

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 (Dalloz, 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 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 152). Il faut ajouter les arrêts récents. Voyez un arrêt du 8 février 1858 et la note (Dalloz, 1858, 1, 68) et arrêts du 23 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 1, 159), et du 17 novembre 1869 (Dalloz, 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.

question de fait; le juge appréciera les ouvrages, et s'il trouve qu'ils ne sont pas destinés à faciliter la chute de l'eau dans le fonds inférieur, il n'admettra pas la prescription. Nous avons encore une autre réponse à faire à cette objection de texte : la cour de cassation, qui a toujours exigé que les ouvrages fussent pratiqués dans le fonds supérieur, avoue que l'article 643 ne le dit pas d'une manière bien explicite (1). Sur quoi donc la cour se fonde-t-elle? Elle dit que cela résulte de l'esprit de la loi. Sur ce point la cour de cassation se trompe évidemment. Nous ne prononçons pas le mot d'évidence à la légère : les textes parleront pour nous.

Quand on invoque l'esprit de la loi, on devrait se donner la peine de rechercher la volonté du législateur, car l'esprit de la loi est bien ce que les auteurs du code ont voulu. Consultons donc la discussion. Le projet soumis aux délibérations du conseil d'Etat ne contenait que cette seule disposition : « Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté. » Quand la discussion s'ouvrit, Berlier proposa d'ajouter : « Sans préjudice néanmoins des droits du propriétaire de l'héritage inférieur, quand il a reçu les eaux de cette source pendant un temps suffisant pour en prescrire l'usage. » Ainsi le premier auteur de l'article 642 ne prononça pas même le mot d'*ouvrages*, il se contentait d'une possession suffisante pour prescrire. Treilhard objecta que, pour prescrire, il fallait posséder *animo domini*; or, dit-il, le propriétaire du fonds inférieur ne peut ignorer que la source de l'eau qui traverse sa propriété appartient au propriétaire du terrain où elle naît. Celui-ci seul a le droit d'en user; s'il laisse couler les eaux, il n'en résulte pas qu'il ait entendu donner un droit au propriétaire inférieur. Qu'est-ce que Treilhard oppose à la proposition de Berlier? Que le seul fait de l'écoulement des eaux sur le fonds inférieur ne donne aucun droit au propriétaire de ce fonds. Cela est élémentaire. Constatons seulement que Treilhard ne dit encore rien des ouvrages.

(1) Arrêt de rejet du 5 juillet 1837 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 151, 1<sup>o</sup>, p. 94).

Berlier répondit qu'il ne contestait pas au maître du fonds où la source jaillit la propriété des eaux; libre à lui de leur donner telle destination qu'il lui plaira; mais si au lieu d'user des eaux il les laisse couler sur les fonds inférieurs auxquels elles profitent, ne serait-ce pas porter un grand préjudice à ces héritages, si le propriétaire de la source pouvait, après plus de trente ans, supprimer ou détourner le cours de la source, surtout s'il y a eu des ouvrages faits en considération de cet état de choses? Berlier ajouta que la propriété des eaux était d'une nature toute particulière. Regnaud de Saint-Jean d'Angely abonda dans cet ordre d'idées; il invoqua l'usage, c'est-à-dire la jurisprudence : elle exigeait des ouvrages, mais Regnaud dit en termes formels qu'elle se contentait d'ouvrages faits dans le fonds inférieur pour profiter des eaux. Voilà donc les partisans de la tradition qui l'interprètent comme nous interprétons l'article 642 : il faut des ouvrages, dit Maleville, la seule jouissance des eaux est insuffisante; il faut qu'indépendamment de la possession, le propriétaire du fonds inférieur ait fait depuis trente ans des ouvrages pour l'usage des eaux. Tronchet donna un autre sens à la tradition; il prétendait que le propriétaire inférieur n'était pas admis à prescrire; selon lui, la disposition proposée par Berlier était une innovation; il conclut en disant qu'il serait très-difficile de prescrire si la possession n'était attestée par des *ouvrages extérieurs*. Toujours pas un mot sur le point de savoir dans quel fonds les travaux devaient être faits. Pour mieux dire, personne ne contesta ce que Regnaud avait dit, c'est que des ouvrages faits dans le fonds inférieur fondent une possession suffisante pour la prescription. Cambacérès parla en termes généraux de la nécessité d'ouvrages faits par le propriétaire inférieur. Regnaud revint à la charge pour plaider la cause des propriétaires inférieurs; lorsqu'ils s'étaient ménagé d'avantage des irrigations par des travaux ou des constructions, on ne pouvait pas permettre au propriétaire de la source qui les avait souffertes pendant trente ans de les rendre tout à coup inutiles en dérivant les eaux de la source au profit d'un tiers, qui se trouverait ainsi enrichi par la ruine

de celui auquel les eaux seraient enlevées. Le procès-verbal de la séance constate que l'article fut adopté avec les amendements de Berlier, Regnaud et Cambacérés (1).

