

sous l'empire du droit commun. Le même arrêt décide qu'aucune loi n'interdit les fouilles et les recherches, dans les terrains voisins des eaux thermales, par les propriétaires desdits terrains (1). Pour mettre les eaux thermales à l'abri des entreprises des propriétaires voisins, la cour de Montpellier avait appliqué l'article 643, même aux veines alimentaires de ces eaux; cela supposait d'abord que la nécessité exigée par la loi comprend l'utilité médicale, ce qui est très-contestable; cela impliquait encore que les communes ont, en vertu de l'article 643, un droit sur les veines alimentaires des sources qui leur sont nécessaires, et nous dirons plus loin que la doctrine et la jurisprudence repoussent cette interprétation; enfin la cour avait étendu aux propriétaires des terrains où se trouvent les veines alimentaires des eaux thermales, la servitude que la loi impose au propriétaire du fonds où jaillit la source, ce qui était contraire au texte et à l'esprit du code. La cour de Montpellier faisait la loi. Il y avait une lacune dans le code civil, elle a été comblée en France par la loi du 14 juillet 1856. Cette loi permet de déclarer d'intérêt public les sources d'eaux minérales; lorsque la déclaration a été faite, il en résulte une servitude au profit des eaux thermales sur les fonds voisins. C'est ce que la loi appelle un périmètre de protection; aucun sondage, aucun travail souterrain ne peuvent être pratiqués dans ce périmètre sans une autorisation préalable (2).

b) *Droit des habitants de la commune.*

217. Quel droit la servitude donne-t-elle aux habitants en faveur desquels elle est établie? Le texte de l'article 643 répond à notre question; il dit en quoi consiste la servitude: « Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours. » Cela suppose que la source est devenue une eau courante dont les habitants ont le droit de se servir, comme riverains. D'après le droit commun, cet usage serait pré-

(1) Arrêt de cassation du 4 décembre 1849 (Daloz, 1849, 1, 305).

(2) Voyez la loi avec l'exposé des motifs et le rapport, dans Daloz, 1856, 4, 85.

caire, puisqu'il dépend toujours du propriétaire de la source de retenir les eaux ou de les dériver. Ce droit, il ne l'a plus quand les eaux sont nécessaires aux habitants d'une commune. La servitude de l'article 643, de même que celle qui peut être constituée par titre ou par prescription, a donc pour objet d'empêcher le propriétaire de la source d'en user à sa volonté, comme le lui permet en principe l'article 641. Il suit de là que les habitants ont seulement le droit d'user des eaux à leur passage, d'après le droit commun consacré par l'article 644, avec cette différence néanmoins qu'ils ne doivent pas être riverains pour s'en servir, puisque l'article 643 affecte ces eaux à l'usage de tous. Cela regarde les rapports des habitants entre eux; pour le moment, nous examinons quels sont leurs rapports avec le propriétaire de la source. Ils peuvent s'opposer à ce que celui-ci change le cours de la source: tel est le seul droit que l'article 643 leur accorde.

218. On demande si les habitants ont le droit de passage, de puisage et d'aqueduc; c'est-à-dire peuvent-ils passer sur le fonds du propriétaire à qui appartient la source pour puiser l'eau qui leur est nécessaire? peuvent-ils y construire un aqueduc pour amener les eaux dans leur commune? La négative est généralement admise, et si l'on s'en tient au texte de l'article 643, on comprend à peine que la question ait été soulevée (1). Il s'agit de restreindre le droit de propriété du maître de la source. Ce droit est, en principe, absolu, d'après l'article 545 et d'après l'article 641; les restrictions que l'article 643 y apporte sont donc de la plus étroite interprétation. Proudhon, qui établit ce principe, l'oublie dans l'espèce. Il accorde aux habitants le droit de passage, s'ils ne peuvent profiter des eaux sans pénétrer dans le fonds où la source se trouve. L'eau ne peut être prise que là où elle est, dit-il. Cela suppose que l'eau n'a pas de cours hors du fonds où la source prend naissance. S'il en est ainsi, il n'y a pas lieu à la servitude de l'article 643. Proudhon lui-même dit plus

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 42, et notes 35 et 36 et les autorités qui y sont citées. En sens contraire, Proudhon, *Du domaine public*, nos 1381 et 1382; comparez le n° 1391.

