

son profit exclusif. Quand naît le droit des riverains ; c'est à-dire quand peuvent-ils opposer leur droit à celui du propriétaire de la source ? La cour de cassation répond qu'il faut pour cela un *abandon volontaire* du propriétaire de la source à cette communauté irrigative. Ici la cour se met en dehors de la loi ; le code ne dit pas un mot de l'*abandon volontaire* que le propriétaire de la source ferait de son droit. Quand cet *abandon volontaire* existe-t-il ? Suffit-il que les eaux aient quitté le fonds pour qu'elles appartiennent à la communauté des riverains ? Si cela ne suffit pas, que faut-il de plus pour que l'*abandon volontaire* transforme la source en eaux publiques ? L'arrêt de la cour de cassation garde le silence sur cette question capitale. Il y en a un autre, subséquent, qui maintient la doctrine consacrée par le premier, avec une explication nouvelle. Interrogeons-le (1).

Sur l'appel d'un jugement rendu en matière de possession, le tribunal de Clamecy avait jugé, conformément à notre opinion, que si, aux termes de l'article 641, celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté et de manière même à absorber tout le produit de la source, ce droit n'existe que dans les limites du fonds où la source a pris naissance ; qu'au sortir de ces limites, le droit cesse pour faire place à celui qui naît, au profit des riverains, de l'article 644. Le tribunal oppose à la doctrine de la cour de cassation le texte du code civil. Il y a deux droits en présence : le droit du propriétaire de la source est absolu dans les limites du fonds où la source prend naissance ; hors de ces limites il n'existe plus : naît alors un nouveau droit, celui des riverains de l'eau courante, droit dont l'article 644 règle l'exercice. Ce jugement a été cassé. Dans l'espèce, le propriétaire de la source avait laissé couler les eaux sur un chemin public, de là elles s'étaient répandues sur le fonds d'un propriétaire qui les avait utilisées pour l'irrigation de sa propriété. Puis le propriétaire de la source avait cédé les eaux à un autre riverain. La cour de cassation décida que les faits ainsi constatés

(1) Arrêt de cassation du 19 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 345).

n'entraînaient qu'un *état de choses momentané*, lequel n'avait pu faire perdre au propriétaire de la source la propriété de ses eaux, et le droit d'en disposer à volonté. La chambre civile ne parle pas de la communauté irrigative, mais l'arrêtiste a soin de marquer que sa décision explique ou modifie l'arrêt de 1854. Il ne suffit pas que les eaux de la source se répandent sur un fonds inférieur pour qu'il y ait abandon à la communauté irrigative ; tant que cet *état de choses n'est que momentané*, le propriétaire de la source conserve son droit de disposition. Que faut-il donc de plus pour qu'il y ait *abandon volontaire à la communauté irrigative* ? L'arrêt de 1855 ne le dit pas plus que celui de 1854.

En définitive, nous ne savons pas quand il y a abandon volontaire à la communauté irrigative ; nous ne savons pas quand la source devient une eau courante et publique, dont l'usage appartient aux riverains. Ce vague et cette obscurité sont inévitables, parce que la jurisprudence s'est mise en dehors de la loi. Nous avons dit quel est le sens de l'article 641, il donne un droit absolu au propriétaire de la source dans les limites du fonds où elle prend naissance ; hors de ces limites, il n'y a plus de source, donc le maître du fonds où elle naît n'y a plus aucun droit, et partant il n'en peut céder aucun. L'article 644 est tout aussi clair. Il parle des eaux courantes et permet aux riverains de s'en servir. Qu'est-ce qu'une eau courante ? Toute eau vive est courante, puisque telle est la loi de la nature. Tant qu'elle court dans le fonds où elle jaillit, c'est le maître du fonds qui seul a le droit d'en user à sa volonté. Du moment où elle quitte ce fonds, elle cesse d'être une source, propriété privée et absolue, pour devenir une eau courante dans le sens de l'article 644, propriété limitée dont tous les riverains sont appelés à jouir.

193. Quel est le rapport entre l'article 644 et l'article 641 ? En d'autres termes, le droit des riverains de l'eau courante restreint-il le droit du propriétaire de la source ? La cour de cassation, dans son arrêt de 1854, met l'*abandon volontaire à la communauté irrigative* sur la même ligne que le *titre* et la *prescription* qui, aux termes de l'article 641, limitent les droits du propriétaire de la source.

