

traverse, parce que nous rejetons le principe d'où elle procède. Il résulte des articles 706 et 707 que le fait seul qu'il a été construit des ouvrages contraires à la servitude ne suffit point pour éteindre une servitude, il faut que cette contradiction ait duré trente ans. Donc la loi n'admet pas la remise tacite de la servitude par suite d'un consentement que le propriétaire du fonds dominant donne aux ouvrages qui empêchent l'exercice de son droit. Nous reviendrons sur ce point.

N° 3. DES SERVITUDES RELATIVES A L'IRRIGATION

I. De la servitude d'aqueduc.

a) Principe.

**375.** Aux termes de la loi belge du 27 avril 1848 (1) (art. 1<sup>er</sup>), « tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité. » Cette servitude d'aqueduc a été établie pour favoriser l'irrigation des terres non riveraines. Elle est légale en ce sens que la loi la crée, mais elle n'existe pas de plein droit; celui qui veut profiter du bénéfice de la loi doit réclamer le passage, et en cas de contestation, le tribunal pourra ne pas l'accorder. Cela résulte du texte de la loi et du motif pour lequel la rédaction primitive a été modifiée. L'article 1<sup>er</sup> dit que tout propriétaire *pourra obtenir* le passage; le projet de loi français portait qu'il pourrait le *réclamer*, ce qui impliquait que le tribunal devait nécessairement l'accorder. On a voulu laisser au juge la faculté d'apprécier si la servi-

Toullier, t. III, n° 500; Daviel, *Des cours d'eau*, t. I, n° 369 et t. II, n° 694 bis. En sens contraire, Duranton, t. V, n°s 173 et 174, et Duvergier sur Toullier, t. II, p. 229, note a et p. 231, note a.

(1) La loi belge est la reproduction littérale de la loi française du 29 avril 1845. On peut donc invoquer la doctrine et la jurisprudence française pour l'interprétation de la loi de 1848.

tude demandée était réellement utile ou nécessaire dans l'intérêt de l'agriculture. C'est une restriction imposée à la propriété; or, il est de principe que la propriété est libre, et que le propriétaire jouit d'un droit absolu qui ne peut être modifié que pour des motifs d'intérêt général. L'irrigation est sans doute un motif d'intérêt public, mais si elle était demandée pour un jardin d'agrément ou pour un pré de peu d'étendue, alors que l'aqueduc devrait traverser un grand nombre de fonds intermédiaires, les inconvénients dépasseraient les avantages: les tribunaux apprécieront. L'auteur de l'amendement a encore supposé le cas suivant, que nous citons parce qu'il fait connaître l'esprit de la loi. Il s'agit d'une eau privée, d'une source; pendant longtemps le propriétaire du fonds où elle jaillit l'a laissée couler sur les fonds inférieurs, et les propriétaires de ces fonds l'ont utilisée pour l'irrigation de leurs terres. Si le propriétaire supérieur la vend à un non-riverain, celui-ci pourra-t-il réclamer la servitude d'aqueduc à travers les fonds intermédiaires? L'agriculture n'y gagnerait rien, répond Pascalis, il n'y aurait que déplacement et non extension du bienfait de l'arrosage. « Le projet ne vient pas introduire la servitude forcée pour favoriser de pareilles combinaisons (1). »

**376.** La loi dit que le propriétaire intéressé pourra obtenir le *passage des eaux* par les fonds intermédiaires. Il s'agit donc de l'établissement d'une servitude et non d'une expropriation. On lit dans le rapport fait par Dalloz à la Chambre des députés, que le respect dû à la propriété n'a pas permis de priver les propriétaires intermédiaires d'une partie de leurs fonds dans l'intérêt privé de celui qui veut se servir des eaux pour irriguer ses terres. A vrai dire, la différence ne consiste que dans les mots. La servitude n'est-elle pas un démembrement de la propriété? C'est donc une expropriation partielle. Qu'elle soit partielle ou totale, l'expropriation, dans l'espèce, se justifie parfaitement. Il est vrai que c'est un particulier qui de-

(1) *Moniteur* du 14 février 1845 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, 120, note 7, 1).

mande la servitude, mais il la demande au nom d'un intérêt social (n° 354); or, dès que la société est intéressée à ce qu'un propriétaire cède tout ou partie de sa propriété, l'intérêt privé du propriétaire exproprié doit céder devant l'utilité publique. Notre droit constitutionnel ne prescrit qu'une condition, c'est une indemnité préalable, et cette condition est écrite dans la loi de 1848, ce qui prouve que le législateur lui-même considère l'établissement de la servitude comme une espèce d'expropriation (1).

b) Conditions. — 1. Le droit aux eaux.

