

et 625 combinés disent pour les servitudes personnelles : les servitudes sont établies par la loi ou par le fait de l'homme.

On peut répondre cependant, pour justifier la distinction des servitudes naturelles et des servitudes légales, que les premières sont écrites en quelque sorte sur le sol par la nature elle-même, de sorte que la loi les constate et les consacre bien plus qu'elle ne les crée, à tel point qu'on ne concevrait pas une législation qui ne reconnaîtrait pas l'existence de ces servitudes; tandis que les servitudes légales sont véritablement créées par la loi qui aurait pu ne pas les établir. Ainsi on concevrait fort bien une législation dans laquelle un propriétaire, joignant un mur, ne pourrait pas forcer celui auquel appartient ce mur à lui en céder la mitoyenneté, comme le permet l'article 661; tandis qu'on ne concevrait pas une législation dans laquelle le propriétaire d'un fonds ne serait pas obligé de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs (art. 640).

1222. La division de la loi a donné lieu à une autre critique. Les servitudes naturelles et les servitudes légales, a-t-on dit, ne sont pas de véritables servitudes; car elles constituent le Droit commun de la propriété foncière en France, et la servitude suppose une exception à ce Droit commun. Ce sont si peu des servitudes qu'il est souvent impossible de dire quel est le fonds dominant et quel est le fonds servant (voyez notamment art. 646 et 671). Elles semblent même être le contraire d'une servitude, car c'est précisément le fonds qui s'y trouverait soustrait par la volonté du propriétaire qui serait en état de servitude : tel serait le cas où le propriétaire d'un fonds aurait autorisé le propriétaire du fonds voisin à planter plus près que la distance légale. En réglementant la propriété foncière (les servitudes naturelles et légales ont été établies dans ce but), le législateur n'a pas plus mis les fonds en état de servitude, qu'il n'y a mis les personnes en restreignant l'exercice de leur droit de liberté dans de sages limites, afin que cet exercice fût compatible avec le maintien du bon ordre social. Et c'est bien ainsi que l'on comprend les choses dans le langage usuel. Quand un fonds n'est pas grevé de servitudes autres que les servitudes naturelles et les servitudes légales, le propriétaire, en l'aliénant, n'hésite pas à le déclarer libre de toute servitude. C'est qu'en effet il n'y a de véritables servitudes que celles qui résultent du fait de l'homme, parce que ce sont les seules qui constituent une exception au Droit commun de la propriété foncière. — Il nous semble difficile de répondre. Quoi qu'il en soit, en qualifiant de *servitudes* (naturelles ou légales) les différentes charges qu'il impose ici à la propriété foncière dans le but de la réglementer, et en leur donnant asile dans le titre *des Servitudes ou Services fonciers*, notre législateur a prouvé clairement qu'il considérait toutes ces charges comme ayant un égal caractère de *réalité* : ce qui conduit notamment à décider que les contestations, auxquelles peuvent donner lieu les servitudes naturelles ou légales, aussi bien que celles qui peuvent s'élever au sujet des servitudes résultant du fait de l'homme, seront toujours de la compétence du tribunal de la situation des immeubles litigieux (arg., art. 59, al. 3 Pr).

Et toutefois l'article 1370 fait naître quelques doutes à ce sujet, quand il nous présente les charges résultant du voisinage comme des « engagements formés involontairement », et résultant « de l'autorité seule de la loi », paraissant bien dire ainsi que les charges dont il s'agit constituent des *obligations* ayant leur source dans la loi, donc des droits *personnels*. Même langage ou à peu près dans les articles 639, 651 et 652. Le doute s'accroît, quand on voit que, dans notre ancien Droit, les charges imposées aux propriétaires voisins, et dont notre Code a fait des servitudes naturelles ou légales, étaient considérées comme des charges personnelles, comme des obligations résultant de ce que Pothier appelle le *quasi-contrat de voisinage*. Mais en définitive la place et le nom, que le législateur a donnés à ces

charges, doivent prévaloir sur des expressions qui n'ont pas été peut-être suffisamment pesées. Il est arrivé ici comme ailleurs que le législateur, tout en répudiant le système admis par notre ancien Droit, a employé *passim* des expressions qui lui sont empruntées. Quand on rompt avec une tradition par les idées, il n'est pas toujours facile de rompre immédiatement avec elle par le langage.

