

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.

lement le propriétaire de la source peut contester l'existence de cette cause, c'est-à-dire, il peut soutenir que la source n'est pas nécessaire aux habitants de la commune qui en réclament l'usage. Ceci est une dernière différence entre la servitude légale de l'article 643 et l'expropriation : celle-ci est fondée sur l'utilité publique, il n'est pas requis qu'il y ait nécessité, tandis que la servitude de l'article 643 n'existe que si l'eau est nécessaire. Il nous faut donc voir quand il y a nécessité dans le sens de la loi.

**211.** Notons avant tout un principe d'interprétation qui nous servira à résoudre les difficultés que présente l'article 643. Proudhon dit très-bien qu'en fait de servitude, tout est de rigueur, puisque la liberté constitue la règle, le droit commun (1); mais il oublie parfois son principe quand il faudrait l'appliquer. Il faut dire plus, la servitude de l'article 643 est particulièrement exceptionnelle : c'est la loi qui exproprie partiellement le propriétaire de la source. La servitude légale de l'article 643 est donc de stricte interprétation sous un double rapport. D'abord toute servitude est de droit étroit; puis une servitude établie par la loi, malgré le propriétaire, a son unique principe dans la loi; donc on ne peut l'étendre, fût-ce pour raison d'analogie, car l'interprétation analogique conduirait à créer une servitude légale sans loi.

**212.** Qui peut réclamer la servitude établie par l'article 643? La loi répond : Les habitants d'une commune, village ou hameau. Donc il faut que l'eau soit nécessaire à une communauté d'habitants. Des habitants isolés ne pourraient pas exercer la servitude de prise d'eau. Proudhon, oubliant le principe qu'il vient de poser, enseigne que les habitants d'une seule maison qui se trouverait à l'écart pourraient invoquer le bénéfice de l'article 643, à titre de hameau (2). Il est vrai que la loi ne définit pas le hameau, mais elle dit *les habitants*; elle suppose donc qu'il y en a plusieurs; on n'a jamais donné le nom de hameau à une

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1391, 1°.

(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1386. En sens contraire, les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 41, note 27. Arrêt de Limoges du 13 mai 1840 (Dalloz, art. mot *Servitude*, n° 174, 2°).

seule habitation. C'est l'utilité *publique* qui a fait établir cette servitude; il faut donc qu'il y ait une communauté intéressée à l'usage de la source; il n'y a pas d'utilité publique là où il n'y a que des intérêts individuels. S'il y avait lieu à contestation, les habitants ne pourraient pas même agir individuellement; c'est la commune qui devrait intenter l'action. Telle est aussi l'opinion générale.

**213.** Quelle est la nécessité que les habitants d'une commune peuvent invoquer? Est-ce leur consommation personnelle? sont-ce les besoins de l'agriculture et de l'industrie? Il y a quelque doute, d'après les termes de la loi; elle veut que l'eau soit nécessaire aux habitants, sans dire en quoi consiste la nécessité. Il faut donc consulter l'esprit de la loi. La disposition de l'article 643 ne se trouvait pas dans le projet soumis au conseil d'Etat. C'est Regnaud qui proposa de consacrer cette restriction au droit du propriétaire de la source; il la motiva en observant qu'il y avait des villages dont les fontaines et les abreuvoirs publics n'étaient alimentés que par les eaux qui découlent d'un fonds supérieur dont un particulier est propriétaire (1). L'article 643 doit être interprété en ce sens, et par suite il faut limiter la servitude aux habitants, comme le dit le texte, et à leurs bestiaux, l'abreuvement des animaux domestiques étant une nécessité tout aussi pressante pour les habitants des campagnes que leurs besoins personnels. Mais on ne pourrait pas étendre la servitude à l'irrigation des terres ni au roulement des usines. Sans doute l'agriculture et l'industrie sont d'intérêt public; mais celui qui les exerce le fait dans son intérêt privé; or, la loi exige plus qu'un *intérêt*, fût-il général, elle veut qu'il y ait *nécessité* publique, pour que le droit de propriété soit modifié de plein droit. On peut dire que c'est pousser le respect de la propriété trop loin, que de priver une commune des eaux fertilisantes d'une source; mais on ne pourrait aller jusque-là sans changer complètement de système et en posant comme principe que toutes les eaux, même celles

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, n° 6 (Loché, t. IV, p. 165).

des sources, sont un domaine commun ; tandis que la loi fait de la source l'objet d'une propriété privée. C'est l'opinion générale, sauf quelques dissentiments (1).