**377.** Pour que le propriétaire puisse demander le passage des eaux par les fonds intermédiaires, il faut naturellement qu'il ait le droit de disposer des eaux. Les lois française et belge le disent. Mais l'application n'est pas sans difficulté. Nous avons exposé les principes qui régissent l'usage des eaux; si ces principes étaient à l'abri de toute controverse, notre tâche serait très-simple: nous n'aurions qu'à renvoyer à ce qui vient d'être dit. Mais les controverses ne manquent point. On peut les rapporter à deux systèmes différents. L'un s'attache au texte et à l'esprit de la loi, sans se préoccuper des intérêts généraux, ni des progrès que l'agriculture et l'industrie ont accomplis depuis la publication du code civil: c'est notre méthode dans tout le cours de cet ouvrage; nous ne reconnaissons pas à l'interprète le droit de modifier la loi; le législateur seul peut s'inspirer des besoins nouveaux qui se produisent pour mettre les lois en harmonie avec l'état social. Il y a un autre système qui cherche à accommoder la loi aux besoins nouveaux, en l'étendant au moyen d'une interprétation extensive. Ces deux voies conduisent à des conséquences bien diverses. Nous sommes donc en présence de principes incertains, contestés. De là la difficulté qui se présente dans l'application des lois nouvelles; elles main-

(1) Rapport de Dalloz sur la loi française de 1845 (Dalloz, *Recue périodique*, 1845, 3, p. 116.

tiennent le code civil, cela est certain (1), mais quelle est l'interprétation qu'elles consacrent? est-ce l'interprétation textuelle et rigoureuse, ou est-ce l'interprétation plus large qui s'accommode aux besoins nouveaux de la société moderne? La réponse ne nous paraît pas douteuse. Quel est l'objet des lois belges et françaises? C'est précisément de mettre le code en harmonie avec les modifications qui se sont faites dans l'état social. Or, l'harmonie n'existerait pas si l'on continuait à suivre les principes étroits du code civil dans l'application des lois qui ont voulu tenir compte des besoins que les auteurs du code ignoraient. Ce serait donc se mettre en opposition avec l'esprit des lois nouvelles, que de rester attaché à l'interprétation stricte du code. Il faut donner la préférence à l'interprétation la plus large, si l'on veut que les lois nouvelles atteignent le but dans lequel elles ont été portées. Il résulte de là qu'en un certain sens le législateur a modifié le code Napoléon: le texte reste le même, mais l'esprit dans lequel on l'interprète a changé. Cela n'est pas sans inconvénients ni sans difficulté: de là l'incertitude qui règne dans la jurisprudence.

**378.** Le droit sur les eaux diffère suivant qu'elles sont l'objet d'une propriété absolue ou d'une propriété restreinte. Nous avons dit plus haut que les eaux de source appartiennent au maître du fonds, qui en dispose à sa volonté: ce sont les termes de la loi (art. 641). Peut-il aussi en disposer d'une manière absolue hors du fonds où la source prend naissance? Ici commence le doute et la controverse. Nous avons enseigné que la source, dès qu'elle a dépassé les limites de l'héritage où elle surgit, devient une eau courante, et que par suite le propriétaire de la source ne peut la conduire dans un héritage non riverain, ni la céder à l'un des riverains ou à un autre propriétaire (nos 183-185 et 191). La jurisprudence s'est prononcée, déjà sous l'empire du code civil, en faveur du propriétaire de la source. Par application du principe que nous venons

(1) Voyez la déclaration du rapporteur, dans la séance du 12 février 1845 (*Moniteur* du 13, et Dalloz, 1845, 3, 119).

de poser, il faut décider que le propriétaire de la source peut demander le passage de ces eaux sur des fonds intermédiaires pour arroser un héritage non riverain qui lui appartient. Par la même raison, il pourra céder son droit aux eaux de la source à un propriétaire non riverain (1). Le texte de la loi nouvelle est applicable : le propriétaire de la source a le droit de disposer de ses eaux, puisqu'il peut en user à sa volonté, aux termes de l'article 641 ; et dans l'esprit de la loi, le bienfait de l'irrigation peut être étendu à tout héritage moyennant la servitude d'aqueduc qu'elle établit sur les fonds intermédiaires. Nous ne voyons pas qu'il y ait un doute sur ce point parmi les interprètes ni dans la jurisprudence.

