

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
B. A. N. LI

la cour, relative à l'usage des eaux qui découlent de la source (1).

D'où naît cette servitude? Elle peut s'établir par titre ou par prescription. La loi met la prescription sur la même ligne que le titre; elle doit donc avoir les mêmes effets. Si le titre ne transporte pas la propriété de la source au propriétaire inférieur, la prescription ne peut pas davantage le rendre propriétaire; il use des eaux, mais il ne possède pas la source, il ne peut donc pas en acquérir la propriété, car on n'acquiert par la prescription que ce que l'on a possédé. Sur ce point il y a cependant controverse. Les éditeurs de Zachariæ enseignent que la prescription ne donne jamais au propriétaire inférieur qu'un droit d'usage sur les eaux de la source, tandis que le titre peut lui en conférer la propriété même. Cette doctrine nous paraît peu logique. En principe, on peut acquérir par prescription ce que l'on peut acquérir par convention. Si donc on admet que le propriétaire de la source peut vendre son droit de propriété, il faut conclure qu'on peut aussi le prescrire contre lui. Mais les savants traducteurs ont compris qu'il était impossible au propriétaire inférieur de prescrire la source, nous en avons dit la raison, qui est péremptoire. N'en faut-il pas conclure que le titre ne peut pas plus que la prescription transférer une propriété qui est essentiellement attachée au fonds? Toutefois la cour de cassation, par un arrêt récent, a jugé que la propriété des eaux peut s'acquérir par prescription (2).

209. Quelle est l'étendue de la servitude qui grève le fonds où naît la source? Sur ce point il y a de nouvelles difficultés. Il faut avant tout se faire une idée exacte de l'objet de la servitude. On dit d'ordinaire que l'objet de la servitude est de donner au propriétaire la jouissance des eaux. Cela n'est pas exact. Dès que la source sort du fonds où elle jaillit, elle devient une eau courante; or, la loi, d'accord avec la nature, donne aux riverains le droit d'user de l'eau courante à son passage. Les riverains jouissent

(1) Arrêt de rejet du 20 mai 1828, cité p. 250, note 2.
(2) Arrêt de rejet du 25 mars 1867 (Daloz, 1867, 1, 220).

donc des eaux en vertu de la loi; mais cette jouissance est à la merci du propriétaire de la source, qui peut toujours retenir les eaux, les absorber ou les dériver, aussi longtemps que les propriétaires inférieurs n'ont pas limité son droit absolu d'user des eaux à sa volonté. Donc l'objet de la servitude est de limiter le droit absolu du propriétaire de la source. Il était libre d'user des eaux à sa volonté, et la servitude à laquelle son fonds est soumis lui enlève ce droit. La servitude ne donne donc pas au propriétaire inférieur le droit de jouir, il tient ce droit de sa qualité de riverain, mais elle garantit ce droit, en le mettant à l'abri des entreprises du propriétaire de la source.

Ainsi le droit d'user des eaux à volonté est limité par la servitude. Cette limitation peut être plus ou moins étendue; en d'autres termes, le propriétaire de la source peut s'obliger à transmettre aux riverains inférieurs un volume d'eau plus ou moins grand, en ce sens qu'il s'interdit le droit de retenir ce volume d'eau ou de le dériver ou d'en user. Pour déterminer ce volume, il faut naturellement consulter le titre, la destination du père de famille et la possession. C'est l'application du droit commun (art. 686). Mais de nouvelles difficultés s'élèvent sur l'usage que le riverain inférieur peut faire des eaux que le propriétaire de la source est tenu de laisser couler sur son fonds. On demande si le propriétaire du fonds dominant peut user des eaux comme il le veut, pour des fonds autres que celui qui reçoit les eaux, s'il peut les céder à des tiers. Les auteurs répondent qu'il faut appliquer l'article 702, aux termes duquel celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre (1). Il nous semble que la question est mal posée. Le titre n'a pas pour objet de régler les droits que le riverain inférieur aura sur les eaux; ces droits sont déterminés par l'article 644; ils peuvent, il est vrai, être modifiés par les conventions intervenues entre les riverains et par la prescription; mais le propriétaire de la source ne peut pas donner au riverain inférieur un droit