Si nous n'avions, pour interpréter l'esprit de l'article 642, que la discussion du conseil d'Etat, il faudrait dire, sans hésiter, que le législateur s'est contenté de travaux extérieurs, c'est-à-dire d'ouvrages qui manifestent l'intention du propriétaire inférieur d'user des eaux à titre de droit et non à titre de tolérance. Pas un mot n'a été dit au conseil d'où l'on puisse induire qu'il faille des travaux faits sur le fonds supérieur. Il a été dit, au contraire, et répété, que des ouvrages faits par le propriétaire inférieur dans son fonds suffisaient. Jusqu'ici nous cherchons vainement l'esprit de la loi que la cour de cassation invoque à l'appui de sa jurisprudence. Les délibérations du conseil d'Etat témoignent décidément contre la doctrine consacrée par la cour.

Nous arrivons au point décisif du débat. La question de savoir si les ouvrages extérieurs exigés par le projet du conseil d'Etat doivent être faits sur le fonds supérieur n'avait pas été soulevée dans la discussion, parce que tout le monde était d'accord qu'il suffisait d'ouvrages faits dans le fonds inférieur. Au sein de la section de législation du Tribunal, la question fut l'objet d'un examen sérieux. Ceux qui pensaient que les travaux doivent être faits sur le fonds supérieur disaient : « Le propriétaire du fonds supérieur étant propriétaire de la source, on ne peut prescrire contre lui tout ou partie de cette propriété, que par des moyens qui impliquent un consentement à la perte de cette propriété. On convient que le propriétaire inférieur ne peut acquérir la prescription par une simple jouissance, et qu'il doit faire des ouvrages extérieurs pour manifester l'intention qu'il a de prescrire. Il faut donc que le propriétaire supérieur connaisse cette intention, et comment la connaîtrait-il si les ouvrages ne sont faits que dans le fond inférieur? Et quand le propriétaire de la source aurait

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, nos 6 et 7 (Loché, t. IV, p. 164-166).

connaissance des travaux, comment empêchera-t-il le propriétaire inférieur de faire chez lui ce qui lui plaira? » Écoutons maintenant les partisans de l'opinion contraire. Ils avouaient que s'il s'agissait d'une servitude établie par le fait de l'homme, il faudrait se montrer plus rigoureux et exiger que les travaux fussent faits sur l'héritage servant. Mais, dans l'espèce, la servitude dérive de l'état des lieux; le riverain inférieur tient sa jouissance, non d'une convention expresse ou tacite, mais du bienfait de la nature. Si le propriétaire supérieur est resté pendant le long espace de trente années sans troubler cette jouissance, il est censé avoir ratifié l'ouvrage de la nature. « Les ouvrages que le propriétaire inférieur fait sur son fonds sont une déclaration formelle qu'il a dessein de prescrire, et si la prescription s'accomplit, le propriétaire supérieur doit s'imputer de n'avoir pas manifesté une volonté contraire. Il pouvait pendant trente ans arrêter la prescription, soit en absorbant l'eau de la source, soit en la dérivant, soit en déclarant au propriétaire inférieur, par une protestation formelle, qu'il n'entend pas laisser prescrire contre lui le droit de changer le cours de l'eau. Dès qu'il n'a rien fait de tout cela, son silence vaut consentement à ce que le propriétaire inférieur conserve ce que la nature lui a donné. »

Voilà les deux opinions en présence : laquelle l'emporte? La dernière opinion, dit le Tribunal, a prévalu. Et pour lever le doute qu'aurait pu faire naître le mot *extérieurs*, la section de législation proposa d'y substituer le mot *apparents* (1). Ainsi la question a été posée et résolue, et le texte du projet a été modifié en conséquence. Il faut renoncer à se servir des travaux préparatoires si l'on n'en tient aucun compte, alors qu'il y a une décision formelle dans le sens de l'une des opinions qui se sont fait jour sur une question controversée (2). Que répond-on à cela? On dit que l'opinion que nous soutenons était, il est vrai, celle du

(1) Observations de la section de législation du Tribunal, n° 3 (Loché, t. IV, p. 173, 174).