CHAPITRE I

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION

DES LIEUX

1223. Les restrictions au droit de propriété, que le législateur établit ici sous le nom de servitudes, sont dites servitudes *naturelles*, parce qu'elles sont l'œuvre de la nature bien plus que de la loi, qui ne fait en quelque sorte que les enregistrer et ordonner aux particuliers de les respecter.

On est d'ailleurs tout étonné de trouver sous cette rubrique un certain nombre de dispositions, qui, n'étant qu'une consécration du droit de maîtrise appartenant au propriétaire, auraient semblé bien mieux à leur place au titre de la propriété, notamment celle de l'article 647 qui reconnaît à tout propriétaire le droit de clore son héritage. Fidèle à notre plan, nous respectons l'œuvre du législateur même dans ses imperfections, et nous suivrons par conséquent ici comme ailleurs la marche qu'il a adoptée.

Notre chapitre traite : 1° des eaux (art. 640-645); 2° du bornage (art. 646 et 647); 3° de la clôture (art. 648). Ces dispositions feront l'objet de trois paragraphes distincts.

§ I. Dispositions relatives aux eaux.

1224. La loi parle ici successivement : 1° des eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs (art. 640); 2° des eaux de source (art. 641 à 643); 3° des eaux courantes qui bordent un héritage ou qui le traversent (art. 644 et 645). Nous étudierons ces dispositions dans trois numéros distincts; un quatrième sera consacré aux lois postérieures qui les ont complétées, et un cinquième aux eaux pluviales dont la loi ne parle pas.

N° 1. Des eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs.

1225. Aux termes de l'article 640 : « Les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en décou-

» *lent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.* — *Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.* — *Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.* »

C'est en vertu d'une loi de nature que les eaux découlent des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs. Cette loi s'impose à l'homme, et notre article oblige les propriétaires à la respecter; autrement ils seraient dans un état perpétuel d'hostilité les uns vis-à-vis des autres.

Tous les fonds de terre sont soumis à cette servitude, même ceux qui font partie du domaine public.

Elle assujettit les fonds inférieurs à recevoir toutes les eaux qui découlent *naturellement* des fonds supérieurs, donc non seulement les eaux de pluie, mais aussi les eaux de source et celles provenant de la fonte des neiges et les neiges elles-mêmes sous forme d'avalanches dans les pays de montagne, à plus forte raison les vases, graviers et toutes autres matières que les eaux charrient naturellement avec elles.

1226. Mais les fonds inférieurs ne sont pas obligés de recevoir les eaux qui découlent du fonds supérieur par suite du fait de l'homme (argument des mots : sans que la main de l'homme y ait contribué), par exemple les eaux ménagères écoulées par le propriétaire du fonds supérieur, ou les eaux provenant du déversoir d'une usine, ou celles qui proviennent d'un puits artésien, sauf dans ce dernier cas la faculté qui appartiendrait au propriétaire du puits, s'il ne pouvait pas absorber toute l'eau, de forcer les propriétaires inférieurs à la recevoir moyennant indemnité (arg., art. 3, 1, 29 avril 1845).