loin que cette servitude consiste seulement à interdire au propriétaire de la source d'en changer le cours, lorsque le ruisseau porte le tribut de ses eaux vers un village auquel elles sont nécessaires. C'est ce dernier principe qui est le vrai, puisqu'il est consacré par le code civil. Il faut donc dire que si la source n'a pas de cours hors du fonds où elle surgit, il n'y a pas de servitude; que si elle devient une eau courante, les habitants de la commune doivent la prendre telle que la nature la leur donne, sauf à faire sur leur territoire les travaux nécessaires pour profiter de ses bienfaits. Leur donner un droit quelconque sur le fonds où naît la source, ce serait, comme le dit très-bien la cour de cassation, substituer à une servitude, dont l'objet spécial est clairement défini, une servitude distincte et nouvelle qui en différerait essentiellement⁽¹⁾. L'interprète n'a pas ce droit-là : il ne peut pas y avoir de servitude légale sans loi.

219. L'article 643 ne met en présence que les habitants de la commune auxquels les eaux sont nécessaires et le propriétaire du fonds où naît la source. Il peut y avoir d'autres intéressés. La source devient une eau courante; elle passe par les fonds des riverains avant d'arriver à la commune qui en a besoin; est-ce que les riverains peuvent user des eaux au préjudice des habitants de la commune? ou ne peuvent-ils en user qu'à charge de transmettre aux habitants l'eau qui leur est nécessaire? Il a été jugé par la cour de cassation que l'article 643, qui interdit au propriétaire de la source d'en changer le cours, s'applique nécessairement au propriétaire intermédiaire dont l'héritage est traversé par les eaux de cette source. On ne saurait admettre, dit la cour, que le riverain qui a sur les eaux un droit moins étendu que celui du propriétaire dans le fonds duquel la source prend naissance, soit affranchi de l'obligation que la loi impose à ce dernier dans l'intérêt d'une communauté d'habitants. Si cet intérêt a été reconnu assez considérable pour faire fléchir le droit du propriétaire de la source, il doit, à plus forte raison, limiter le

(1) Arrêt de cassation du 5 juillet 1864 (Daloz, 1864, 1, 280) et, sur renvoi, Agen, 31 janvier 1865 (Daloz, 1865, 2, 101). Comparez Dijon, 9 novembre 1866 (Daloz, 1867, 2, 11).

simple droit d'usage des riverains. Conçoit-on, dit le conseiller rapporteur, que l'intérêt de la commune qui prévaut sur le droit du propriétaire ne prévale pas sur un autre droit bien moindre, celui des riverains⁽¹⁾?

Posée dans ces termes, la question nous paraît très-douteuse. On ne raisonne pas par argument *a fortiori* en matière de servitude, où tout est de droit étroit. C'est le principe, tel que la cour de cassation elle-même l'a formulé. M. Mesnard, le conseiller rapporteur, a prévu l'objection, mais pour y répondre il est obligé de dévier du principe. « Les dispositions de l'article 643, dit-il, ne doivent pas être entendues dans un sens trop étroit, et il ne faut pas en restreindre l'application au seul cas où l'intérêt des habitants d'une commune se trouve aux prises avec l'intérêt particulier du propriétaire dans le fonds duquel la source prend naissance. » La réponse à cette argumentation est très-simple. C'est la loi qui restreint le droit de la commune, en ne lui donnant une servitude que sur le fonds où la source naît. La question, telle que la cour de cassation l'a posée, consiste donc à savoir si la servitude qui grève le fonds où naît la source peut être étendue aux fonds par lesquels coule la source devenue eau courante. Étendre une servitude, c'est la créer; faut-il répéter, avec la cour de cassation elle-même, que ce droit n'appartient pas à l'interprète?