Ici il y a confusion et erreur, à notre avis. Nous l'avons déjà dit (n° 187) : la loi n'admet que deux exceptions au droit absolu qu'a le propriétaire de la source d'en user à sa volonté, le titre ou la prescription et l'utilité publique (art. 641 et 643). Il n'appartient pas aux tribunaux d'en créer une troisième, sous le nom d'*abandon à la communauté irrigative*. Cette prétendue exception repose sur une fausse interprétation de l'article 644. D'abord elle est tout à fait arbitraire, en ce sens qu'elle exige une condition pour que les eaux d'une source deviennent des eaux courantes, condition que la loi ignore, condition que la jurisprudence ne définit pas et qu'il est impossible de définir, parce qu'elle est en opposition avec les lois de la nature ; l'eau ne devient pas eau courante en vertu du prétendu *abandon* qui en est fait à la *communauté irrigative*, elle est eau courante par la nature des choses. Ensuite l'exception consacrée par la cour de cassation interprète à faux l'article 644. Il n'est pas vrai de dire que les droits des riverains sur l'eau courante restreignent le droit du propriétaire de la source, au même titre que la convention, la prescription ou l'utilité publique. Dans ces derniers cas, le propriétaire de la source ne peut plus en user à sa volonté ; il est grevé d'une servitude, qui l'empêche de se servir des eaux au préjudice de l'héritage dominant. Tandis que le droit que l'article 644 accorde aux riverains ne restreint jamais par lui seul le droit que le propriétaire de la source a d'user des eaux à sa volonté dans son fonds ; les riverains se seraient servis des eaux pendant mille ans, que le droit du propriétaire de la source subsisterait dans toute son étendue. Cela est élémentaire. Comment donc la cour de cassation a-t-elle pu s'y tromper ? C'est qu'elle a admis au profit du maître de la source le droit de céder l'usage des eaux en dehors de son fonds ; or, ce droit-là est incompatible avec le droit que les riverains ont d'après l'article 644 ; car en cédant son droit à l'un des propriétaires inférieurs, le maître de la source empêche les autres d'user de l'eau courante. Pour concilier les deux dispositions, en les interprétant comme le fait la cour de cassation, il fallait imaginer un *abandon* que le propriétaire de la source fait de

son droit au profit des riverains inférieurs, et lui permettre de céder ses droits aussi longtemps qu'il n'en aurait pas fait l'abandon volontaire.

Tout cela est imaginaire. Les riverains d'un cours d'eau n'ont pas besoin que le propriétaire de la source leur fasse l'abandon de ses droits pour user des eaux ; ils tiennent leur droit de la loi, et ce droit ne peut leur être enlevé par la cession que le maître de la source ferait à l'un d'eux. En cédant le droit à l'usage des eaux, au sortir de son fonds, le propriétaire cède ce qui ne lui appartient pas, il cède l'usage d'une eau courante que la loi attribue aux riverains. Dès que l'eau sort du fonds où elle est née, elle devient le domaine de tous les riverains à titre égal, et il n'appartient pas au propriétaire de la source d'attribuer un droit exclusif à l'un d'eux au préjudice des autres. Par contre, le droit des riverains de l'eau courante ne porte aucune atteinte au droit que le propriétaire a, dans les limites de son fonds, d'user des eaux à sa volonté. Il peut exercer ce droit aussi longtemps qu'il ne l'a pas abdiqué par un titre ou par une prescription qui équivaut à un titre.

Telle est la conciliation naturelle des articles 641 et 644. Nous ne nions pas le droit absolu du propriétaire de la source, il est écrit dans la loi, mais il n'exerce ce droit que dans les limites de son fonds. Il ne peut pas le céder, car le droit cédé par lui serait exercé hors de son fonds, il céderait donc un droit qu'il n'a pas ; il a un droit sur la source, et il céderait un droit sur une eau qui n'est plus une source, sur une eau courante dont la propriété ou l'usage, peu importe ici, appartient à titre égal à tous les riverains.

