

Puvis de Chavannes, Alphonse. Faculté de droit de Paris. Caractères distinctifs et classification des servitudes prédiales en droit romain. De la propriété des eaux de source en droit français. Thèse pour le doctorat par Alphonse Puvis de Chavannes,.... 1875.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

INVENTAIRE
F 42287

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

CARACTÈRES DISTINCTIFS ET CLASSIFICATION

DES

SERVITUDES PREDIALES

EN DROIT ROMAIN.

DE LA PROPRIÉTÉ DES EAUX DE SOURCE

EN DROIT FRANÇAIS.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Alphonse PUVIS DE CHAVANNES.

PARIS

A. PARENT, IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE MÉDECINE

RUE MONSIEUR-LE-PRINCE, 29 ET 31

1875

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

CARACTÈRES DISTINCTIFS ET CLASSIFICATION

DES

SERVITUDES PRÉDIALES

EN DROIT ROMAIN.



DE LA PROPRIÉTÉ DES EAUX DE SOURCE

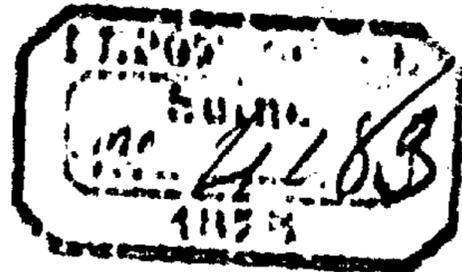
EN DROIT FRANÇAIS.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Alphonse PUVIS DE CHAVANNES,

Né à Lyon le 13 février 1851.



*L'acte public sur les matières ci-incluses sera soutenu
le Mercredi 26 Mai 1875, à 1 heure 1/2.*

Président :	M. BEUDANT,	Professeur.
Suffragants :	MM. VALETTE,	Professeurs.
	VUATRIN,	
	GIDE,	
	LYON-CARR,	

PARIS

A. PARENT, IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE MÉDECINE

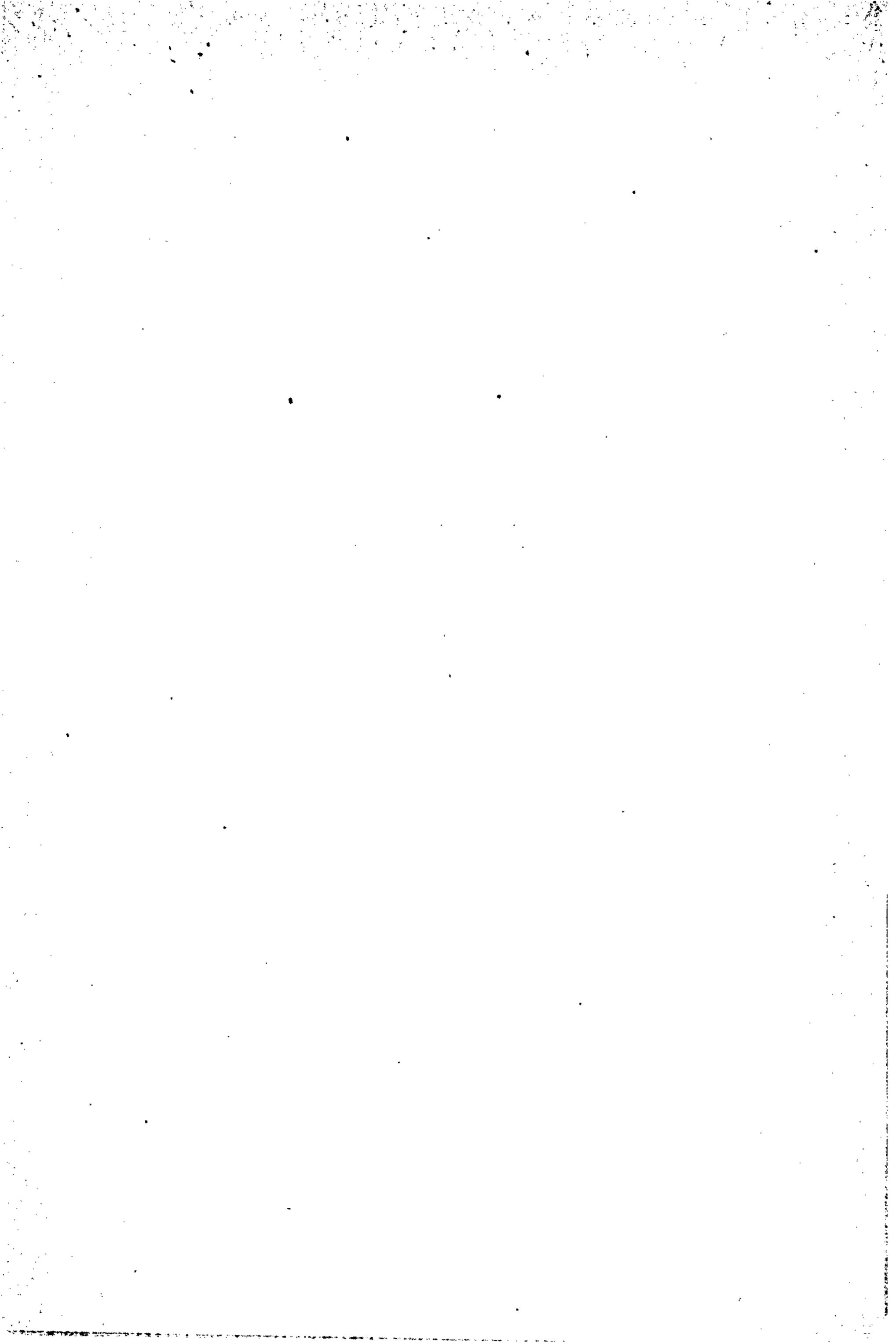
RUE MONSIEUR-LE-PRINCE, 29 ET 31

1875

F

42287

A MA MÈRE



DROIT ROMAIN

CARACTÈRES DISTINCTIFS ET CLASSIFICATION

DES

SERVITUDES PRÉDIALES

Caractères distinctifs des servitudes prédiales.

Les servitudes sont personnelles ou prédiales, suivant qu'elles profitent à une personne ou à un fonds; c'est des dernières seulement que nous nous occuperons. Encore ne pourrions-nous le faire qu'au point de vue de leur nature et de leur classification. Nous ne rechercherons pas les modes de constitution et d'extinction du droit; nous le supposerons existant; et, alors, nous l'étudierons en lui-même, sans rechercher par quelles actions on peut le faire valoir ou le contredire, ni comment la possession en est garantie.

La servitude prédiiale, *servitus rerum* ou *prædiorum*, ou même simplement *servitus*, est l'attribution à un fonds, *prædium*, d'une portion des avantages compris dans la propriété d'un autre fonds. L'objet du droit ne saurait

être ici qu'un immeuble, non plus que le sujet. Différant à ces deux points de vue des servitudes personnelles, *servitutes personarum* ou *hominum*, les servitudes prédiales ont pourtant avec elles plusieurs règles communes; sous d'autres rapports elles en diffèrent.

SECTION I.

DE LA NOTION DU DROIT DE SERVITUDE EN GÉNÉRAL.

De la notion même de servitude découlent les propositions suivantes applicables aux servitudes prédiales comme à toutes autres :

I. — Toute servitude est, au point de vue de la chose asservie, une diminution des droits naturellement inhérents à la propriété. D'où : 1° nulle servitude ne se présume; quiconque y prétend doit établir son droit (l. 9, C. III, 34). — 2° On ne conçoit pas de restriction au profit d'un propriétaire des droits de ce propriétaire lui-même; aussi ne saurait-on avoir de servitude sur sa propre chose; *nemo ipse sibi servitutum debet; nulli res sua servit* (l. 10, D. VIII, 4, — l. 26, D. VIII, 2). De la combinaison de ce principe avec celui de l'indivisibilité des servitudes découlent d'importantes conséquences. — 3° Il n'y a pas de servitude sans utilité; la restriction apportée à l'énergie de la propriété doit correspondre à un avantage pour le titulaire de la servitude; sans cela, elle serait injustifiable. Si donc il y a simple mutilation du droit de propriété, il n'y a ni servitude, ni même obligation (l. 61, D. II, 14); *nihil agitur*. Tel serait le cas où quelqu'un promettrait de ne pas jouir de son fonds, de ne pas y passer, de ne pas s'y arrêter; nul n'ayant in-

térêt à cette abstention, le droit du propriétaire resterait intact (1) (l. 15, D. VIII, 1).

II. — La servitude ne saurait conférer plus de droits que la propriété; elle peut donc obliger le propriétaire de la chose asservie à laisser faire, *ut patiatur*, ou à ne pas faire, *ut non faciat*, mais en aucun cas à faire, *ut faciat* (l. 15, § 1, D. VIII, 1). — Il peut d'abord y avoir obligation de laisser faire; et alors, la servitude consiste *in faciendo* ou *in habendo*, suivant que le titulaire pourra faire sur la chose asservie tel ou tel acte, par exemple y passer, y mener paître ses troupeaux, en jouir à titre d'usufruit, etc..., ou que son droit sera d'avoir à demeure sur le fonds tel ou tel ouvrage, par exemple un aqueduc. En second lieu, il peut y avoir obligation de ne pas faire; le propriétaire du fonds asservi devra alors s'abstenir de certains actes, qui seraient absolument licites si le droit de propriété existait dans son intégralité; le titulaire de la servitude pourra s'opposer à l'accomplissement de ces actes; à son regard, la servitude consistera *in prohibendo*; telle est la nature d'une servitude non *altius tollendi*, qui, dans l'intérêt des jours du voisin, empêche

(1) La loi 19, D. VIII, 1 semble contrarier cette théorie, en admettant qu'une servitude est valablement constituée, *etsi non utilis sit*. La contradiction n'est qu'apparente: une augmentation d'agrément, *amœnitas*, en faveur du titulaire, suffit pour motiver l'établissement d'une servitude (l. 3, D. XLIII, 20); c'est précisément ce qu'exprime la loi 19, D. VIII, 1, en disant que la stricte utilité, *utilitas*, n'est pas indispensable. Ainsi on peut acquérir une servitude d'aqueduc non-seulement pour l'irrigation, mais tout aussi bien pour l'alimentation de jets d'eau ou de bassins. Peut-être, le texte prétend-il, accessoirement, indiquer que, dans les servitudes prédiales, l'avantage du fonds dominant est seul requis, l'intérêt du propriétaire actuel restant indifférent.

un propriétaire d'élever ses constructions. Au regard du titulaire, les servitudes sont donc positives ou négatives, suivant qu'elles aboutissent pour lui à un acte matériel ou à une prohibition; vis-à-vis du propriétaire de la chose asservie, toute servitude est négative; comme nous l'avons dit, elle ne consiste jamais pour lui *in faciendo*; elle ne saurait le forcer à agir, par exemple à abattre des arbres, à peindre un mur (l. 15, § 1, D. VIII, 1); il pourrait y avoir là matière à obligation, mais non à servitude: l'exécution ne pourrait être poursuivie que par une action personnelle; la transmission de l'obligation resterait tout à fait indépendante de la transmission du fonds. — En effet, la logique exigeait que la servitude ne pût consister passivement *in faciendo*; car, nous l'avons dit, la servitude est l'attribution à une personne, ou à un fonds, d'une portion des avantages compris dans la propriété d'un autre objet mobilier ou immobilier. Or la propriété garantit deux facultés: celle de faire sur sa chose tels actes qu'on veut, celle d'empêcher toute entreprise des tiers sur cette chose. Jamais la propriété n'autorise à exiger le fait d'un tiers. Le titulaire d'une servitude est substitué en partie aux droits du propriétaire de la chose asservie; dans la mesure de ce qui lui est enlevé, celui-ci devient un tiers; la propriété s'est, pour ainsi dire, décomposée en deux droits réels absolument distincts l'un de l'autre; le titulaire de la servitude peut faire sur la chose asservie certains actes naturellement interdits sur la chose d'autrui; il peut empêcher le propriétaire de cette chose, comme tout autre tiers, d'empiéter sur les droits qu'il a acquis; mais il ne peut le forcer, lui non plus que tout autre tiers, à un acte quelconque. Ce serait contraire à la notion du droit réel, qui

n'impose jamais aux tiers qu'une obligation négative.

III. — Toute servitude constitue un rapport entre la personne ou le fonds qui y ont droit et la chose asservie. Or, un rapport cesse d'exister du moment qu'on en modifie la nature, dès l'instant où les termes n'en sont plus les mêmes. Ce principe domine la matière des servitudes, et les règles suivantes n'en sont que la stricte application. D'abord, il va sans dire que la nature intrinsèque de la servitude ne doit pas varier. De plus : 1° en cas de perte de la chose asservie ou du fonds dominant (1), en cas de transformation qui en change complètement la nature, la servitude s'éteint; il en est de même lorsque meurt le titulaire d'une servitude personnelle. Les fonds périssant rarement, les servitudes prédiales sont, de leur nature, perpétuelles; la brièveté de la vie humaine restreint au contraire les servitudes personnelles à une durée très-limitée. Il faut, du reste, prendre garde de ne pas considérer comme modification de l'un des termes du rapport le morcellement de la chose assujettie ou du fonds dominant; les charges et droits persistent sur chacune des parcelles provenant du partage; au point de vue juridique, rien n'est modifié (l. 23, §§ 2 et 3, D. VIII, 3; l. 12, D. VIII, 4). Tout autre serait la situation si le titulaire d'une servitude voulait la transporter à une autre personne, ou à un autre fonds; il y aurait

(1) Lorsqu'il s'agit de servitudes prédiales, le fonds asservi est désigné dans les textes par les expressions *fundus servus*, *fundus serviens* (l. 6, § 3, D. VIII, 4; l. 9, D. VIII, 1), qu'on traduit par celles de *fonds servant*; pour le fonds auquel la servitude est due, les Romains disent généralement : *fundus cui servitus debetur* (l. 23, § 2, D. VIII, 3); nous remplacerons cette appellation un peu longue par l'expression française *fonds dominant*.

la un changement dans les termes du rapport, et l'acte ne serait pas valable (Gaius, II, 30; Pomponius, l. 66, D. XXIII, 3). La servitude appartenant à un fonds ne saurait évidemment être étendue à un fonds voisin acquis postérieurement, ni même à une partie du fonds dominant primitif autre que celle pour laquelle le droit a été constitué. Cette décision avait été, dans le principe, contredite par Labéon; mais, au témoignage de Pomponius, elle avait fini par triompher, et par obtenir le suffrage de Proculus lui-même (l. 24, D. VIII, 3). Sans doute, Ulpien reproduit (l. 1, § 16, D. XLIII, 20) l'opinion de Labéon; mais il ne semble la donner qu'au point de vue historique; et, en tout cas, il ne prend pas parti pour elle (l. 4, C. III, 34). — 2° De l'incessibilité des servitudes, les Romains ont fort logiquement conclu qu'il n'y a pas de servitude possible sur une autre servitude; *servitus servitutis esse non potest* (1) (l. 1, D. XXXIII, 2). Ainsi,

(1) On a voulu rattacher à ce principe la loi 15, § 7, *in fine*, D. VII, 1: *Proprietatis dominus, nequidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest. La loi 16, eodem titulo, ajoute: Nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere. Ainsi nulle servitude ne peut être constituée sur un fonds grevé d'usufruit, si elle est susceptible de nuire au droit de l'usufruitier; celui-ci joignit-il son consentement à celui du propriétaire, la constitution n'en serait pas moins sans valeur. Pourquoi cette prohibition? Parce que, dit-on, une servitude ainsi concédée grèverait l'usufruit; or *servitus servitutis esse non potest*. — En réalité, la servitude atteindrait, non pas l'usufruit, mais le fonds; l'usufruitier d'un immeuble jouit accessoirement de toutes les servitudes appartenant à cet immeuble; jamais on ne lui a refusé ce droit sous prétexte d'éviter une superposition de servitudes. Est-il, d'autre part, interdit de constituer un usufruit sur un fonds grevé de *jura praediorum*? Personne ne l'a soutenu. Enfin, la loi 17, D. VII, 1, continuation de la loi 15, dispose: *Locum autem religiosum facere potest, consentiente**

en vertu d'un *jus aquæductus*, je prends de l'eau sur un fonds, et je l'amène sur le mien à travers des fonds intermédiaires; les propriétaires de ces fonds ne peuvent obtenir de moi un droit de prise d'eau, car il y aurait alors une servitude établie sur une autre servitude. Le consentement du propriétaire du fonds servant validerait-il une semblable concession? — La loi 33, § 1, D. VIII, 3

usufructuario : et hoc verum est favore religionis. Ici encore, Ulpien le déclare formellement, les principes entraveraient l'action du propriétaire; la seule faveur accordée à la religion fait fléchir le droit strict. Or, il s'agit ici de rendre un terrain religieux; comment soutenir que c'est là constituer une servitude? La décision romaine n'a donc évidemment pas pour base la règle *servitus servitutis esse non potest*; mais sur quel motif s'appuie-t-elle? — Sur la division de droits qu'a amenée la constitution de l'usufruit, et sur l'effet absolu et définitif que la subtilité romaine avait attribué à cette division: le nu propriétaire a conservé le *jus abutendi*; l'usufruitier a acquis le droit de jouir de la chose; ce droit lui est personnel; il ne peut pas le céder; il doit en rester l'unique titulaire. Comment pourrait-il l'abdiquer partiellement au profit du tiers qui veut acquérir la servitude, ou tout autre droit de jouissance? Rien ne l'autorise à cette aliénation, et il n'y sera pas habilité par l'intervention du nu propriétaire, puisque celui-ci a perdu tout droit sur la jouissance; il est un tiers vis-à-vis de l'usufruitier, qui ne peut lui transférer, non plus qu'à nul autre, aucune partie de son droit. Voilà, semble-t-il, l'idée romaine; elle est beaucoup trop subtile; elle tient trop peu de compte de la volonté des parties; mais, en somme, elle est assez conforme à l'esprit des règles reçues à Rome touchant la constitution et l'extinction des servitudes prédiales. — Ce point de vue admis, chacun des textes a sa raison d'être: la loi 15 se base sur les motifs que nous venons d'indiquer; la loi 16 la confirme, en admettant une constitution de servitude là où l'intervention de l'usufruitier est inutile, et ne se conçoit même pas, là, en un mot, où aucune atteinte n'est portée au *jus utendi* ni au *jus fruendi*; enfin la loi 17, par respect pour le culte des morts, donne une décision de faveur, et permet à l'usufruitier de transférer une partie de son droit de jouissance.

semblerait l'indiquer; peut-être, pourtant, ce texte n'admet-il alors que l'existence d'une obligation, donnant ouverture à une simple action personnelle; et, alors, les derniers mots de la loi, *quamvis... neque servitutis fructus constitui potest* signifieraient: *quoique une servitude ne puisse être constituée sur une servitude*, la stipulation sera efficace; précisément parce qu'il y aura eu création, non d'une servitude, mais d'une simple obligation; cette obligation ne manquera pas, du reste, d'une certaine efficacité, si l'on a soin de faire intervenir comme promettants dans la stipulation, et le titulaire de la servitude, et le propriétaire du fonds asservi.