Peut-être pourrait-on justifier la décision de la cour de cassation en plaçant la question sur un autre terrain. Les riverains par les fonds desquels la source passe, lorsqu'elle est devenue eau courante, n'ont pas de droit absolu sur ces eaux; loin de là, leur jouissance est précaire, tant qu'ils n'ont ni titre ni prescription; à leur égard, le propriétaire de la source reste libre d'en détourner le cours, et d'absorber même les eaux. Tandis que la commune a un droit que l'on peut comparer à celui qui résulterait d'un titre. Son droit est un droit réel, puisque c'est une servitude; en vertu de ce droit réel, elle doit l'emporter sur

(1) Arrêt de rejet du 15 janvier 1849 (Daloz, 1849, 1, 57). Dans le même sens, Nancy, 29 avril 1842 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 186).

les riverains qui n'ont aucun droit. Les riverains ne pourraient certes pas opposer leur droit au propriétaire de la source; ils ne peuvent pas davantage l'opposer à la commune qui, elle, a un droit contre le propriétaire de la source. Ayant un droit sur les eaux, elle doit pouvoir l'opposer à tous ceux qui n'en ont pas, et les riverains n'en ont pas. Cela est décisif en faveur de la commune. Dans cet ordre d'idées, la commune ne réclame pas une servitude sur les fonds des riverains, elle écarte les riverains comme étant sans droit.

220. La commune peut-elle opposer son droit au propriétaire du fonds où se trouvent les veines alimentaires de la source? On comprend l'intérêt de la question. Le propriétaire peut faire dans son fonds telles fouilles qu'il veut, pour y chercher une source ou dans tout autre but. Il coupe par là les veines de la source qui alimente la commune. A-t-il ce droit? L'affirmative n'est pas douteuse. En effet, la commune n'a de droit sur les eaux qu'en vertu de l'article 643; or, cet article limite seulement la propriété de celui qui a une source dans son fonds, en lui interdisant d'en changer le cours. La loi ne limite pas le droit de propriété des propriétaires supérieurs; donc leur droit reste entier. Proudhon, oubliant encore une fois son principe, enseigne que le propriétaire du fonds où se trouvent les veines alimentaires d'une source nécessaire aux habitants d'une commune, n'a pas le droit d'intercepter les eaux: la loi, dit-il, serait en contradiction avec elle-même si elle autorisait le propriétaire supérieur à priver la commune de l'usage des eaux qu'elle lui donne le droit d'exiger (1). Sans doute elle aurait dû porter plus loin sa prévoyance, mais elle ne l'a pas fait, et il n'appartient pas à l'interprète de combler la lacune en créant une nouvelle servitude. Car la servitude serait réellement distincte de celle que le code a consacrée: celle-ci est établie sur le fonds où naît la source et elle interdit au propriétaire d'en détourner le cours; celle que Proudhon admet grèverait

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1547. En sens contraire, Aubry et Rau (t. III, p. 42 et note 34) et les autorités qu'ils citent

tous les héritages voisins en défendant aux propriétaires d'y faire des fouilles. Ce serait appliquer à la servitude de l'article 643 ce que le législateur français a fait pour la protection des eaux thermales. Il est évident qu'il faudrait une loi pour cela. La cour de cassation l'a décidé ainsi: l'arrêt porte que l'on ne peut arbitrairement étendre la disposition de l'article 643 à un cas qu'elle n'a pas prévu (1). Le principe est incontestable, mais la cour de cassation ne l'a-t-elle pas oublié parfois comme Proudhon? Nous venons de le constater, et si nous le faisons, c'est uniquement pour appeler l'attention de nos jeunes lecteurs sur l'étude des principes. Ce sera la justification de notre travail si nous parvenons à réaliser notre plan.

c) *Droit du propriétaire de la source.*

221. L'article 643 dit que le propriétaire de la source peut réclamer une indemnité, laquelle est fixée par experts. Quand il s'agit d'expropriation, l'indemnité est de droit commun; mais la loi n'accorde pas, en général, une indemnité pour les servitudes dites naturelles ou légales. Pourquoi le code veut-il que le propriétaire de la source soit indemnisé? C'est qu'il y a ici une espèce d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le maître du fonds reste, à la vérité, propriétaire, mais il n'a plus le droit de retenir les eaux, ni partant celui d'en user à volonté; étant privé d'une partie de sa propriété, il est juste qu'il reçoive une indemnité. D'après le droit commun, l'indemnité doit être payée avant que l'expropriation soit consommée. Dans le cas prévu par l'article 643, la loi commence par limiter le droit du propriétaire, puis elle ajoute qu'il pourra réclamer une indemnité; c'est qu'il y a plus qu'utilité dans l'espèce, il y a nécessité; les besoins de la commune doivent être satisfaits dès qu'ils existent, ils ne comportent aucun délai, l'eau étant un élément de vie aussi indispensable que l'air.