Le propriétaire de la source ne peut pas céder des droits qui appartiennent à des tiers ; il ne peut pas créer une propriété exclusive des eaux au profit d'un seul riverain, alors que la loi a établi une propriété limitée au profit de tous. Cette propriété limitée s'exerce dès qu'il y a une eau courante, c'est-à-dire dès qu'elle sort du fonds où elle prend naissance et où elle est l'objet d'une propriété exclusive. Il n'y a pas à distinguer si le propriétaire de la

source a fait ou non l'abandon volontaire de ses droits à une prétendue communauté irrigative : la loi ignore cette distinction, il n'appartient pas à l'interprète de la créer. Nous ajoutons qu'il n'y avait pas lieu de la créer. L'eau, comme l'air, est un élément de vie; la Providence l'a destinée à tous, et le législateur doit respecter le vœu de la nature. On peut reprocher aux auteurs du code civil d'avoir donné des droits trop étendus à celui qui a une source dans son fonds; gardons-nous d'exagérer encore des droits qui dépassent déjà les bornes de la nature et de la justice⁽¹⁾.

194. Les questions de détail qui se présentent dans l'application de l'article 641 dépendent de la solution que l'on donne à la difficulté que nous venons d'examiner. Il va sans dire que si le propriétaire de la source a le droit de disposer de l'usage des eaux en dehors du fonds où elle prend naissance, il peut le faire au profit de tout propriétaire inférieur, médiat ou immédiat, comme l'a décidé la cour de cassation dans les arrêts que nous avons cru devoir combattre. Il est évident encore que le cessionnaire peut, de son côté, céder son droit à qui il veut. Si on poussait ce droit à l'extrême, on arriverait à anéantir le droit que l'article 644 accorde aux riverains : ce serait en définitive le propriétaire de la source qui disposerait des eaux, ce ne serait plus la nature ni la loi. Cette conséquence logique qui dérive du principe témoigne contre la jurisprudence qui l'a consacré. Dans notre opinion, le *titre* dont parle l'article 641 n'est pas une *cession* que le propriétaire fait des eaux de la source, c'est une renonciation au droit qu'il tient de la loi d'user des eaux à sa volonté; c'est donc une restriction à ses droits, partant une servitude, comme nous l'avons dit, servitude passive pour le fonds où naît la source, servitude active pour le fonds sur lequel les eaux coulent; ce qui était une charge pour les propriétaires inférieurs devient un droit. L'étendue de la servitude se règle d'après le titre; c'est donc le titre que l'on doit consulter, pour déterminer l'étendue de la charge que le pro-

(1) Les auteurs n'examinent pas la question. Proudhon en dit quelques mots qui sont favorables à notre opinion (*Du domaine public*, t. IV, nos 1357 et 1359).

priétaire de la source a imposée à son fonds. Et l'étendue de la charge détermine l'étendue du droit que le titre donne aux propriétaires inférieurs. Si le titre fixe le volume de l'eau dont le propriétaire de la source s'interdit l'usage, au profit du riverain inférieur, celui-ci ne pourra pas dépasser ces limites; mais il pourra se servir des eaux pour tous ses fonds, par application du droit commun, tel qu'il résulte de l'article 644; car c'est cette disposition qui règle les droits des riverains entre eux; la convention intervenue entre le propriétaire de la source et le propriétaire inférieur a uniquement pour objet d'empêcher le maître de la source d'absorber les eaux, et de le forcer à les laisser couler en tout ou en partie sur les fonds inférieurs. Quand elles sont parvenues sur ces fonds, la loi intervient pour régler les droits des riverains. Le propriétaire de la source ne pourrait pas donner à un propriétaire inférieur des droits que celui-ci n'a pas en vertu de l'article 644; le seul droit que le titre crée, c'est le droit à l'écoulement des eaux.

b) *Destination du père de famille.*

195. L'article 641 ne parle pas de la destination du père de famille. En faut-il conclure que si le propriétaire du fonds avait fait des travaux constituant la destination du père de famille et ayant pour but de faire servir les eaux de la source à un autre héritage qui lui appartient, il n'y aurait pas, au profit de ce dernier, acquisition de la servitude qui, d'après l'article 641, peut être acquise par titre et par prescription? Il y a eu un jugement en ce sens, sur appel, en matière d'action possessoire; mais il a été cassé et avec raison (1). Qu'importe le silence de l'article 641? La question doit se décider par les principes généraux qui régissent les servitudes. Aux termes de l'article 692, « la destination du père de famille *vaut titre* à l'égard des servitudes continues et apparentes; » or, la servitude que le proprié-