IV. — Le propriétaire de la chose assujettie ne peut rien faire qui tende à entraver l'usage du droit, ou à le rendre plus incommode (l. 13. § 1, D. VIII, 3); il est tenu, de plus, à souffrir tout ce qui doit en assurer l'exercice régulier, tout ce qui est nécessaire à cet exercice (l. 10, D. VIII, 1; l. 3, § 3, D. VIII, 3). — De son côté, le titulaire de la servitude ne doit rien faire qui en aggrave le poids; il doit même en user *civiliter modo*, c'est-à-dire de la façon la moins dommageable possible (l. 9, D. VIII, 1; l. 13, § 1, D. VIII, 3.)

V. — A l'exception de l'usufruit, toutes les servitudes sont indivisibles: néanmoins, comme les servitudes personnelles autres que l'usufruit ont relativement peu d'importance, nous n'étudierons le caractère d'indivisibilité qu'à propos des servitudes prédiales.

Telles sont les principales règles communes à toutes les servitudes; d'autres découlent de la nature des *jura prædiorum*, et ne s'appliquent qu'à eux seuls.

SECTION II.

CARACTÈRES SPÉCIAUX DES SERVITUDES PRÉDIALES.

La servitude prédiiale est l'attribution à un fonds d'une portion des avantages compris dans la propriété d'un autre fonds. Voici les conséquences qui découlent de cette définition :

I. — La servitude est établie sur un fonds en faveur d'un autre fonds ; elle doit donc procurer un avantage au fonds dominant lui-même, abstraction faite de tel ou tel des propriétaires qui peuvent s'y succéder. L'avantage qui profiterait à une personne, sans que son fonds y gagnât, comme la faculté de chasser, de se promener, de prendre ses repas chez le voisin, ne serait pas une servitude prédiiale (1); (l. 8, D. VIII, 1); et cela, d'autant plus que cette faculté n'implique même pas chez le titulaire la propriété d'aucun fonds. — Pour qu'il y ait servitude, il faut, d'autre part, une restriction apportée au droit de propriété ; le droit d'exiger qu'un tiers laboure mon champ manque précisément de ce caractère ; la propriété de ce tiers est aussi libre que jamais ; bien plus, mon droit n'implique pas qu'il soit propriétaire d'un fonds ; il n'y a là qu'une obligation personnelle. En somme, nulle servitude prédiiale grevant une personne, ou établie en faveur d'une personne ; la servitude, qualité du fonds dominant (l. 86, D. L, 16), doit peser sur le fonds servant.

(1) Ce pourrait être une obligation, c'est-à-dire un droit transmissible activement et passivement aux héritiers, mais non aux successeurs particuliers (l. 81, § 1, D. XVIII, 1). S'il y avait un fonds réellement grevé, le droit constituerait une servitude personnelle (l. 6, D. VIII, 3).

II. — La servitude prédiiale n'existant que pour l'avantage d'un fonds, ce sont les besoins de ce fonds qui déterminent l'étendue du droit : le propriétaire du fonds dominant ne saurait exiger plus, et, par exemple, tirer de la pierre, de la craie, pour en faire le commerce (1)

(1) Existait-il ce que les commentateurs ont appelé *servitutes irregulares*?—L'expression est étrangère au Droit romain ; faut-il en dire autant de l'idée qu'elle représente? Nul doute que des droits constituant ordinairement des servitudes prédiales pussent être établis comme servitudes personnelles viagères (ll. 4, 6, 37, D. VIII, 3 ; l. 1, D. XXXIII, 2 ; l. 6, D. XXXIII, 3). Mais cette constitution peut-elle être faite au profit de toute personne, ou ne saurait-elle l'être qu'en faveur du propriétaire d'un fonds voisin?—Plusieurs jurisconsultes tiennent pour ce dernier parti et qualifient d'*irregulares* ces servitudes appartenant à une personne, ne lui survivant pas, mais exigeant, comme condition essentielle de leur existence, la propriété d'un fonds dans un certain rayon autour du fonds asservi. Nous croyons, en effet, que les servitudes, fonctionnant ordinairement comme prédiales, ne peuvent être transformées en servitudes personnelles, que si le titulaire possède un fonds dans le voisinage ; cela résulte des lois 14, § 3, D. XXXIV, 1, et 8, § 1, D. VIII, 3. — Voici l'analyse de la loi 14, § 3, D. XXXIV, 1 : Un fidéicommissaire laisse à des affranchis des aliments et de l'eau ; en ce qui concerne l'eau, deux difficultés se présentaient : 1^o Le fidéicommissaire n'est-il pas inutile? L'eau n'a pas de valeur ; or, pas d'intérêt, pas d'action. — Cette objection tombe, dit Ulpien ; car les choses se passent en Afrique, dans un pays où l'eau se vend ; il y a donc intérêt à ce que la succession en fournisse gratuitement. 2^o Le fidéicommissaire n'est-il pas nul, comme ayant pour objet une servitude prédiiale laissée à qui n'a pas de fonds dans le voisinage? Sans doute, la servitude de puisage, comme celle d'abreuvement, peut être constituée au profit d'une personne ; pourtant *ei qui vicinus non est inutiliter relinquitur*. Dans ces circonstances, les affranchis n'ayant pas de fonds voisin, le fidéicommissaire n'est-il pas nul? — Non, dit Ulpien ; *hac enim aqua persona relinquitur*. En d'autres termes, il n'y a pas de servitude, ni réelle, ni personnelle, mais une simple obligation ; la situation sera celle-ci, *ut sit in fideicommisso quanto quis aquam sibi esse com-*

(l. 5, § 1, D. VIII, 3). Mais nous savons qu'il ne faut pas restreindre la servitude à ce qu'exigent les besoins stricts du fonds ; l'utilité absolue n'est pas la seule mesure ; l'agrément (*amœnitas*) a aussi ce caractère (l. 3, D. XLIII, 20).

III. — La disposition matérielle des deux fonds doit permettre l'exercice utile de la servitude. Il en résulte

paraturus ; que le testateur eût des citernes, ou non, les affranchis auront contre l'héritier un droit de créance, tendant à obtenir le prix de l'eau nécessaire à leur usage. — La loi 14, § 1, D. XXXIV, 1, présente donc un enchaînement d'idées des plus logiques ; cela suffirait à nous en faire maintenir le texte contre toute tentative de correction ; mais, ce qui doit, plus encore, faire persister dans cette voie, c'est l'identité avec les principes que nous venons d'indiquer de ceux contenus dans un autre texte d'Ulpien, la loi 5, § 1, D. VIII, 3 : *Neratius (libris) ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretæ eximendæ, calcisque coquendæ jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat : et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait.* — On a objecté que, pour une servitude de puisage ou d'aqueduc, la loi 37, D. VIII, 3, dispense de la nécessité d'avoir une propriété voisine du fonds servant. Nous ne croyons pas que ce soit exact ; cette condition, le texte l'exige, puisqu'il suppose précisément le choix subséquent d'un fonds qui profitera de la servitude, *quocumque....volueris.* — Il n'y a, dans la loi 37, que l'application de ce principe qu'on peut établir une servitude en faveur d'un fonds non encore acquis (l. 23, § 1, D. VIII, 2). — Puisqu'on exigeait la propriété d'un fonds chez le titulaire de la servitude irrégulière, on devait logiquement restreindre le droit aux besoins du fonds appelé à en profiter. La loi 5, § 1, *in fine*, VIII, 3, doit s'appliquer ici comme pour les véritables servitudes prédiales : *Sed ipse (Neratius) dicit, ut maxime calcis coquendæ et cretæ eximendæ servitus constitui possit, non ultra posse quam quatenus ad eum ipsum fundum opus est.* Néanmoins le langage d'Ulpien dans ce texte est peu affirmatif ; et, si l'on en rapproche la décision toute contraire de la loi 6, D. VIII, 3, on sera tenté de conclure que les Romains n'étaient pas arrivés, sur ce point, à une théorie complète et incontestée.

que les deux fonds ne doivent pas être à une trop grande distance l'un de l'autre, ni séparés par un obstacle qui rende l'assujettissement de l'un inutile à l'autre : point de servitude de vue, par exemple, entre deux maisons séparées par une montagne (ll. 38, 39, D. VIII, 2). Mais, outre le voisinage, la contiguïté n'est-elle pas aussi requise ? — Les interprètes l'ont autrefois soutenu, quant aux servitudes rurales, en se fondant sur la loi 7, § 1, D. VIII, 3 ; mais les principes et l'ensemble des textes doivent faire rejeter cette distinction (ll. 6 et 7, § 1, D. VIII, 4). Pour toutes servitudes prédiales, il suffit d'un voisinage donnant au droit son utilité ; sans doute certaines servitudes ne se conçoivent qu'entre fonds contigus ; telles sont le *jus protegendi*, le *jus tigni immittendi*, *oneris ferendi*, etc.... ; mais cela tient à des nécessités tout à fait étrangères à la division que nous ferons des servitudes en *jura prædiorum rusticorum* et *jura prædiorum urbanorum* ; bien plus, et en fait, ce sont surtout ces derniers qui ne se conçoivent qu'entre fonds contigus. — Ainsi, en principe, le voisinage suffit (1). Appliquons cette règle à deux servitudes de caractère différent, le *jus non altius tollendi*, et le droit de passage. 1° Je puis acquérir une servitude *altius non tollendi* contre un fonds séparé du mien par un autre ; cette servitude vaudra tant que le propriétaire du fonds intermédiaire non assujetti n'aura pas, par ses constructions, rendu inutile la charge imposée au fonds servant (ll. 4, § 8 ; 5 et 6, D. VIII, 5). — 2° De même un fonds peut acquérir une

(1) La loi 6, D. VIII, 4, semble même dire que le voisinage n'est pas toujours requis ; mais ce texte décide simplement que la contiguïté n'est pas indispensable ; c'est l'idée exprimée par ces mots : *Parvique referet vicinæ sint ambæ ædes, an non.*

servitude de passage sur une propriété, même éloignée, mais qui lui serait accessible, soit par la voie publique (1), soit par une rivière publique guéable ou munie d'un pont, soit enfin par d'autres fonds également asservis, (l. 1, D. VIII, 2 ; l. 38, D. VIII, 3). Cette dernière hypothèse doit être soigneusement analysée. Le fonds intermédiaire peut appartenir, ou au propriétaire du fonds dominant, ou au propriétaire du fonds servant, ou à un tiers. Dans le premier cas, il va sans dire que la servitude est valablement établie (l. 17, § 3, D. XXXIX, 3). Il en est de même dans le second, car le propriétaire du fonds servant doit permettre tout ce qui est nécessaire à l'exercice de la servitude qui le grève (l. 10, D. VIII, 1 ; l. 3, § 3, D. VIII, 3). Seulement, dans ces deux cas, si le fonds intermédiaire est vendu à un tiers, on retombe dans le troisième cas que nous allons examiner ; de même s'il y a aliénation, dans le premier cas, du fonds dominant, dans le second du fonds servant (l. 7, § 1, D. VIII, 4). Reste donc à examiner l'hypothèse où le fonds intermédiaire appartient à un tiers ; le droit de passage peut être valablement établi ; mais la prescription courra immédiatement contre lui, et le droit tombera si, à l'expiration du laps de temps légal, le fonds intermédiaire n'est pas assujéti (ll. 6, et 7, § 1, D. VIII, 4. — l. 6, D. VIII, 5). — De ce principe, et de l'application que nous en ayons faite, il paraît se dégager une distinction entre les servitudes *in prohibendo*, d'une part, et les servitudes

(1) Si le lieu intermédiaire est religieux, la servitude ne peut jamais exister (l. 17, § 3, D. XXXIX, 3). Pour une servitude de conduite d'eau, ainsique pour la plupart des servitudes *in habendo*, la voie publique ne saurait être utilisée comme intermédiaire que si l'autorité le permet expressément (l. 14, § 2, D. VIII, 1).

in habendo et in faciendo de l'autre ; pour les premières, c'est-à-dire pour les servitudes négatives, elles sont valablement constituées et subsistent sous la seule condition que le propriétaire du fonds intermédiaire ne fasse pas d'actes qui en neutralisent l'utilité ; il suffit d'une abstention de sa part, cette abstention ne constituât-elle qu'un acte de pure faculté ; pour les servitudes actives, les textes exigent toujours qu'une concession expresse, un assujettissement du fonds intermédiaire interviennent avant les délais de la prescription extinctive.

IV. — Le rapport qui constitue la servitude ayant pour termes deux fonds, c'est-à-dire deux choses, de leur nature, impérissables, on en conclut logiquement à la perpétuité des servitudes ; le droit une fois établi, il persiste aussi longtemps que le fonds dominant et le fonds servant. Cette conclusion est pratiquement utile ; car le tort causé par la servitude est généralement de beaucoup inférieur à l'avantage acquis au fonds dominant ; en l'absence des servitudes, la desserte des champs, d'une part, l'irrigation, de l'autre, seraient à peu près impossibles. Un peuple agricole, comme les Romains, ne pouvait admettre ces résultats ; la perpétuité des servitudes fut un moyen de donner aux travaux de l'agriculture une base solide, et une grande extension. Les Romains imprimèrent à cette perpétuité le caractère d'une règle absolue ; ils refusèrent aux parties le droit de subordonner l'établissement d'une servitude à un terme, ou à une condition quelconques (l. 4, D. VIII, 1) ; mais cette exagération du droit civil trouva son remède dans le droit prétorien.

V. — Nous savons que l'avantage constituant la servitude doit être procuré par le fonds servant lui-même,

sans intervention active du propriétaire de ce fonds, (l. 15, § 1, D. VIII, 1). De ce principe, combiné avec celui de la perpétuité des servitudes, les Romains déduisirent la nécessité, pour toute servitude prédiale, d'avoir une *causa perpetua*. Il est certain que cette condition est exigée (l. 28, D. VIII, 2); mais en quoi consiste-t-elle précisément? — Sur ce point, les textes semblent bien contradictoires, et il est difficile de les tous concilier. On pourrait peut-être définir la *causa perpetua*: un état de choses permanent tel que la servitude peut être exercée indépendamment de toute intervention du propriétaire du fonds servant, et tel que l'exercice du droit est assuré non-seulement pour le présent, mais encore pour l'avenir. — Reprenons successivement les deux éléments qui se dégagent de la définition.