(1) Arrêts de rejet du 29 novembre 1830 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 183, 1°) et du 26 juillet 1836 (Daloz, au mot *Action possessoire*, n° 759).

Quelle est la base de l'indemnité? Il faut appliquer le principe de droit commun. On enlève au propriétaire une partie de sa propriété; il doit être indemnisé de cette perte. Ainsi on ne prend pas en considération l'avantage que l'eau procure à la commune; celui-là peut être inappréciable. En matière d'expropriation, on estime la valeur vénale de la chose. Les experts feront de même dans le cas de l'article 643; ils estimeront ce que vaut le droit illimité d'user des eaux de la source, et ce que le fonds vaudra de moins, quand le droit absolu du propriétaire sera limité (1).

222. L'article 643 dit que l'indemnité ne sera due que si les habitants n'ont pas *acquis* ou *prescrit* l'usage des eaux. Par le mot *acquis*, la loi entend le *titre* qui avec la *prescription* forment le droit commun en cette matière. S'il y a un titre, le titre réglera les conditions sous lesquelles le propriétaire de la source a renoncé à son droit absolu de propriété. S'il y a prescription, il ne peut être question d'indemnité, car la prescription implique le consentement du propriétaire de la source à ce que les habitants jouissent des eaux. Qu'est-ce donc que la *prescription de l'usage des eaux*, dont parle l'article 643? A s'en tenir au texte, il s'agirait d'une prescription acquisitive; mais si l'on entend ainsi la loi, elle est ou inutile, ou en opposition avec le principe même sur lequel elle repose. Inutile, en ce sens que le mot *acquis* implique déjà la prescription, car on acquiert par prescription aussi bien que par titre, d'après l'article 641 qui se sert du même mot *acquis*. Contradictoire : si la *prescription de l'usage des eaux* est une prescription acquisitive, il en résultera que la commune devra acquérir le droit aux eaux par une longue possession, tandis que l'article 643 dit que « le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune l'eau qui leur est nécessaire; » c'est donc la loi qui établit cette servitude au profit des habitants, et c'est seulement après l'avoir établie qu'elle ajoute que le propriétaire peut réclamer une

(1) Demolombe, t. XI, p. 121, n° 97. Aubry et Rau, t. III, p. 42, n° 37.

indemnité. Si la servitude est légale, il est contradictoire d'exiger que les habitants acquièrent l'usage des eaux par une longue possession. La servitude existe de plein droit. Reste à payer l'indemnité que le propriétaire de la source peut réclamer. C'est là une créance ordinaire qui se prescrit par le laps ordinaire de trente ans. Nous aboutissons à cette conclusion que la prescription dont parle l'article 643 est une prescription libératoire, extinctive. A partir de quel moment court-elle? Dès l'instant où la commune use ou déclare vouloir user de la servitude que la loi établit en sa faveur, le droit à l'indemnité existe, le propriétaire de la source la peut réclamer, et par suite la commune la peut prescrire.

Telle est l'opinion presque générale. Il y a quelque doute parce que le texte de la loi est formel; il exige une prescription acquisitive. Aussi s'est-il trouvé des interprètes qui ont pris le texte au pied de la lettre, et qui ont essayé de concilier la fin de l'article 643, qui parle d'une prescription à l'effet d'acquérir l'usage de la source, avec le commencement, qui accorde de plein droit l'usage des eaux aux habitants de la commune quand ils en ont besoin. On nie que la commune ait le droit d'user des eaux de la source, par cela seul et dès l'instant que les eaux lui sont nécessaires. La loi, dit-on, n'attribue aux habitants que le droit d'acquérir l'usage des eaux au moyen d'une expropriation qu'elle leur permet d'imposer au propriétaire de la source. De là suit que l'expropriation, et partant le droit aux eaux, n'existe qu'à partir du moment où ils ont déclaré au propriétaire de la source l'intention où ils sont de profiter du bénéfice de la loi. Que s'ils ne font aucune notification au propriétaire de la source, s'ils usent de fait des eaux, il n'y a pas d'expropriation, partant pas de droit aux eaux. Ils n'acquerront en ce cas de droit aux eaux que s'ils exécutent des ouvrages apparents dans l'intention de s'approprier l'usage des eaux de la source, et ils l'acquerront sans indemnité. La pensée de la loi est donc celle-ci : les habitants d'une commune peuvent acquérir le droit aux eaux par titre ou par prescription, d'après le

droit commun; ils peuvent aussi l'acquérir par expropriation en payant une indemnité (1).

