE R.T.D.C.1948 p.815 obs.SOLUS; Civ.21/06/1938 D.H.1938,466

(146)Civ.21/06/1938 D.H.1938,466; Civ.12/12/1853 D.P.1854,1,346;07/02/1883 D.P.1884,1,128

(147)s'établir par titre prouvé par témoins, présomption quand il existe un commencement de preuve par écrit:req.16/12/1863 D.P.1864,1,215;Civ.08/05/1886 D.P.1887,1,85; 08/05/1901 D.P.1905,1,79 - v.même l'aveu ou de simples indices pouvant résulter de la tolérance d'un exercice prologé de la servitude : req.16/11/1932 S.1933,155; civ.25/03/1935 D.1935,301; 05/01/1954 D.1954,184 J.C.P.1954 IV 220; Civ.05/03/1971 D.1971,673 R.T.D.C.1972 p.155 obs.BREDIN

c) La destination du père de famille - (art.692-694)

La destination du père de famille est un aménagement particulier du fonds établi par son propriétaire, pouvant devenir une servitude en cas de division de ce fonds (art.693).

En quoi ce mode constitution de servitude ou plutôt ce moyen de preuve du titre constitutif interesse-t-il la notion de terrain à bâtir? Après tout, cet aménagement ne reflète-t-il pas la liberté de chacun (ou du moins celle qu'il lui reste) d'utiliser son fonds et de l'aménager comme bon lui semble? En fait, l'intervention du subjectivisme indirect dans la notion de terrain à bâtir se réalise après la division du fonds. D'où la nécessité de connaître les conditions dans lesquelles naît cette servitude.

Δ) Les conditions générales de la destination du père de famille -

A la différence des servitudes établies par titre ou par prescription, c'est le père de famille, propriétaire unique du fonds dominant et du fonds servant qui est à l'origine de cette approche indirecte (148). Et avant même que s'opère la division (149), l'aménagement permanent doit comporter l'idée de servitude, soit la mise d'un fonds au service de l'autre et non la satisfaction d'intérêts personnels ou temporaires. D'ailleurs, la jurisprudence recherche dans cet aménagement la preuve de l'intention de constituer les limites de droit privé apportées au droit de construire (150).

ρ) Les conditions particulières aux divers types de servitudes -

Le caractère particulier de ce subjectivisme issu d'une initiative privée a obligé les rédacteurs du code civil à prendre certaines précautions afin de ne pas basculer dans l'arbitraire, si nuisible à la notion de terrain à bâtir.

En effet, les servitudes non apparentes ne peuvent se constituer par destination du père de famille car le signe de la servitude ne doit pas échapper aux parties (surtout au propriétaire du fonds servant). Il en est ainsi pour les servitudes non altius tollendi et non aedificandi qui pourtant intéressent le terrain à bâtir.

De leur côté, les articles 692 et 694 C.Civ. ont posé quelques difficultés en raison de leur rédaction contradictoire : l'article 692 exclut les servitudes non apparentes

(148) pas l'oeuvre du fermier ou du locataire : Dijon 11/06/1869 D.1871,2,355; Montpellier 27/03/1890 D.1892,2,413 - ni de l'usufruitier : Civ.08/05/1895 D.1896,1,11

(149) Req.01/08/1887 D.1888,1,112; 17/05/1933 D.H.1933,363; Soc.27/12/1945 D.1946,137; Montpellier 20/02/1969 D.1969,372 R.T.D.C.1969,591 obs.BREDIN et sur pourvoi Civ.3ème 05/03/1971 D.

1971,673 R.T.D.C.1977,155 obs.BREDIN

(150) Civ.31/12/1874 D.1875,1,375; Req.09/12/1887 D.1887,1,148; 03/11/1896 D.1897,1,214; 17/05/1933 D.H.1933,363

et discontinues alors que l'article 694 exige seulement entre les deux fonds un signe apparent de servitude. Heureusement, la jurisprudence y a mis bon ordre en leur assignant un champ d'application distinct dans la détermination du subjectivisme indirect du terrain à bâtir.

Pour l'article 692, dès que les conditions générales de la destination de père de famille sont réunies et sans qu'il soit nécessaire de produire un titre, l'intention indirecte du "père de famille" sur sa parcelle est confirmée sous la forme d'une servitude apparente et continue (servitude de vue avec fenêtre). A celui qui nie cette motivation de produire le titre qui établit que la servitude n'existe pas.

Quant à l'article 694, il s'applique aux servitudes apparentes mais discontinues (151). Aussi la volonté du père de famille devra-t-elle être prouvée par la production du titre ayant opéré la division des deux fonds et ne contenant aucune stipulation contraire au maintien de la servitude (donc du subjectivisme)(152). Les juges tiennent, d'ailleurs, compte des circonstances extrinsèques et de l'exécution donnée aux actes afin de s'éclairer sur l'intention réelle des parties contractantes sur la création de ce subjectivisme et de déterminer le sens exact des conventions (153). Mais seul l'acte ayant opéré la division des deux fonds est à retenir (154).

Ce tour d'horizon effectué, voyons désormais les effets de ces limites de droit privé sur la notion de terrain à bâtir.

§2 - LES EFFETS DES LIMITES DE DROIT PRIVE -

Tout en défendant l'intérêt privé des propriétaires fonciers, certaines servitudes, en interdisant de construire sur la parcelle ou en transférant ce droit de construire sur un autre fonds, intéressent le terrain à bâtir. Aussi pour mieux comprendre leurs rapports avec cette notion, faut-il examiner le subjectivisme indirect de droit privé au travers du fonctionnement général des servitudes (A).

(151) cf servitude de passage utile à la desserte du terrain v. sur la notion de signe apparent Trib. Civ. Cholet 17/02/1954 D.1954,308; Req. 06/12/1898 D.1899,1,87; Riom 27/10/1970 D.1971,138 n.M.A.ROBERT

(152) Civ. 17/06/1885 D.1886,1,323 S.1886,1,72; 31/10/1894 D.1895,1,63 S.1895,1,414; Req. 28/03/1904 D.1905,1,162 S.1904,1,317; Req. 27/01/1937 G.P.1937,1,481 D.H.1937,132; Civ. 1ère 23/05/1959 D.1959,473 - même si ce titre est muet : Civ. 3ème 16/03/1977 D.S.1977 I.R.308 R.T.D.C. 1977 p.573 obs. GIVERDON

(153) Req. 22/08/1882 D.P.1883,1,467; Civ. 1ère 25/05/1964 D.1964,626

(154) et non un acte ultérieur Civ. 3ème 05/10/1971 Bull. Civ. III n°144 D.1972,77; et de façon plus générale M.F. MIALON La servitude par destination du père de famille Nouveaux aspects de l'interprétation de l'article 694 du Code Civil D.S.1974 chr.p.15

A - MISE EN OEUVRE DE L'INFLEXION INDIRECTE DE DROIT PRIVE SUR LA NOTION DE TERRAIN A BATIR - (art.697-710 C.Civ.)

Même les articles du Code Civil qui réglementent l'exercice (1°), la protection (2°) et l'extinction (3°) des servitudes semblent répondre à l'idée que l'appréciation subjective du terrain à bâtir ne doit jamais basculer dans l'arbitraire.

1°- L'exercice de l'inflexion indirecte de droit privé - (art.697-702)

Bien qu'écrites en considération des servitudes établies par le fait de l'homme, les règles suivantes concernent en réalité toutes les servitudes (y compris les servitudes légales) dont certaines influent nécessairement sur la notion de terrain à bâtir (v.infra B). En effet, l'étendue du subjectivisme institué en faveur du propriétaire du fonds dominant varie selon le mode de constitution de la servitude. Il découle soit de l'interprétation, souvent extensive, du titre juridique (155) soit de l'étendue de l'aménagement (destination du père de famille) soit encore de l'étendue de la possession (prescription).

Par conséquent, les principes de réalité (art.697) et de fixité (art.701) de la servitude s'avèrent nécessaires à la stabilisation dudit subjectivisme dans la notion de terrain à bâtir.

a - La réalité de la servitude - (art.697)

Les droits compris dans la servitude sont réels : une fois la finalité indirecte définie (v.supra §1), le propriétaire du fonds dominant fait sans autorisation tout ce qui est nécessaire à son exercice (art.697), le propriétaire du fonds servant étant tenu de le laisser agir (art.696,701)(156) sans avoir à fournir aucune prestation positive sauf les travaux accessoires à l'exercice dudit subjectivisme aux frais du propriétaire du fonds dominant (art.698-699).

Seule la nécessité motive l'exercice de ce subjectivisme, rappelant que cette limitation de construire est avant tout un service foncier. Du moment qu'il n'entrave pas ce subjectivisme, le propriétaire du fonds servant est donc libre d'exercer son droit de propriété (157) dont l'un des aspects est de pouvoir construire sur son fonds (art.L.112-1C.Urb.).

b - La fixité de la servitude - (art.701)

A la nécessité s'ajouté, dans l'approche indirecte de la relativité, la non-modification de son étendue sans l'accord des intéressés. Ceci a une double conséquence : ni le

(155) sauf dénaturation Civ.1ère 30/12/1959 D.1960,268

(156)Civ.22/11/1937 D.1938,1,62 n.VOIRIN J.C.P.1938 II 510 n.R.D.

(157) cf clore son fonds Civ.01/03/1944 J.C.P.(N)1945 II 2914; Req.20/06/1932 G.P.1932 II 552

propriétaire du fonds servant ne peut en diminuer l'étendue (1), ni le propriétaire du fonds dominant ne peut l'aggraver (2).