1° La servitude doit pouvoir être exercée sans le fait du propriétaire du fonds servant. C'est à ce principe, développé plus haut, que se rapporte la loi 28, D. VIII, 2. *Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquæ veniat: neque enim perpetuam causam habet quod manu fit. At quod ex caelo cadit, etsi non assidue fit, naturali tamen causa fit; et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent: et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.* Voici le cas prévu: j'ai fait au bas du mur de mon triclinium, ou de toute autre de mes salles, une ouverture me permettant de recueillir l'eau qui vient de chez mon voisin, et que je veux em-

ployer à laver mon pavé (1); puis-je, par prescription, acquérir à titre de servitude le droit de recevoir cette eau? — Non, dit le jurisconsulte, s'il s'agit d'eau apportée par mon voisin; la servitude manquerait alors de *causa perpetua*; son exercice dépendrait du fait du voisin; oui, au contraire, s'il s'agit d'eau pluviale arrivant naturellement au trou que j'ai pratiqué. En résumé, dans cette loi, on voit opposées l'une à l'autre les deux expressions *quod habet causam perpetuam*, et *quod manu fit*. C'est probablement le même principe qui est appliqué dans la première hypothèse de la loi 2, D. VIII, 4.

2° L'exercice de la servitude doit être assuré, non-seulement pour le présent, mais encore pour l'avenir (2); il faut donc, tout d'abord, que l'exercice actuel de la servitude n'en rende pas impossible l'usage futur; ainsi

(1) D'après certains interprètes, il serait ici question de l'eau ayant servi à ce lavage, et s'écoulant par le trou pratiqué dans mon mur; il s'agirait alors de savoir si le voisin peut acquérir un droit réel à recevoir cette eau. Au point de vue de l'application des principes, les deux interprétations donnent les mêmes résultats; mais l'idée du jurisconsulte nous semble mieux rendue par la première; en effet le texte dit *proluendi pavimenti causa*, et non *emit-tendæ proluvili causa*; il s'agit donc de recevoir l'eau nécessaire au lavage.

(2) A ce point de vue, on ne s'occupe jamais que des éléments intrinsèques de la servitude; il suffit que la constitution interne n'ait pas un caractère de précarité; on ne tient pas compte des dangers extérieurs qui peuvent amener l'extinction du droit; ainsi l'on peut acquérir une servitude *altius non tollendi* sur un fonds non contigu, sans que le fonds intermédiaire soit lui-même asservi; et, pourtant, le propriétaire de ce fonds pourra, suivant son caprice, et à toute époque, bâtir sur son terrain, et anéantir ainsi la servitude. Quoi de plus précaire que cette situation? Cependant, elle ne nuit pas à l'existence d'une *causa perpetua*.

nulle servitudo d'aqueduc ou de puisage sur un lac, un étang, qui ne seraient pas alimentés par des sources, ou sur une citerne (1); l'exercice même de la servitudo les épuiserait (l. 28, D. VIII, 2; l. 1, § 4, D. XLIII, 22; l. 1, § 5, D. XLIII, 20). On exagéra cette théorie au point qu'il fut impossible d'établir ces servitudes sur une portion de cours d'eau autre que la source, seule réputée intarissable; ou sur un château d'eau (l. 2, D. VIII, 4); il faut pourtant ajouter que le préteur réforma au moins la première de ces décisions (l. 9, D. VIII, 3). La même exagération se produisit pour la servitudo *navigandi*; on ne l'admit pas sur d'autres lacs que ceux alimentés par des eaux vives (l. 23, § 1, D. VIII, 3). Les fleuves publics qui n'étaient ni munis de ponts, ni guéables, empêchaient également d'établir une servitudo de passage sur les fonds de la rive opposée; la nécessité de se servir de bacs ou de bateaux avait peut-être semblé rendre l'exercice de la servitudo trop précaire. D'autre part, nous voyons parfois le principe de la *causa perpetua* appliqué d'une façon plus sage; ainsi les servitudes *calcis coquendæ*, *arenæ fodiendæ*, *lapidis eximendi*, *cretæ eximendæ* sont admises sans conteste; et pourtant les carrières destinées à fournir ces matériaux s'épuisent par l'usage. On est donc autorisé à dire que, sauf dans quelques cas, où la subtilité avait dicté la décision, la condition d'une *causa perpetua* se trouvait remplie du moment que l'exercice de la servitudo devait se prolonger pendant une durée indéterminable, et dont le terme ne pouvait être fixé même approximativement. Mais nous ne croyons pas

(1) Et pourtant nous avons vu le droit à l'eau de pluie constitué en servitudo réelle (l. 28, D. VIII, 2).

que le Droit prétorien, ni les Constitutions impériales aient jamais fait disparaître toutes les décisions exagérées que nous avons vues plus haut.

VI. — On ne saurait concevoir de servitude existant au profit d'une part indivise de tel ou tel fonds; il est évident que le passage, l'aqueduc, etc., ne peuvent s'exercer que sur un point matériel du fonds, et que tout exercice partiel en est impossible; on passe, ou l'on ne passe pas; on peut établir une conduite d'eau, ou on ne le peut pas; mais comment imaginer le fractionnement de ces droits? Comment avoir la moitié, le tiers d'un droit de passage ou d'un droit d'aqueduc? Les servitudes prédiales sont donc, par essence, indivisibles; elles affectent tout le fonds, ou une partie divisée du fonds, jamais une portion indivise. Du principe de l'indivisibilité découlent plusieurs séries de conséquences.

1° En cas de partage de l'un ou l'autre des deux fonds, la servitude reste entière; elle appartient, pour le tout, à chacune des fractions du fonds dominant; elle grève pour le tout chaque partie du fonds servant. Reprenons ces deux hypothèses.

Partage du fonds dominant. — Les parcelles résultant de cet acte sont, dans l'avenir, complètement isolées les unes des autres, et chacune d'elles est titulaire de la totalité de la servitude (l. 23, § 3; l. 25, D. VIII, 3). On pourrait objecter que, par son fait, le propriétaire du fonds dominant rend ainsi beaucoup plus onéreuse la charge du fonds servant. Il faut le remarquer, ce point de vue est inexact; la servitude n'a pas été, et ne sera jamais établie en faveur d'une personne, mais bien en faveur d'un fonds, et dans la limite de ses besoins; peu importe

donc le nombre des propriétaires, puisque ce n'est pas ce nombre qui déterminera la charge du fonds servant, mais l'étendue des besoins du fonds dominant lui-même. Ainsi, en cas de partage d'un fonds ayant une servitude d'aqueduc, et quelles que soient les portions du champ qui en aient joui jusqu'alors (l. 25, D. VIII, 3), chacun des nouveaux propriétaires aura droit à la totalité de la servitude; c'est-à-dire que le propriétaire du fonds servant devra, sur l'action de l'un quelconque d'entre eux, lui fournir toute l'eau due au fonds dominant primitif; mais, cette prestation une fois faite, les autres propriétaires n'auront plus à réclamer la servitude; ils devront, par un règlement amiable ou judiciaire, arriver à un partage de l'émolument obtenu (l. 19, § 4, D. X, 3). Le partage sera même, à certain point de vue, un progrès sur l'état d'indivision; dans cet état, l'acte de jouissance de l'un des copropriétaires interrompt la prescription en faveur de tous; après le partage, chaque part est absolument indépendante des autres; les actes du propriétaire de l'une n'ont donc, au point de vue de la prescription, d'efficacité que pour lui. C'est un avantage pour le propriétaire du fonds servant; les chances d'extinction du droit qui le grève se trouvent augmentées (l. 6, § 1, D. VIII, 6).

Partage du fonds servant. — En règle générale, chacune des parcelles créées par le partage se trouve grevée de la totalité de la servitude; chacune, dès lors, est isolée des autres; la prescription libératoire, interrompue contre l'une d'elles, ne l'est pas contre les autres; la situation est la même que si, dans le principe, il y avait eu deux ou plusieurs servitudes, pesant chacune sur un fonds différent (l. 6, § 1, D. VIII, 6). Pour la servitude de pas-

sage, au cas de partage du fonds servant, Celsus (l. 6, § 1, D. VIII, 6) établit des distinctions : 1° Si le lieu du passage n'a été déterminé, ni par le titre constitutif, ni par le choix du propriétaire du fonds dominant; ou si, en cas de détermination, ce dernier s'est réservé le droit de changer la direction du chemin, la règle générale s'appliquera; autant de parcelles, autant de servitudes distinctes. La situation sera fâcheuse pour le propriétaire du fonds dominant en ce sens qu'il devra user de son droit sur chaque parcelle, s'il veut qu'aucune d'elles ne soit affranchie par le non-usage; mais il aura cet avantage de pouvoir choisir entre divers chemins. 2° Si le chemin a été déterminé ou par le titre, ou par le choix du titulaire, et cela sans réserve d'un choix subséquent, il faut sous-distinguer : la ligne séparative des nouvelles parcelles coupe-t-elle perpendiculairement le chemin (*si per longitudinem viæ fundus divisus est*), alors la situation est la même que si, *ab initio*, il y avait eu deux servitudes, chacune pesant sur un fonds différent. Au contraire, la ligne séparative coupe-t-elle (1) le chemin dans le sens de sa largeur (*secundum latitudinem*), c'est-à-dire parallèlement à sa direction, alors il n'y a qu'une servi-

(1) Nous croyons que si le chemin était tout entier dans l'une des parcelles, les autres seraient libérées; c'est, croyons-nous, l'effet du choix définitif fait par le propriétaire du fonds dominant. Le cas prévu par le texte est donc celui où le chemin est matériellement coupé par la ligne séparative; et, ce qui le prouve, ce sont les termes employés dans le développement de l'hypothèse : *quod si minus loci superest quam viæ sufficiat*..... La décision que nous indiquons pour le cas où le chemin se trouve tout entier dans l'une des parcelles était probablement donnée pour tous les autres *jura prædiorum*, lorsqu'il y avait eu localisation définitive de la servitude sur une portion du fonds servant.

tude; le passage sur la portion du chemin située sur un fonds conserve le droit tout entier, à raison du principe de l'indivisibilité.

2° Une servitude ne peut être établie qu'en faveur ou à la charge d'un fonds tout entier, ou d'une partie divisée de ce fonds (1) (l. 6, D. VIII, 1), jamais au profit, ou à la charge d'une portion indivise; un pareil droit ne se concevrait même pas. — De cette règle, plusieurs applications: 1° Le propriétaire qui aliène une portion indivise de son fonds ne peut grever la part qu'il aliène au profit de la part qu'il conserve, ou réciproquement; il le pourrait au contraire s'il s'agissait de parts divisées; son aliénation aboutirait en effet à la transformation de son fonds en deux ou plusieurs fonds distincts, susceptibles d'être grevés les uns au profit des autres (l. 6, § 1, D. VIII, 4). — 2° Un fonds commun peut être grevé de servitude, ou acquérir un semblable droit, si tous les copropriétaires concourent à l'acte constitutif; de même, tous les copropriétaires réunis peuvent valablement stipuler une servitude pour le fonds, ou promettre de le grever, en un mot, créer une obligation active ou passive (l. 19, D. VIII, 3). Mais quelle sera la situation si l'un seul des copropriétaires fait un acte de cette nature? — S'agit-il de la stipulation ou de la promesse d'une servitude, nullité absolue et irrémédiable; en effet, l'un des copropriétaires

(1) La servitude peut, *ab initio*, n'être acquise ou imposée qu'à une portion divisée d'un fonds (l. 6, D. VIII, 1); on ne voit pas ce qui pourrait s'y opposer; mais, alors, on doit s'expliquer formellement dans l'acte constitutif; car, dans le silence des parties, le droit est présumé s'étendre à la totalité du fonds. En supposant qu'aucune restriction n'a eu lieu *ab initio*, rien n'empêche qu'un accord postérieur entre les propriétaires des fonds dominant et servant en établisse une *ex post facto*.

ne peut obliger les autres, ni obliger envers eux ; il ne deviendrait donc créancier ou débiteur de la servitude que pour sa part dans le fonds, les autres n'ayant ni créance ni obligation ; la constitution d'une servitude sur une part indivise ne se concevant pas, la stipulation et la promesse tombent, comme ayant pour objet une chose impossible (l. 19, D. VIII, 3 ; l. 17, D. VIII, 4). — En supposant parfaite l'obligation de constituer une servitude, quel sera l'effet de la constitution consentie ou obtenue par l'un des copropriétaires ? — Evidemment il ne peut, à lui seul, créer entièrement le droit ; mais on a admis, *receptum est*, dit la loi 18, D. VIII, 4, que cet effet pourrait être produit par l'intervention subséquente des autres copropriétaires ; la *cessio in jure* du dernier confirme toutes les *cessiones* antérieures ; du jour où elle a eu lieu existe la servitude, mais sans rétroactivité. Il y a véritablement accord entre les copropriétaires ; l'intention des premiers cédants est censée persister tant qu'ils ne l'ont pas révoquée ; une révocation, ou la mort de l'un des cédants, enlèverait donc toute leur efficacité aux cessions postérieures. Sur ce point, deux remarques restent à faire : (α) Des concessions successives n'ont d'effet que si elles sont faites par actes entre-vifs ; *non enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est* ; une servitude étant léguée par les divers copropriétaires d'un fonds, le legs ne vaudra donc que si l'adition des hérités de ces divers testateurs a lieu au même instant ; ce qui, évidemment, sera fort rare. (β) En cas de concessions entre-vifs successives, avant même que tous les copropriétaires aient consenti, celui d'entre eux qui a fait la cession ne peut plus s'opposer à l'exercice de la servitude (l. 11, D. VIII, 3). — 3° On ne peut acquérir une

servitude sur un fonds dont on est copropriétaire par indivis, ni concéder une servitude en faveur de ce fonds sur celui dont on est propriétaire exclusif. Cette solution était commandée par la combinaison du principe de l'indivisibilité des servitudes avec la règle *nemini res sua servit*. Mais, il ne s'ensuit aucunement que le rapport de servitude, établi entre deux fonds, dont l'un est ma propriété exclusive, et l'autre m'est complètement étranger, soit détruit lorsque je deviens copropriétaire du fonds qui ne m'appartenait pas, ou lorsque le propriétaire de ce fonds acquiert la copropriété du mien ; le principe de l'indivisibilité produit ici un résultat tout contraire : cette confusion partielle, ne pouvant aboutir à une diminution de la servitude, la fait subsister en entier (l. 8, § 1, D. VIII, 1). — 4° Le propriétaire d'un fonds stipule, ou promet une servitude ; avant la constitution de ce droit, il aliène une portion indivise de son fonds ; la stipulation ou la promesse n'ont plus de force, car l'objet en est impossible ; on ne peut constituer une servitude sur une part indivise, ou en faveur de cette part. La stipulation, la promesse sont viciées, parce qu'il est intervenu une situation où elles n'auraient pas pu se produire avec des effets juridiques (l. 11, D. VIII, 1 ; l. 136, § 1, D. XLV, 1). L'aliénateur avait-il stipulé une servitude, sa créance s'éteindra par son fait ; était-ce lui qui avait promis, son obligation se résoudra en dommages-intérêts. — 5° Un testateur lègue son fonds à deux personnes ensemble, et, de plus, à l'une d'elles, une servitude au profit de ce fonds ; ce second legs ne vaudra que si le légataire de la servitude recueille seul le legs principal, c'est-à-dire s'il est propriétaire exclusif du fonds (l. 3, D. XXXIII, 3).