Une décision semblable paraît devoir être appliquée au cas où un propriétaire aurait donné naissance à une source par des travaux qui n'auraient pas été effectués dans ce but, *non data ad hoc opera*; par exemple en creusant les fondations d'un édifice ou un fossé. Le propriétaire du fonds inférieur ne pourrait donc être tenu de recevoir ces eaux que moyennant indemnité, par application de la disposition législative qui vient d'être citée. On pourrait dire, il est vrai, que les travaux qui ont donné naissance à ces eaux n'ayant pas été pratiqués dans ce but, leur apparition doit être considérée comme le résultat d'un cas fortuit, qui doit être mis sur le compte de la nature plutôt que sur celui du propriétaire. Mais il faut répondre que le propriétaire du fonds supérieur est la cause au moins indirecte du préjudice qu'éprouve le propriétaire du fonds inférieur, et qu'il est tenu à ce titre de le réparer conformément à la règle *Qui occasionem damni præstat damnum fecisse videtur*. Le texte de la loi favorise d'ailleurs cette solution; car il n'oblige le propriétaire inférieur à recevoir les eaux qui proviennent du fonds supérieur qu'autant qu'elles en découlent naturellement et « sans que la main de l'homme y ait contribué ».

1227. « Le propriétaire, inférieur », dit la loi, « ne peut point élever une digue qui empêche cet écoulement » (des eaux). Ajoutez : ni en général faire aucun travail qui contrarie l'œuvre de la nature, à moins cependant que ces travaux n'allègent pour lui la servitude, sans nuire en rien au propriétaire du fonds supérieur.

Le propriétaire du fonds inférieur ne pourrait même pas, sous prétexte que l'article 647 lui donne le droit de se clore, construire sur les confins de son héritage un mur de clôture, qui arrêterait l'écoulement naturel des eaux provenant du fonds supérieur. S'il veut faire usage de ce mode de clôture, il devra pratiquer à la partie inférieure du mur des ouvertures (*barbacanes*) pour laisser aux eaux leur libre écoulement.

1228. De l'avis de tous, la disposition qui défend au propriétaire inférieur de se protéger par des digues contre les eaux découlant naturellement des fonds supérieurs, n'est pas applicable aux propriétaires riverains d'un fleuve ou d'une rivière. Chaque riverain peut construire des ouvrages le long du fleuve pour prévenir ses dévastations, sans que les riverains de face ou les riverains inférieurs puissent se plaindre de ce que ces travaux les exposent à être plus maltraités par les eaux du fleuve. Rien ne les empêche de se protéger eux aussi par des travaux analogues. « Dans le cas d'un danger commun, dit fort bien M. Laurent, chacun se défend pour son compte ».

1229. La loi ajoute : « Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur ». Ainsi le propriétaire du fonds supérieur ne peut pas obliger le propriétaire du fonds inférieur à recevoir les eaux pluviales, qui découlent de la toiture de son bâtiment, soit directement (*stillicidium*), soit par un tuyau de conduite (*flumen*) (voy. art. 681). De même le propriétaire du fonds supérieur ne pourrait pas corrompre les eaux de source qui prennent naissance dans son fonds avant de les transmettre au fonds inférieur.

Et toutefois cette règle ne doit pas être appliquée avec trop de rigueur : elle reçoit certains tempéraments d'équité. Les jurisconsultes romains qui nous l'ont léguée la comprenaient de cette façon.

C'est ainsi notamment que le propriétaire du fonds supérieur aurait le droit de faire des sillons sur son fonds et même des rigoles pour favoriser l'écoulement des eaux, *fossas agri colendi causa*, sans que le propriétaire du fonds inférieur puisse se plaindre, sous prétexte qu'il en résulte pour lui une petite aggravation de la servitude. Les fonds sont naturellement destinés à la culture, et par suite les eaux qui découlent d'un fonds cultivé peuvent être considérées comme des eaux qui en découlent naturellement, bien que la culture ait quelque peu modifié l'écoulement naturel des eaux. Et toutefois le propriétaire du fonds supérieur ne pourrait pas, en pratiquant des rigoles pour l'écoulement des eaux nuisibles à la culture, les faire déverser sur un fonds autre que celui qui est appelé à les recevoir par la pente naturelle du terrain.

N° 2. Des sources.

1230. Aux termes de l'article 641 : « Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription. »

Le propriétaire d'un fonds est donc propriétaire de la source qu'il contient : il en est propriétaire parce que l'eau qui l'alimente vient des profondeurs du sol qui lui appartient *usque ad inferos*. Aussi la loi romaine dit-elle avec exactitude : *Portio agri videtur aqua viva*.