↳) La non-diminution de l'étendue du "subjectivisme" - (art.701)

Ce principe qui veut assurer la stabilité du subjectivisme indirect dans la notion de terrain à bâtir contribue malheureusement d'y incorporer des éléments d'incertitude. En effet, les tribunaux apprécient souverainement (d'où l'apport du subjectivisme judiciaire) s'il y a ou non entrave à l'exercice de la servitude vis l'état, les lieux et la convention en cas de servitude conventionnelle (158). De plus, le propriétaire du fonds servant peut offrir au propriétaire du fonds dominant un déplacement d'assiette (art.701 al3) si l'assignation primitive est plus onéreuse ou l'empêche de faire des réparations avantageuses et s'il propose au propriétaire du fonds dominant un endroit aussi commode pour l'exercice de son subjectivisme indirect. Bien sûr, cela ne concerne que l'assiette de la servitude et les tribunaux exigent un motif grave d'incommodité (159) qu'ils apprécient souverainement (toujours cet apport de volonté judiciaire).

Il n'en reste pas moins que ces changements portent atteinte à la détermination exacte du gel de constructibilité sur ledit fonds.

↳) La non-aggravation du "subjectivisme" - (art.702)

A l'inverse de l'article 701 al3, l'article 702 ne prévoit pas de déplacement d'assiette demandé par le propriétaire du fonds dominant. Cependant, l'incertitude demeure dans la notion de terrain à bâtir car selon que le titre constitutif de la servitude a ou non une portée générale, le subjectivisme sera plus ou moins étendu.

Ainsi, lorsque le titre ne limite ni l'usage ni les modalités particulières de l'exercice dudit subjectivisme, le propriétaire du fonds dominant peut-il les modifier même en rendant la servitude plus onéreuse (160). Mais après tout, cette instabilité de comportement rejoint la révision du P.O.S. qui diminue les possibilités de construire des parcelles en les classant dans une zone naturelle à faible urbanisation. Seule la motivation change : pour l'une cela répond à l'autonomie de la volonté, pour l'autre à l'intérêt général.

(158)Req.14/12/1911 D.P.1912,1,119; Civ.1ère 16/03/1964 D.1964 som.106;28/10/1964 D.1965 som.38 : démol.de la partie d'ouvrage édifée sur le fonds servant supérieur à la limite autorisée par une servitude non altuis tollendi; E.S.de La MARNIERRE De la construction édifée en violation d'une servitude D.1963 chr.251; Civ.3ème 16/04/1969 D.1969 som.1122 : ne pas fermer le passage la nuit même si le propriétaire du F.S. donne une clé au propriétaire du F.D. car usage de la servitude plus incommode.

(159)Aix 24/06/1975 D.S.1975,751 n.GOUBEAUX; Civ.20/02/1884 D.1884,1,392; 12/05/1975 D.1975 I.R.183

(160)Rennes 27/01/1966 D.S.1966 som.98 J.C.P.1967 II 14924; agrandir l'immeuble au profit de qui le passage set établi: Rouen 11/03/1846 D.1849,2,93

Au contraire, la notion d'aggravation du subjectivisme joue si le titre constitutif précise ou restreint son usage ou ses modalités d'exercice. Or en recherchant si l'intention des parties ne permet pas une adaptation de ces modalités à des circonstances nouvelles (161), les tribunaux (subjectivisme judiciaire) réinjectent un élément d'incertitude dans la définition du terrain à bâtir. Mais là encore, cette situation n'est pas sans rappeler l'évolution dans le temps des documents de planification urbaine.

Toutefois, cette motivation n'existe pas sans protection.

2°- La protection de l'inflexion indirecte de droit privé -

Au travers de la sanction des règles d'exercice des servitudes (a) et de leur protection judiciaire (b), le subjectivisme indirect de droit privé subit les assauts du subjectivisme judiciaire qui ajoute à l'incertitude de la notion de terrain à bâtir.

a - La sanction des règles d'exercice des servitudes - (art.701-702)

Quand le propriétaire du fonds dominant outrepassé ses droits ou quand le propriétaire du fonds servant contrarie cet exercice, l'analyse judiciaire intervient a posteriori pour sanctionner le non-respect des limites privées apportées au droit de construire. En outre, l'annulation préalable d'une autorisation de construire ou d'occuper le sol ainsi qu'un préjudice actuel et certain (contra Chap.2 Titre2) ne sont nullement nécessaires au prononcé de la réparation en nature (rétablissement des lieux dans leur état antérieur) ou à l'allocation de dommages et intérêts.

Enfin, hormis qu'ils examinent la violation du subjectivisme privé du terrain à bâtir, les tribunaux apprécient quelle sanction lui appliquer (élément subjectif) (162) sauf en cas de préjudice causé par l'exercice du subjectivisme conformément à son titre constitutif et pour lequel le juge n'alloue que des dommages et intérêts (163).

b - La protection judiciaire des servitudes -

A la différence de la protection précédente, c'est l'existence même de la limite de droit privé qui est contestée et non son exercice. Et on en veut pour preuve le principe selon lequel la propriété est présumée libre. Au défendeur (propriétaire du fonds dominant) de prouver la servitude (donc du subjectivisme) à laquelle il prétend (164).

(162) Pour le propriétaire du F.D. (art.702): Civ.18/03/1931 G.P.1931,1,753 R.T.D.C.1931 p.616 obs.SOLUS; Civ.3ème 11/06/1974 J.C.P.1974 II 17902 n.GOUBEAUX (seulement indemnité pour aggravation de la servitude) - Pour le propriétaire du F.S. (art.701) démolition des constructions élevées au mépris d'une servitude non aedificandi sans préjudice de dommages et intérêts : Lyon 26/11/1889 D.1891,2,11; Civ.1ère 13/03/1963 D.1963 som.79; 04/01/1963 S.1963,254 D.1963, 421 R.T.D.1963,580 obs.BREDIN; Civ.1ère 04/05/1964 J.C.P.1964 II13790 n.BULTE; 30/06/1964 S.1964, 319 D.1964,589; 30/11/1965 J.C.P.1966 II 14481 D.S.1966 som.15 R.T.D.C.1966 p.323 obs.BREDIN; v. E.S.de la MARNIERRE cité supra réf.n°158

(163) Chambéry 06/02/1951 J.C.P.1951 6311 n.E.BECQUE

(164) Agen 30/11/1852 S.1852 II 8; 23/11/1858 D.1858,2,27 S.1858,2,769

Pour cela il bénéficie de deux types d'actions :

° l'action confessoire grâce à laquelle il fait constater en justice son droit contesté. Seuls les tribunaux judiciaires apprécient la validité du subjectivisme et en l'absence de leur décision regardant comme nulle la servitude, les requérants ne peuvent attaquer le permis de construire qui, pour qualifier la parcelle de terrain à bâtir, prévoit le raccordement à l'égout en vertu d'une servitude de passage de canalisation (165);

° ou l'action possessoire qui protège la "possession" de son subjectivisme contre les manoeuvres du propriétaire du fonds servant. Toutefois, ne sont retenues que la plainte et la renonciation de nouvel oeuvre, la réintégration supposant une intention matérielle que le propriétaire du fonds dominant n'a pas sur le fonds servant (166). De plus, la protection de la définition ne joue pas de la même manière selon le type de servitudes et le mode de constitution. Si les servitudes continues et apparentes ne posent pas de difficultés (167), il n'en va pas de même pour les servitudes discontinues ou non apparentes qui, en principe, ne bénéficient pas de cette protection (168).

Pourtant la jurisprudence fait une exception quand la servitude discontinue ou non apparente est fondée en titre (169) car ce titre fait présumer la possession donc l'existence du subjectivisme à protéger (170). Ainsi en sera-t-il pour les servitudes légales, le titre étant la loi elle-même (171) et pour les servitudes du fait de l'homme lorsque les conditions de la destination du père de famille sont remplies (172) ou lorsqu'un titre rend vraisemblable l'existence de la servitude (173).

Il faut néanmoins bien comprendre que cette protection judiciaire des servitudes constitue l'un des éléments caractéristiques du subjectivisme indirect de droit privé puisque la jurisprudence refuse la protection possessoire aux servitudes d'urbanisme qui, elles, relèvent de l'intérêt général (174).

Comment ce subjectivisme est-il alors remis en cause ?

3°- L'extinction de l'inflexion indirecte de droit privé -

Evoluant moins vite que les règles d'urbanisme, le subjectivisme indirect de droit privé est cependant remis en cause dans la mesure où la perpétuité n'est pas de l'essen-

(165) C.E. 17/01/1986 req. n° 50050 D. Adm. 1986, 94; chr. immob. D. SIZAIRE J.C.P. (N) 1986 p. 293 et suiv.

(166) Civ. 21/02/1950 Bull. Civ. I n° 48 p. 34; Trib. Paix Nice 27/08/1958 D. 1959 som. 23

(167) Civ. 28/12/1863 D. 1864, 1, 103; 05/05/1925 S. 1925, 1, 373; req. 21/10/1936 G.P. 1936 II 926

(168) Req. 19/03/1869 D. 1870, 1, 116; Civ. 16/02/1926 D.H. 1926, 237; Civ. 19/05/1954 D. 1954, 662; Civ.

1ère 22/03/1966 J.C.P. 1966 II 14696 n.H.G.; 16/12/1970 J.C.P. 1971 II 16797 n. GOUBEAUX

(169) Civ. 20/02/1922 D. 1925, 1, 80; 11/07/1932 G.P. 1932, 2, 260; 29/06/1964 D. 1964, 589 J.C.P. 1964 II

13829; Civ. 3ème 16/02/1977 D.S. 1977 I.R. 220 R.T.D.C. 1977 p. 573 obs. GIVERDON

(170) Civ. 1ère 29/06/1964 D. 1964, 589 J.C.P. 1964 II 13829

(171) Req. 03/12/1878 D. 1879, 1, 150; 02/05/1919 S. 1920, 1, 184; Montpellier 10/04/1962 G.P. 1962, 2, 115 R.T.D.C. 1962 p. 674 obs. SOLUS

(172) Civ. 17/06/1885 S. 1888, 1, 72

(173) Civ. 13/03/1889 D. 1889, 1, 379 S. 1889, 1, 257; Trib. Civ. Seine 21/03/1956 G.P. 1956, 1, 399

(174) Civ. 3ème 23/06/1971 J.C.P. 1972 II 16965 n. GOUBEAUX; 13/10/1974 D. 1975 som. 5 R.T.D.C. 1975 p. 336 obs. GIVERDON

ce de la servitude.