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 178, 4°; Aubry et Rau, t. III, p. 37, note 17, et les autorités qui y sont citées. Il y a un arrêt de Rouen du 16 juillet 1857 en faveur de cette opinion (Dalloz, 1857, 2, 181).

conseil d'Etat et du Tribunal; mais que le texte de l'article 642 ne l'ayant pas consacrée, les principes doivent conserver leur empire (1). Quoi! il s'agit, de l'aveu de la cour de cassation, de rechercher l'esprit d'une loi qui n'est pas très-explicite. Et voilà les auteurs mêmes de la loi qui nous disent ce qu'ils ont voulu. Et on refuse de les écouter, parce qu'ils n'ont pas écrit leur volonté dans un texte! Cela même n'est pas exact, car le texte a été modifié dans le sens de l'opinion unanime de ceux qui ont préparé la loi. Avons-nous tort de dire que l'esprit de la loi est évident, et qu'il témoigne contre la doctrine de la cour de cassation?

Il est presque inutile d'invoquer les paroles des orateurs du gouvernement et du Tribunal. Berlier, dans l'Exposé des motifs, se contente de travaux *apparents* et *spéciaux*; il entend par travaux spéciaux des ouvrages destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur. Gillet interprète la tradition comme l'avait fait Tronchet; l'ancien droit, dit-il, n'admettait pas la prescription en faveur du propriétaire du fonds inférieur; le code l'admet lorsque le propriétaire a pris possession du cours de l'eau par des ouvrages apparents, si le propriétaire de la source, averti par cette apparence même, n'a rien fait pendant trente années pour interrompre une jouissance qui n'était pas la sienne (2).

**204.** Faut-il que les propriétaires soient contigus pour pouvoir prescrire contre le maître de la source? En principe, il n'y a pas de raison pour limiter aux propriétaires immédiats le droit de prescrire contre le propriétaire de la source. S'ils ne veulent pas ou ne peuvent pas user des eaux, pourquoi ne permettrait-on pas aux propriétaires plus éloignés d'en user? La nature leur donne ce droit, puisque la source est devenue un cours d'eau; mais le propriétaire de la source conserve la propriété des eaux, et il pourrait leur enlever cette jouissance en absorbant

(1) Demolombe, t. XI, p. 98, n° 80. Quant aux arrêts de la cour de cassation, ils ne disent rien.

(2) Berlier, Exposé des motifs, n° 6 (Loché, t. IV, p. 179). Gillet, Discours, n° 7 (*ibid.*, p. 194).

la source ou en la dérivant. Il leur importe donc d'empêcher que le propriétaire de la source n'exerce son droit; c'est dire qu'il y a lieu à convention et partant à prescription. Mais les conditions seront-elles les mêmes que pour le propriétaire contigu? Non, dit-on, les travaux devront être faits sur le fonds où naît la source. Cela résulte du texte même de l'article 643; il exige que les travaux soient destinés à faciliter la chute de l'eau, ce qui signifie le passage de l'eau du fonds où elle surgit dans le fonds contigu. Cette condition ne peut donc pas être remplie sur les fonds plus éloignés. De là la conséquence que des ouvrages pratiqués sur ces fonds seraient insuffisants pour acquérir la prescription. Ils pourront toujours prescrire, mais en faisant des travaux sur le fonds supérieur.

Telle est l'opinion générale, même de ceux qui se contentent de travaux faits sur le fonds inférieur (1). Il nous semble qu'ils s'attachent trop à la lettre de la loi. Pourquoi la loi exige-t-elle des ouvrages destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau? Comme l'a dit le Tribunal, c'est pour marquer la volonté du propriétaire qui manifeste par là son intention d'user des eaux à titre de droit. Quelle doit être la nature de ces ouvrages? Ceci est une question de fait que le législateur n'a pas pu décider, le juge seul peut le faire d'après les circonstances de chaque cause. Le texte suppose qu'il y a un fonds supérieur, d'où les eaux *tombent* sur le fonds inférieur, mais cela peut ne pas avoir lieu, les deux fonds peuvent se trouver dans la plaine; il sera inutile alors de faire des travaux pour faciliter la chute de l'eau, puisqu'il n'y a pas de chute. Cela prouve que tout dépend de la situation des lieux. La seule chose que l'on puisse dire, c'est que plus on s'éloigne du fonds où la source prend naissance, plus il sera difficile que les ouvrages soient apparents. Mais cela encore est une difficulté de fait. Notre conclusion est qu'en cette matière il faut s'en rapporter à l'appréciation du juge (2).