(1) Arrêt de cassation du 30 juin 1841 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 142). Dans le même sens, Demolombe, t. XI, p. 107, n° 83, et Aubry et Rau, t. III, p. 36 et note 2.

taire inférieur acquiert dans le cas prévu par l'article 641 est continue et apparente, puisqu'elle consiste dans la charge de laisser couler les eaux sur le fonds inférieur, moyennant des travaux apparents et permanents, travaux qui constituent la destination du père de famille. Cela décide la question. L'article 641 lui-même la décide implicitement; en effet, il admet la prescription, donc aussi la destination du père de famille, puisque la prescription aussi bien que la destination du père de famille ne s'appliquent qu'aux servitudes continues et apparentes (art. 691).

196. Quel sera l'effet de la destination du père de famille? Transmet-elle au propriétaire du fonds qui acquiert la servitude le droit absolu sur les eaux tel que le possède le propriétaire de la source? Non, la destination n'est pas une vente; elle vaut titre, dit l'article 692, c'est-à-dire qu'elle crée une servitude, donc une simple modification à la propriété. Le propriétaire de la source s'était servi des eaux pour l'utilité d'un de ses héritages: cet état de choses est maintenu, en vertu d'un concours tacite de volontés. Voilà toute la théorie de la destination du père de famille.

c) *Prescription.*

197. L'article 641 met la prescription sur la même ligne que le titre. Et l'article 642 détermine les conditions requises pour qu'il y ait prescription. Il faut d'abord que le propriétaire du fonds inférieur ait eu une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années. C'est l'application du principe général établi par l'article 690, aux termes duquel les servitudes s'acquièrent par une possession de trente ans. La possession pour conduire à la prescription doit réunir les conditions exigées par l'article 2229: « Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire. » L'article 691 reproduit quelques-uns de ces caractères: il veut que la jouissance soit non interrompue, et que les travaux sur lesquels se fonde la possession soient apparents. Il va sans dire que les prin-

cipes généraux concernant la prescription restent applicables, par cela seul que la loi n'y a pas dérogé.

La loi exige une jouissance non interrompue pendant trente ans; si elle s'explique sur l'interruption, c'est sans doute pour marquer que le propriétaire de la source a un moyen d'empêcher que la prescription ne le dépouille de son droit de propriété, c'est de l'interrompre. Tel est d'ailleurs le droit commun. Il faut donc appliquer l'article 2242 d'après lequel la prescription peut être interrompue ou naturellement ou civilement.

Il y a interruption naturelle, dit l'article 2243, lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers. Dans l'espèce, il y aurait interruption naturelle si le propriétaire de la source retenait les eaux ou les détournait. Faut-il nécessairement que cette interruption ait duré pendant un an, comme l'exige l'article 2243? Cette disposition suppose que le propriétaire inférieur a la possession annale qui lui donne les actions possessoires au moyen desquelles il est maintenu dans sa jouissance; dans ce cas, il faut, pour interrompre la prescription, que pendant une année le propriétaire de la source l'ait empêché de jouir des eaux en les retenant ou en les détournant. Si le propriétaire inférieur n'avait pas encore la possession annale, le simple fait de la retenue ou du détournement des eaux suffirait pour interrompre immédiatement la prescription, puisque le propriétaire inférieur n'aurait pas, en ce cas, les actions possessoires pour maintenir sa jouissance. C'est l'application du droit commun.

Quant à l'interruption civile, elle se fait par une citation en justice, un commandement ou une saisie, signifiés à celui que l'on veut empêcher de prescrire. Ce sont les termes de l'article 2244. Dans l'espèce, il ne peut pas s'agir d'une saisie ni d'un commandement, qui est le préliminaire de la saisie. La voie la plus simple d'interrompre la prescription du propriétaire inférieur, c'est de lui faire une interpellation à l'effet qu'il ait à reconnaître que sa jouissance est purement précaire et qu'il ne pourra l'invoquer contre le propriétaire de la source. Si le propriétaire

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
D. A. N. LI
CATEDRAL ALFONSO

inférieur refusait de souscrire une pareille reconnaissance, le propriétaire de la source devrait l'assigner en justice. Une simple protestation que ferait le propriétaire du fonds où naît la source contre les entreprises du propriétaire inférieur ne suffirait pas pour interrompre la prescription : l'interruption civile n'existe que dans les cas et sous les conditions déterminés par la loi (1).