Indépendamment du fait qu'il s'éteint comme "tout droit" (arrivée du terme du titre constitutif, réalisation de la condition résolutoire, annulation de l'acte constitutif ou résolution des droits du constituant, voire même renonciation du propriétaire du fonds dominant (175)), ce subjectivisme cesse par impossibilité d'exercice (a), non usage (b) ou confusion (c).

a - L'impossibilité d'exercice - (art.703)

Envisagé comme un service foncier entre deux fonds, le subjectivisme disparaît lorsque les changements de l'état des lieux (phénomène naturel (tarissement d'une source) ou fait de l'homme (remembrement)) rendent la servitude impossible ou absolument inutile (176). A cette impossibilité d'exercice, on assimilera la perte de la chose qui sera rarement matérielle mais plutôt juridique (ex: intégration du fonds servant dans le domaine public). En matière de planification, ceci paraît inconcevable car la modification du comportement "public" dépend d'un certain formalisme des autorités administratives (révision de P.O.S.). Mais toute en défendant l'intérêt privé des propriétaires fonciers, la mutation de ce subjectivisme ne doit pas tomber dans l'arbitraire. En effet, les changements qui rendent cette charge moins commode ou moins utile ne la font pas disparaître (177), d'autant qu'ils peuvent atteindre une servitude légale (cf servitude de passage en cas d'enclave) et pas nécessairement une servitude conventionnelle (178).

L'autre particularité du subjectivisme indirect de droit privé vient de ce que les servitudes revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user (art. 704). En réalité, il ne s'agit que d'une suspension d'exercice (179) ajoutant à l'aspect ponctuel dudit subjectivisme.

b - Le non usage (art.706)

Si le temps permet de créer des limites de droit privé susceptibles d'intervenir dans la notion de terrain à bâtir, il permet tout autant de les éteindre. Cependant, malgré les critiques de la doctrine, l'article 706 ne retient que la prescription trentenaire (180) mettant ainsi le tiers possesseur dans une meilleure situation que le propriétaire devant le titulaire de la servitude (181).

(175)sauf pour servitude de cour commune car d'intérêt public : Paris 22/05/1963 D.1963,739
 (176)Civ.27/10/1953 Bull.Civ.1953,1,237; Chambéry 23/05/1943 J.C.P.1943 II 2393 n.E.BECQUE R.T.D.C.1943 p.273 obs.SOLLUS

(177)Civ.14/05/1872 D.1872,1,307;Req.26/06/1933 G.P.1933,2,265

(178)servitude de passage Civ.02/11/1959 Bull.Civ.I n°450

(179)Civ.17/11/1908 D.1910,1,336; Chambéry 23/05/1943 cité supra réf.n°176

(180)Req.23/11/1875 D.1876,1,423 S.1876,1,103; Civ.1ère 27/01/1963 G.P.13/09/1963 R.T.D.C.1963 p.759 obs.BREDIN

(181)BEUDANT & LEREBOURS-PIGEONNIERE 2ème éd.t.IV par VOIRIN n°622; JOSSERAND t.1 n°2018

Quoi qu'il en soit, la prescription par non-usage du subjectivisme s'applique à tous ses modes de constitution. Et si l'on ne prescrit pas contre la loi (182), le non usage atteint les modalités d'exercice des servitudes légales réglées conventionnellement ou judiciairement, conduisant alors au même résultat.

Néanmoins, le délai ne démarre pas de la même manière selon le type de servitude (art.707). Pour une servitude continue, il court à compter du premier acte faisant obstacle à ladite servitude (ex construire sur un fonds grevé d'une servitude non aedificandi); alors que pour une servitude discontinue, il commence à courir du jour où l'homme a effectué le dernier acte ou dernier fait nécessaire à la servitude (183). Et si la servitude n'a jamais été exercée, le délai part du jour où elle aurait pu l'être (184).

Comme toujours, le comportement judiciaire complète le subjectivisme indirect puisque les tribunaux apprécient souverainement les faits allégués comme constitutifs de non usage (185) dont le propriétaire du fonds dominant pour une servitude discontinue (186) ou le propriétaire du fonds servant pour une servitude continue (187) devra apporter la preuve.

Mais que se passe-t-il en cas de non usage partiel de ce subjectivisme ? En toute logique, l'article 708 répond par une extinction partielle de la servitude. Seulement une telle position risquant d'ajouter à l'incertitude de la notion de terrain à bâtir, la jurisprudence distingue deux hypothèses :

- si un obstacle matériel rend impossible l'usage complet de la servitude, elle admet volontiers l'extinction partielle de la qualification subjective (188);

- si au contraire le bénéficiaire de la servitude limite volontairement son exercice, elle n'accepte pas cette restriction de subjectivisme (189) car les besoins du propriétaire du fonds servant peuvent à nouveau évoluer. Or n'est-ce pas laisser le propriétaire du fonds servant à son libre arbitre ? Non si l'on considère que l'inflexion s'applique au fonds et non à la personne.

c - La confusion - (art.705)

La réunion des deux fonds (190), quelqu'en soit la cause (vente, partage, succession...) entraîne l'extinction de la servitude, donc du subjectivisme puisque la notion de service foncier disparaît. Cette confusion cesse rétroactivement (annulation ou résolution

(182) contra à propos d'une servitude légale de vue : Civ.3ème 12/11/1975 J.C.P.1976 II 18400 n.GOUBEAUX R.T.D.C.1976 p.802 obs.GIVERDON

(183)Civ.26/01/1944 D.1944,58 S.1945,1,20 J.C.P.1945(N)II 2770 n.E.B. R.T.D.C.1945,45 obs. SOLUS

(184)Req.12/11/1934 S.1935,1,162

(185)Req.12/01/1909 D.P.1909,1,391

(186)Civ.14/03/1972 J.C.P.1972 IV 111

(187)Lyon 09/04/1881 D.1882,2,20 S.1884,2,164

(188)Civ.03/12/1929 D.P.1931,1,119;31/05/1944 D.A.1944 juris 85

(189)Amiens 24/02/1948 J.C.P.(G)1948 IV p.35

(190)T.VIALATTE L'effet extinctif de la réunion sur une même tête de qualités contraires et ses limites R.T.D.C.1978 p.567 et suiv.

du titre l'ayant réalisée), la servitude réapparaît (191). Si elle cesse sans rétroactivité (revente séparée des deux fonds), la limite de droit privé ne renaît pas sauf lorsque sont remplies les conditions de la destination de père de famille (art.694).

Enfin, avant de conclure, on pourrait ajouter au chapitre des disparitions de finalité l'abandon du fonds servant par son propriétaire (art.699), mais cela n'apporterait rien de plus à la définition du terrain à bâtir. Quels sont alors les effets proprement dits de ce subjectivisme sur ladite notion ?

B - LES EFFETS PROPREMENT DITS DES LIMITES DE DROIT PRIVE SUR LA NOTION DE TERRAIN A BATIR -

Cela fait longtemps que des contrats civils instaurent des servitudes entre fonds urbains pour assurer une certaine discipline d'urbanisme et d'architecture (192). Ces limites de droit privé à fins d'urbanisme agissent donc sur la notion de terrain à bâtir en interdisant (1°) ou en déplaçant (2°) le droit de construire.

1°- L'interdiction de construire -

Le subjectivisme indirect de droit privé applicable au terrain à bâtir se révèle par une interdiction de construire plus ou moins absolue. Trois sortes de servitudes la caractérisent : les servitudes établies par le cahier des charges du lotissement (a)(193), la servitude de prospect (b) et la servitude de passage (c).

a - Les servitudes établies par le cahier des charges du lotissement -

Depuis le décret n°58-1666 du 31 décembre 1958 confirmé par le Décret n°77-860 du 26 Juillet 1977, le cahier des charges se distingue du règlement de lotissement qui est approuvé par l'autorité administrative et contient, seul, les règles d'urbanisme nécessaires à la définition du terrain à bâtir.

Ici, la nature contractuelle de ce document consacre le caractère privé de la relativité intervenant dans ladite notion; d'autant que le respect des règles contractuelles relève de l'initiative des colotis et leur sanction des tribunaux civils (194). Par ailleurs, n'étant opposable ni aux tiers ni à l'administration (195) notamment dans ses moti-

(191) Civ.26/01/1914 D.1917,1,175

(192) cf la belle ordonnance de la rue de Rivoli imposées par des clauses insérées dans les contrats de vente de terrains appartenant à la Couronne : BLEU Les servitudes d'architecture de la Ville de Paris R.T.D.C.1932,947; v.égal.R.SAINT-ALARY D.de la Construction P.U.F.1977 Thémis p.218 et suiv.

(193) J.M.RIVALLAND Les charges d'urbanisme L.G.D.J. 1969 p.115-165; F.BOUYSSOU Conditions juridiques de l'autorisation: règlement, cahier des charges et association syndicale Juriscl. Const.F.32-14,5,1982

(194) R.M.àQ.E. J.O.A.N.07/02/1983 p.726; Lyon 30/11/1983 G.P.1984,1,som.197 J.C.P.(G)1984 IV 321; Civ.3ème 19/05/1981 J.C.P.(N)1982 Prat.8315:sans avoir à prouver l'existence et l'importance d'un préjudice.

(195) Civ.3ème 19/07/1982 J.C.P.(G)1982 IV 346 Bull.n°181

vations lors de l'instruction et la délivrance des autorisations d'occuper ou d'utiliser le sol (196), le cahier des charges confirme l'aspect indirect ladite initiative.

Mais en quoi consiste ce subjectivisme indirect de droit privé? Organisé sous deux rubriques, dont l'une relative à la construction en vue d'une harmonie matérielle de l'ensemble loti et l'autre relative à la jouissance des immeubles ainsi édifiés, donc hors de la notion de terrain à bâtir, le cahier des charges prévoit différents types d'interdiction de construire.