**205.** Des ouvrages existent soit sur le fonds inférieur,

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 38, note 19 et les autorités qu'ils citent.

(2) Comparez Marcadé, t. II, p. 559, art. 642, n° III. Demante, t. II, p. 577, n° 493 bis III.

soit sur le fonds supérieur ; on suppose qu'ils sont destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur ; cela ne suffit pas pour qu'il y ait acquisition de la servitude par prescription ; la loi est formelle, elle veut que les travaux soient faits par le propriétaire inférieur qui réclame la servitude. La preuve incombe au demandeur ; c'est à celui qui prétend que son fonds jouit d'une servitude à le prouver. Donc le propriétaire du fonds inférieur doit prouver que c'est lui qui a fait les travaux. Tel est le principe. Pour l'application du principe, il faut distinguer. Si les ouvrages existent sur le fonds inférieur, le propriétaire peut invoquer la présomption établie par l'article 553, aux termes duquel toutes constructions sur un terrain sont présumées faites par le propriétaire, à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé. Le propriétaire inférieur ayant une présomption légale en sa faveur, est par cela même dispensé de toute preuve (art. 1352), sauf au propriétaire supérieur à faire la preuve contraire. Par contre, les ouvrages faits sur le fonds supérieur sont présumés l'œuvre et la propriété du maître de ce fonds, en vertu de la même présomption. C'est donc, en ce cas, au propriétaire inférieur à combattre la présomption.

Il a été jugé par la cour de cassation que « les travaux faits sur le fonds d'autrui sont présumés faits par celui à qui ils profitent, ou par ses ordres ou dans son intérêt. » De là la cour conclut que si des ouvrages existent sur le fonds supérieur, destinés à faciliter l'écoulement des eaux dans le fonds inférieur, de sorte que les travaux sont faits exclusivement dans l'intérêt de ce fonds, il y a présomption qu'ils ont été faits par le propriétaire dudit fonds (1). Il y a erreur ici, ou malentendu. Des ouvrages existent sur le fonds supérieur : quelle est la présomption légale sur le point de savoir qui a fait ces travaux ? L'article 553 répond : « Ils sont présumés faits par le propriétaire, à ses frais et lui appartenir. » Donc, loin qu'il y ait pré-

(1) Arrêts de rejet du 1<sup>er</sup> décembre 1856 (Daloz, 1857, 1, 21) et du 17 novembre 1869 (Daloz, 1870, 1, 197). Dans le même sens, Amiens, du 18 mai 1868, confirmé par un arrêt de rejet du 17 novembre 1869 (Daloz, 1869, 1, 197).

somption légale en faveur du propriétaire inférieur, il y a présomption légale en faveur du propriétaire supérieur. Mais la loi ajoute, sauf la preuve contraire. Le propriétaire inférieur est donc admis à prouver que c'est lui qui a fait les travaux. Comment se fera cette preuve ? Elle peut se faire par témoins, puisqu'il s'agit de faits purs et simples, lesquels de droit commun se prouvent par témoins, quel que soit le montant du litige. Or, quand la preuve testimoniale est admissible, le juge peut aussi admettre les présomptions dites de l'homme, parce qu'elles sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat. Le propriétaire inférieur pourra donc alléguer, à ce titre, la présomption que les travaux ayant été faits dans son intérêt, il est présumé en être l'auteur. Ainsi ce que la cour de cassation appelle une présomption légale en faveur du propriétaire inférieur, est une présomption simple ; et loin d'être dispensé de toute preuve, c'est le propriétaire inférieur qui est tenu de faire la preuve. Tout cela est élémentaire (1).

**206.** On demande si les travaux exigés par l'article 642 pourraient être remplacés par une notification que le propriétaire inférieur ferait au propriétaire de la source, pour lui signifier qu'il ait à s'abstenir de changements dans la direction des eaux. Proudhon enseigne l'affirmative ; il invoque la maxime que « la contradiction ouvre la carrière à la prescription de tout ce qui peut être prescrit (2). » La maxime est formulée en ces termes par Dunod, et elle est incontestable ; mais reste à savoir si l'article 642 n'y a pas dérogé, que ce soit à tort ou à raison, peu importe. Or, le texte est formel ; les ouvrages sont une condition essentielle requise pour que la prescription puisse s'accomplir au profit du propriétaire inférieur. Cela n'est ni logique ni juridique. Car qu'est-ce que les travaux faits par le propriétaire inférieur ? Une mise en demeure du propriétaire supérieur. Est-ce qu'une notification directe qui lui est adressée par le propriétaire inférieur n'est pas une mani-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 39 et note 21.