Le propriétaire de la source peut à son gré :

Ou laisser l'eau qu'elle fournit suivre la pente naturelle du terrain et couler sur les fonds inférieurs, qui sont tenus de la recevoir parce que c'est la nature qui la leur envoie ;

Ou disposer de cette eau, soit en l'absorbant, soit en détournant son cours naturel pour en faire profiter un propriétaire voisin autre que celui auquel la destinait la pente naturelle du terrain, soit même en aveuglant la source ; sans qu'en aucun cas les propriétaires inférieurs puissent se plaindre de ce qu'ils ne reçoivent plus l'eau que leur amenait la disposition naturelle des héritages. Il en serait ainsi alors même que le propriétaire de la source agirait par pure malice, dans le but de priver un propriétaire inférieur du profit qu'il retire de l'eau de la source. Peu importe que Tronchet ait dit le contraire au Conseil d'Etat. Le principe est absolu par cela même que la loi n'y apporte aucune restriction, et un principe vaut mieux qu'une affirmation de Tronchet.

1231. La règle que le propriétaire d'une source peut en disposer souffre deux exceptions. La première a lieu lorsque le propriétaire du fonds inférieur a acquis un droit à l'usage de l'eau ; la deuxième lorsque le cours de la source fournit à une communauté d'habitants l'eau qui leur est nécessaire.

1232. PREMIÈRE EXCEPTION. Le propriétaire d'une source ne peut pas priver le propriétaire inférieur des avantages qu'il retire de l'eau de cette source, lorsque celui-ci a *acquis* un droit à son usage. Les rôles sont alors intervertis : c'est le fonds où jaillit la source qui est grevé d'une servitude au profit du fonds inférieur ; il lui doit l'eau de la source en tout ou en partie.

Par quels moyens le propriétaire inférieur peut-il acquérir un droit à l'usage de l'eau ? Notre article indique les deux plus usuels : le titre et la prescription ; il faut ajouter la destination du père de famille qui est un mode général d'acquisition des servitudes continues et apparentes (art. 692).

Nous n'avons à entrer dans aucun détail en ce qui concerne le titre : ce peut être une convention ou un testament ; ses termes détermineront la quantité d'eau qui doit être transmise au fonds inférieur ; il va sans dire que le propriétaire de la source reste le maître de disposer du surplus. Nous ne dirons rien non plus de la destination du père de famille, qui serait ici régie de tous points par Droit commun. Mais

nous avons à nous expliquer sur la prescription qui est gouvernée par des règles particulières.

Il ne suffirait pas, pour qu'il y eût prescription au profit du fonds inférieur, que le propriétaire de la source en eût laissé couler l'eau sur lui pendant trente ans et plus, *etiam per mille annos*, dit Cæpolla. C'était pour le propriétaire supérieur une *faculté* de laisser l'eau suivre la pente du terrain, et aux termes de l'article 2232 : « Les actes de pure faculté... ne peuvent fonder ni possession ni prescription ». D'un autre côté, le propriétaire du fonds inférieur était obligé de recevoir l'eau de la source, et il ne peut pas se faire un titre de ce qui n'est pour lui que l'accomplissement d'une obligation. Que faut-il donc pour que la prescription soit acquise au profit du fonds inférieur ? L'article 642 va nous le dire : « *La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.* »

Ainsi la prescription s'accomplit par trente ans ; c'est le Droit commun (art. 2262). Notre article indique avec un soin minutieux les conditions requises pour que les trente ans commencent à courir.

Il faut d'abord des travaux *apparents*. Donc des travaux non apparents ne pourraient pas servir de base à la prescription. En effet une des conditions requises pour que la possession puisse conduire à la prescription est qu'elle soit publique (art. 2229) ; or elle n'a pas ce caractère lorsqu'elle repose sur des travaux non apparents, dont le propriétaire du fonds supérieur n'aura probablement pas connaissance.