Par une servitude non aedificandi, il impose par exemple de ne construire que des maisons de campagne d'agrément. A l'instar du zonage en matière de P.O.S., le critère d'affectation incorporé dans la notion de terrain à bâtir relativise ce type d'interdiction de construire qui, généralement, est absolue. Seulement, la nature contractuelle du subjectivisme risque d'introduire pas mal d'incertitude dans cette définition car le juge (subjectivisme judiciaire) a toute latitude, sauf dénaturation, pour l'interpréter en recherchant la commune intention des parties (197).

A l'inverse, une servitude aedificandi oblige à construire dans un délai déterminé, ce qui donnerait peut-être un aspect périssable à ladite qualification, à moins de reprendre la solution de la T.V.A. immobilière : celui qui ne respecte pas son engagement de construire dans les délais est passible d'une sanction financière, sans que pour autant sa parcelle perde sa qualité de terrain à bâtir.

Enfin, au moyen d'une servitude non altius tollendi, le cahier des charges détermine le volume des constructions admises dans le lotissement (cf pavillons composés d'un rez-de-chaussée, buildings ...), ce qui est une autre façon d'incorporer le critère d'affectation dans la notion de terrain à bâtir en établissant une interdiction relative de construire.

Quoi qu'il en soit, l'aménagement de l'ensemble loti qui vise davantage l'agrément de chaque propriétaire que l'utilité de la parcelle qu'il possède intéresse l'urbanisme lato sensu, donc la notion de terrain à bâtir, en raison de son aspect collectif (198).

(196)R.M.àQ.E. J.O.SEN 03/02/1983 p.223

(197)Civ.3ème 28/06/1972 Bull.n°434;Civ.1ère 18/02/1976 Bull.Civ.n°71 sur le problème d'affectation des lots; Civ.1ère 12/04/1967 Bull.n°123; Civ.30/06/1964 J.C.P.1965 II 14162 obs. BLAEVOET D.S.1964,589;Civ.3ème 24/01/1969 J.C.P.1969 IV 57 Bull.n°79 sur la notion de villa; Civ.1ère 24/05/1960 Bull.n°283; Civ.1ère 25/03/1963 Bull.n°184

(198)C.A.Amiens 01/07/1952 D.S.1953 p.153 n.FREJAVILLE R.T.D.C.1952 p.523 obs.SOLUS

b - La servitude de prospect -

La servitude de prospect qui se distingue de la servitude de jours et de vues étrangère à la notion de terrain à bâtir (v. supra p.361-362) se caractérise par sa double origine (199). En effet, selon qu'elle est d'origine légale ou conventionnelle, elle dépend du subjectivisme indirect de droit public ou de droit privé.

Instituée au profit de l'intérêt public (ex favoriser le développement harmonieux des agglomérations) et dépourvue de fonds dominant, cette sujétion de police ne constitue nullement une servitude de droit civil (200) mais une charge administrative que les tiers ne pourront invoquer que sous réserve d'un préjudice personnel (201).

En outre, cet élément de la motivation indirecte de droit public découle des règles générales de construction dont celles prévues aux articles R.111-16 à 20 C.Urb. créent des zones non aedificandi sur lesquelles le terrain à bâtir perd une partie de ses possibilités de construire (à défaut des règles de prospect fixées par le P.O.S.) (v. supra Section 1).

Au contraire, la motivation indirecte de droit privé provient d'une servitude de prospect conventionnelle qui, pour maintenir la vision d'un point pittoresque, aussi loin qu'elle s'étende, impose au propriétaire du fonds servant, soit gratuitement, soit moyennant rémunération, de s'abstenir de toute construction ou plantation supprimant ou entravant l'exercice de ce point de vue.

Ainsi, au moyen d'un engagement personnel (obligation de ne pas faire), d'une servitude (transmissible avec le fonds) ou d'une clause de "réserve de vue" comprise dans le cahier des charges d'un lotissement (202), le voisin du propriétaire du fonds dominant accepte-t-il sur son fonds une interdiction absolue (servitude non aedificandi) ou relative (servitude non altius tollendi) de construire; ce qui n'est pas sans effet sur la définition du terrain à bâtir, notamment par l'obligation de démolir les constructions dépassant la hauteur autorisée (203) ou en empiétant sur la zone non aedificandi (204).

(199) A. ROSSIGNOL Servitudes légales d'intérêt privé Juriscl. Const. Fasc. 263 A, 11, 1978 p. 4-9; E. FRANK La vue sur l'horizon est-elle protégée par la loi ? D.S. 1985 chr. p. 249 et suiv.

(200) PLANIOL & RIPERT Traité Prat. de D. Civ. 2ème ed. t. 3 par PICARD n° 908; MARTY & RAYNAUD D. Civil Les biens 2ème ed. § 280; Civ. 23/10/1974 ROUYERAND/Soc. SACI pourvoi 73.12.788 inédit cité par E. FRANK § 12 supra réf. n° 199; Civ. 2ème 09/05/1956 Bull. n° 242 p. 159 J.C.P. (G) 1956 IV 90; Req. 01/06/1908 D. 1908, 1, 280; Civ. 1ère 08/05/1963 J.C.P. 1963 II 13314 (rejet du pourvoi Nîmes 07/03/1961 D. 1961 som. 101); Civ. 3ème 12/12/1970 Bull. n° 699 p. 509

(201) Civ. 3ème 23/06/1971 J.C.P. 1972 II 16965 Rep. Not. Def. 1977 p. 629 n. E. FRANK; Civ. 31/01/1984 Rep. Not. Def. 1984 p. 1309 n. E. FRANK Bull. n° 24 p. 18 D. 1984 I.R. 191

(202) Civ. 1ère 21/06/1967 Bull. n° 231 p. 170; J. L. BERGEL Les servitudes de lotissement L.G.D.J. 1973 n° 205

(203) Civ. 1ère 13/03/1963 D. 1963 som. 79; Civ. 16/03/1964 G.P. 1964, 2, 307 D. 1964 som. 106; même si infraction légère Civ. 1ère 28/10/1964 G.P. 1965, 1, 34 D.S. 1965 som. 38

(204) Paris 03/03/1971 G.P. 1971, 1, som. 62

Toutefois, afin d'éviter que ne s'imisce l'arbitraire dans ladite définition, la convention passée entre les propriétaires du fonds dominant et du fonds servant devra normalement viser cette interdiction de bâtir (205) car elle n'est pas toujours comprise de plein droit dans la servitude de vue proprement dite ni dans les servitudes "non aedificandi" ou "non altius tollendi" (206).

c - La servitude de passage -

La servitude de passage (207) créée, sur les parcelles concernées, une zone non aedificandi permettant à celui dont le terrain est enclavé de sortir de son fonds. Cette limite apportée au droit de construire est essentielle puisque la desserte d'une parcelle constitue l'un des éléments-clés de la définition du terrain à bâtir (v. supra p.18). D'ailleurs pour résoudre les problèmes d'accès à la voirie, des règlements de P.O.S. visent expressément l'article 682 C.Civ.(208). En outre, sur le plan des motivations, ladite servitude ne protège pas seulement les intérêts du propriétaire enclavé, mais également les impératifs d'urbanisme.

Aussi, pour éliminer tout risque d'arbitraire dans la définition du terrain à bâtir, ce droit de passage remplit-il certaines conditions. D'abord, est exigée une parcelle sans issue ou dotée d'une issue insuffisante pour assurer les communications nécessaires à l'utilisation actuelle du fonds enclavé (209). Cependant, cette insuffisance subit les fluctuations de l'analyse judiciaire car les tribunaux apprécient souverainement l'état d'enclave (210).

Ensuite, l'enclave résulte de la situation matérielle des lieux, d'un cas de force majeure (déplacement de chemin, éboulement), du fait de l'homme (perte par non-usage du passage, division du fonds) mais nullement de l'arbitraire du propriétaire du fonds dominant qui supprime l'accès antérieur à la voie publique (211) ou qui bénéficie déjà d'un passage conventionnel (212).

Enfin, toujours pour se prémunir contre l'arbitraire, l'emplacement du passage correspond au trajet le plus court (art.683)(213). Néanmoins, le subjectivisme judiciaire

(205) pas d'interprétation du juge quand clause claire : Civ.3ème 17/10/1984 Rev.Administrer Mai 1985 p.38 n.FRANK

(206) DEMOLOMBE Traité des servitudes t.2 §290; Paris 04/06/1972 D.1974,5,451; Civ.3ème 12/07/1976 Bull.n°315 p.240 Rep.Def.1977 p.632 obs.FRANK p.639 D.1976 I.R.287: pas de protection d'un horizon lointain sans servitude de vue du Code Civil.

(207) A.ROSSIGNOL Servitudes légales d'intérêt privé D.de passage Fasc.263.D Juriscl.Const.1977,8

(208) cf P.O.S.de la commune des GETS (Haute Savoie) approuvé le 24/01/1983 qui prévoit dans les art.UA3,UB3 du règlement que "tout terrain enclavé est inconstructible tant que son propriétaire n'a pas obtenu un passage aménagé sur les fonds de ses voisins dans les conditions fixées par l'article 682 C.Civ." ou encore dans les art.NA3,ND3 que "pour être utilisable, un terrain doit avoir accès à une voie publique ou privée soit directement, soit par l'intermédiaire d'un passage aménagé sur le fonds voisin ou éventuellement obtenu par l'application de l'article 682 C.Civ."

(209) Civ.1ère 02/12/1958 Bull.n°553 p.437; Civ.3ème 08/07/1974 Bull.n°297 p.225 J.C.P.(N)1975 Prat.6120

(210) Civ.3ème 04/01/1973 Bull.n°19 p.14; pas d'enclave si passage seulement incommode : Civ.1ère 04/03/1964 Bull.n°131 p.97; Civ.1ère 22/02/1956 Bull.n°91 p.74

(211) Req.16/03/1870 D.1870,1,421; Civ.3ème 27/06/1972 Bull.n°421 p.306 J.C.P.(N)1973 Prat 5489

peut intervenir pour déterminer le passage (donc la zone non aedificandi) qui répond le mieux aux intérêts de l'exploitation des fonds dominant et servant (214).