198. Quand cette prescription commence-t-elle à courir? L'article 642 répond : « A 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. » Il faut que les ouvrages soient *faits et terminés*, dit la loi; des travaux commencés ne suffiraient donc pas pour mettre immédiatement le propriétaire de la source en demeure de les interrompre. Il n'en aurait pas même le droit, si les ouvrages étaient exécutés sur le fonds inférieur, et ces ouvrages suffisent, comme nous le dirons plus loin, pour fonder la prescription. Les trente ans courent donc, non du jour où les travaux ont commencé, mais du moment où ils sont terminés. Le propriétaire de la source est averti alors de l'intention qu'a le propriétaire inférieur d'exercer une servitude à charge de son fonds; il doit interrompre sa jouissance s'il veut empêcher la prescription de s'accomplir.

199. Quelle espèce de travaux faut-il pour que la prescription commence à courir? Il y a sur ce point une grande diversité d'avis dans la doctrine et dans la jurisprudence (2). La raison en est que les auteurs ont voulu faire d'une question de fait une question de droit. Tout ce que la loi exige, c'est qu'il y ait des *ouvrages* apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur; elle ne s'explique pas sur la nature de ces ouvrages. C'est là une question de fait qui peut recevoir des solutions diverses d'après les diverses circonstances. Ainsi on demande si une tranchée ou rigole ouverte dans le fonds supérieur, pour conduire les eaux dans une prai-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 36, note 14; p. 38, note 18, et t. II, p. 351, note 26, et les autorités qui y sont citées.

(2) Demolombe, t. XI, p. 88, n° 74, et les autorités qu'il cite.

rie, est un *ouvrage* dans le sens de l'article 643. La cour de Bordeaux a décidé la question affirmativement; elle dit très-bien que la nature et l'importance des ouvrages doivent être appréciés suivant l'objet de la contestation. Dans l'espèce, il s'agissait de l'irrigation d'une prairie qui n'était pas d'une grande étendue, et l'irrigation ne se faisait que pendant trente-six heures par semaine; une simple tranchée était suffisante pour cet usage : pourquoi donc aurait-on exigé des ouvrages plus considérables (1)? Dans une autre espèce, la cour de cassation a jugé qu'il ne suffisait pas qu'il y eût dans le fonds supérieur une rigole destinée à diriger les eaux vers le fonds inférieur, bien que le curage eût été fait par le propriétaire de ce fonds; c'est qu'il y avait des circonstances particulières qui ne permettaient pas de considérer la rigole comme un ouvrage fait pour faciliter la chute de l'eau dans l'intérêt du propriétaire inférieur. Le conseiller rapporteur, M. Mesnard, a très-bien relevé ces circonstances, et il a en même temps établi les vrais principes.

Un premier point est reconnu par tout le monde, c'est que le cours naturel des eaux de la source sur le fonds inférieur ne donne aucun droit au propriétaire de cet héritage; il faut, pour qu'il acquière un droit, que sa jouissance soit accompagnée de signes extérieurs qui manifestent d'une manière certaine qu'il a eu l'intention de s'approprier les eaux et de créer, à son profit, une servitude sur le fonds supérieur. Ces signes ou ces ouvrages doivent donc être assez significatifs pour donner l'éveil au propriétaire de la source, en lui annonçant une volonté bien déterminée de limiter son droit. Tels sont les principes. Dans l'application, comme il s'agit d'une question de volonté ou d'intention, il faut consulter les faits. Une rigole qui existe sur le fonds supérieur et qui a été creusée pour l'écoulement des eaux manifeste-t-elle suffisamment le dessein du propriétaire inférieur? Cela dépend, répond M. Mesnard. Si la rigole a été creusée par lui ou d'après ses ordres sur le fonds où naît la source, ou si elle n'a été établie que dans son intérêt, il se

(1) Bordeaux, 5 juillet 1833 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 153).

peut que cet ouvrage caractérise suffisamment une possession à titre de servitude. Il n'en était pas ainsi dans l'espèce jugée par la cour de cassation. Il y avait une rigole; mais qui l'avait creusée? avait-elle été faite dans l'intérêt du propriétaire inférieur? On ne le savait. Le doute seul sur ces points enlevait aux ouvrages le caractère d'actes faits à titre de servitude. Dès lors le curage devenait un fait insignifiant, et la cour de cassation avait raison de décider que les conditions requises par la loi pour l'établissement d'une servitude n'étaient pas remplies (1). Dans un autre procès, elle jugea qu'une rigole pratiquée par le propriétaire inférieur dans un lavoir commun suffisait pour acquérir la servitude. L'arrêt a été rendu sur le rapport du même conseiller dont nous venons de résumer les observations (2).