3° Lorsque intervient un fait qui éteindrait la servitude pour partie, si ce droit était divisible, l'indivisibilité a pour effet de maintenir la servitude dans son intégralité. Voici les applications de cette règle : 1° la servitude est un droit qui affecte activement et passivement la totalité du fonds ; l'exercice du droit au profit d'une portion du fonds dominant, ou sur une portion du fonds servant, lorsqu'il n'y a pas eu partage, conserve la servitude pour le tout. *Is qui per partem itineris it, totum jus usurpare videtur* (l. 8, § 1, D. VIII, 6.). *Aqua, si in partem aquagii influxit, etiamsi non ad ultima loca pervenit, omnibus tamen partibus usurpantur* (l. 9, D. VIII, 6). Mais la loi 18, D. VIII, 3, nous paraît outrer le principe : *Una est via, etsi per plures fundos imponatur ; cum una servitus sit. Denique queritur, an si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus quanto servitus amittitur, an retineam servitatem ? et magis est, ut aut tota amittatur, aut tota retineatur. Ideoque si nullo usus sum, tota amittitur ; si vel uno, tota servatur*. La loi 6, § 1, D. VIII, 6, contredit cette solution, et arrive à une formule toute contraire ; autant de fonds différents, autant de servitudes distinctes. — *Qui iter et actum habet, dit la loi 2, D. VIII, 6, si statuto tempore tantum ierit, non perisse actum, sed manere Sabinus, Cassius, Octavenus aiunt ; nam ire quoque per se eum posse qui actum haberet*. Cette solution semble n'avoir pas été contestée ; peut être, pourtant, n'est-elle pas une suite logique et nécessaire du principe de l'indivisibilité ; sans doute l'*actus* comprend l'*iter* ; mais ce n'en sont pas moins deux servitudes distinctes, et nous ne voyons guère pourquoi le non-usage de la principale n'en entraînerait pas l'extinction, ou même la perte de celle qui n'est qu'accessoire (l. 17, D. VIII, 6). — 2° Une servitude étant

simplement stipulée par plusieurs copropriétaires, ou promise par eux, l'acceptilation faite par l'un d'eux, ou à l'un d'eux, laisse subsister toute entière la créance ou l'obligation. (Conf. l. 13, § 1, D. XLVI, 4.) — 3° L'acceptilation d'une partie de la servitude stipulée, par exemple de l'*iter* ou de l'*actus*, pour une obligation de fournir la *via*, est complètement nulle (l. 13, § 1, D. XLVI, 4). — 4° La servitude reste intacte, lorsque, le fonds dominant appartenant à plusieurs propriétaires, l'un d'eux se refuse à consentir une remise accordée par les autres (l. 6, D. VIII, 1); ou lorsque l'un d'eux a exercé la servitude, tandis que les autres sont restés dans une inaction susceptible d'amener l'extinction par le non-usage (l. 16, D. VIII, 6); ou, enfin, lorsque, tous restant dans cette inaction, la prescription n'a pu courir contre l'un d'eux, par exemple en raison de sa minorité (l. 10, D. VIII, 6). — 5° La confusion éteint les servitudes; mais, à cause du principe de l'indivisibilité, ce résultat est produit seulement si les deux fonds appartiennent en entier au même propriétaire; aucune extinction partielle ne se conçoit (l. 140, § 2, D. XLV, 1). Si donc le propriétaire de l'un des fonds devient copropriétaire de l'autre (l. 8, § 1, D. VIII, 1; l. 30, § 1, D. VIII, 2), ou si deux propriétaires de fonds différents achètent en commun le fonds qui était asservi aux leurs (l. 27, D. VIII, 3), ou, encore, si les deux fonds sont mis en commun (l. 30, § 1, D. VIII, 2; l. 34, D. VIII, 3), la servitude garde toute sa force et toute son étendue. Et même, pour cette dernière hypothèse, Papinien déclare formellement que la volonté des parties n'y peut rien: les fonds sont asservis; peu importe l'intention des propriétaires. Aussi croyons-nous pouvoir considérer comme une opinion

isolée la décision de Julien, qui déclare la servitude éteinte, lorsque les deux copropriétaires d'un fonds dominant ont acheté en commun le fonds servant (l. 27, D. VIII, 3).

4° Une servitude ne peut être ni constituée, ni exercée pour partie. Il en résulte que : 1° Si une servitude a été promise à plusieurs copropriétaires d'un fonds, chacun d'eux pourra exercer une action personnelle *in solidum*, tendant à obtenir la constitution de la servitude entière; et cela, parce que conclure à une constitution partielle serait demander une chose impossible; mais la condamnation pécuniaire ne sera prononcée que pour la part du demandeur, car l'obligation de payer une somme d'argent est absolument divisible (l. 4, § 3, D. VIII, 5; l. 25, § 9, D. X, 2). — 2° Si une servitude a été promise par plusieurs copropriétaires d'un fonds, chacun d'eux peut être actionné *in solidum*; car chacun est obligé de procurer toute la servitude, une concession partielle ne se concevant pas. Et la condamnation sera prononcée pour le tout, *quia divisionem hæc res non recipit* (l. 4, § 4, D. VIII, 5). — 3° Si la servitude est constituée, mais qu'on en dénie l'existence, ou empêche l'exercice, l'action réelle tendant à revendiquer ce droit, *actio confessoria*, appartiendra également à tous les copropriétaires du fonds dominant contre tous les copropriétaires du fonds servant: en effet la servitude ne peut être respectée pour la part indivise de l'un, violée pour la part de l'autre. Quant à la condamnation, la distinction faite pour l'action personnelle doit être reproduite ici. — 4° A la suite d'une action personnelle, ou de l'*actio confessoria*, l'*actio judicati* pourra être exercée contre tous les copropriétaires du fonds servant, par chacun des propriétaires du fonds dominant; ceux-ci pourront tous

se prévaloir de l'*exceptio rei judicatæ*; mais ce qui aura été jugé contre l'un d'eux sera opposable aux autres (l. 4, §§ 3 et 4; l. 19, D. VIII, 5).

Telles sont les principales conséquences de l'indivisibilité des servitudes; mais ce principe n'empêche aucunement l'avantage résultant de telle servitude d'être, suivant les cas, plus ou moins grand; rien ne s'oppose à ce qu'on règle l'étendue du droit, le mode, les jours et heures de son exercice (l. 5, § 1, D. VIII, 1), l'espèce d'eaux qu'il sera permis de dériver par un aqueduc (l. 5, D. XLIII, 20), etc... *Modum adjici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur, (vel non) agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. — Intervalla dierum et horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutæ servitutis* (l. 4, §§ 1 et 2, D. VIII, 1). Cette détermination, les textes le disent avec raison, ne viole pas plus le principe de l'indivisibilité que la règle exigeant une *causa perpetua*. Rien n'empêche, non plus, que, sur un même fonds, une même servitude ne soit établie en faveur de plusieurs fonds différents; cela d'abord, et sans difficulté, si toutes les concessions ont lieu en même temps; si elles sont successives, la validité des plus récentes sera tout aussi inattaquable; mais à une condition, c'est que les servitudes concédées antérieurement n'en subissent pas de préjudice (l. 2, §§ 1 et 2, D. VIII, 3); l'établissement d'une servitude d'aqueduc sur un point empêcherait d'y établir ensuite une servitude de passage; et réciproquement (l. 14, D. VIII, 3); au contraire, s'il y a plusieurs concessions successives d'un *jus non altius tollendi*, les plus récentes ne nuisent en aucun cas aux plus anciennes (l. 15, D. VIII, 4). Dans les di-

verses hypothèses de ce genre qui pourront faire difficulté, si l'on n'arrive pas à un règlement amiable, un *judicium communi dividundo* utilis prononcera entre les prétentions rivales (l. 4, D. XLIII, 20; l. 8, D. XXXIX, 3).

Classification des Servitudes prédiales.

Les textes distinguent les servitudes prédiales en deux classes : d'une part, les *jura prædiorum rusticorum*, de l'autre, les *jura prædiorum urbanorum*. Logiquement, il faudrait d'abord définir chacun des termes de cette division, et, alors seulement, rechercher comment les Romains avaient réparti entre ces deux classes les principales servitudes. Mais on n'est pas d'accord sur les caractères respectifs des servitudes rurales et des servitudes urbaines; pour rechercher utilement un *criterium*, nous aurons souvent à citer comme exemple telle ou telle des servitudes les plus usitées; il faut donc que nous en esquissons préalablement les traits principaux.

Voici d'abord les servitudes rurales dont les textes parlent le plus souvent.

I. *La servitude de passage*. — Suivant qu'elle a plus ou moins d'étendue, elle prend tel ou tel nom; les trois variétés de la servitude de passage sont :

1° Le *jus itineris*. — *Iter*, dit la loi 1, D. VIII, 3, est *jus*

eundi, ambulandi hominis ; c'est le droit, pour le propriétaire du fonds dominant, d'aller et venir sur le fonds servant ; le caractère réel de la servitude indique assez que *ambulare* ne doit pas ici être traduit par se promener, mais est plutôt synonyme de *ultra citroque commear, ad usus prædio necessarios*. Le titulaire de la servitude peut passer, non-seulement à pied, mais encore à cheval (l. 12, D. VIII, 3) ; il peut même se faire porter en litière (l. 7, D. VIII, 3). Ces deux dernières facultés ne sont, du reste, qu'accessoire ; l'*iter* ne se conçoit pas sans le droit de passer à pied ; le droit d'effectuer le trajet à cheval, ou en litière, peut être, au contraire, exclu, soit par l'acte constitutif de la servitude, soit même tacitement, par suite de ce fait qu'au moment de la constitution existait un sentier seulement susceptible de permettre le passage à pied (l. 13, D. VIII, 1).

2° *L'actus*. — C'est proprement le droit de pousser du bétail devant soi, *agere* (l. 235, D. L, 16). Mais, accessoirement, l'*actus* comprend deux autres droits : *actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum. Itaque qui iter habet actum non habet ; qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento* (l. 1, D. VIII, 3). Les deux droits accessoires sont l'*iter*, et le droit de passer avec une voiture. Reprenons ces divers éléments de l'*actus*. Il consiste essentiellement dans la faculté de conduire du bétail à travers le fonds servant ; et, à moins de convention contraire, il s'agit ici de toute espèce de bétail (l. 4, § 5, D. VIII, 1), et non pas seulement des *jumenta* (l. 1 et 7, D. VIII, 3), ou des *armenta* (l. 12, D. VIII, 3), comme certains textes le feraient croire. — Suivant que cette faculté est, ou non, réunie au droit accessoire de passer en voiture, l'*actus* est dit *plenus* ou *minus plenus* (l. 13, § 1, D. XLVI, 4). Le droit

de passer seul, l'*iter*, est une suite naturelle de l'*actus*; mais il peut en être exclu par la volonté des parties (l. 4, § 1, D. VIII, 5). Et pourtant la loi 1, D. XXXIV, 4, dispose : *Qui actu legato iter adimat nihil adimit; quia nunquam actus sine itinere esse potest*. N'est-ce pas que l'*iter* est inséparable de l'*actus*?— On peut admettre sur ce point une divergence d'opinion entre les jurisconsultes; ou concilier les textes, en disant que la loi 1, D. XXXIV, 4, parle du passage à la suite des bestiaux, passage évidemment indispensable, car les bestiaux ne vont pas d'eux-mêmes, et ont besoin d'être conduits; l'*iter sine jumento*, le droit de passer seul, n'a pas ce caractère de nécessité, et rien n'empêche les parties de l'exclure. — L'*actus*, avons-nous dit, donne la faculté de passer sur le fonds en voiture, ou d'y conduire des chariots (l. 7 et l. 1, D. VIII, 3).

3° La *via*. C'est la servitude de passage (1) dans sa plus grande étendue; *via*, dit Ulpien, *est jus eundi, et agendi, et ambulandi; nam et iter et actum in se via continet* (l. 1, D. VIII, 3). En un mot, la *via* comprend tous les éléments principaux et accessoires des deux autres servitudes de passage; et elle les comprend essentiellement; une convention qui voudrait les exclure ne manquerait pas d'effet; seulement le droit qu'elle établirait serait, non pas la *via*, mais une autre servitude, un *iter* ou un *actus*. Outre le droit de passer à pied, à cheval, en litière, en voiture, et même avec des chariots, la *via* comprend, accessoirement seulement, le *jus trahendi lapidem aut tigna*,

(1) Nous ne faisons que mentionner la *servitus navigandi*, qui peut être établie sur un *lacus perpetuus* (l. 23, § 1, D. VIII, 3).

c'est-à-dire le droit de transporter à travers le fonds des matériaux de construction, et le *jus rectam hastam referendi*, droit dont on n'a pu, jusqu'à présent, déterminer exactement la nature; ces deux dernières facultés n'existent que sauf convention contraire, et si leur exercice ne nuit pas aux récoltes, *si modo fructus non lædat* (l. 7, D. VIII, 3). Cette opposition des éléments nécessaires, et des éléments purement naturels et accessoires de la *via* explique le passage suivant de la loi 13, § 1, D, XLVI, 4 : *Si id quod in stipulationem deductum est divisionem non recipiat: acceptilatio in partem nullius erit momenti... Si...viam quis stipulatus, accepto iter vel actum fecerit, acceptilatio nullius erit momenti; hoc idem est probandum si actus accepto fuerit latus: si autem iter et actus accepto fuerit latus, consequens erit dicere liberatum eum qui viam promisit.....* De ce texte il résulte que la réunion des éléments de l'*iter* et de l'*actus latus* est de l'essence de la *via*, tandis que les autres éléments ne sont que des accessoires; il résulte, de plus, que l'*actus latus* ne comprend pas essentiellement l'*iter sine jumento*, et que le caractère essentiel de l'*actus latus* est, au contraire, le *jus vehiculum ducendi*.—Quelle est la largeur de la *via*? Cette largeur, suivant la détermination des Douze-Tables, est de 8 pieds en ligne droite, de 16 dans les anfractuosités (l. 8, D. VIII, 3). Du reste, les parties peuvent, par leurs conventions, augmenter ou diminuer cette largeur, pourvu toutefois qu'elles laissent une place suffisante pour le passage d'une voiture (l. 13, D. VIII, 1; l. 23, D. VIII, 3). Pour l'*actus* et l'*iter*, à défaut de la convention des parties, il n'y a pas de détermination légale de la largeur; on doit recourir à un arbitrage (l. 13, § 2, D. VIII, 3).

Nous devons examiner, en dernier lieu, une question

commune à toutes les servitudes de passage. L'une de ces servitudes étant constituée, où doit-elle s'exercer? — Plusieurs hypothèses à distinguer : 1° Si les parties ont fixé, *ab initio*, la direction exacte du passage à travers le fonds, pas de difficulté ; ce choix est définitif ; toutes les autres parties du fonds sont libres (l. 13, § 1, D. VIII, 3). — 2° Si les intéressés ont déclaré que la servitude pourra être exercée à volonté sur toute partie du fonds, ou sur toute l'étendue d'une partie déterminée, le titulaire de la servitude conservera sa liberté entière ; il pourra renouveler son choix, sans s'engager pour l'avenir, à chaque nouvel acte de passage (l. 13, §§ 1 et 3, D. VIII, 3). — 3° Si les parties ne se sont pas expliquées sur le lieu d'exercice du droit, comme celui-ci grève en principe tout le fonds, le choix appartiendra au propriétaire du fonds dominant ; mais le propriétaire du fonds servant pourra exiger que ce choix soit fait, et, en cas de refus, il pourra y faire procéder par un arbitrage (l. 13, § 1, D. VIII, 3). Obtenu par une voie, ou par l'autre, ce choix sera définitif et localisera la charge résultant de la servitude ; *cæteræ partes agri liberæ sunt* (l. 13, § 1, D. VIII, 3). Le choix, nous l'avons dit, appartient en principe au propriétaire du fonds dominant ; mais il doit être fait *civilliter*, c'est-à-dire de façon à ne pas être trop onéreux au fonds servant (l. 9, D. VIII, 1). Un texte, la loi 26, D. VIII, 3, semble accorder le choix au propriétaire du fonds servant ; mais il faut remarquer qu'il s'agit ici d'une servitude léguée ; et le jurisconsulte la suppose évidemment léguée *per damnationem*. Il y a donc simple obligation pour l'héritier d'établir la servitude ; et il est naturel que le choix lui appartienne, en sa qualité de débiteur. Seulement, le sénatus-consulte Néronien avait en-

levé toute raison d'être à la décision de la loi 26, D. VIII, 3; elle n'aurait pas dû être insérée au Digeste.

II. *L'aquæductus* (1). Les Romains comprenaient sous cette expression deux droits distincts : la servitude de prise d'eau, et la servitude de conduite d'eau; que ces droits fussent, ou non, réunis, on disait qu'il y avait *aquæductus*.

Ce peut donc être une servitude de prise d'eau sur le ruisseau, le puits, le *lacus perpetuus* d'une personne privée; on peut même se faire constituer un droit de ce genre sur une source qu'on recherchera soi-même dans le fonds voisin (l. 10, D. VIII, 3). Un propriétaire peut concéder un droit de prise d'eau à plusieurs, soit simultanément, soit successivement; dans le premier cas, les droits de tous les concessionnaires seront égaux; un règlement de jouissance interviendra entre eux, ou leur sera judiciairement imposé; on pourra, par exemple, partager purement et simplement le volume de l'eau, ou décider qu'un tel jouira tel jour, ou à telle heure, tel autre à un moment différent, etc.... (l. 2, §§ 1 et 2 D. VIII, 3). En cas de concessions successives, les plus récentes, cela va sans dire, ne pourront jamais valoir, que si elles ne portent pas atteinte aux plus anciennes. L'étendue d'un *jus aquæductus* est déterminée par la

(1) Les jurisconsultes énumèrent presque toujours les trois servitudes de passage et *L'aquæductus* ensemble, et à part de toutes autres servitudes rurales; cela tient probablement à ce que, grâce à leur utilité agricole, elles étaient considérées comme les plus importantes, et à ce qu'elles furent, pour le même motif, les plus anciennement admises. Plus tard on en créa d'autres; mais les servitudes primitives conservèrent une sorte de primauté (l. 1 pr. et § 1, D. VIII, 3).

convention des parties, ou, à défaut, par les besoins du fonds dominant, tel qu'il se comportait au moment de la constitution (l. 12, C. III, 34). — En l'absence d'une servitude, on ne peut établir de prise d'eau que chez soi, ou dans un cours d'eau public; encore, dans ce dernier cas, si le cours d'eau est navigable, il faudra une autorisation du préteur, qui ne l'accordera que si les ouvrages ne nuisent pas à la navigation (l. 17, D. VIII, 3; l. 10, § 2, D. XXXIX, 3).