Il y a quelque hésitation quand il s'agit d'appliquer ces principes aux eaux pluviales. Le doute vient de ce que l'on n'est pas d'accord sur la propriété des eaux pluviales. Il a été jugé que le propriétaire sur le fonds duquel découlent les eaux pluviales venant des fonds supérieurs n'a pas le droit de disposer des eaux, et partant il ne peut demander la servitude d'aqueduc pour les transmettre (2). Cette interprétation est plus que restrictive, elle nous semble erronée. Nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut (n° 225). Les eaux pluviales accèdent au fonds sur lequel elles découlent ; le propriétaire a donc le droit d'en disposer, ce qui décide la question. De même les eaux pluviales dérivées de la voie publique deviennent la propriété des riverains ; ils en peuvent disposer, donc ils peuvent aussi invoquer le bénéfice de la servitude d'aqueduc (3).

**379.** Les riverains des cours d'eau non navigables ont-ils la propriété des eaux ou n'en ont-ils que l'usage ? Nous avons exposé la controverse ailleurs (4) ; elle réagit sur toutes les questions d'application. Un premier point est certain, c'est que, pour avoir droit aux eaux, il faut être

(1) Demolombe, t. XI, p. 250, n° 208, et les autorités qu'il cite.

(2) Colmar, 13 mars 1850 (Daloz, 1855, 2, 227).

(3) Agen, 7 février 1856 (Daloz, 1856, 2, 57). Arrêt de rejet du 9 février 1857 (Daloz, 1857, 1, 255). Aubry et Rau, t. III, p. 16 et note 8, et les autorités qui y sont citées.

(4) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 25, nos 15 et suiv.

riverain. Le propriétaire qui est séparé d'une rivière par une voie publique peut-il demander le passage des eaux par le chemin pour les conduire sur son héritage ? A notre avis, il ne peut invoquer ni le code civil, ni la loi nouvelle. Le code civil ne donne un droit aux eaux qu'à ceux dont les fonds sont bordés ou traversés par une rivière, et la loi de 1848 exige comme première condition que le propriétaire qui réclame la servitude d'aqueduc ait droit aux eaux. L'Etat, auquel la voie publique appartient, pourrait-il concéder au propriétaire qui borde la voie le droit de se servir des eaux moyennant un aqueduc ? Oui, si l'on admet que les riverains peuvent céder leurs droits à un non-riverain. Non, si cette concession ne peut se faire. Dans l'espèce, c'est l'Etat qui est riverain ; le propriétaire dont l'héritage longe le chemin n'a donc pas le droit d'invoquer la loi de 1848 ; il ne le pourrait que comme concessionnaire (1). Il nous faut donc voir si les riverains peuvent transmettre leurs droits.

Une première question se présente. Les riverains peuvent-ils se servir des eaux pour arroser un fonds non riverain qui leur appartient ? Nous avons décidé la question négativement, d'après le code civil (n° 280) ; mais il y a une opinion plus favorable aux riverains qui l'a emporté depuis que la loi nouvelle permet à ceux qui peuvent disposer des eaux d'en demander le passage sur les fonds intermédiaires, à l'effet d'irriguer un héritage non riverain. La servitude d'aqueduc n'aurait guère d'utilité si elle ne pouvait être réclamée par les riverains des cours d'eau non navigables. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2). Reste à savoir de quel volume d'eau le riverain peut disposer s'il veut arroser un fonds non riverain. Nous reviendrons sur ce point.

En supposant que les riverains aient le droit d'employer les eaux pour l'irrigation d'un fonds non riverain, il est difficile de ne pas leur accorder la faculté d'en disposer au profit d'un autre propriétaire. Cette question est cepen-

(1) Comparez le décret du conseil d'Etat, du 8 mars 1860 (Daloz, 1860, 3, 83).