L'explication nous paraît peu satisfaisante. Elle méconnaît le caractère de la servitude établie par l'article 643. C'est une servitude d'utilité publique qui a son principe et sa justification dans la nécessité. Elle existe de plein droit, et sans notification aucune; tout ce que l'on dit d'une déclaration de volonté et d'une expropriation est de pure invention, la loi ne connaît ni le mot ni la chose. Et rien de plus naturel. Il y a des besoins urgents à satisfaire, il faut donc que le droit naisse au moment même où naissent les besoins. Ainsi l'interprétation que nous combattons introduit dans la loi une idée qui lui est étrangère. Et en définitive l'explication n'explique rien : la seule difficulté que présente l'article 643 est une difficulté de texte, et elle subsiste. En effet, à la fin de l'article il est parlé d'une prescription acquisitive. On demande à quoi bon? n'est-ce pas le droit commun en vertu de l'article 641? et pourquoi répéter dans l'article 643 ce qui se trouve déjà dit dans les articles précédents? C'est à propos de l'indemnité que la loi parle de prescription. Or, le droit à l'indemnité se prescrit par une prescription extinctive et non par une prescription acquisitive. Il y a au titre des *Servitudes* une disposition tout à fait analogue. Le propriétaire d'un fonds enclavé a une servitude de passage, à charge de payer une indemnité; voilà une servitude légale, qui existe de plein droit, même malgré le propriétaire du fonds sur lequel elle s'exerce. Mais celui-ci a droit à une indemnité; cette indemnité est prescriptible, dit l'article 685. Faut-il pour cette prescription une possession de la servitude? S'agit-il d'une prescription acquisitive? Non, le code dit formellement que c'est l'*action en indemnité* qui est prescriptible. Donc la prescription est extinctive. Pourquoi serait-elle acquisitive dans un cas identique, celui de l'ar-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. 1^{er}, p. 757 et suiv., d'après Valette. Comparez Proudhon, t. IV, n° 1388. En sens contraire, tous les auteurs cités dans Aubry et Rau, t. III, p. 43, note 39. Il y a, en faveur de l'opinion de Proudhon, un jugement du tribunal de Grasse du 24 janvier 1844 (Dalloz, 1846, 2, 223).

ticle 643? La où il y a même raison de décider, il doit y avoir même décision.

N° 2. DES EAUX PLUVIALES.

I. *Propriété des eaux pluviales.*

223. Le code civil ne parle pas des eaux pluviales, sauf pour dire que le propriétaire doit établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique. Cette lacune a donné lieu à de grandes difficultés. On lit dans un arrêt de la cour de Liège que le code ne renfermant aucune disposition sur le cours des eaux pluviales, il faut consulter les lois et la jurisprudence anciennes, et notamment le droit romain (1). Nous allons voir que le droit ancien n'a pas empêché d'interminables controverses.

Il y a un principe sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que les eaux pluviales appartiennent au premier occupant. Il est certain qu'au moment où elles tombent du ciel, elles ne sont à personne; c'est un élément de la nature qui se confond avec les airs et les nuages; mais dès l'instant où elles sont tombées, elles deviennent l'objet d'une appropriation. Les eaux pluviales qui se trouvent sur mon fonds m'appartiennent certainement; reste à savoir en vertu de quel titre. On dit que c'est par droit d'occupation (2). Il nous semble qu'il serait plus juste de dire que les eaux appartiennent au propriétaire du terrain sur lequel elles tombent, par droit d'accession. L'occupation suppose une prise de possession; or, faut-il que je pose un fait quelconque pour devenir propriétaire des eaux pluviales qui couvrent mon fonds? Non, certes; j'en suis propriétaire par cela seul qu'elles se trouvent sur ma propriété, en vertu du principe général de l'accession : « La propriété du sol, dit l'article 552, emporte la propriété du dessus et du dessous. »

(1) Liège, 31 janvier 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 36).

(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1299. Comparez les arrêts de Caen du 26 février 1844 (Dalloz, 1845, 4, 479) et de Dijon du 17 juin 1864 (Dalloz, 1865, 2, 97).