**214.** Il ne suffit pas que l'eau serve à la consommation des habitants, il faut qu'elle leur soit *nécessaire*. Pardessus pense qu'une utilité bien marquée est suffisante. C'est s'écarter du principe d'interprétation qui domine toute cette matière ; la loi exige que les eaux soient *nécessaires* aux habitants d'une commune ; donc quelque utiles qu'elles leur soient, si elles ne leur sont pas nécessaires, ils ne peuvent pas en réclamer l'usage. Demolombe, d'après son habitude, commence par poser le principe selon la rigueur du droit ; puis il le subordonne au fait, en donnant aux juges le pouvoir d'apprécier, suivant les circonstances, le caractère de la nécessité qui serait invoquée (2). Non, la nécessité n'admet pas de nuance ; dès que la nécessité est constante, la servitude existe, et quand il n'y a pas nécessité, il n'y a pas de servitude. On remarque les mêmes incertitudes dans la jurisprudence. La cour d'Aix tout en constatant qu'il n'y avait pas nécessité, tout en permettant au propriétaire de la source d'user de ses eaux, décida qu'il ne pourrait en changer le cours (3). Cela est contradictoire. S'il n'y a pas nécessité, il n'y a pas de servitude, et s'il n'y a pas de servitude, le propriétaire de la source en peut dériver les eaux, car la servitude consiste précisément, comme le dit l'article 643, dans cette charge, que le propriétaire de la source n'en peut changer le cours. La cour d'Orléans a mieux jugé, d'abord en principe, que l'usage exceptionnel des eaux d'une source, autorisé par l'article 643, a pour condition d'existence, pour justification et pour limite la nécessité ; or, l'usage ne peut être déclaré nécessaire qu'autant qu'il n'est pas possible, à raison de la situation des personnes et des lieux, d'y suppléer d'une autre manière. Puis l'arrêt constate, en fait, que les habitants de la commune qui réclamaient l'usage d'une

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 41, notes 28 et 29 ; et dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 176.

(2) Pardessus, t. 1<sup>er</sup>, p. 334, n° 138. Demolombe, t. XI, p. 119, n° 94.

(3) Aix, 13 juin 1845 (Dalloz, 1846, 2, 220).

source pouvaient puiser à des gués publics l'eau qui leur était nécessaire ; à la vérité, ces gués, à raison de leur éloignement, étaient beaucoup moins commodes pour les habitants, mais le plus ou moins d'incommodité ne crée pas une nécessité ; or, la loi peut bien exproprier le maître de la source du libre usage de sa propriété à raison d'une nécessité publique, mais elle n'a ni pu ni voulu priver le propriétaire de son droit pour la commodité d'autres propriétaires (1).

On demande s'il y a nécessité par cela seul qu'il n'y a pas de puits dans la commune qui réclame l'usage de la source. Il y a un motif de douter. On pourrait dire que les habitants n'ont qu'à creuser des puits pour avoir de l'eau, et que par conséquent il n'y a pas de nécessité. A cela Proudhon répond très-bien que les auteurs du code savaient qu'on pouvait se procurer de l'eau en creusant un puits, qu'ils ont néanmoins établi une servitude dans l'intérêt de ceux qui n'en avaient pas, ce qui décide la question. Il y a plus, la servitude n'aurait plus de raison d'être, si elle n'était créée que pour ceux qui ne peuvent pas avoir de puits, car il y a toujours moyen d'en creuser, avec plus ou moins de frais. La cour de cassation a consacré cette opinion dans une espèce où il existait quelques puits dans la commune, mais de nombreuses habitations en manquaient, ce qui suffisait pour légitimer la servitude (2).

**215.** A quelles eaux s'applique la servitude établie par l'article 643 ? Il a été jugé par la cour de cassation qu'il y avait lieu à cette servitude, lorsque les habitants d'une commune puisaient dans un abreuvoir l'eau qui leur était nécessaire (3). D'après cette jurisprudence, il ne serait pas nécessaire que l'eau fût courante ; et il faudrait décider, comme le font plusieurs auteurs, que les habitants pourraient réclamer l'usage d'une fontaine, d'une mare, d'un

(1) Orléans, 23 août 1856 (Dalloz, 1858, 2, 108). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 41, notes 30-32, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1387. Arrêt de rejet du 4 mars 1862 (Dalloz, 1862, 1, 283).

(3) Arrêt de rejet du 3 juillet 1822 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 187).