200. Tout n'est pas question de fait dans les ouvrages que la loi prescrit. Elle veut qu'ils soient faits par le propriétaire du fonds inférieur. La raison en est simple. Les travaux doivent annoncer la volonté certaine du propriétaire inférieur de prescrire contre le droit du propriétaire de la source; il faut donc que les ouvrages soient faits dans son intérêt; or, s'ils sont faits par le propriétaire supérieur, toutes les probabilités sont qu'il a voulu faciliter l'écoulement des eaux dans son intérêt à lui; il a agi comme propriétaire et au profit de son héritage; loin qu'il résulte de là une possession que le propriétaire inférieur puisse invoquer, les travaux témoignent et protestent contre ses prétentions. Il est presque inutile de citer la doctrine et la jurisprudence, puisque le texte est formel (3).

201. Aux termes de l'article 642, les ouvrages doivent être destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur. C'est toujours l'application du principe que nous venons de poser. Les travaux faits pour faciliter l'écoulement des eaux peuvent avoir pour objet, soit d'empêcher la stagnation des eaux dans le fonds où la source

(1) Arrêt de rejet du 15 avril 1845 (Daloz, 1845, 1, 253).

(2) Arrêt de rejet du 27 janvier 1845 (Daloz, 1845, 1, 145).

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 39 et note 15, et les autorités qu'ils citent. Arrêts de rejet du 15 avril 1845 (Daloz, 1845, 1, 253) et de cassation du 18 mars 1857 (Daloz, 1857, 1, 122).

jaillit, soit de les faire parvenir dans le fonds inférieur; dans le premier cas, ils ne peuvent pas créer de servitude, puisqu'ils sont l'exercice du droit de propriété, et faits dans l'intérêt du propriétaire de la source; dans le second cas, les travaux profitent au propriétaire inférieur, ils sont donc dirigés contre le propriétaire supérieur et, à ce titre, ils commencent la prescription. La cour de cassation a appliqué l'article 642 à une espèce singulière. Des barrages appuyés contre un fonds appartenant au propriétaire de la source dérivent les eaux d'un ruisseau qui recevait la source. Le propriétaire du fonds inférieur jouissait depuis un temps immémorial des eaux du ruisseau, y compris les eaux de la source, quand le propriétaire de celle-ci la détourna au profit d'une commune. Le riverain inférieur invoqua la prescription; on lui opposa que les travaux qu'il alléguait étaient destinés à dériver les eaux du ruisseau, et pouvaient fonder une prescription contre les riverains dudit ruisseau, mais qu'étant pratiqués à cent mètres de la source, ils n'avaient pas pour objet d'en faciliter l'écoulement et le cours dans le fonds inférieur. Les eaux de la source, dit très-bien la cour de Grenoble, au moment où elles sortent du fonds dans lequel elles jaillissent, cessent d'être la propriété du maître de ce fonds, elles deviennent le domaine de tous les riverains; le ruisseau est donc distinct de la source, en prescrivant le ruisseau on ne prescrit pas la source, puisqu'il n'y a pas de travaux faits pour en faciliter la chute dans le fonds inférieur (1).

202. L'article 642 exige que les travaux soient *apparents*. C'est l'application d'un principe général en matière de prescription. La possession, d'après l'article 2229, doit être publique. Mais comment faut-il entendre la publicité? A s'en tenir à la lettre de l'article 642, il faudrait décider que les ouvrages doivent se trouver à la superficie du sol, de sorte qu'un aqueduc souterrain ne suffirait pas, bien qu'il s'annonçât par des signes extérieurs. Mais si on interprète ainsi l'article 642, on le met en opposition avec

(1) Grenoble, 26 novembre 1840, et arrêt de rejet du 30 novembre 1841 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 152).