Il est bien évident que par passage, il faut entendre passage à la surface du sol mais également au-dessus et au-dessous de la parcelle, ce qui amène à créer une servitude pour réaliser les V.R.D. nécessaires au terrain à bâtir (adduction d'eau, de gaz, d'électricité et évacuation des eaux ménagères)(215).

L'interdiction de construire n'est pas la seule conséquence du subjectivisme indirect de droit privé sur la notion de terrain à bâtir. Une meilleure organisation de l'urbanisme oblige parfois au transfert des droits de construire d'une parcelle à l'autre.

2°- Le transfert du droit de construire -

Si l'interdiction de construire gêne les possibilités de bâtir en vue d'améliorer l'utilisation de la parcelle, le second effet du subjectivisme indirect accroît les possibilités de bâtir d'une parcelle au détriment d'une autre.

Par conséquent, ce comportement, qui au travers des intérêts privés protège un intérêt général d'urbanisme, prend la forme soit d'une servitude de cour commune (a), soit d'une servitude de minoration de densité (b).

a - La servitude de cour commune -

On appelle servitudes de cour commune (216), celles dont l'objet est d'assurer une certaine distance entre les constructions, de garantir un certain prospect entre deux

suite de la page 376

- (211)(suite)Civ.3ème 10/10/1984 J.C.P.(G)1984 IV 348;Civ.3ème 04/01/1973 Bull.n°19 p.14
 (212)Civ.1ère 03/07/1961 Bull.n°363 p.290;Civ.1ère 30/01/1962 Bull.n°69 p.62 JCP(G)1962 IV 39
 (213)Civ.3ème 08/07/1974 Bull.n°297 p.225 J.C.P.(N)1975 6120
 (214)cf trajet moins court mais moins dommageable Civ.03/05/1930 S.1930,1,291;Civ.29/06/1953 D.1953,597;Grenoble 25/06/1924 D.1926,2,41; Civ.1ère 19/01/1966 Bull.n°47 p.35
 (215)Nancy 06/02/1978 Rev.Loyers 1978 p.295;Civ.3ème 14/12/1977 Bull.n°451;Civ.3ème 11/02/1977 D.S.1977 I.R.175;Civ.3ème 08/10/1985 Mre SALTRE J.C.P.(N)1986 Prat.9861 Tableau de juris p.439
 (216)LIET-VEAUX Comment sont imposées les servitudes de cour commune? D.1961 chr.p.19; LELOUP Servitudes et urb. dans L'immeuble urbain à usage d'habitation sous la direction de J. CARBONNIER 1963 p.172 et suiv.; LIET-VEAUX Réflexions sur la servitude judiciaire de cour commune D.1964 chr.p.3; MORAND La servitude légale de cour commune G.P.1964 II doct.p.20; VILLETTE La nature juridique de la S.C.C. Thèse Paris (dactyl.);BOUYEURE La création judiciaire des servitudes de cour commune A.J.P.I.1968 I 21; RIVALLAND cité supra réf.n°193 p.167-214; G.BARON La S.C.C. G.P.1973 II 768; PRIEUR & HENRIOT Servitudes de droit privé et de droit public Le Moniteur collect Actual Jurid.1976 p.297 et suiv. ou éd.1979 p.353 et suiv.; R. SAINT-ALARY D. de la Construction P.U.F.1977 Thémis p.220-230; A.ROSSIGNOL cité supra réf.n° 199 p.9-10; H.PERINET-MARQUET Le droit de construire Thèse Poitiers 1979 p.211 et suiv.; STORA Opportunité de l'institution d'une cour commune Rev.Administrer Août-Sept.1981 p.8; LIET-VEAUX Nouvelles précisions matérielles sur la servitude de cour commune Rev.Administrer Juillet 1982 p.2

propriétés voisines. Elles établissent, à cet effet, entre propriétés, une zone ordinairement prise de chaque côté de la ligne divisoire où il est interdit de construire ou de bâtir au-delà d'une certaine hauteur; dans le premier cas, elles s'analysent en une servitude non aedificandi, dans le second cas, en une servitude non altius tollendi (217).

Cette forme de subjectivisme indirect, purement conventionnelle au XIX^{ème} siècle puis judiciaire en cas de refus injustifié du voisin récalcitrant depuis 1958 (218) revêt toute son importance du fait de la généralisation des règles de prospect fixées soit par le P.O.S. soit par le R.N.U. (art.R.111-18 et 19).

D'ailleurs, la lecture de sa définition montre que l'intérêt privé du constructeur, titulaire d'une parcelle quasiment inconstructible (bâtiment de très faible hauteur), contribue à l'aménagement légal du prospect tout en écartant les méfaits de la course au permis de construire. Ainsi, un propriétaire perd-t-il la totalité ou une partie des droits de construire de son terrain pour qu'un autre puisse bâtir sur le sien.

Or, la défense de l'intérêt général étant sous-adjacente, s'agit-il réellement d'un subjectivisme indirect de droit privé ? Si le principe de la servitude de cour commune est administratif, son titre n'en demeure pas moins privé car un contrat conclu entre deux particuliers, même s'il est approuvé par une autorité publique (219) ou même s'il renferme une idée de service public (220) ne devient pas un acte administratif. Et poussant plus loin l'analyse, M.RIVALLAND (p.197-205) parle d'une servitude de droit privé encadré par une charge administrative et relevant du régime de la stipulation pour autrui (art.1121 C.Civ.)* dont le lien entre voisins, soit un rapport contractuel, constituerait la base de l'édifice (221).

Pourtant, ce subjectivisme devra remplir certaines conditions (α) avant de produire ses effets (β) afin d'éviter que la définition du terrain à bâtir ne chute dans l'arbitraire.

(217) R.SAINT-ALARY cité supra réf.n°216 p.221

(218) D.n°58-1178 du 04/12/1958 devenu art.L.451-1 à 3 C.Urb.(L.n°76-1285 du 31/12/1976) et art.R.451-1 à 4 C.Urb.(D.n°77-756 du 07/07/1977)

(219) C.E.04/03/1960 Rec.Leb.p.198; Cass.12/07/1963 J.C.P.1964 II 13495

(220) C.E.18/10/1934 Rec.Leb.1935 p.953; C.E.20/10/1961 A.J.P.I.1962 II p.326, A.J.P.I.1962 chr. p.288

*N.B. Les conditions de l'article 1121 du Code Civil étant :

° 3 personnes : stipulant (constructeur), promettant (voisin ou juge se substituant à lui) et tiers bénéficiaire (administration);

° une cause : intérêt du constructeur pour lequel l'engagement de son voisin à l'égard de l'administration présente des avantages matériels;

° la matière : engagement du voisin à l'égard de l'autorité publique.

(221) v.pourtant D.FERRU Servitudes Dz Encycl.1976 §731 optant pour la charge administrative.

↳) Les conditions imposées au "subjectivisme" du terrain à bâtir -

Puisque la servitude de cour commune est une servitude de droit privé, ces conditions touchent à la fois le fonds dominant et le fonds servant.

1er Point : Conditions imposées au fond dominant -

Elles sont de trois ordres .

*** Le subjectivisme indirect présente un caractère d'intérêt général -**

La servitude de cour commune (art.L.451-1 C.Urb.) ne s'impose que si la délivrance du permis de construire dépend de son existence. L'autorité publique prend donc l'engagement (222) d'octroyer la qualification de terrain à bâtir dès la constitution de la servitude (223). Peu importe que cet engagement revête la forme d'un permis conditionnel se transformant en permis définitif dès la réalisation du transfert du droit de construire (224) ou d'une simple promesse des pouvoirs publics nécessitant une nouvelle décision après transfert (225).

Malgré cet engagement, le président du tribunal de grande instance compétent n'est jamais contraint d'ordonner la constitution d'une cour commune (art.R.451-1). Il a seulement l'obligation de concilier les intérêts en présence (a12) pour statuer en opportunité (226) et assurer ainsi le respect des prescriptions d'urbanisme (rendre compatible avec les dispositions d'urbanisme par la servitude de cour commune un projet qui normalement aurait été illicite). Outre son caractère privatiste et administratif, cette attitude prend encore une fois des allures de subjectivisme judiciaire puisque pour apprécier les intérêts respectifs des deux propriétaires en cause, surtout en cas de refus injustifié du voisin, le juge retient deux critères : l'usage normal du droit de propriété (côté constructeur) et l'abuse de droit (côté voisin)(227) (ex pas d'intérêt sérieux et légitime à s'y opposer). Seulement, les demandeurs devront faire la preuve que ce transfert relève d'un intérêt général distinct de leurs intérêts privés (228).

***La demande de transfert est faite avant le début des travaux -**

Pour éviter de mettre le magistrat devant le fait accompli, ce qui constituerait une utilisation arbitraire du transfert du droit de construire donc nuisible à la définition

(222)Nîmes 28/11/1962 D.1963,563 n.ESMEIN Rep.Cormailles 1963,549 n.DESIRY

(223)T.G.I.Brest 01/03/1961 D.1962,213 n.LIET-VEAUX Rep.Cormailles 1962 p.303 n.DESIRY;Civ. 3ème 14/10/1975 J.C.P.1975 II 18263 n.STEMMER Bull.n°294 p.223 Rep.Not.Def.1976,321 n.FRANK A.J.P.I.1976,309 G.P.1976,1,97

(224)LIET-VEAUX ss T.G.I. Brest cité supra réf.n°223, D.1964 chr.citée supra réf.n°216 p.13 JuriscI.Adm.Fasc.446

(225)VIATTE Rep.Cormailles 1963 p.65 et suiv.;MORAND cité supra réf.n°216; T.G.I.Seine 11/12/1961 A.J.P.I.1963,334

(226)Paris 24/06/1977 J.C.P.1978 IV 327;Civ.05/02/1980 Bull.n°31

(227)LIET-VEAUX chr.D.1961 citée supra réf.n°216 p.14 ss;T.G.I.Paris 10/11/1971 G.P.1972,1,360 Paris 01/02/1974 G.P.1974,2,509 n.PEISSE

(228)Pres.BERTIN dans T.G.I.Paris 10/11/1971 G.P.1972,1,360 n.MORAND

du terrain à bâtir, l'article R.451-2 exige que les demandes de création de cour commune soient formulées avant le début des travaux (229).

