

und kann darum auch nicht vorher zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden. Dabei ergibt sich allerdings aus dieser Auslegung des Art. 633 der Nachteil, dass die Erben, denen Ausgleichsansprüche zustehen, um nicht eine Verschlechterung ihrer Ansprüche zu riskieren, in Fällen die Teilung beschleunigen, wo, wie z. B. wenn in bäuerlichen Verhältnissen der Vater vorverstirbt, eine Hinausschiebung wünschenswert wäre. Allein dieser Nachteil ist angesichts der vorstehenden grundsätzlichen Erwägungen über den Inhalt des Ausgleichsanspruches nicht zu umgehen.

Da die Teilung des Nachlasses im vorliegenden Falle noch nicht verlangt wurde, sind die Voraussetzungen der Feststellungsklage nicht gegeben und es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger schon jetzt oder erst nach dem Tode der Mutter in der Lage ist, Teilung zu verlangen, und ob überhaupt die Ausgleichung schon geltend gemacht werden kann, wenn erst ein Gatte gestorben ist, oder ob nicht vielmehr der Tod beider Eltern abgewartet werden muss.

Andererseits ist mit der Ablehnung der Feststellung des Ausgleichsanspruches dem weiteren Begehren um Ergänzung des Inventars die Grundlage entzogen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen und die Feststellungsklage abgewiesen.

### III. SACHENRECHT

#### DROITS RÉELS

#### 49. Extrait de l'arrêt de la II<sup>m</sup>e Section civile du 20 septembre 1922

dans la cause **Balmat contre Commune de Semsales.**

Source coupée (art. 706 s. C. C. S.). — Notion de la source. Droit de disposition du propriétaire d'une source sur l'eau qui en découle. Qu'en est-il lorsque cette eau reparait plus bas et forme une nouvelle source ?

Pierre Balmat est propriétaire à Semsales d'un domaine appelé « Outre-Broye », sur lequel est installée une fontaine. Cette fontaine était alimentée depuis nombre d'années par un petit réservoir, construit dans les prés en pente situés au-dessous du village. L'eau, recueillie aux alentours immédiats, était amenée, d'abord à la fontaine d'un voisin, nommé Lambert, puis à celle du demandeur.

Le 3 octobre 1911, Pierre Balmat et Alfred Lambert requièrent l'inscription au registre spécial des servitudes d'un droit de prise d'eau et de conduite en faveur de leurs fonds. Malgré que les propriétaires intéressés eussent donné leur autorisation, la servitude ne fut inscrite que le 27 décembre 1921.

Les terrains situés au-dessous du village étant fréquemment inondés, le Conseil communal de Semsales provoqua, en 1915, la formation d'un groupement de propriétaires, à l'effet d'entreprendre la canalisation des eaux de cette région. Un consortium fut alors constitué, avec la participation de l'Etat et de la Commune, qui avança les fonds nécessaires à l'exécution des travaux. Ceux-ci furent commencés le 9 décembre et terminés le 31 décembre 1915.

A partir de ce moment le débit de la fontaine de P. Balmat alla toujours en diminuant, puis elle tarit complètement.

Par demande en justice du 15 mai 1918, Balmat conclut à ce que la commune de Semsales soit condamnée à procéder, à ses frais, aux travaux nécessaires pour ramener à la fontaine la quantité d'eau potable que celle-ci recevait dans le passé. Il réclama, de plus, 300 francs pour dommage causé jusqu'au 15 mars 1918, et une indemnité journalière de 5 francs depuis cette date jusqu'au moment où la situation antérieure serait rétablie. La défenderesse conclut, tant exceptionnellement qu'au fond, à libération des fins de la demande.

L'expertise à laquelle il fut procédé aboutit aux constatations suivantes : Jusqu'en 1915 une partie des égouts de Semsales se déversait dans un étang, et, de là, se répandait dans les prés sous-jacents, qui de ce fait, étaient constamment inondés. Le réservoir des fontaines de Lambert et Balmat recueillait une certaine quantité de ces eaux, dont le cours était d'ailleurs lent et superficiel. En effet les sondages effectués révèlent, à la profondeur de 15 à 20 cm., l'existence d'un sol marneux, assez étanche pour retenir l'eau à la surface et l'empêcher de se filtrer. D'autre part le terrain avoisinant le réservoir ne présente pas les conditions requises pour permettre l'affleurement d'une source, au sens technique du mot. Il n'existe pas de nappe souterraine à cet endroit et l'on n'y relève pas trace d'infiltrations provenant de la montagne ou du ruisseau « la Mortivue ».

Après avoir procédé à l'instruction de la cause et à une inspection locale, le Tribunal de la Veveyse condamna, en date du 16 novembre 1921, la commune de Semsales à exécuter les travaux nécessaires pour ramener l'eau potable sur le domaine de Balmat. Il accueillit également les deux autres conclusions de celui-ci, en les réduisant toutefois, la première à 100 francs et la seconde à la somme de 50 centimes par jour.

La commune de Semsales recourut contre ce prononcé. Par jugement du 4 avril 1922, la Cour d'appel du canton de Fribourg débouta la défenderesse des exceptions qu'elle avait soulevées, et, prononçant sur le fond, écarta la demande de P. Balmat.