BIBLIOTECA ALFONSIANA
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
D. A. N. LI

un texte formel et avec les principes généraux. Tout ce que les principes demandent, c'est que la possession soit publique; or, la possession peut être publique quoique les ouvrages soient souterrains; bien mieux, la chose même que l'on prescrit peut être souterraine; l'article 553 le dit; dès que les faits de possession sont publics, de manière que le propriétaire contre lequel on prescrit doive les connaître, le but de la loi est atteint. Il a été jugé en ce sens qu'un canal souterrain conduisant les eaux du fonds supérieur dans le fonds inférieur était un ouvrage apparent, parce qu'il s'annonçait, à l'entrée du pré, par une ouverture ou marque extérieure, ce qui constituait une publicité suffisante (1).

203. Faut-il que les travaux soient faits sur le fonds supérieur? C'est une question très-controversée. La jurisprudence constante de la cour de cassation décide que les travaux doivent être faits dans le fonds où naît la source; les auteurs sont divisés. Nous croyons que, d'après le texte et l'esprit de la loi, il suffit que les travaux soient faits dans le fonds inférieur. Le texte entre dans le détail des conditions requises pour qu'il y ait prescription; or, il n'exige pas que les ouvrages soient faits dans le fonds supérieur. On prétend que cette condition résulte des principes (2). Il s'agit d'une prescription acquisitive fondée sur la possession; la question est donc de savoir quels sont les caractères que la possession doit réunir pour conduire à la prescription. Nous avons déjà cité l'article 2229 qui répond à la question; le seul caractère qui ait du rapport avec notre espèce est que la possession doit être à titre de propriétaire. La difficulté se réduit donc à ceci: si le propriétaire inférieur fait des travaux sur son fonds, travaux qui sont destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau

(1) Arrêt de rejet du 13 avril 1830 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 154). Comparez Duranton, t. V, p. 170, n° 180.

(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, nos 1372-1374; Demolombe, t. XI, p. 98, n° 80. La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens (Daloz, au mot *Servitude*, n° 152). Il faut ajouter les arrêts récents. Voyez un arrêt du 8 février 1858 et la note (Daloz, 1858, 1, 68) et arrêts du 23 janvier 1867 (Daloz, 1867, 1, 159), et du 17 novembre 1869 (Daloz, 1870, 1, 197).

dans son héritage, et s'il jouit des eaux par suite de ces travaux, sa possession sera-t-elle à titre de propriétaire? Nous répondons que le juge pourra y voir une possession conduisant à la prescription; la possession est essentiellement une question de fait que le juge apprécie. Sans doute si les travaux sont faits par le riverain inférieur sur le fonds supérieur, la possession sera plus caractérisée; encore pourrait-il résulter des circonstances de la cause que de pareils travaux ont été faits du consentement du propriétaire supérieur, il est vrai, mais à titre de bon voisinage, de tolérance, donc à titre précaire, ce qui rendrait la prescription impossible. Il ne faut donc pas dire: par cela seul que les ouvrages sont faits sur le fonds supérieur, la possession sera utile à la prescription. Et il ne faut pas dire non plus: par cela seul que les travaux seront pratiqués dans le fonds inférieur, la possession ne conduira pas à la prescription. L'article 643 n'exige qu'une chose, des ouvrages destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau; et l'article 2229 veut que la possession soit à titre de propriétaire. C'est au juge de décider si les ouvrages faits par le propriétaire inférieur, soit dans son fonds, soit dans le fonds supérieur, révèlent une possession à titre de propriétaire.

Voilà les principes tels qu'ils résultent du texte même du code civil. On nous oppose l'ancien droit. En effet, Dunod enseigne formellement que « les voisins doivent avoir fait un canal dans le fonds d'où la source sort pour en conduire l'eau dans le leur (1). » Nous tenons grand compte de la tradition, mais à une condition, c'est qu'il soit prouvé que le code civil l'ait maintenue. Comme droit positif, l'ancienne jurisprudence est abrogée; on ne peut donc l'invoquer que si le législateur a entendu la consacrer. On prétend que les termes mêmes de l'article 643 fournissent la preuve que nous demandons: conçoit-on que l'on fasse dans le fonds inférieur des travaux qui facilitent la chute de l'eau? Cela ne se conçoit, dit-on, que si les ouvrages sont exécutés dans le fonds supérieur. Nous répondons que c'est une

(1) Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 88.