L'*aquæductus* est, en second lieu, la servitude de conduite d'eau; *aquæductus est jus aquam ducendi per fundum alienum* (l. 1, D. VIII, 3). Le titulaire de l'*aquæductus* (1) peut placer des tuyaux dans le fonds asservi, mais non, à moins de convention spéciale, y établir des canaux en maçonnerie (l. 17, § 1, D. XXXIX, 3). Quant au lieu où s'exercera l'*aquæductus*, l'*iter aquæ*, il faut reproduire toutes les décisions que nous avons données à propos des servitudes de passage, et notamment la règle suivant laquelle le choix doit être fait *civiliter* (l. 21 et 22, D. VIII, 3). Le propriétaire du fonds grevé peut prendre de l'eau au passage, s'il s'agit d'un canal à ciel ouvert; mais il ne peut empêcher le titulaire de faire de nouveaux travaux, et, par exemple, de rendre la conduite souterraine; il semble même que, les choses restant en l'état, le propriétaire du fonds grevé peut bien se servir de l'eau pour ce qu'on pourrait appeler des usages domestiques, en puiser, y abreuver ses troupeaux; mais non s'en servir pour l'irrigation (2) (l. 2, D. XLIII, 21).

(1) C'est tout à fait à tort qu'on a voulu faire rentrer dans l'*aquæductus* la servitude d'écoulement, ce qu'on pourrait appeler le *jus aquæ educendæ* (l. 20, D. VIII, 3).

(2) Il nous est évidemment impossible d'esquisser ici, même à

III. *L'aquæ haustus*, ou servitude de puisage; elle ne suppose pas l'établissement de tuyaux destinés à conduire l'eau; aussi une voie publique, un fleuve public guéable, ou muni d'un pont, séparerait le fonds dominant du fonds servant, quo la servitudo n'en serait pas moins possible; une voie publique empêcherait au contraire de constituer une *servitus aquæductus*; ou, du moins, la constitution n'en pourrait avoir lieu que sur une permission de l'autorité (l. 14, § 2, D. VIII, 4). *L'aquæ haustus* comprend évidemment le *jus itineris* (l. 3, § 3, D. VIII, 3).

IV. *L'appulsus pecoris ad aquam*, ou servitude d'abreuvoir, contenant implicitement l'*actus* (l. 6, § 1, D. VIII, 3).

V. Le *jus pecoris pascendi*. C'est le droit de mener paître sur le fonds d'autrui les bestiaux attachés à un autre fonds pour son exploitation (l. 1, § 1, D. VIII, 3); les textes ne nous donnent presque aucun détail sur cette servitude; nous devons donc y appliquer les règles ordinaires; ainsi : 1° les parties peuvent fixer, lors de l'établissement du droit, les limites qu'il aura, et les conditions dans lesquelles il devra être exercé; par exemple, la nature et la quantité du bétail, les époques où se fera le pacage, etc... 2° A défaut de conventions spéciales, ce sont les besoins du fonds dominant qui déterminent les charges du fonds servant; on ne pourra donc faire paître que la quantité de bétail destinée à l'exploitation

grands traits, le régime des eaux en droit romain; ce sujet, fort délicat, exigerait un travail spécial. Mentionnons seulement la servitude empêchant un propriétaire de faire des fouilles dans son fonds, de peur que les sources du voisin n'en soient tarées (l. 18, D. VIII, 1).

du fonds dominant, quelle que soit, du reste, la nature de cette exploitation, culture, élevage, etc... 3° La servitude devra être exercée *civiliter*; cette condition permet, nous semble-t-il, de tenir grand compte de l'intention probable des parties; la servitude de pacage étant constituée sur une terre en culture, les Romains admettaient, suivant toutes les vraisemblances, que l'exercice devait avoir lieu seulement après l'enlèvement des récoltes; la solution était contraire s'il s'agissait de biens destinés par nature au pacage. Mais on a soutenu que, dans ce dernier cas, le propriétaire du fonds servant a toujours le droit de faire paître son bétail en même temps que celui du titulaire de la servitude; si le fonds était insuffisant pour la nourriture des deux troupeaux, chacun des propriétaires aurait le droit d'amener un nombre égal de bêtes; en un mot, l'utilité du *jus pascendi* devrait être partagée. — Ce *jus compascendi* semble n'avoir pas existé à Rome. La loi 6, C. III, 34, sur laquelle on cherche à s'appuyer, suppose qu'aucune servitude n'existe; on ne peut donc rien en conclure pour le cas où il y a un *jus pascendi*. Quant à la loi 13, § 1, D. VIII, 4, elle est tout à fait étrangère à la matière des servitudes, et traite d'un droit d'exploiter des carrières moyennant une indemnité payable à chaque nouvel acte d'exploitation. L'autorité des textes n'établit donc pas le *jus compascendi*; et, d'autre part, ce droit est contraire aux principes. L'étendue de la servitude est toujours fixée par les besoins du fonds dominant; si ces besoins sont tels qu'ils absorbent toute l'utilité du fonds servant, le propriétaire de ce fonds n'en sera pas moins tenu de respecter l'exercice de la servitude, et de s'abstenir de tout acte de jouissance qui pourrait y être contraire. — La servitude de pacage comprend évidemment l'*actus*; la loi 6,

§ 1, D. VIII, 3, permet encore, au moment de la constitution du *jus pascendi*, de stipuler le droit de construire sur le fonds servant une hutte, *tugurium*, qui puisse servir d'abri au berger.

VI. Le *jus calcis coquendæ*, c'est-à-dire le droit de faire cuire de la chaux sur le fonds voisin (l. 1, D. VIII, 3).

VII. Le *jus arenæ fodiendæ*, ou droit d'extraire du sable (l. 1, D. VIII, 3).

VIII. Le *jus cretæ eximendæ*, droit de tirer de la craie (l. 5, § 1, D. VIII, 3).

IX. Le *jus lapidis eximendi*, droit de tirer de la pierre (l. 6, § 1 D. VIII, 3).

X. Le *jus sylvæ crediæ ut pedamenta in vineas non desint*, c'est-à-dire le droit de prendre chez le voisin des échelles pour mes vignes (l. 6, § 1, D. VIII, 3).

La convention pourrait évidemment créer beaucoup d'autres servitudes rurales.

Les principales servitudes urbaines énumérées par les textes sont :

I. Le *droit d'appui*, qui comprend deux servitudes : le *jus tigni immittendi* et le *jus oneris ferendi*. Ces deux servitudes ont chacune un objet différent : la première autorise à faire reposer ses poutres dans le mur du voisin, et rien n'empêche d'établir sur les poutres tels ouvrages qu'on veut (l. 8, § 1, D. VIII, 5); des matériaux peuvent également être appuyés contre le mur grevé. Le *jus oneris ferendi* a une étendue moins limitée; le titulaire de cette servitude peut faire supporter par le mur du voisin les constructions elles-mêmes et de gros ouvrages. Quoi qu'il en soit, cette différence entre les

deux servitudes d'appui est tout à fait secondaire; la différence capitale, celle que les textes mettent en lumière, est celle-ci : le *jus tigni immittendi* est entièrement soumis aux règles ordinaires des servitudes; le *jus oneris ferendi* présente au contraire une exception à ce principe fondamental qu'une servitude ne saurait consister *in faciendo*; le propriétaire du fonds servant est ici forcé de réparer son mur, et de le tenir en bon état (1); grevé d'une servitude *tigni immittendi*, il ne serait tenu que de laisser faire, *pati*, c'est-à-dire de laisser placer les poutres dans son mur, quel qu'en soit l'état (l. 8, § 2, D. VIII, 5).

Des jurisconsultes d'une grande autorité se refusent à voir dans le *jus oneris ferendi* une dérogation à la règle *servitus in faciendo consistere nequit*. Le *facere*, disent-ils, constitue ici, non pas l'objet de la servitude, mais un de ces *adminicula* que les parties ont toujours le droit de stipuler et de promettre; la seule anomalie d'après eux serait que la stipulation tendant à la réparation des ouvrages n'aurait pas besoin d'être expresse, comme dans les autres servitudes; elle serait présumée. — Ce point de vue est-il exact? — Quo la stipulation d'un *facere* puisse avoir lieu, rien de plus certain; mais que résultera-t-il de cette stipulation? En droit commun, incontestablement une simple obligation, droit se transmettant activement et passivement aux successeurs universels des parties, mais point à leurs successeurs à titre particulier. Là où de semblables conventions peuvent établir un droit réel, il y a exception au principe; et tel est bien le point de vue des

(1) Du reste, pendant la réparation, le propriétaire du fonds servant n'est aucunement tenu d'étayer le mur du fonds dominant; c'est au propriétaire de ce mur à prendre ses précautions (l. 8, D. VIII, 5).

jurisconsultes romains; plusieurs, précisément pour le *jus oneris ferendi*, refusent d'admettre que la volonté des parties puisse donner le caractère réel à ce qui, de sa nature est purement personnel : *Et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur : sed ne me facere prohiberet : nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit : non ad eum, cujus res servit....* (l. 6, § 2, D. VIII, 5). La cause de ces hésitations, c'est précisément qu'il s'agit, non pas d'une obligation, d'un droit personnel, mais d'une servitude réelle ; c'est ce que dit Labéon, du reste dans un autre but : *hanc servitutem non hominem debere, sed rem : denique licere domino rem derelinquere...* (l. 6, § 2, D. VIII, 5). Malgré la force de l'objection de Gallus, on admit, quant au *jus oneris ferendi*, l'opinion contraire de Servius : *Sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda* (l. 6, § 2, D. VIII, 5). La loi 33, D. VIII, 2, cherche à expliquer cette exception : *nam cum in lege ædium ita scriptum esset, paries oneris ferundo, uti nunc est ita sit, satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere : non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries æternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusmodi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret.* — L'argumentation est bien subtile ; pourtant elle triompha ; la rédaction de la formule usitée dans la constitution du *jus oneris ferendi* est la seule cause (1) qu'on puisse découvrir à l'anomalie signalée par les textes ; encore n'explique-t-elle point l'efficacité re-

(1) On a voulu voir dans la règle spéciale à la *servitus oneris ferendi* une conséquence de cette obligation, qu'a tout propriétaire d'un édifice menaçant ruine, de fournir la *cautio damni infecti*. Si

connue à la volonté des parties, contrairement aux principes fondamentaux ; la seule conclusion logique eût été que, là, comme dans les autres servitudes, le propriétaire du fonds servant devrait laisser le propriétaire du fonds dominant procéder aux réparations nécessaires ; ou, du moins, la promesse effective ou présumée de maintenir le mur en bon état de réparation n'eût dû être considérée que comme créant une obligation personnelle.

En résumé, nous croyons que, pour les servitudes en général, la convention des parties ne peut astreindre à un *facere*, ni le propriétaire du fonds servant en cette qualité, ni ses successeurs particuliers. Une exception est faite, pour le cas d'un *jus oneris ferendi*. Mais faut-il alors que la *refectio* ait été expressément stipulée lors de la constitution ? — Sans doute il en était primitivement ainsi ; une clause positive était de rigueur, car les textes en supposent souvent l'existence (l. 33, D. VIII, 2 ; l. 6, § 5, D. VIII, 5) ; mais il semble aussi probable que cette convention devint de style, et que, par suite, elle fut présumée malgré le silence des parties, du moment que celles-ci avaient exprimé l'intention d'établir une *servitus oneris ferendi* (l. 6, § 2, D. VIII, 5).

L'action tendant à obtenir la réparation du mur n'est autre que l'action en revendication de la servitude, l'*actio confessoria* ; elle peut être intentée *in solidum* par chacun

tel eût été le point de vue des Romains, ils eussent donné la même décision, et pour le *jus tigni immittendi*, et pour le *jus oneris ferendi* ; ils ne l'ont pas fait ; de plus, ils régissent par des principes tout différents la *cautio damni infecti* et le *jus oneris ferendi* : la *cautio* peut être demandée à un usufruitier (l. 9, § 5, D. XXXIX, 2) ; l'*actio confessoria* tendant à obtenir la réparation ne peut être intentée contre lui (l. 1, § 1, D. VIII, 2) ; aucune assimilation n'est donc possible ; et la loi 33, D. VIII, 2, nous donne le véritable motif de la décision romaine.

des copropriétaires du fonds dominant ; mais, probablement par un souvenir des règles générales qui eussent dû faire de ce *jus reficiendi* une simple obligation, un droit personnel, l'*actio confessoria* ne pouvait être, dans cette hypothèse, dirigée contre chacun des propriétaires du mur grevé quo pour sa part (l. 6, § 4, D. VIII, 5). Malgré les explications qu'on a voulu donner de cette décision, elle nous semble peu logique ; on avait admis que la nécessité de réparer, partie intégrante de la servitude, serait sanctionnée par l'*actio confessoria* ; dès lors l'indivisibilité eût dû produire ses effets.

II. — *Le jus stillicidii vel fluminis recipiendi aut avertendi* (l. 2, D. VIII, 2). — C'est le droit de faire tomber sur le fonds d'autrui l'eau dégouttant naturellement d'un toit, *stillicidium*, ou celle qui, préalablement réunie dans une gouttière, tombe sur un petit nombre de points en masses compactes, *flumen*. Les expressions *recipiendi* et *avertendi*, ayant des significations diamétralement opposées, s'appliquent à un même fait, mais considéré à deux points de vue différents ; au regard du propriétaire du fonds servant, *jus recipiendi*, nécessité de recevoir l'égout du voisin ; vis-à-vis du propriétaire du fonds dominant, *jus avertendi*, droit de détourner, de rejeter son égout sur le fonds servant. — La loi 20, § 5, D. VIII, 2, applique à la servitude dont nous nous occupons la règle que le propriétaire du fonds dominant ne peut aggraver la charge du fonds servant ; peut-être, du reste, cette application pourrait-elle être critiquée au point de vue des lois et des effets de la pesanteur.

III. — *Le jus stillicidii vel fluminis non recipiendi* (l. 2, D. VIII, 2). On a prétendu que cette servitude ne faisait qu'une avec la précédente ; mais les textes les opposent

trop nettement l'une à l'autre, pour qu'on puisse admettre cette identité (l. 2, D. VIII, 2). Le *jus stillicidii non recipiendi*, le droit de ne pas recevoir l'égoût d'un voisin, existe donc. Rien de plus naturel en soi-même que ce droit ; mais la difficulté est d'expliquer comment il est qualifié de servitude, et n'est pas considéré comme simple attribut du droit de propriété : n'est-on pas toujours autorisé à repousser les entreprises des tiers sur son fonds ? — On a prétendu qu'il existait à Rome des règlements publics obligeant à recevoir l'égoût des voisins dans telles et telles conditions ; cette obligation était le droit commun de la propriété ; lors donc qu'on s'en était affranchi par un accord entre intéressés, ou par application des règles de la prescription, il y avait dérogation au droit commun, et par conséquent servitude. — Mais aucun texte ne permet de supposer l'existence de règlements locaux aussi difficiles à justifier ; évidemment ils n'ont pas existé, et l'hypothèse en est toute gratuite. La véritable explication nous est donnée par Théophile (Inst. II, 3, § 1). Il faut supposer que, par un mode quelconque, un *jus stillicidii recipiendi* se trouve constitué au préjudice de mon fonds ; si j'en obtiens la remise complète, il y aura retour pur et simple à la liberté naturelle et extinction de la servitude ; mais s'il y a seulement diminution de la charge qui me grève, si mon voisin s'engage, par exemple, à ne plus m'envoyer qu'une portion des eaux que j'étais tenu de recevoir, on considère que la servitude reste entière ; seulement, elle est neutralisée, jusqu'à un certain point, dans ses effets par une servitude contraire, ayant précisément pour objet l'amélioration consentie. La constitution de la servitude a transféré au fonds dominant une portion des droits compris dans la propriété

du fonds servant ; le droit de propriété du fonds dominant s'est, pour ainsi dire, transformé en un droit de propriété plus étendu, qui ne pourra plus être restreint que par l'effet d'une servitude. Les Romains, cela est fort probable, n'avaient pas admis que la servitude pût jamais être modifiée postérieurement à sa constitution ; elle persistait ou disparaissait pour le tout ; et ce fut vraisemblablement cette théorie subtile, qui amena à reconnaître un *jus stillicidii vel fluminis non recipiendi*.