(1) Comparez Demolombe, t. XI, p. 108, nos 85-88. Duranton, t. V, p. 179, nos 182 et 184. Proudhon, *Du domaine public* t. IV, n° 1362.

que celui-ci n'a pas en vertu de la loi, des conventions ou de la prescription; et il ne peut pas davantage lui enlever un droit qui lui appartient à l'un de ces titres. En effet, ce n'est pas lui qui concède aux riverains inférieurs le droit de jouir des eaux; il ne leur donne qu'un seul droit, celui d'empêcher le propriétaire de la source de retenir les eaux et d'en user à sa volonté. Voilà l'unique objet du titre, de la destination du père de famille et de la prescription qui règlent les rapports entre le propriétaire inférieur et le propriétaire de la source; quant aux rapports des riverains entre eux, ils sont régis par l'article 644 et par les conventions ou prescriptions qui peuvent modifier la loi. C'est donc plus loin que nous exposerons cette matière, en traitant des droits que les riverains ont sur les eaux courantes.

D'après ces principes, il est facile de déterminer la situation des deux parties, quand il y a titre, destination ou prescription. Le propriétaire du fonds où jaillit la source en reste propriétaire, il conserve donc le droit d'user des eaux, sauf la limitation résultant des diverses causes qui établissent une servitude à charge de son fonds. Peut-il encore faire de nouvelles concessions? La question est encore une fois mal posée; le propriétaire de la source ne fait pas de concession, il s'impose une limitation dans l'usage qu'il a le droit de faire des eaux. S'il ne s'en est pas interdit l'usage d'une manière absolue, il peut restreindre par de nouveaux titres les limites de son droit. Mais il ne peut plus faire de dérivation qui porte atteinte à la servitude qu'il a déjà établie, car, d'après le droit commun, il ne peut rien faire qui diminue l'usage de la servitude dont son fonds est débiteur (art. 697). Le propriétaire de la source peut-il s'opposer à ce que le propriétaire du fonds dominant use des eaux comme il l'entend? Nous venons de répondre que cet usage ne touche en rien la servitude, et par conséquent le propriétaire du fonds servant n'a pas le droit d'y intervenir. Nous dirons plus loin quels sont les droits des riverains. S'il y a conflit entre le droit du propriétaire de la source et le droit de servitude du propriétaire inférieur, le tribunal décidera la contestation, non en vertu du pouvoir

discretionnaire que lui donne l'article 644 quand il s'agit des rapports entre les riverains, mais d'après les principes qui régissent la propriété et les servitudes. Il y a deux droits réels en présence, dont l'un limite l'autre, mais la limitation résulte des titres; elle ne peut pas être imposée par le juge en vertu d'un pouvoir de conciliation qui ne lui appartient que lorsqu'il s'agit de rapports entre riverains d'une eau courante.

III. Droit des habitants d'une commune.

a) Servitude établie par l'article 643.

210. Aux termes de l'article 643, « 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. » Quel est le motif de cette restriction que reçoit le droit du propriétaire de la source? Gillet, l'orateur du Tribunal, dit que c'est l'*utilité publique* (1). Le droit de propriété cède toujours devant l'utilité publique; mais il y a une grande différence entre l'expropriation pour cause d'utilité publique et la servitude établie par l'article 643. Quand un propriétaire est exproprié, il est privé de sa propriété; dans l'espèce, le propriétaire de la source conserve son droit; il n'y a que l'usage du droit qui est limité: c'est une servitude que la loi impose au fonds où naît la source. Nous disons que la loi l'impose, c'est une seconde différence. L'expropriation ordinaire est prononcée par les tribunaux, lorsque le propriétaire et l'État ne s'entendent pas; il y a donc toujours un contrat, volontaire ou forcé, et quand il est forcé, il y a de nombreuses formalités à suivre. Dans le cas de l'article 643, il n'y a pas de contrat, ni de procédure quelconque. C'est la loi elle-même qui exproprie partiellement le propriétaire de la source en grevant son fonds d'une servitude (2). Le législateur a pensé qu'il était inutile d'exiger le consentement du propriétaire et de prescrire des formes, alors que la cause qui fait établir la servitude est patente. Seu-

(1) Gillet, Discours, n° 8 (Loché, t. IV, p. 194).

(2) Demolombe, t. XI p. 115, n° 90.