Il faut ensuite que ces travaux soient *terminés*. Des travaux en cours d'exécution n'annoncent qu'un projet ; ils ne peuvent pas être considérés comme constituant l'empiétement nécessaire pour conduire à la prescription.

La loi exige en troisième lieu que les travaux aient été faits par le *propriétaire du fonds inférieur*. Donc des travaux faits par le propriétaire de la source ne pourraient pas servir de base à la prescription dont il s'agit. Et en effet le propriétaire du fonds supérieur a certainement fait ces travaux dans son intérêt, pour favoriser l'écoulement d'eaux dont la présence le gênait, et non dans l'intérêt du propriétaire du fonds inférieur. Comment donc celui-ci pourrait-il s'en prévaloir à l'appui de la prescription qu'il invoque ?

* Conformément au Droit commun, le propriétaire inférieur qui invoque la prescription, doit prouver que les conditions requises pour son accomplissement se trouvent remplies, et notamment que les travaux qui lui servent de base ont été faits par lui. *Probatio incumbit ei qui agit*. Un arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1875 (Sir., 76, 4. 403), décide que les travaux apparents faits sur le fonds supérieur sont

présûmés avoir été faits par le propriétaire du fonds inférieur, lorsqu'ils ne peuvent profiter qu'à lui. Si la Cour veut dire que cette circonstance constituera une *présomption simple*, à laquelle les juges pourront avoir tel égard que de raison (arg., art. 1353), nous approuvons sa décision; mais si la Cour entend parler d'une présomption légale s'imposant au juge, nous ne saurions partager son avis; car la loi seule peut établir des présomptions de cette nature, et où est le texte qui établit celle dont il s'agit ?

Enfin les travaux doivent être destinés à faciliter « la chute et le cours de l'eau » dans le fonds inférieur; la *chute* de l'eau, c'est-à-dire son passage du fonds supérieur au fonds inférieur; son *cours*, c'est-à-dire sa circulation sur le fonds inférieur.

La loi d'ailleurs ne dit pas quelle doit être la nature de ces travaux, et ce serait ajouter à son texte que d'exiger qu'ils soient construits en maçonnerie. Il a même été jugé qu'une simple rigole pratiquée sur le fonds supérieur peut suffire. C'est une question de fait à résoudre par les juges.

1233. Faut-il en outre que les ouvrages empiètent sur le fonds supérieur, c'est-à-dire qu'ils soient pratiqués en tout ou en partie sur ou contre ce fonds? ou bien suffit-il qu'ils soient établis en un point quelconque du fonds inférieur, pourvu qu'ils soient apparents pour le propriétaire du fonds supérieur? Les principes généraux de la prescription conduiraient à décider que les travaux doivent attaquer le fonds supérieur, c'est-à-dire avoir été pratiqués dans des conditions telles que le propriétaire du fonds supérieur aurait pu exiger leur destruction. En effet la prescription suppose une usurpation du droit d'autrui; or il y a bien usurpation quand le propriétaire du fonds inférieur appuie ses travaux en tout ou en partie sur le fonds supérieur; mais où est l'usurpation quand les ouvrages sont faits en entier sur le fonds inférieur? Le propriétaire du fonds inférieur est maître chez lui, et il est bien libre apparemment de faire sur son fonds tels ouvrages qu'il juge à propos. Comment pourrait-il donc se prévaloir de semblables ouvrages, que le propriétaire du fonds supérieur ne pouvait empêcher, pour prescrire contre lui? Tel est en effet, nous l'avons déjà dit, le Droit commun en matière de prescription. Mais il y avait ici de puissants motifs d'utilité publique pour y déroger, et il n'est guère douteux que telle ait été l'intention du législateur. Le texte n'exige que des ouvrages *apparents*, et nous voyons par l'historique de sa rédaction que, sur la demande de la section de législation du Tribunat, les mots *ouvrages apparents* ont été substitués dans la rédaction définitive aux mots *ouvrages extérieurs*, qui figuraient dans le projet, précisément parce que cette dernière expression paraissait donner à entendre qu'il fallait nécessairement des ouvrages effectués sur le fonds supérieur. Il faut renoncer à se servir des travaux préparatoires pour l'interprétation de la loi, si l'on ne doit pas accepter ici l'induction si puissante qu'ils fournissent, induction qui paraît toucher à la certitude.