IV. — Le *jus altius non tollendi*. C'est le droit d'empêcher le voisin de bâtir sur son fonds, ou d'élever ses constructions au delà d'une certaine hauteur (l. 1, D. VIII, 2). — La loi interdisait toutes constructions pouvant priver de leur courant d'air la grange, ou l'aire du voisin (l. 14, § 1, C. III, 34) ; mais jamais, semble-t-il, les juristes n'ont qualifié de *jus altius non tollendi* cette prohibition légale.

V. — Le *jus altius tollendi*, ou droit de bâtir librement (l. 1, D. VIII, 2). — Les mêmes difficultés se présentent ici que pour le *jus stillicidii non recipiendi* ; la même solution doit être donnée. Cette servitude se conçoit donc comme une restriction apportée par convention, ou par prescription, à un *jus altius non tollendi*. Par exemple, la prohibition de bâtir était absolue ; le propriétaire du fonds dominant la changea en une prohibition de bâtir au delà de telle hauteur. En droit pur, le *jus altius non tollendi* reste intact ; en fait, il est paralysé, dans une certaine mesure, par une servitude contraire. Les expressions dont se servent les lois 21, D. VIII, 2 et 20 D. VIII, 3, sont en parfait accord avec cette théorie, et ne permettent guère de la contester ; mais on a voulu l'ap-

puyer aussi sur la loi 24 D. VIII, 2; c'est à tort, croyons-nous; car, en comparant ce texte avec la loi suivante, on se convainc facilement qu'il traite, non pas du *jus altius tollendi*, mais bien des servitudes *tigni immittendi* et *oneris ferendi* (l. 8, § 1, D. VIII, 5).

Voilà une application certaine du *jus altius tollendi*; mais nous croyons en trouver une autre. Il y avait certainement à Rome, même à l'époque classique, des règlements publics limitant la hauteur des maisons (l. 1, § 17, D. XXXIX, 1), probablement à cent pieds; les lois 9, D. VIII, 2, et 8, C. III, 34, ne prouvent pas le contraire; elles recherchent uniquement si, même en restant dans les limites légales, on n'est pas, en outre, tenu de respecter les jours du voisin; et c'est à cette question qu'elles répondent négativement. Les règlements existaient donc; mais, dans le dernier état du droit, c'est un point incontestable; on les considérait comme d'intérêt privé, et l'on admettait les particuliers à y déroger par leurs conventions (l. 12, § 4, C. VIII, 10); il est donc fort probable, et même à peu près certain, que, suivant la vieille tradition romaine, on considéra l'accord des parties, dérogeant aux règlements, comme établissant une *servitus altius tollendi*; et, en effet, on ne rentrait pas ainsi dans le droit commun; on en sortait; une servitude prenait naissance. Cette modification des statuts publics par les conventions particulières était-elle reçue dans le droit classique? Voilà ce qu'il est difficile de savoir; les termes employés par la constitution de Zénon (l. 12, C. VIII, 10) permettent de croire que, sur la plupart des points, il n'innovait pas, et généralisait plutôt, ou confirmait, des décisions dès longtemps admises.

On a soutenu que le *jus altius tollendi* peut aussi

consister dans le droit d'exhausser le mur du voisin, par exemple pour se mieux clore, ou pour recevoir, par la réfraction, les rayons solaires. Aucun texte ne nous révèle l'existence d'une pareille servitude; eût-elle existé, c'eût été, non pas un *jus altius tollendi*, mais un *jus oneris ferendi*.

VI. Le *jus projiciendi*, ou droit de faire avancer en saillie sur le fonds voisin, soit un balcon, soit des constructions quelconques (l. 2, D. VIII, 2).

VII. Le *jus protegendi*, c'est-à-dire le droit d'établir un avant-toit sur le fonds voisin (l. 2, D. VIII, 2). C'est, en réalité, une variété du *jus projiciendi*. Ce droit général de faire avancer des constructions en saillie, au-dessus des fonds qui ne nous appartiennent pas, ne doit pas être confondu avec ce que les Romains qualifiaient d'*immissum*, précisément par opposition au *projectum* : *inter projectum et immissum hoc interesse, ait Labeo : quod projectum esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia mæniana, et suggrunda essent : immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti ligna, trabes, quæ immitterentur* (l. 242, § 1, D. L, 16). Et la distinction est pratiquement importante : quelqu'un a-t-il fait avancer un de ses ouvrages au-dessus de mon fonds; mais sans que la construction y repose, je n'ai d'autre ressource que celle de l'*actio negatoria*, ou des interdits; si je coupe, ou renverse moi-même la construction en saillie, je serai passible de l'action de la loi *Aquila*; s'il s'agissait, au contraire, d'un *immissum*, si quelqu'un avait construit sur mon fonds de façon que les ouvrages y reposassent, je pourrais les détruire moi-même; l'atteinte au droit de propriété est considérée

alors comme si forte qu'on permet à la personne lésée de se faire justice elle-même (l. 29, § 1, D. IX, 2; l. 17, § 1; D. VIII, 5).

VIII. Le *jus prospiciendi* ou *prospectus* (l. 12 et 15, D. VIII, 2). C'est le droit de garder ma vue dans son intégralité; non-seulement le propriétaire du fonds servant ne doit pas diminuer mes jours, *lumina*; mais il ne peut rien faire qui rende l'aspect désagréable, ou même en diminue la grâce; le *prospectus* est donc le droit, pour le propriétaire du fonds dominant, *ne quid ei officiat ad gratiorem prospectum, et liberum* (l. 15, D. VIII, 2).

IX. Le *jus luminum*; et X, Le *jus ne luminibus vicini officiat* (l. 4 D. VIII, 2). Malgré l'opinion de certains jurisconsultes, il est impossible d'admettre que ces deux expressions ne désignent qu'une seule servitude, absolument comme *jus prospiciendi* et *prospectus*; la loi 4, D. VIII, 2, doit faire rejeter radicalement ce système. Mais en quoi consiste précisément chacune des deux servitudes de vue? *Luminum servitute constituta*, dit la loi 4, D. VIII, 2, *id acquisitum videtur ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiat, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino invitis nobis ædificare, atque ita minuere lumina nostrorum ædificiorum*. Tel est le texte fondamental qu'on ne doit pas perdre de vue, si l'on ne veut retomber dans toutes les incertitudes d'une controverse plus que séculaire. Le *jus luminum*, c'est l'obligation pour le voisin de recevoir, de souffrir nos jours, *excipere nostra lumina*; c'est, pour nous, dit la loi 40, D. VIII, 2, en se plaçant au point de vue actif, le droit, le *jus luminis immittendi, fenestras immittendi*. Ces trois expressions désignent un seul et

même droit : nous avons déjà constaté l'habitude qu'avaient les Romains de se placer, pour désigner une servitude, tantôt au point de vue actif, tantôt au point de vue passif; c'est ainsi que nous avons trouvé le *jus stillicidii recipiendi aut avertendi*; concluons donc que la *servitus fenestrarum* n'est autre que le *jus luminum*. — Mais en quoi consiste cette servitude? Nous trouvons dans la loi 12, § 3, C. VIII, 10, la prohibition d'établir ses fenêtres à moins de 10 pieds du fonds voisin; cette distance, fixée par Zénon, n'était peut-être pas la même au temps des jurisconsultes classiques; mais, à cette époque, il y avait déjà une limitation dans ce sens (l. 14, D. VIII, 2); seulement, comme il n'y avait en jeu que l'intérêt privé, les particuliers pouvaient, par leurs conventions, déroger aux règlements. Il y a donc tout lieu de croire que le *jus luminum* était le droit d'avoir des jours dans son mur à une distance moindre que celle fixée par loi. Ce n'est pas à dire que ce fût la seule application de cette servitude; elle pouvait, la loi 40, D. VIII, 2, le rend à peu près certain, être établie sur le mur d'autrui; et, alors, il y avait dans la servitude deux éléments : 1^o le droit d'avoir des jours immédiats sur le fonds du voisin; 2^o le droit de pratiquer des fenêtres dans son mur. La loi 40, D. VIII, 2, semble supposer qu'on peut aussi établir des jours dans un mur commun; comment concilier cette décision avec le principe *nemini res sua servit*? Il faut admettre qu'il ne s'agit pas dans le texte d'une véritable communauté; le mur, dont il est question, se trouve sur la limite des deux propriétés; il appartient à chacun pour la partie qui est bâtie sur son fonds. Si l'un des propriétaires est autorisé à ouvrir des fenêtres dans le mur, pour la partie qui lui appartient,

il y aura simple dérogation aux règlements de distance; le fonds servant, ce sera le fonds voisin; l'autre partie du mur sera, au contraire, grevée, et de la servitudo de vue, et de la servitudo qui permet d'y établir des fenêtres. — En résumé, le *jus luminum* est le droit d'ouvrir des jours à une distance moindre que celle fixée par les règlements; et cela, soit dans son mur, soit dans celui du voisin.

La *servitus ne luminibus officiatur* est celle qui empêche le voisin de faire des constructions, des plantations, ou tous autres ouvrages susceptibles de diminuer notre jour (l. l. 4, 15, 16, 17, 22, 23, D. VIII, 2). En général, au contraire, rien n'empêche d'abattre les constructions existantes; le jour n'en peut être qu'augmenté. On avait pourtant admis que, si ces travaux se trouvaient nuire à la lumière, l'*actio confessoria* serait ouverte : *Interdum dici potest, eum quoque qui tollit ædificium, vel deprimit, luminibus officere : si forte κατὰ ἀντανκλασιν, id est, per refractionem, seu repercussionem, vel pressura quadam lumen in eas ædes devolvatur* (l. 17, §§ 1 et 2, D. VIII, 2).

La servitudo *ne luminibus officiatur* est évidemment moins étendue que la servitudo *ne prospectui officiatur* (l. 15, D. VIII, 2); elle est plus étendue, en un sens, que le *jus altius non tollendi*, puisqu'elle permet d'empêcher, non-seulement les constructions, mais aussi les plantations (l. 17, D. VIII, 2); à un autre point de vue, elle est plus restreinte, car elle ne permet d'intenter l'*actio confessoria* que si les ouvrages nouveaux diminuent le jour; on peut, au contraire, *intendere jus non esse altius tollendi* même dans l'intérêt de la vue, et lors même que les jours ne sont pas diminués.

XI. Le *jus cloacæ*, ou droit de faire écouler chez le

voisin les eaux sales d'une maison (Conf. l. 17, § 2, D. VIII, 5).

XII. Le *jus fumi immittendi*, ou droit d'envoyer sa fumée sur le fonds d'autrui, contrairement à ce principe : *in suo hactenus facere licet, quatenus nihil immittat in alienum* (l. 8, §§ 5 et 6, D. VIII, 5).

Voilà quelles sont, d'après les textes, les principales servitudes prédiales, tant urbaines que rurales. Mais quel caractère distinctif les range dans l'une ou l'autre classe? Quand une servitude est-elle urbaine? Quand est-elle rurale? — Cette question est, depuis des siècles, débattue entre les interprètes; après bien des hésitations, nous nous rattachons à une théorie qui a obtenu, pendant ces dernières années, de puissants suffrages.

Qu'est-ce donc que les *jura prædiorum urbanorum*, les *jura prædiorum rusticorum*? — Ce sont les servitudes établies au profit d'un fonds urbain, les servitudes établies au profit d'un fonds rural. La nature du fonds dominant fixe donc celle de la servitude. Les expressions *fonds rural*, *fonds urbain* n'ont pas, du reste, ici leur sens ordinaire : *urbanum prædium non locus facit, sed materia*; la situation importe peu; à la ville, ou à la campagne, les bâtiments, ou constructions quelconques sont toujours qualifiés de *prædia urbana*; les terrains non bâtis, fussent-ils dans l'enceinte d'une ville, n'en sont pas moins des *prædia rustica* (l. 1, D. VIII, 4); *urbana prædia omnia ædificia accipimus, non solum ea, quæ sunt in oppidis; sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis, et in vicis...* Lorsqu'une partie seulement des terrains est bâtie, il faut voir si les constructions sont le principal, ou l'accessoire; dans le premier cas, tout le fonds sera qualifié

d'urbain; dans le second, il sera dit rural : *proinde hortos quoque, si qui sunt in ædificiis constituti, dicendum sit urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis hæc non sunt urbana* (l. 198, D. L. 16).

La servitudo urbaine est donc celle qui est due à une construction; la servitudo rurale, celle qui est due à un terrain non bâti. Ce qui pousse d'abord à admettre ce point de vue, c'est la terminologie employée par les Romains : lorsqu'ils veulent qualifier une servitudo, son ne les voit jamais s'attacher au sujet passif du droit; ils ne considèrent jamais que le sujet actif; *servitutes personarum*, ou *hominum*, disent-ils pour les servitudes personnelles, pour celles qui sont établies en faveur des personnes; *servitutes rerum*, ou *prædiorum*, pour les servitudes réelles, pour celles appartenant à des fonds; n'est-il pas évident que, lorsqu'ils parlent de *servitutes prædiorum urbanorum*, *prædiorum rusticorum*, ils veulent dire servitudes appartenant à des fonds urbains, on a des fonds ruraux, c'est-à-dire à des constructions ou à des terrains non bâtis? Et c'est là une simple application de cette idée de Celsus, que les servitudes sont des qualités du fonds dominant : *quid aliud sunt jura prædiorum quem prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?* (l. 86, D. L. 16). C'est encore le point de vue des Institutes : *Prædiorum urbanorum servitutes sunt quæ ædificiis inhærent* (II, 3, § 1). Les servitudes des fonds urbains sont celles qui sont attachées à des bâtiments. — En un mot, une seule chose importe, la nature du fonds auquel la servitude est due (l. 6, D. XXIII, 5; l. 1, § 11, D. XLIII, 20).

Cette division, il faut le reconnaître, laisse beaucoup à désirer; elle est même essentiellement vicieuse, en ce qu'elle tient compte, non pas de la nature même de la

servitudo et du service dû, mais seulement de la nature du fonds dominant ; or, ce caractère, auquel on s'attache, est, en réalité, de peu d'importance ; il peut influer sur la quotité du service dû, et rendre la servitudo plus ou moins lourde ; mais, que le service soit dû à un fonds non bâti, ou à un bâtiment, la nature intrinsèque n'en sera pas moins toujours la même. Il eût donc mieux valu choisir un autre point de vue, par exemple celui de la continuité, qui, elle, affecte profondément le droit lui-même. Nous l'avons dit, ces critiques sont justes, et, fort probablement, les juriconsultes classiques en ont reconnu la force (l. 20, D. VIII, 2) ; mais la vieille distinction était trop enracinée dans les mœurs, pour qu'on pût l'en arracher. La théorie des servitudes s'était formée bien moins sous l'influence des *jurisprudentes* que sous la pression de besoins matériels et pratiques ; c'est en faveur de l'agriculture qu'avaient été établis les premiers *jura prædiorum* ; ils n'avaient qu'un but, rendre plus facile et plus productive la culture des champs ; ce n'est que plus tard, et probablement à la suite de beaucoup de difficultés, que des servitudes furent créées en faveur des bâtiments ; le besoin s'en était, d'abord, fait peu sentir, grâce surtout au système de construction adopté par les Romains : leurs maisons, *insulae*, n'étaient point contiguës ; séparées les unes des autres par un certain intervalle, elles pouvaient se passer de ces mille assujettissements auxquels, dans un intérêt réciproque, les voisins sont aujourd'hui obligés de se plier. De plus, les Romains, peuple essentiellement agricole, considérèrent toujours comme d'un ordre supérieur les servitudes destinées à favoriser l'agriculture ; ils les distinguèrent des servitudes dont pouvaient se prévaloir les bâtiments ; ils établirent ces deux classes

si tranchées : *jura prædiorum rusticorum, jura prædiorum urbanorum*. Les principes étaient établis; les jurisconsultes les reconnurent, et en tirèrent les conséquences logiques; ils maintinrent une distinction qu'ils n'auraient certainement pas formulée eux-mêmes, mais que leur imposait la tradition; ils se bornèrent à modifier celles des déductions du principe qui auraient produit dans la pratique des résultats fâcheux; mais, comme nous l'avons dit, ils conservèrent toujours cette règle fondamentale : une servitude est urbaine, ou rurale, suivant qu'elle appartient à des bâtiments, ou à un fonds non bâti.