Toutefois jusqu'en 1969, on distinguait les travaux de gros oeuvre interdisant la constitution d'une servitude des autres qui permettaient le transfert (230). Désormais, les tribunaux ne tiennent plus compte de cette différence (231) alors qu'en matière de permis de construire, l'administration accepte de confirmer a posteriori la qualification de terrain à bâtir en régularisant les travaux déjà entrepris (232). Aussi, pour éliminer le comportement nocif du voisin (chantage à la démolition) contre le constructeur, vaut-il mieux admettre que le transfert du droit de construire puisse intervenir après le début de la construction (233), confirmant a posteriori ce subjectivisme indirect du terrain à bâtir.

* Indemnisation du propriétaire du fonds dominant -

Si le transfert du droit de construire bénéficie au constructeur en augmentant ses possibilités de bâtir, il n'en reste pas moins qu'il est par nature préjudiciable à celui qui le subit (234). Confirmant ainsi le caractère privé de cette initiative, l'article L.451-3 C.Urb. prévoit l'indemnisation du propriétaire du fonds servant, compte tenu de l'importance de son préjudice (235).

Certes, la dernière condition n'apporte rien de plus à la définition du terrain à bâtir proprement dite. Néanmoins, le transfert du droit de construire (effet du subjectivisme indirect sur le terrain à bâtir) ne pourra s'opérer qu'après règlement ou consignation de ladite indemnité (art.R.451-2 al1).

2ème Point : Conditions tenant aux caractéristiques du fonds servant -

Le subjectivisme indirect, qui justifie ce transfert du droit de construire, s'applique à une aire géographique limitée car la constitution d'une servitude de cour commune exige un espace continu et homogène, sans que, pour autant, les parcelles soient contiguës (236). Or selon une jurisprudence antérieure, cette servitude ne pouvait bénéficier à une construction à usage exclusivement industriel ou commercial (237). Mais dépourvue de fonde-

(229) Paris 20/02/1961 G.P.1961,1,393 D.1961,461 n.LIET-VEAUX R.T.D.C.1961 p.519 n.SOLLUS A.J.P.I.1961 II p.64 n.LIET-VEAUX; Cass.05/11/1963 p.112 A.J.P.I.1963 II p.266; C.A.Aix 17/03/1965 et Cass.13/06/1966 D.1966 p.714 J.C.P.1966 II 14806n.R.L.

(230) Civ.lère 13/06/1966 réf citées supra n°229 et A.J.P.I.1967,43 n.HENRIOT création d'une servitude par le juge après construction n'est plus remise en cause malgré son irrégularité car principe de la force jugée.

(231) T.G.I.Paris 08/07/1969 et Paris 07/11/1969 A.J.P.I.1970,133 n.BOUYEURE

(232) C.E.12/10/1956 Synd.départ.de la boulangerie de l'Eure et Cts SIRMENEL Rec.Leb.p.169

(233) H.PERINET-MARQUET cité supra réf.n°216 p.223

(234) Cass.III 26/04/1977 D.1977 I.R.360 Bull.n°176 p.135 J.C.P.1978 II 18791 concl.PAUCOT J.C.P.(N)1977 p.213 n.STEMMER

(235) pouvoir souverain du juge Civ.3ème 27/03/1977 Bull.n°143 p.111, sans participer au bénéfice du constructeur : T.G.I.Marseille 26/01/1975 BARBIER/FARGIER ds ROSSIGNOL cité supra réf. n°199 §33

(236) pas S.C.C.sur terrains séparés du F.D.par une voie pub. T.G.I.Paris 10/11/1971 G.P.1972,1,360 AJPI1972 p.248(sol.implicit); TGI Paris 07/06/1972 GP1973,1,39 n.MORAND; Paris 27/06/1977 J.C.P.1978 IV 327

ment légal, cette restriction fût abandonnée par la jurisprudence (238).

En revanche, les terrains concernés doivent être nus ou partiellement construits car ladite servitude prend la forme d'une servitude "non aedificandi" ou "non altius tollendi" dont le résultat conduit à transférer la qualification de terrain à bâtir d'une parcelle à l'autre. Mais jusqu'en 1976, se sont affrontés deux types de servitude non altius tollendi : celle grevant la partie non construite d'une parcelle supportant un bâtiment et celle située au sommet d'immeubles déjà construits ou "cour suspendue" (239). Toutefois, pressentant le subterfuge destiné à détourner les règles de prospect, la jurisprudence (240) et la majorité de la doctrine ont refusé ce mécanisme de cour suspendue (241).

Non content que l'article L.451-1 n'y fasse nullement référence, ce stratagème entraîne de fâcheuses conséquences pour la définition du terrain à bâtir. En effet, le juge crée ex nihilo et attribue à quelqu'un un droit de construire fictif (242) alors que jusqu'à présent il intervenait dans le contrôle de ladite définition et non dans son élaboration ! De plus, la servitude de cour commune poursuit un but d'intérêt public qui sanctionne les initiatives privées "douteuses". Enfin, avec cette idée de cour suspendue, peut-on encore parler de terrain à bâtir ?

Les conditions sont remplies, le subjectivisme indirect peut donc agir sur la notion de terrain à bâtir.

(β) Les effets du "subjectivisme" du terrain à bâtir -

Ici l'inflexion indirecte de droit privé se caractérise par ses effets (1er Point) et sa durée (2ème Point) qui dérogent au système de droit commun des servitudes (v. supra A).

1er Point : Les effets du transfert du droit de construire -

Faisant échec aux règles de droit civil en matière de vue et de distance, le transfert agit différemment selon le terrain concerné. Côté fonds dominant, il confirme la

suite de la page 380

(237) TGI Lille 23/04/1963 Voix du Nord/Immob. Lacroix inédit ds R.ST ALARY cité supra réf.n°216 p.224; cf T.P. de L.n°57-908 du 07/08/1957 dont art.43 a donné lieu au D.n°58-1178 du 04/12/1958 montraient que cette loi avait pour objet de multiplier les constructions à usage d'habitation, d'en améliorer la qualité et de promouvoir l'établissement des aménag.pub. nécessaires à leur service.

(238) Paris 01/02/1974 G.P.1974,2,510 RTDC 1975,336 obs.GIVERDON; Cass.Civ.3ème 14/10/1975 Rep. Not.Def.1976,321 n.FRANK J.C.P.1976 II 18268 n.STEMMER; LIET-VEAUX chr.D.1964 précitée p.13

(239) licéité admise par Civ.III 23/10/1962 D.1962 p.733 n.R.L.; Civ.III 23/11/1976 D.1977 I.R. 83 car n'empêche pas d'assurer un ensoleil. et une aération min.aux habitations.

(240) TGI Paris référés 10/03/1976 J.C.P.1976 II 18489 n.LIET-VEAUX

(241) H.PERINET-MARQUET, LIET-VEAUX cités réf.n°216; contra A.ROSSIGNOL cité réf.n°199 p.10 §50 R.SAINT-ALARY cité réf.n°216 p.225 qui parle même d'une servitude de "ne pas reconstruire" lorsque les construct.viendraient à être démolies.

(242) H.PERINET-MARQUET cité supra réf.n°216 p.232

qualification de terrain à bâtir en lui procurant des droits de construire supplémentaires ou lui permet d'accéder à ladite qualification en lui fournissant les droits qui manquaient au constructeur pour réaliser son projet (243).

Côté fonds servant, les choses ne sont pas si simples car le propriétaire conserve certaines possibilités de bâtir, notamment des constructions souterraines(244). Or, dans l'hypothèse d'une servitude de passage en cas d'enclave, les constructions souterraines bénéficient davantage au propriétaire du fonds dominant (canalisations, eaux ménagères etc...) qu'à celui du fonds servant. Et si l'on retient le critère d'affectation dans la définition du terrain à bâtir, il n'est pas sûr que cette catégorie d'édifices soit retenue.

En outre, les aménagements de surface indispensables à toute utilisation du sous-sol (rampe d'accès à un parking) posent quelques difficultés. La confirmation ou l'infirmité de la qualification de terrain à bâtir est laissée à l'appréciation du juge qui examine si les ouvrages situés sur le sol portent ou non atteinte à la servitude (245). Malheureusement, cet état de choses ne correspond pas aux règles fixées et accentue les risques d'arbitraire dans la notion de terrain à bâtir. A la rigueur, pourrait-on admettre la création d'un terrain à bâtir souterrain, puisque le propriétaire du fonds servant ne transfère que les droits de construire situés en surface.

L'autre originalité de ce système par rapport au droit commun des servitudes tient à sa durée.