(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 14 et note 5.

dant très-controversée. Dans le rapport fait sur la loi française de 1845, on lit qu'elle avait été soulevée au sein de la commission, et qu'on l'avait laissée indécise comme devant être décidée d'après les principes du droit commun (1). Lors de la discussion de la loi de 1847, on revint sur la question; elle fut vivement débattue, surtout en ce qui concerne les concessions faites par le gouvernement sur les eaux navigables. La commission de la Chambre des députés déclara que la loi de 1847 ne préjugait pas le sens de la loi de 1845 et qu'il n'appartenait pas à la Chambre de l'interpréter; tandis que la commission de la Chambre des pairs se prononça pour l'interprétation restrictive (2). La jurisprudence est divisée (3). Nous admettons, sans hésiter, l'opinion favorable aux riverains, bien entendu en partant du principe que l'on reconnaît généralement, quant à la faculté des riverains de disposer des eaux pour l'irrigation de leurs propriétés non riveraines. Une fois ce droit reconnu, il faut être logique et admettre aussi les conséquences qui en découlent; si le droit d'irrigation peut être transporté à un héritage non riverain, qu'importe que cet héritage appartienne à un riverain ou à un non-riverain? C'est pour les fonds qu'il est établi et non pour les personnes.

**380.** Il s'est présenté une difficulté dans un cas particulier. On suppose qu'un obstacle naturel, tel que l'escarpement ou l'élévation de la rive, s'oppose à la prise d'eau qu'un riverain voudrait faire pour l'irrigation de son fonds; il achète une langue de terre sur la rive attenante à sa propriété; pourra-t-il prendre les eaux sur ce point et les conduire par ce terrain pour servir à l'irrigation de la propriété escarpée? Il a été jugé que le riverain ne pouvait dériver que les eaux dont il avait le droit de disposer pour l'irrigation de la parcelle nouvellement acquise (4). Cet

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, p. 119, note 4.

(2) Dalloz, *Recueil périodique*, 1847, 3, p. 123 et 124.

(3) Arrêt de Montpellier, pour l'interprétation restrictive, du 17 février 1852 (Dalloz, 1854, 2, 210). En sens contraire, Nîmes, 6 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 209); Agen, 7 février 1856 (Dalloz, 1856, 2, 57). Demolombe, t. XI, p. 252, n° 211; Aubry et Rau, t. III, p. 75 et note 7.

(4) Aix, 30 juin 1845 (Dalloz, 1846, 2, 1).

arrêt consacre l'interprétation la plus restrictive du code civil, en décidant que le riverain doit prendre l'eau vis-à-vis du fonds qu'il veut arroser, et sur un point de la rive compris dans les limites de ce fonds. L'article 644 ne dit pas cela; et les lois nouvelles qui permettent au riverain de dériver l'eau dont il a le droit de se servir pour l'irrigation d'un héritage non riverain, lui permettent à plus forte raison d'user des eaux pour tous ses fonds riverains, sans qu'il y ait à distinguer s'il prend les eaux vis-à-vis de la rive ou sur un autre point où il est également riverain. Aussi l'arrêt a-t-il été cassé (1).

Autre est la question de savoir si le riverain peut prendre les eaux en amont sur un point où elles ne bordent pas sa propriété. Il est certain qu'en vertu de l'article 644, il n'a pas ce droit. La loi nouvelle le lui donne-t-elle? On l'enseigne (2). Il est vrai que, dans l'espèce, le riverain a le droit d'user des eaux, mais il n'a pas le droit de les prendre sur un point de la rive qui ne lui appartient pas; ce ne serait pas là la servitude de passage établie par les lois de 1845 et de 1848, car cette servitude suppose que le propriétaire a le droit de conduire les eaux jusqu'au fonds intermédiaire sur lequel il demande le passage, tandis que dans l'espèce ce droit appartient à un autre riverain; ce serait donc une nouvelle servitude que le propriétaire voudrait imposer à un riverain, servitude qui tendrait à priver celui-ci du droit que lui donne l'article 644: ce qui est inadmissible. Il y a un arrêt de la cour de cassation dans le sens de notre opinion, qui est celle de M. Demolombe (3).

**381.** Une question analogue mais différente au fond se présente pour les cours d'eau navigables. On demande d'abord si le gouvernement peut accorder des prises d'eau sur ces rivières. L'arrêté du 19 ventôse an vi donne formellement à l'administration le pouvoir d'accorder des

(1) Arrêt de cassation du 14 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 108). Comparez, plus haut, n° 276.

(2) Daviel, *Commentaire de la loi de 1845*, p. 30, n° 13.

(3) Arrêt de rejet du 15 novembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 78). Demolombe, t. XI, p. 255, n° 213.