Il est impossible, objectera-t-on peut-être, que le propriétaire du fonds dominant ait ainsi le droit de transformer à volonté une servitude rurale en servitude urbaine, au moyen de constructions qu'il entreprendra sur son fonds; le propriétaire du fonds servant serait alors à sa merci. — Cette objection tombe, pour peu qu'on y réfléchisse : la servitude constitue un rapport invariable entre deux fonds, et la volonté du propriétaire de l'un ou de l'autre n'a plus aucune efficacité, du moment que la constitution est un fait accompli; la servitude rurale reste rurale; si la transformation du fonds dominant empêche qu'elle ne soit utilement exercée en cet état, elle s'éteint.

Une difficulté bien plus sérieuse peut être élevée : la preuve, dira-t-on, que les Romains n'ont pas admis qu'une même servitude pût être constituée, tantôt comme urbaine, tantôt comme rurale, c'est qu'ils ont classé les diverses servitudes d'une manière invariable; ils ne disent jamais : telle servitude peut fonctionner tantôt comme rurale, tantôt comme urbaine, mais bien : *Servitutes rusticorum prædiorum sunt hæ :... Urbanorum prædiorum jura talia sunt :....* Voici les servitudes rurales :.... Voici les servi-

tudes urbaines :....; et les textes ne semblent pas supposer qu'une servitude puisse passer d'une classe dans l'autre. — La vérité nous semble être qu'en cela les Romains s'occupaient seulement du *plerumque fit*; ils regardaient quelle était, en général, pour telle ou telle servitude, la nature du fonds dominant; et ils négligeaient les cas exceptionnels. Il est certain, par exemple, que la plupart des servitudes citées comme urbaines ne se conçoivent pas établies en faveur d'un fonds non bâti : comment exercer au profit d'une terre en culture les *jura immittendi, protegenli, stillicidiorum, luminum, cloacæ, fumi immittendi*? — Et pour les servitudes *ne luminibus officiantur, prospectus*, n'est-il pas vrai que, dans l'immense majorité des cas, elles devaient être constituées au profit d'un bâtiment? — De même pour les servitudes qualifiées de rurales; ce n'est que dans un petit nombre de cas qu'elles fonctionnent pour l'avantage d'un édifice; ces cas exceptionnels, la pratique les a négligés; les jurisconsultes ont suivi la même voie, lorsqu'ils ont formulé la grande division des servitudes; sauf à étudier ensuite, à propos de chaque matière, les espèces qui pouvaient prêter à quelque doute.

Et nous trouvons dans les textes des exemples de servitudes généralement rurales, exceptionnellement constituées comme *jura prædiorum urbanorum*. Ainsi, dans la loi 20, § 1 D., VIII, 2. — Paul examine dans les paragraphes précédents et suivants diverses servitudes urbaines; dans le § 1, il s'exprime en ces termes : *Si domo mea altior area tua est, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset, vel gradus, vel clivos, propius januam meam jure facere possum : dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris*

causa demoliar. Ainsi, voilà un *jus itineris* classé parmi les servitudes urbaines, parce qu'il est établi au profit d'une maison. — Voici maintenant le langage d'Ulpien dans la loi 1, D. XLIII, 19: *Prætor ait: quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es: quominus ita utaris vim fieri veto.* — § 1. *Quod interdictum prohibitorium est, pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitudes.* L'emploi de l'interdit *de itinere actuque privato* ne se conçoit qu'au profit des trois servitudes de passage; si ces servitudes ne pouvaient être quelquefois urbaines, Ulpien ne prendrait évidemment pas la peine de dire; l'interdit s'applique aux seules servitudes rurales. Ce que veut dire le texte, c'est que l'interdit ne fonctionnera pour les servitudes de passage que lorsqu'elles seront établies en faveur de fonds ruraux. Et ce qui met, bien mieux encore, en lumière l'intention du jurisconsulte, c'est que, au titre suivant, traitant de l'interdit *de aqua quotidiana et æstiva*, il dit (l. 1, § 11): *Illud queritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quæ ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea quæ ad usum quoque et commodum nostrum? Et hoc jure utimur, ut hæc quoque contineatur. Propter quod etiam si in urbana prædia quis aquam ducere velit: hoc interdictum locum habere potest.* — *In urbana prædia ducere.... servitus urbano prædio debita....* (l. 6. D., XXIII, 5), *servitudes quæ ædificiis inhærent....* (Inst. II, 3, § 1), voilà des expressions qui, toutes, désignent des servitudes urbaines; nous sommes donc en droit de dire qu'Ulpien qualifie d'urbaine la servitude d'aqueduc établie pour le service d'une maison; il reconnaît directement un *aquæductus urbanus*, comme il a reconnu implicitement un *iter urbanum*; l'une de ces servitudes, plus usuelle, aura le

secours des interdits; l'*iter urbanum*, probablement moins usité, ne jouira pas de la même faveur.

Nous avons dit notre opinion, et les motifs sur lesquels elle repose; reste à parler des tentatives qui ont été faites pour donner un autre sens à la distinction des servitudes rurales et des servitudes urbaines. Inutile d'insister sur le système qui fait dépendre la classification des servitudes de la nature du fonds servant; cette opinion, si peu d'accord avec les habitudes de langage des Romains, semble aujourd'hui définitivement abandonnée. Voici, au contraire, deux interprétations qui comptent beaucoup de partisans.

1° Les servitudes rurales sont celles qui ne se rapportent point aux constructions, qui ont leur consistance dans l'idée de sol, indépendamment de toute superposition quelconque; tels sont les *jura actus, itineris, viæ, pas-cendi*, etc...; les servitudes urbaines sont celles, au contraire, qui ont leur élément essentiel dans l'idée de superficie, qui ne se conçoivent pas sans que cette idée vienne à l'esprit; tels sont les *jura oneris ferendi, tigni immittendi*, etc..... Sans doute, primitivement, la division des servitudes se basait surtout sur leur genre d'utilité; elles étaient dites rurales ou urbaines, suivant qu'elles avaient, ou non, pour but l'avantage de l'agriculture. Mais l'analyse des jurisconsultes leur démontra bien vite les défauts de cette division; et, tout en en conservant les termes, ils lui donnèrent une signification nouvelle; témoin Paul, qui nous dit dans la loi 3 D. VIII, 1: *Servitutes prædiorum alie in solo, alie in superficie consistunt*. La première classe est celle des servitudes rurales; la seconde celle des servitudes urbaines (l. 20, D. VIII, 2). Dans l'une, les servitudes qu'on peut concevoir sans avoir dans l'esprit

l'idée de superficie; dans l'autre, celles qui éveillent nécessairement cette idée. — Ce système, peut-être spécieux au premier abord, ne repose en réalité sur rien de sérieux: d'abord le sens de la loi 3 D. VIII, 1 est assez douteux; et il serait bien étonnant que ce texte, si court, et si peu précis, fût seul à témoigner d'un bouleversement, qui aurait enlevé à l'ancienne théorie des servitudes sa signification primitive. En supposant prouvé que Paul a divisé les servitudes d'après un nouveau point de vue, il resterait à démontrer que sa division correspond à l'ancienne. Ce rapport, rien ne l'établit, ni même ne le fait supposer. *Prædiorum urbanorum servitutes sunt quæ ædificiis inhærent*, disent les textes (Inst. II, 3, § 1). Or, même dans l'interprétation qu'on propose du texte de Paul, il faut reconnaître que les servitudes *altius non tollendi, ne prospectui officiat*, qui peuvent être établies tant en faveur d'un fonds non bâti qu'au profit d'une maison, sont des servitudes urbaines; elles ne peuvent se concevoir que comme la négation du droit de construire ou de planter, c'est-à-dire qu'elles font naître l'idée de superficie; si l'on se demande pourtant en quoi ces servitudes *ædificiis inhærent*, on est quelque peu embarrassé; à moins qu'on ne dise, suivant une expression spirituelle, que l'interdiction de bâtir équivaut à un bâtiment.

2° Un système, certainement moins subtil, plus logique et plus pratique, est celui qui distingue les servitudes suivant qu'elles consistent *in faciendo, in habendo, ou in prohibendo*. — Peu à peu, cette division aurait supplanté celle établie par les anciens Romains; les *jura prædiorum urbanorum* seraient, au temps des jurisconsultes classiques, les servitudes continues, c'est-à-dire celles consistant *in habendo, ou in prohibendo*; les *jura prædiorum rusticorum*

seraient les servitudes discontinues (*in faciendo*). — Cette classification est incontestablement très-logique; mais rien ne fait supposer que les Romains l'aient jamais admise; elle contrarie trop, et leur terminologie, et les textes, notamment celui que nous avons emprunté aux Institutes, pour qu'on puisse admettre l'identité des *jura prædiorum urbanorum* avec les servitudes continues, des *jura prædiorum rusticorum* avec les servitudes discontinues. Nous verrons, du reste, que cette division, reposant sur le caractère de continuité et de discontinuité, si elle n'a pas supplanté l'ancienne division, n'a pas été sans exercer quelque influence sur la matière des servitudes.

La loi 15, D. VIII, 1, suppose qu'un propriétaire, voulant s'assurer la conservation des eaux qui jaillissent dans son fonds, s'est fait promettre par le voisin : *jus sibi non esse in fundo suo aquam quærere*. Ce *jus non fodiendi* fera ressortir la différence pratique des divers systèmes dont nous venons de nous occuper. Dans quelle classe, en effet, rentrera cette servitude? — Admet-on notre point de vue, ce sera, tantôt un *jus prædiorum urbanorum*, tantôt un *jus prædiorum rusticorum*, cela, suivant que le fonds dominant sera, ou non, un terrain bâti. — Dans le premier des systèmes que nous avons réfutés, la servitude sera toujours rurale, puisqu'elle se conçoit sans éveiller l'idée de superficie; dans le système qui s'attache à la continuité ou à la discontinuité, la servitude sera toujours urbaine, car elle consiste *in prohibendo*.

La division des servitudes en urbaines et prédiales avait trois conséquences pratiques importantes :

1° Les servitudes rurales étaient classées parmi les *res mancipi*, les servitudes urbaines parmi les *res nec mancipi*.

Cette différence tenait évidemment à l'importance agricole des *jura praediorum rusticorum*; on les avait considérés comme faisant partie des *res pretiosiores*, dont la transmission exigeait des solennités spéciales. Mais, au fond, la décision romaine se justifiait assez mal, puisque les servitudes sont des droits incorporels, c'est-à-dire non susceptibles d'être transmis par la tradition, ou une forme équivalente; la *cessio in jure*, seule admise pour les servitudes urbaines, présentait des éléments de publicité et de solennité aussi grands que la mancipation. Lorsqu'il s'agissait de choses matérielles, dont le titulaire pouvait changer par le seul effet de la tradition, il était naturel de voir le législateur exiger un mode plus solennel pour celles de ces choses qu'il considérait comme les plus précieuses; mais là où la tradition était inefficace, il importait médiocrement que le droit fût qualifié de *res mancipi*, ou de *res nec mancipi*. Du reste, la *mancipatio* et l'*in jure cessio* tombèrent bien vite en désuétude, du moment que la quasi-possession et la quasi-tradition purent constituer des servitudes.

2° Les servitudes rurales sont susceptibles d'être *hypothéquées*; les servitudes urbaines ne le sont pas: pour les premières, l'hypothèque ne peut exister que si le créancier a un fonds voisin; et, alors, elle aura deux effets successifs: jusqu'à l'échéance, le créancier aura le droit d'user de la servitude au profit de son fonds; après l'échéance, il pourra vendre le droit à l'un des voisins intéressés à l'acheter (l. l. 11, § 3, et 12, D. XX, 1).

Avant d'établir cette opinion, qui nous paraît résulter des textes, disons qu'elle est rejetée par la majorité des jurisconsultes. D'après eux, il ne s'agirait point de l'hypothèque d'une servitude existante, mais bien du droit,

accordé au créancier, de créer, en faveur d'un fonds voisin, une hypothèque sur le fonds de son débiteur. Jusqu'à l'échéance, le créancier pourrait faire sur ce fonds les actes que justifierait un droit de servitude; lors de l'échéance, il constituerait véritablement le droit au profit d'un voisin, et, comme compensation, obtiendrait naturellement de celui-ci le paiement d'une partie de la dette. Il y aurait là un moyen de crédit ne dérogeant que peu aux règles générales. L'hypothèque d'une servitude existante ne saurait, au contraire, se concevoir : la servitude est un rapport entre deux fonds, et l'on ne peut modifier les termes de ce rapport, sans anéantir le droit lui-même.

Nous n'hésitons pas à rejeter toute cette théorie ; elle repose sur une pure hypothèse, qu'aucun texte n'appuie, et qui, en elle-même, est assez invraisemblable. Le contrat dont nous nous occupons a été reconnu valable, *propter utilitatem contrahentium*, nous disent les textes. Il paraît difficile d'admettre que la concession du droit de constituer une servitude ait pu avoir jamais ce caractère d'utilité : le propriétaire d'un fonds cherche à emprunter ; mais il ne veut pas, pour obtenir crédit, engager toute sa propriété ; il accorde donc à son prêteur le droit éventuel de concéder une servitude sur le fonds, jusqu'alors libre de toute charge de ce genre. Conçoit-on une pareille façon de procéder ? N'est-il pas bien plus simple de s'adresser directement à ceux des voisins qui peuvent avoir intérêt à acquérir la servitude ? Ils en donneront un prix supérieur à la somme qu'eût pu prêter un créancier ayant, pour toute sûreté, les chances d'une vente, qui se fera peut-être à vil prix. — Mais, dira-t-on, le but ne sera pas atteint ; le propriétaire du fonds n'entend pas constituer une servitude ; il cherche uniquement un moyen

de crédit actuel, et il compte payer assez tôt pour empêcher son fonds d'être grevé.— Cette intention est, en effet, fort probable; mais rien n'empêche de la remplir: il suffit, pour le propriétaire, de concéder la servitude, en en stipulant l'extinction au jour du remboursement du prix payé par le titulaire. Cette condition *ad quam*, nulle en droit strict, est parfaitement valable dans le droit prétorien, tout puissant à une époque où l'hypothèque a déjà obtenu droit de cité (l. 4, D. VIII, 1; l. 86, § 4, D. XLV, 1); la condition permettra d'opposer une exception de dol, ou de pacte, à l'*actio confessoria* intentée après l'événement; et le propriétaire, qui cherchait à se procurer du crédit, en aura obtenu, tout en évitant des frais et des circuits inutiles. Ainsi, pratiquement, le moyen de crédit supposé par les commentateurs n'a pas de sens; il n'a certainement jamais existé. Du reste, il ne cadre point avec les termes employés par les textes.

Le § 2 de la loi 11, D. XX, 1 pose la question de savoir si l'usufruit, isolé du droit de propriété, c'est-à-dire déjà constitué, est susceptible d'être hypothéqué; et il répond affirmativement. Le paragraphe suivant se pose la même question en ce qui concerne les servitudes urbaines, et il répond négativement. Est-il admissible que, dans la même loi, dans deux paragraphes consécutifs, le même jurisconsulte entende l'expression *hypothèque* dans deux sens différents? — Evidemment non; d'autant plus qu'on ne voit pas en quoi le mandat de constituer une servitude ressemble le moins du monde à une hypothèque. Il faut donc accepter le sens ordinaire du mot, le seul sens juridique. Les servitudes urbaines ne peuvent être hypothéquées, dit le jurisconsulte; on pourrait déjà en conclure que les servitudes rurales peuvent l'être; mais,

pour que tout doute soit levé, la loi 12 ajoute : *Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait : ut talis pactio fiat, (ut) quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat : et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat? Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.* Ce texte ne nous paraît pas laisser de place au doute : les servitudes rurales peuvent être hypothéquées ; jusqu'à l'échéance, le créancier, s'il a un fonds voisin, exercera le droit au profit de ce fonds ; après l'échéance, il vendra la servitude à un voisin.

Peut-être ne sera-ce par là un excellent moyen de crédit ; mais on peut, à la rigueur, en comprendre l'utilité. Le propriétaire d'un fonds, auquel est attachée une servitude, cherche à se procurer de l'argent ; mais il ne veut pas engager sa propriété elle-même : il ferait, au contraire, volontiers le sacrifice de la servitude active dont il est le titulaire. Dans cette situation, il peut s'adresser au propriétaire du fonds grevé, et lui proposer la remise du droit moyennant le paiement d'une certaine somme ; seulement, il est à craindre que ce propriétaire, abusant de la situation, ne propose qu'un prix dérisoire : il sait que lui seul peut acquérir la servitude, ou, plus exactement, l'éteindre. Pour parer à cet inconvénient, le législateur organise une sorte de concurrence : on ne pourra pas, *ab initio*, vendre la servitude à un voisin : mais on pourra la lui hypothéquer, de telle façon que, en dernière analyse, et après la vente qui suivra l'échéance de la dette, le résultat sera le même : la servitude sera transportée à un nouveau fonds. On le comprend, la crainte d'une pareille éventualité engagera le proprié-

taire du fonds grevé à offrir un prix convenable, et à obtenir ainsi la remise de la servitude; en somme, la faculté d'hypothéquer aura augmenté le crédit du propriétaire du fonds dominant; il y aura eu véritablement *utilitas contrahentium*. Si la même solution n'est pas donnée pour les servitudes urbaines, c'est que la plupart de ces *jura prædiorum* n'ont d'utilité que pour le fonds en faveur duquel ils ont été constitués *ab initio*; on ne conçoit même pas qu'ils soient transportés d'un fonds à l'autre: le *jus oneris ferendi*, par exemple, utile pour l'un, ne le sera pas pour l'autre; au contraire, les servitudes rurales, droits de passage, de pacage, *haustus aquæ*, etc., sont utiles à tous les fonds, quelle qu'on soit la situation.