2ème Point : La pérennité du transfert réalisé -

Les servitudes de droit privé s'éteignent par non usage au bout de 30 ans; l'article L.451-2 réduit cette prescription à un an donnant ainsi au transfert un caractère conditionnel et au subjectivisme indirect un effet très temporaire. Pourtant, M.LIET-VEAUX (246) distingue deux modes d'extinction de cette volonté :

- la servitude de cour commune est convenue selon le droit commun; la caducité dépend de la volonté des parties et subit les cas d'extinction des servitudes civiles, conventionnelles de droit commun;

(243) T.G.I. St Brieuc 09/03/1972 G.P.1973,1, som.102

(244) BOUYEURE cité supra réf.n°216 sp.p.29; LIET-VEAUX A.J.P.I.1960 p.78 et Juriscl.Adm.Fasc. 446 §235; Civ.3ème 05/05/1975 J.C.P.1976 II 18269 obs.STEMMER Rep.Not.Def.1975 p.1256 n.FRANK RTDC 1976 p.167 n°5 obs.GIVERDON Journal du Not.1976 p.506 n.VIATTE

(245) Civ.3ème 09/03/1977 Bull.n°115 p.89: pas de pb si immeubles compatibles avec aération, ensoleil. ou prospect; v.egal BOUYEURE cité supra réf.n°216 p.29; BARON La S.C.C. G.P.1973 chr.768 n°17; T.G.I.Paris référés 10/03/1976 J.C.P.1976 II 18489: construct. pas supérieures à un rez-de-chaussée admises; id si construct.précaires même jugement.

(246) LIET-VEAUX Nouvelles précisions matérielles sur la S.C.C. Rev.Administrer Juillet 1982 p.4

- elle est prononcée par voie de justice; l'article L.451-2 s'applique et l'ordonnance est rapportée à la demande du propriétaire du terrain grevé à défaut de permis de construire (247) ou de travaux commencés dans l'année qui suit la délivrance dudit permis (248) bien que le décret du 12 août 1981 ait porté la validité de cette autorisation à deux ans.

Certes la solution peut paraître sévère pour le constructeur, mais d'un autre côté, la définition du terrain à bâtir y gagne en clarté d'autant qu'une fois la construction entreprise, le bénéficiaire de la servitude ne peut plus y renoncer (249) puisque cette dernière poursuit un but d'intérêt général (250).

b - La servitude de minoration de densité -

Qu'appelle-t-on servitude de minoration de densité? Un transfert de possibilités de construire en zone urbaine justifié par des prescriptions d'urbanisme et d'architecture, qu'effectuent, avec l'accord de l'autorité administrative, les propriétaires de terrains voisins pour permettre à un constructeur de réaliser son projet sans avoir à régler la participation pour dépassement de C.O.S. (art.L.332-16 C.Urb.).

L'intervention directe de l'administration ("son accord") dans le transfert du droit de construire fait douter du caractère privé de cette servitude (251). Cependant, sa constitution, même par arrêté préfectoral, suppose l'accord des parties constaté par acte authentique, donnant ainsi au subjectivisme une nature hybride à dominante privée (252).

Or tout transfert de C.O.S. ne relève pas nécessairement du droit privé mais plutôt d'un subjectivisme indirect de droit public. Ainsi en est-il dans les mécanismes suivants qui, malgré leur origine distincte ont des effets similaires sur le terrain à bâtir:

- en offrant une autorisation de bâtir à certains propriétaires d'espaces boisés, l'administration crée des droits de construire plus qu'elle ne les transfère (art.L.130-2) (v.supra p.171-174);

- grâce à la cession gratuite de terrains (art.R.123-22 et R. 332-15) la collectivité récupère sur des parcelles privées la part nécessaire à la réalisation de la voirie (253). En échange, les droits de construire de ces emplacements sont reportés sur la partie restante du terrain ;

(247) T.G.I. Nanterre 01/02/1980 Sté Gestion Immob. de Belcon, Synd. de la copropriété "Résidence Lavoisier"/Sté Générale Mob. et Immob. J.C.P. 1980 IV 391

(248) Nîmes 28/11/1962 D. 1963, 562 G.A.D.U.ed. 1974 n°49 p.297 comment. GILLI & CHARLES

(249) SAINT-ALARY cité supra réf.n°216 p.229 - BARON cité supra réf.n°245 §18-19

(250) Civ. 3ème 26/04/1978 Bull. III n°163 p.127; Paris 27/05/1963 D. 1963, 739

(251) SAINT-ALARY cité supra réf.n°216 p.220

(252) v. contra R.M. à Q.E. n°26060 J.O.A.N. 27/06/1983 p.28869 J.C.P.(N) 1984 Prat. 8924 n°6 : acte notarié par art.L.332-1, L.123-2 et R.332-13 entraîne la constitution d'une servitude administrative d'interdiction de construire ; J.P.MARTY Le transfert de C.O.S. et le droit privé de l'Urb. J.C.P.(N) 1982 doct.sp.p.43-44 optant pour la servitude car démembrement de propriété en amputant les prérogatives de ce droit de propriété.

(253) FROMONT Les cessions gratuites de terrains, intervention colloque I.D.H. de Dijon sur les instruments juridiques de la politique foncière des villes BRUYLANT 1978 p.691

-enfin, dans les zones à protéger en raison de la qualité de leurs paysages délimitées au préalable par l'autorité administrative (Z.N.D.), la construction n'est autorisée qu'après transfert des possibilités de construire (art.L.123-2). Ici encore, ce transfert qui frappe de plein droit un terrain d'une servitude administrative d'interdiction de construire constatée par acte authentique au bureau des hypothèques, ne dépend nullement de l'accord des parties mais bien de la décision de l'autorité publique (254) qui voit ainsi le moyen de satisfaire l'intérêt de la collectivité en évitant l'émiettement des constructions.

Au total, ces procédures créent ni plus ni moins des servitudes d'utilité publique (aménagement, local)(v.supra Section 1) totalement différentes sur le plan juridique du subjectivisme indirect de droit privé, tout en étant très proches de ce dernier quant à leurs effets sur le terrain à bâtir. D'où l'étude de la servitude de minoration de densité de l'article L.332-1 caractérisant le transfert du droit de construire (conditions (α) et procédure (ρ)).

α) Conditions du transfert - (art.R.332-13)

Le transfert du droit de construire résulte ici d'une initiative privée qui intervient dans la qualification de la parcelle (255). Toutefois, pour éviter une définition arbitraire du terrain à bâtir, le législateur soumet ce mécanisme à plusieurs conditions.

En premier lieu, ce transfert relève directement de l'intérêt public car, justifié par des prescriptions d'urbanisme et d'architecture, il se réalise dans une zone urbaine (zone productrice de terrains à bâtir) avec l'accord de l'administration dans la limite du P.L.D. (art.L.332-1 et R.332-13) si celui-ci existe encore *. Bien sûr, il dépend de l'acceptation par un ou plusieurs voisins de transférer leurs possibilités de bâtir. Mais, ils le feront d'autant volontiers que leur parcelle, de par sa configuration (ex largeur sur rue ou profondeur insuffisante) s'avère inconstructible, moyennant ainsi un droit de construire inutilisable.

Jusqu'à présent, le subjectivisme indirect de droit privé ne protégeait que les intérêts des particuliers, effleurant à peine les problèmes d'urbanisme. Pourtant, la servitude de minoration de densité, plus encore que la servitude de cour commune, semble démontrer

(254) JOUVE Servitudes administratives Jurisc1. Adm. Fasc. 390 n°66 et suiv.

(255) H. HEUGAS-DARRASPEN Servitudes d'urb. et valeur vénale des immeubles non bâtis A.J.P.I. Mai 1984 Etudes p.330; H. PERINET-MARQUET Le droit de construire Thèse Poitiers 1979 p.241 et suiv.

*N.B. v. nouvelles dispositions des art.L.112-1 et suiv. issues de la loi n°86-1290 du 23/12/1986 art.64 à 66 - sur le P.L.D. v. infra IIème Partie

Le contraire en exigeant que l'intérêt du constructeur s'intègre dans les impératifs d'urbanisme.

Ensuite, le transfert ne se réalise qu'à l'intérieur d'une zone homogène constituant une seule unité géographique : soit des "terrains voisins" mais pas nécessairement contigus, ou des "parcelles situées dans une zone soumise aux mêmes prescriptions d'urbanisme et d'architecture" sans s'identifier pour autant à l'îlot de la cour commune (art.L.332-1 et R.332-13)(256).

Enfin, est exigé un droit de construire transférable, ce qui ne sera le cas ni pour les parcelles ayant totalement épuisé ou déjà cédé leur C.O.S. (257), ni pour celles désignées par le P.O.S. comme emplacements réservés aux équipements publics sans quoi le propriétaire obtiendrait une double indemnisation de ses droits. De plus, cette procédure est bien trop lourde pour envisager un transfert de C.O.S. en vue d'édifier des constructions précaires.

Néanmoins, cette intervention privée dans la définition du terrain à bâtir n'est pas sans borne : l'article R.332-13 al4 n'autorise le transfert que dans la limite du P.L.D. En dessous dudit plafond, le subjectivisme conserve sa nature privée; les particuliers négocient librement ce droit de construire. Au-delà, seule la collectivité octroie la possibilité de bâtir (sous réserve du paiement des participations pour dépassement de C.O.S.(art.L.332-1 à 5) et de P.L.D.(art.L.112-2)); le subjectivisme reprend sa nature administrative puisque l'intérêt général semble seul pouvoir justifier les restrictions apportées au droit de construire.

(3) Procédure de transfert - (art.R.332-13)

Le transfert du droit de construire se déroule en trois étapes : l'accord des particuliers relatif à ce transfert, l'institution par arrêté du représentant de l'Etat dans le département de la servitude sous condition suspensive qu'un acte authentique précise le nouveau C.O.S. applicable aux parcelles en cause et la réitération du consentement des parties devant notaire. Ainsi, se trouve confirmée la nature hybride du subjectivisme indirect qui au fil des opérations oscille du droit privé au droit public, pour ensuite reprendre un aspect contractuel.

(256) J.BASCHWITZ L'urbanisme et l'Aménag.foncier Rep.Not.Def.1972 n°51; HUGOT Le transfert des possibilités de construction d'un terrain à l'autre, transfert de C.O.S. J.C.P.(N)1975 Prat.6142 p.459

(257) HUGOT cité supra réf.n°256 §21

Cette double nature, plus encore que dans la servitude de cour commune, est caractéristique de la dualité d'intérêts à défendre : ceux de l'administration (1er Point) et ceux des particuliers (2ème Point) rapprochant ainsi le subjectivisme indirect de droit privé du subjectivisme indirect de droit public, que des raisons pratiques nous avaient amené à distinguer.