(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1371. Dunod, *De la prescription*, p. 37.

festation plus certaine, plus énergique de sa volonté de prescrire que des travaux qui, à la rigueur, peuvent être un acte de tolérance et de bon voisinage? Proudhon a donc raison en principe; mais le texte ne permet pas d'adopter son opinion; aussi est-elle restée isolée (1).

d) *Effet du titre, de la destination et de la prescription.*

**207.** Quel est l'effet du titre, de la destination du père de famille et de la prescription? Il y a beaucoup d'incertitude sur cette question dans la doctrine et dans la jurisprudence. En parlant du titre, nous avons déjà dit que, dans notre opinion, le droit que le propriétaire inférieur acquiert, d'après l'article 641, consiste dans une servitude qui grève le fonds dans lequel la source prend naissance. Le texte et l'esprit de la loi ne laissent aucun doute sur ce point. « Celui qui a une source dans son fonds, dit l'article 641, peut en user à volonté. » C'est dire qu'il est propriétaire de la source; or, le droit de propriété est illimité. Donc le maître de la source peut l'absorber en usages agricoles ou industriels; s'il use de ce droit, la source ne deviendra pas une eau courante, et par suite les propriétaires inférieurs ne profiteront pas des eaux. Alors même que le propriétaire supérieur a laissé couler les eaux pendant un temps immémorial, il peut toujours les retenir, les dériver, les absorber, et enlever ainsi aux riverains la jouissance qu'ils avaient eue. Ceux-ci ont donc grand intérêt de limiter le droit absolu du propriétaire de la source; or, limiter l'exercice du droit de propriété, c'est créer une servitude. Tel est l'objet du titre, de la destination du père de famille et de la prescription: c'est ce qu'indique le texte en disant, *sauf le droit*. Le propriétaire inférieur peut donc acquérir un droit qui empêche le propriétaire supérieur d'user des eaux à sa volonté: voilà la servitude (2).

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 37 et note 16. Il faut ajouter Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 161, note 6.

(2) Voyez, en ce sens, le rapport du conseiller rapporteur dans l'affaire jugée par arrêt du 20 mai 1828 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 171, p. 99, note).

Nous disons que tel est aussi l'esprit de la loi. Elle donne aux riverains des eaux courantes le droit de s'en servir, mais ce droit pourrait être anéanti par le propriétaire de la source, si celui-ci retenait les eaux et les empêchait de couler sur les fonds inférieurs. Pour s'assurer la jouissance des eaux, les propriétaires inférieurs doivent donc limiter le droit absolu du propriétaire de la source, c'est-à-dire établir une servitude.

**208.** L'application de ce principe ne souffre aucun doute quand le propriétaire inférieur invoque la destination du père de famille. C'est là un mode d'établir les servitudes (art. 692), et la destination du père de famille n'a jamais d'autre effet. Il n'en est pas de même du titre et de la prescription. Le titre peut transférer la toute propriété, aussi bien qu'une servitude; et on peut acquérir par la prescription la toute propriété ou un démembrement de la propriété. De là la question de savoir si le propriétaire inférieur peut acquérir la propriété des eaux de la source, par titre ou par prescription. On admet généralement que le propriétaire de la source peut transmettre la propriété des eaux au propriétaire inférieur par un titre translatif de propriété (1). Nous avons combattu cette opinion (n° 191); à l'appui de la nôtre, nous invoquerons les considérants d'un arrêt de la cour de cassation et les observations du rapporteur. Celui-ci dit formellement que le droit que peut avoir acquis le propriétaire du fonds inférieur par titre ou par prescription, et dont l'article 641 fait la réserve, ne déplace pas la propriété, puisque la propriété est inhérente au fonds; ce droit, conclut le rapport, est moins une propriété qu'une servitude. L'arrêt de la cour adopte cette manière de voir; il décide que la propriété d'une source est essentiellement inhérente au fonds; les parties voudraient la transmettre qu'elles ne le pourraient pas, car la source ne se transporte pas d'un fonds dans un autre. Qu'est-ce donc que le droit des propriétaires inférieurs dont parle l'article 641? Une servitude, dit

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 39.

BIBLIOTECA ALFONSIANA  
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
D. A. N. LI