* On n'a pas beaucoup affaibli l'argumentation qui précède, en objectant que, si le propriétaire du fonds inférieur peut acquérir la prescription par des ouvrages faits en totalité sur son fonds, le propriétaire supérieur ne pourra pas conjurer cette prescription, puisqu'il ne peut pas exiger la destruction des travaux qui lui servent de base, ces travaux n'empiétant pas sur son fonds. Il était facile de répondre qu'en l'absence de ce moyen le propriétaire supérieur en a d'autres pour interrompre la prescription dont il est menacé. Il pourra arriver à ce but, soit en privant pendant plus d'un an le propriétaire inférieur de l'eau de la source: ce qui empêchera sa

possession d'être continue et la rendra par suite inutile au point de vue de la prescription (arg., art. 2243), soit en l'assignant en justice pour voir dire, s'il refuse de le reconnaître amiablement, que sa possession est précaire, qu'elle est l'effet d'une simple tolérance de la part du propriétaire du fonds supérieur, et que par suite, elle ne peut engendrer à son profit aucune prescription (arg., art. 2244). Sur cette grave question la jurisprudence de la Cour de cassation est en sens contraire; la doctrine est divisée.

1234. Quel droit la prescription aura-t-elle fait acquérir au propriétaire du fonds inférieur une fois qu'elle sera accomplie? Un droit à l'usage de l'eau. Dans quelle proportion? La prescription transforme le fait en droit; le propriétaire du fonds inférieur aura donc droit à l'usage de l'eau dans la proportion où il en a usé pendant la durée de sa possession. *Tantum præscriptum quantum possessum*. L'étendue de son usurpation déterminera l'étendue de son droit. Le propriétaire de la source pourra disposer de l'excédant, car cet excédant reste libre entre ses mains: par exemple si le propriétaire inférieur a acquis par prescription le droit à la quantité d'eau nécessaire pour faire tourner son moulin, le propriétaire de la source pourra disposer de toute l'eau qui ne lui est pas nécessaire pour cet usage, c'est-à-dire de toute l'eau qui, si elle lui était transmise, passerait par dessus le déversoir du moulin.

1235. DEUXIÈME EXCEPTION. « *Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts* » (art. 643).

Ce texte suppose que l'eau d'une source, après être sortie de l'héritage où elle prend naissance, vient couler sur un territoire auquel les habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau ont un libre accès, par exemple sur un terrain appartenant à la commune, ou sur une voie publique; les habitants viennent y puiser l'eau qui leur est nécessaire. Notre article décide que le propriétaire de la source ne pourra pas en détourner le cours à leur préjudice, et sous-entend qu'il ne pourra pas non plus corrompre l'eau et la rendre ainsi impropre à l'usage des habitants.

Ici, comme dans bien d'autres cas, la loi fait prévaloir un intérêt collectif sur un intérêt particulier: elle sacrifie le droit du propriétaire de la source à celui d'une communauté d'habitants. Et il y a ceci de fort remarquable que le propriétaire de la source se verra privé de son droit de disposition, sans qu'il y ait lieu de procéder contre lui par l'expropriation pour cause d'utilité publique. C'est une dérogation grave au Droit commun. Elle s'explique par l'urgence des besoins auxquels il s'agit de satisfaire. L'eau est un élément essentiel de la vie, comme l'air. La loi n'a pas voulu qu'une communauté d'habitants pût en être temporairement privée, jusqu'à l'issue d'une procédure régulière en expropriation.

1236. Par cela même qu'il déroge au Droit commun, notre article