1er Point : Le rôle du "subjectivisme administratif" dans la notion de terrain à bâtir -

L'administration effectue un contrôle de légalité et d'opportunité (élément subjectif)(258). Elle peut donc refuser l'autorisation de construire si les terrains sont susceptibles d'être préemptés par une collectivité publique (259) ou surseoir à statuer si un P.O.S. est en cours de modification (260).

En réalité, il n'est pas sûr qu'on puisse parler de changement d'intention car l'administration se place au niveau de l'autorisation d'occuper ou d'utiliser le sol et non au niveau du transfert de C.O.S. A ce moment là, il ne s'agirait plus du subjectivisme indirect mais du subjectivisme appliqué positif grâce auquel l'administration donne sa réponse sur le projet à réaliser !(v.supra Titre 2 Chap.2 Sect.1).

2ème Point : Le "subjectivisme contractuel" dans la notion de terrain à bâtir -

Cette volonté intervient à deux reprises : pour décider de la transmission et de ses modalités financières (convention sous condition suspensive); après l'accord administratif en réitérant l'acte devant notaire. Mais quelle est l'influence exacte de l'attitude des parties sur le transfert du droit de construire, donc sur la notion de terrain à bâtir? Au départ, se pose la question de savoir si l'autorisation administrative (subjectivisme de droit public) est ou non une condition de validité de la convention (subjectivisme de droit privé).

Si le contrat est formé dès l'accord des parties sur la chose et le prix (261), le subjectivisme administratif ne constitue pas une condition de validité de ladite convention mais repousse ses effets après l'approbation de l'administration. Au contraire, si le subjectivisme administratif est considéré comme nécessaire à la formation du contrat, une condition suspensive dans l'acte constatant l'entente des parties ne sera pas nécessaire.

(258)HUGOT cité supra réf.n°256 §20; LIET-VEAUX Jurisc1.Adm.Fasc.445-1 n°281

(259)R.SAINT-ALARY cité supra réf.n°216 p.67 et suiv.

(260)HUGOT cité supra réf.n°216 §26 et art.L.123-5 qui vise "les opérations de nature à rendre plus onéreuse l'exécution du futur plan".

(261)cf assimilation de la promesse synallagmatique de vente à la vente elle-même v.BOYER Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats R.T.D.C. 1949 p.1

Vue l'importance de l'administration dans le transfert de C.O.S. puisqu'elle reprend toutes les règles applicables au terrain à bâtir (subjectivisme primaire appliqué positif) avant de se prononcer, seule la solution consacrant le second système est retenue (262).

Enfin, quel effet la réitération de l'accord des parties (ou leur refus) a sur la notion de terrain à bâtir? L'incorporation obligatoire de la condition suspensive dans l'arrêté (art.R.332-13) semble écarter tout automatisme entre la première et la seconde convention, ce qui ouvre la voie à quelques attitudes arbitraires ! Or, la première convention n'est ni plus ni moins qu'une promesse de contracter une fois acquis l'accord de l'administration. Aussi, en appliquant les règles du droit civil (263) qui oblige le défaillant à parfaire son engagement dans le cas d'une vente sous condition suspensive de l'obtention d'un certificat d'urbanisme, par exemple, on en déduit que les contractants ne peuvent revenir sur leur promesse de transfert. Cela ne tient pas seulement à la nature privée du subjectivisme mais également au souci constant d'éviter une définition arbitraire du terrain à bâtir.

CONCLUSION DU CHAPITRE III -

En définitive, l'intervention des servitudes d'utilité publique ou d'utilité privée dans la définition du terrain à bâtir confirme cette dualité d'intérêts (général et particulier) qui caractérise sa personnalisation. Ce subjectivisme, pourtant, n'agit qu'indirectement en modifiant le droit de construire de la parcelle concernée (terrain à bâtir entravé). Néanmoins grâce aux limites de droit public, il protège avant tout l'utilité générale même si un particulier en profite accessoirement (cf principe de la non-indemnisation de l'article L.160-5) et lorsque le subjectivisme privé entre en ligne de compte, ce n'est que parce que l'interdiction de construire (absolue ou relative, définitive ou temporaire) lui cause un réel préjudice.

(262)H.PERINET-MARQUET cité supra réf.n°255 p.253

(263)Ph.MALAUURIE Les éléments constitutifs de la vente Rep.D.Civil Dz §713 et suiv.; Civ.3ème 18/02/1971 Bull.Civ.III n°122 p.88

Au contraire, les limites de droit privé protègent en premier lieu les intérêts du propriétaire du fonds dominant pour ensuite défendre l'utilité générale. Certes, le lien avec l'urbanisme paraît ici plus ténu. Mais il fallait signaler cette intention de "droit privé" car en entamant les possibilités de bâtir du fonds servant (interdiction ou transfert), le propriétaire du fonds dominant change les données du problème notamment dans l'évaluation de la parcelle; d'autant que la spéculation foncière peut être révélateur de terrain à bâtir.

L'étude de l'inflexion de l'objectivité au moyen de limites apportées au droit de construire ne serait pas complète si on négligeait l'influence de l'analyse judiciaire qui, en dernier ressort, tranche les litiges en donnant sa propre interprétation du subjectivisme indirect.

1er Degré : Article L.110

Normes supérieures

2ème Degré : Règles nationales ou locales

Articles d'Orde Public

- SUBJECTIVISME DERIVE -
Pour une zone concernée

- (Pour Mémoire)
- * Expropriation
- * Droits de Préemption
 - Lutte anti-spéculative
 - Protection de l'environnement
- * Urbanisme Opérationnel
 - Subjectivisme Primaire a posteriori (P.A.Z.)
 - Subjectivisme Dérivé Privé (A.F.U.)

A ajouter

SUBJECTIVISME INDIRECT DE DROIT PRIVE

- T.A.B. ou non, rapport entre 2 Fonds Charge F.S./Bénéfice F.D.
- Défense de l'intérêt privé, puis de l'intérêt général
- Servitudes légales, résultant de la nature des choses, conventionnelles
 - Interdiction de construire
 - Transfert du droit de construire
 - Cahier des charges - Servitude de cour - commune L.451-1
 - Servitude de prospect - Servitude de minoration de passage en cas de densité L.332-1
 - Servitude de passage en cas de densité L.332-1
 - d'enclosure

Autorisation Administrative qui reprend le subjectivisme appliqué positif

SUBJECTIVISME JUDICIAIRE A POSTERIORI

TRIBUNAUX CIVILS

- * Sanction des règles d'exercice des servitudes
 - Démolition ou dommages-intérêts sans besoin de prouver un préjudice
- * Protection judiciaire des servitudes
 - Action confessoire
 - Actions possessoires (sauf réintégration)

- SUBJECTIVISME APPLIQUE POSITIF - C.U. P.C. P.L. P.D. Pour une parcelle déterminée

DEMANDEUR

DETIENNEUR DU DROIT DE

REPONSE

REPONSE INTANGIBLE

* Réponse en fonction de l'examen du subjectivisme

- primaire : localisation de la parcelle
- appliqué : nature des règles applicables
- indirect : Servitudes d'utilité générale si annexées au P.O.S. (loi, décisions administratives + servitudes générales d'urbanisme issues des P.O.S. & R.N.U.)
- Pas de fonds dominant, pas d'indemnisations sauf exceptions (légales, modif. de l'état antérieur des lieux et atteinte aux droits acquis)
- Privation du droit de construire :
 - ° définitive : absolue (servitude non aedificandi) relative (servitude non altius tollendi ou dérogations)
 - ° temporaire : absolue (réserves et emplac. réservés) remise en cause (levée de réserve)

* Particularités (C.U. P.D.)

* Limites à ce droit de réponse (D.de repentir; D.des tiers)

1/3

CONTROLE DE LEGALITE

REPONSE

Mêmes règles de Contentieux

CONTENTIEUX

Subjectivisme Administratif

Annulation Définitive

Annulation Temporaire

RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

SURSIS A EXECUTION

SUBJECTIVISME JUDICIAIRE A POSTERIORI

TRIBUNAUX CIVILS

TRIBUNAUX REPRESSIFS

* Remise en cause matérielle de la notion de terrain à bâtir

* Remise en cause juridique de la notion de T.A.B.

Subjectivisme de défense de la notion de terrain à bâtir

- CONCLUSION GENERALE DE LA Ière PARTIE -

Au terme de la Première Partie de l'étude du terrain à bâtir, l'on constate que malgré tout, cette définition reste bien complexe donnant ainsi la sensation de partir dans "tous les sens".

Même le législateur semble, depuis quelques années, avoir ressenti ce profond malaise qu'engendre une définition disparate du terrain à bâtir, car elle est le reflet d'un urbanisme mal maîtrisé ou du moins mal appréhendé par le "politique". Aussi a-t-il tenté de réunir les différentes définitions du terrain à bâtir dans les diverses branches du droit afin de coordonner ses actions (Loi du 7 Janvier 1983 modifiée par la Loi du 22 Juillet 1983 relative à la décentralisation de l'urbanisme (art.L.111-1-1 et suiv.), Loi du 18 Juillet 1985 relative à l'aménagement du territoire (art.L.13-15 C.Exprop. qui définit le terrain à bâtir en matière d'expropriation); Loi du 31 Décembre 1985 relative à l'aménagement foncier rural modifiant l'article 20 C.Rural en matière de remembrement afin d'harmoniser sa définition du terrain à bâtir avec celle de l'expropriation).

A-t-il vraiment réussi son entreprise ? L'avenir nous le dira pourvu que le "Dieu Parlementaire" prête vie à ces nouvelles dispositions. En outre, les données du problème sont complètement bouleversées lorsque l'on se place du côté subjectif de la définition, c'est-à-dire lorsque l'on envisage son aspect fiscal et financier (IIème Partie).