Celui-ci a recouru en réforme au Tribunal fédéral, dans le sens de l'adjudication de ses conclusions de première instance.

*Considérant en droit :*

1. . . . .  
 2. . . . .  
 3. — Au sens technique, la source est constituée par le déversement d'une nappe ou d'un cours d'eau souterrains à la surface du sol. La doctrine et la jurisprudence ont déclaré également qu'il fallait entendre par « source » toute eau jaillissant de l'intérieur de la terre et provenant des veines et des couches d'eau souterraines (WIELAND, Droits réels, art. 704 note 2; CURTI, art. 704 rem. 1; RO 43 II p. 154). En assimilant aux sources les eaux souterraines (art. 704, al. 3), le CCS a soumis aux mêmes règles les eaux qui jaillissent artificiellement et celles qui se déversent naturellement à l'air libre. Le critère permettant de distinguer les eaux de source des eaux de surface est donc, moins leur cours ou leur jaillissement « naturel », que leur provenance « souterraine ». C'est dans les profondeurs du sol que l'eau « reproduite par l'œuvre de la nature » — comme disait l'ancien Code civil vaudois — retrouve sa pureté et prend, grâce à sa lente accumulation, le caractère de permanence qui constitue un de ses éléments essentiels. Si le législateur a fait au propriétaire de la source une position très favorable, c'est bien parce qu'une source est toujours plus ou moins indépendante des phénomènes naturels et du régime des eaux de surface.

Sans doute la distinction entre l'eau superficielle et l'eau souterraine est-elle parfois malaisée à établir.

Mais, d'emblée, il n'apparaît pas possible de classer dans cette dernière catégorie l'eau qui circule seulement dans la couche de terre supérieure, et se contente de l'imprégner sans pénétrer plus avant dans le sol comme c'est le cas ici. D'ailleurs les experts ont, en ce qui les concerne, dénié à l'installation du demandeur le caractère d'un ouvrage de captation de source, et il n'existe aucune considération valable qui puisse autoriser le juge à créer une notion juridique spéciale de la source.

4. — Le problème se présente encore sous un autre aspect, qui n'a pas échappé à l'instance cantonale. Comme cela a été déjà rappelé (voir *supra* cons. 2 *in fine*), la fontaine du recourant a cessé de couler ensuite des travaux entrepris par la commune de Semsales pour dériver les eaux s'écoulant de ses propres fontaines. Or le propriétaire d'une source, ou son ayant droit, peut en disposer librement, sans avoir à tenir compte des propriétaires inférieurs. Il peut consommer l'eau, la mettre en bouteilles, ou la dériver, sans pour cela porter atteinte aux droits des tiers. Certes, il est tenu de laisser couler sur le fonds sous-jacent l'eau de surface qu'il reçoit lui-même d'un autre immeuble (art. 689 al. 3) mais cette obligation ne s'étend pas à l'eau qui jaillit sur sa propriété, et dont il peut faire ce qu'il veut. Bref, lorsque la source donne naissance à un cours d'eau, nul riverain de celui-ci n'a de droit au maintien de son écoulement, à moins d'être au bénéfice d'une servitude sur le fonds d'émergence (RO 42 II p. 440 ss ; 43 II p. 154 ss. ; Zeitschrift für schw. Recht, Neue Folge XIX p. 566/567 et 735/736 ; WIELAND, art. 704 note 3 ; LEEMANN, 2<sup>me</sup> éd. art. 689 note 14 et art. 704 notes 19 à 21 ; cf. STAUDINGER, éd. 1912 art. 905 note 3).

Mais, d'autre part, le CCS a protégé le titulaire d'une « source » sur le fonds inférieur contre les travaux qui ont pour effet de la couper, même partiellement, ou de la souiller (art. 706 et 707). Un conflit peut donc surgir entre les art. 704 et 641 d'une part et l'art. 706 d'autre

part, lorsque l'eau jaillissant de la source supérieure rencontre ensuite des couches de terrain perméables et s'enfonce profondément dans le sol pour reparaître une seconde fois beaucoup plus bas. On pourrait alors se demander si la source inférieure, dont l'existence et le débit sont liés d'une manière si étroite au sort de la source supérieure, bénéficie vraiment de la protection de l'art. 706 et si le droit de disposition du premier propriétaire, illimité lorsque l'eau s'écoule à l'air libre, est pareillement restreint lorsqu'elle se perd à nouveau dans le sol. Mais il n'est pas nécessaire de résoudre actuellement ce problème, puisque l'eau captée par le réservoir Balmat ne doit pas être considérée comme une eau de source, ainsi qu'il a été dit plus haut (N° 3). Il convient donc de s'en tenir au principe qui domine toute la matière, et qui accorde au propriétaire de la source un droit privatif sur l'eau qui en jaillit. La commune de Semsales ayant usé de ce droit de disposition pour dériver l'eau provenant de ses sources ou de ses fontaines, le recourant ne saurait être admis à se prévaloir des art. 706 et 707 CCS.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est rejeté.