La grande objection à la théorie de l'hypothèque des servitudes, telle que nous l'entendons, est tirée de la fixité du rapport que constitue la servitude: vouloir transporter l'un de ces droits d'un fonds à l'autre, c'est vouloir l'anéantir. — Rien de plus certain, en effet, en pur droit civil; mais, les textes le disent expressément, il est fait ici une dérogation motivée par l'utilité; nous sommes en plein droit prétorien; et nous savons que les magistrats romains arrivaient bien souvent, non-seulement à tourner, mais même à battre directement en brèche le droit civil. Du reste, les détails manquent sur cette hypothèque, qui aboutissait à transférer le bénéfice de la servitude d'un fonds à un autre; il est fort possible que certaines dispositions de détail protégeassent l'intérêt du fonds grevé; il se peut notamment que l'étendue de la servitude, transportée à un nouveau fonds, fût réglée d'après les besoins du fonds dominant primitif; ce tempérament semble assez conforme à l'esprit d'équité qui

régnait généralement dans la législation prétorienne.

3° Les servitudes rurales s'éteignent par le *non usus* ; quant aux servitudes urbaines, il faut, de plus, une *usucapio libertatis* (1). Si, par exemple, pendant le cours d'un certain délai, qui a varié de deux à dix et vingt ans, une servitude de passage n'a pas été exercée, elle se trouve éteinte ; le titulaire n'a pas usé de son droit ; il l'a perdu par là même (Paul Sent. I, 17, §§ 1 et 2 ; — l. 13, C. III, 33). Tout autre est la situation pour une servitude urbaine ; mes vues donnent sur le fonds voisin, dont le propriétaire m'a concédé un *jus altius non tollendi*, ou un *jus ne luminibus officiatur*. Je reste plusieurs années sans ouvrir mes fenêtres ; la servitude est-elle perdue ? — Non ; il faut, de plus, une *usucapio libertatis* ; il faut que le voisin élève sa maison au delà de la hauteur convenue, ou m'enlève le jour par ses plantations ; en un mot, il doit créer un état de lieux qui constitue un obstacle absolu à l'exercice de la servitude, et qui soit la négation de ce droit ; c'est du jour seulement, où il l'aura fait, que courront les délais.

La loi 6, D. VIII, 2, le dit positivement, ce sont les servitudes urbaines qui requièrent, pour leur extinction, une *usucapio libertatis* ; les servitudes rurales perdent leur existence par le seul effet du *non usus* ; c'est une *dis-similitudo*, une différence entre les deux classes de servitudes. Pourquoi cette différence ? — La réponse nous

(1) Au point de vue de l'acquisition par la prescription, aucune différence n'était faite entre les deux classes de servitudes ; l'*usucapio* était proscrite par la loi *Scrubonia*, tant pour les *jura prœdiorum urbanorum* que pour les *jura prœdiorum rusticorum* ; pour les uns et les autres, le droit prétorien admit la *quasi possessio longi temporis*.

paraît impossible à fournir, si l'on veut appliquer à la lettre le texte dont nous nous occupons. Pourquoi le *non usus* éteindrait-il un *jus itineris* constitué au profit d'un champ, et laisserait-il subsister le *jus itineris* attaché à une maison d'habitation ? — Il n'en peut être donné aucun motif satisfaisant. Aussi croyons-nous que, sans le dire formellement, les jurisconsultes romains s'étaient attachés aux caractères plus essentiels des servitudes ; ils avaient reconnu que certains des *jura praediorum* nécessitent toujours le fait actuel de l'homme ; que cette intervention du titulaire constitue, pour ainsi dire, la servitude elle-même ; s'agit-il, par exemple, d'un *jus itineris*, si le titulaire ne passe pas, que reste-t-il du droit ? Quelles traces en reconnaît-on ? — Tout au contraire, certaines servitudes consistent, avant tout, dans un certain état de superficie ; elles exigent des travaux ; lors même que le propriétaire du fonds dominant n'en tire pas tout l'avantage qu'il aurait le droit d'en tirer, les ouvrages établis sur le fonds servant restent, pour témoigner de l'existence de la servitude. On peut supposer encore qu'il s'agit du droit d'interdire au voisin certains travaux ; tant que ces travaux ne sont pas entrepris, la servitude s'exerce, pour ainsi dire, elle-même. Vous êtes grevé d'un *jus altius non tollendi* ; tant que vous n'élevez pas vos constructions, l'exercice de la servitude, c'est précisément votre inaction. Dans ces deux cas, il faut, pour permettre la prescription, une sorte d'intervention de la possession, un changement dans l'état des lieux. D'un côté, donc, les servitudes *in faciendo*, exigeant, pour leur exercice, le fait actuel de l'homme, et s'éteignant si ce fait manque pendant un certain temps ; le *non usus* a un entier effet. D'autre part, les servitudes

in habendo et in prohibendo, supposant un état de lieux qui constitue une sorte de possession, d'exercice de la servitude par elle-même; l'*usucapio libertatis* sera seule susceptible de changer la situation, et de faire courir les délais. La continuité et la discontinuité sont opposées l'une à l'autre, et influent logiquement sur les modes extinctifs des servitudes.

Cette division, si facile à justifier, ne supplanta pas, en général, dans la théorie romaine, la division des *jura prædiorum urbanorum* et des *jura prædiorum rusticorum*. Mais il nous paraît que, exceptionnellement, les jurisconsultes en tinrent grand compte au point de vue de l'extinction des servitudes. Sans doute la loi 6, D. VIII, 2, ne parle que des servitudes urbaines, et des servitudes rurales; mais ce texte ne vise que le *plerumque fit*: il est certain que le caractère de continuité se retrouve presque toujours dans les servitudes urbaines, et celui de discontinuité dans les servitudes rurales; Gaius néglige les exceptions, et, se plaçant au point de vue pratique, il dit que l'*usucapio libertatis*, requise pour l'extinction des servitudes urbaines, ne l'est pas pour celle des servitudes rurales. Mais la discontinuité peut exister dans les servitudes urbaines, par exemple dans un *iter urbanum*; la continuité peut se trouver dans une servitude rurale, par exemple dans le *jus non fodiendi* tendant à sauvegarder l'irrigation de mes champs. L'*usucapio libertatis* sera-t-elle requise dans le premier cas, et non dans le second? — Nous ne le croyons pas. Quoique la théorie romaine des servitudes pèche en plus d'un point, elle n'aurait pas admis une décision aussi illogique; elle s'attache d'abord à la division des *jura prædiorum urba-*

norum et jura prædiorum rusticorum; mais sauf ensuite à rectifier cette règle, généralement vraie, en tenant compte du caractère de continuité, et en en faisant dépendre la nécessité de l'*usucapio libertatis*. C'est, paraît-il, ce qu'a voulu exprimer Paul, dans la loi 20, D. VIII, 2 : *Servitutes, quæ in superficie consistunt, possessione retinentur*. Là où le fait de l'homme n'est pas nécessaire, pour que la servitude puisse être exercée, là où il y a un état de superficie constituant la servitude, l'*usucapio libertatis* est le seul mode d'extinction admis. Telle est l'idée fondamentale, qui ne fut pas, du reste, toujours appliquée avec logique, et sans subtilité; les décisions des lois 2, D. VIII, 6; 1, § 21, D. XLIII, 20; celle même de la loi 6, D. VIII, 2, relative à la servitude *oneris ferendi*, seraient peut-être assez difficiles à justifier.

Nous avons vu quels sont les caractères essentiels des servitudes prédiales, quels principes les régissent, et quelle classification les Romains en avaient faite. Il serait intéressant aussi d'en étudier les modes de constitution et d'extinction, de rechercher comment la quasi-possession en était protégée, et quelles actions pétitoires s'y rapportaient. Mais cette étude exigerait des développements que ne comporte pas ce travail.

DROIT FRANÇAIS

DE LA PROPRIÉTÉ
DES EAUX DE SOURCE

On appelle *source* l'endroit où l'eau s'échappe du sol, ce que les Romains nommaient *caput aquæ* (l. 1, § 8, D. XLIII, 20).

Le propriétaire du sol où se trouve la source est déclaré par la loi propriétaire de la source elle-même, et de l'eau qui en jaillit (art. 641, 643, C. civ.). Il a donc sur l'eau de source le droit le plus absolu; il peut s'en servir pour tous les usages; il peut la consommer entièrement, ou même la perdre; il est libre de céder son droit à un tiers: en un mot, il a le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi*. Préfère-t-il, au contraire, ne pas user de l'eau, ou ne pas en consommer la totalité, il peut la laisser s'écouler sur les héritages inférieurs, qui sont obligés de la recevoir (art. 640).

Au pouvoir absolu du propriétaire de la source, deux restrictions seulement: 1° Ses droits peuvent être limités,

et même anéantis par les droits opposés qu'acquièrent souvent sur l'eau certaines personnes, riveraines ou non (art. 641, 642). 2° Le cours de la source ne peut être changé, s'il fournit à une agglomération d'habitants l'eau qui lui est nécessaire (art. 643).

Tels sont, d'une façon générale, les droits du propriétaire de la source ; telles sont les restrictions que peuvent subir ces droits. Reprenons maintenant chacun des traits de cette rapide esquisse.

CHAPITRE PREMIER.

DROITS DU PROPRIÉTAIRE DE LA SOURCE.

Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté (art. 641); aux termes de l'article 643, il en est propriétaire. Ce droit était déjà reconnu par la législation romaine et les Coutumes ; dans le système du Code civil, il est une conséquence de cette disposition de l'article 552 : *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*. L'eau de la source se trouvait au-dessous d'une propriété privée ; elle en était un accessoire ; et elle conserve ce caractère après même qu'elle a jailli ; *portio enim agri videtur aqua viva* ; l'eau vive n'est qu'une partie du champ ; elle est comprise dans la propriété du champ lui-même (art. 643). *Accessorium sequitur principale*.

Ainsi le Code civil constitue sur l'eau de source un droit de propriété ; et, aux termes de l'article 544, *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de*

la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi, ou par les règlements. C'est ce qu'exprime avec moins de force l'article 641, complété du reste par l'article 643, lorsqu'il dit : Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté.

Ce droit absolu du propriétaire lui permet d'employer la source à tel usage qu'il lui convient : les riverains inférieurs ne seront pas admis à s'y opposer; eussent-ils joui depuis un temps immémorial, ils n'ont aucun droit. — L'eau pourra, sur le fonds de la source, servir à l'irrigation, et être tout entière consommée par cet usage; on pourra aussi en faire un moteur industriel, l'utiliser pour les usages domestiques, ou encore s'en servir dans un but d'agrément, établir des bassins, des jets d'eau, des cascades. Bien plus, on pourra en mésuser; libre au propriétaire de retenir l'eau, de la refouler dans la terre, s'il en a les moyens; libre à lui de la dériver dans un torrent, ou de la faire perdre dans des sables, de façon que personne ne puisse en profiter. Le propriétaire a un droit absolu, sans contrôle; l'intérêt des riverains inférieurs ne peut prévaloir contre son droit (Rouen, 20 août 1873).

Telles sont les conséquences qui découlent de la combinaison des articles 641, 643 et 644. La décision du droit romain était moins rigoureuse : le propriétaire de la source avait le droit d'en faire tel usage que bon lui semblait; il lui était loisible d'en priver les riverains inférieurs, sans que ceux-ci pussent l'en empêcher (l. 24, § 12, D. XXXIX, 2; l. 10, C. III, 34); ses actes étaient légitimes et inattaquables; mais les jurisconsultes faisaient une réserve : *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecerit* (l. 1, § 12, D. XXXIX, 3).

Ainsi, droit absolu du propriétaire, pourvu qu'il en use d'une façon utile à son fonds; du moment qu'il agit, non pas dans son intérêt, mais pour nuire à son voisin, pour le priver du bénéfice des eaux, la loi l'abandonne, et ouvre contre lui l'*actio de dolo; malitiis non est indulgendum*.

La décision romaine passa dans notre ancienne jurisprudence; Bretonnier (1) pose au droit du propriétaire la même limite que les jurisconsultes de Rome: *Pourvu qu'il le fasse pour son utilité, et non pas dans le dessein et uniquement pour nuire à son voisin*.

On a prétendu que cette doctrine a passé aussi dans le Code civil, et que l'article 641 en est l'expression. Quel droit accorde ce texte au propriétaire du fonds où se trouve la source? Un droit d'usage, droit d'usage aussi étendu que possible, mais contenu pourtant dans ses limites naturelles. Le propriétaire pourra user, c'est-à-dire se servir de sa chose comme il voudra, en se conformant aux règles de la raison et de la justice; mais l'intention de nuire aux riverains inférieurs n'est pas un intérêt avouable; elle doit être réprimée comme un abus; mésuser d'une chose, ce n'est plus en user. Tel était le point de vue des rédacteurs de l'article 641: dans la discussion au Conseil d'Etat, MM. Berlier et de Malleville déclarèrent que la propriété des eaux de source est une propriété d'une espèce particulière, et que celui, dans le fonds duquel l'eau surgit, n'a pas le droit d'en priver arbitrairement les fonds inférieurs. Et Tronchet ajouta à cette opinion le poids de son autorité (Loché, VIII, 334-337).

(1) Bretonnier sur Henrys, Recueil d'arrêts, suite du livre IV, question 180.

Il faut rejeter cette manière de voir, et maintenir le droit absolu du propriétaire. Le texte de l'article 641 n'a pas le sens restrictif qu'on veut lui donner, car il permet à celui qui a une source dans son fonds *d'en user à sa volonté*; nous avons dit, du reste, que l'article 643 établit un véritable droit de propriété sur les sources, c'est-à-dire qu'il donne, aux termes de l'article 544, le droit d'en disposer de la manière la plus absolue. Quel que soit le respect dû aux noms de MM. Berlier, de Malleville et Tronchet, il faut reconnaître que c'est tout à fait incidemment qu'ils ont, dans la discussion au Conseil d'Etat, traité de notre question; c'est à propos de la prescriptibilité des eaux de source, qu'ils en sont arrivés à parler de l'article 645, (7 du projet); et, se plaçant à un point de vue très-inexact, ils ont considéré que cet article permet aux tribunaux de régler les rapports entre les fonds où naissent les sources et les fonds inférieurs. C'est là une erreur: l'article 645 donne aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire dans les contestations entre riverains; la justice doit alors concilier, dans la mesure du possible, des droits dont aucun n'exclut les autres; là, au contraire, où l'un peut user des eaux à sa volonté, on ne conçoit pas de règlement, c'est-à-dire de partage (Cass. 29 janv. 1840). Aussi Cambacérès, poursuivant la discussion au Conseil d'Etat, fait-il la déclaration suivante: « En se réglant par les principes, on ne peut pas mettre en question si une source est une propriété; et, par une suite nécessaire, on ne peut refuser au propriétaire le droit d'en disposer à son gré. L'écoulement des eaux par le fonds inférieur n'apporte pas de modifications à ce droit. Hors le cas d'utilité publique, et lorsqu'il n'y a en jeu que l'intérêt

des particuliers possédant des fonds inférieurs, rien ne peut plus balancer les droits du propriétaire. »

Le système du Code civil exclut donc les tempéraments, par lesquels le droit romain et l'ancienne jurisprudence française restreignaient le droit à l'eau de source; ce droit est aujourd'hui sans limites. La nouvelle décision est-elle préférable à l'ancienne? — On l'admet généralement; et, pour l'établir, on se fonde sur l'inviolabilité absolue du droit de propriété: on peut user de sa chose comme on le juge à propos, bien ou mal; personne n'a qualité pour demander compte à un propriétaire de la façon dont il administre ses biens; le droit de propriété exclut toute immixtion des tiers.

En ce qui concerne la matière dont nous nous occupons, cette argumentation nous paraît contestable; il ne devrait pas y avoir de propriété des eaux de source; ou, si l'on veut admettre un droit semblable, ce ne devrait pas être, du moins, une propriété ordinaire. Si l'eau de la source était le produit du fonds où elle jaillit, on comprendrait le droit d'user et de mésuser; mais la source ne s'est point formée sous ce fonds; elle provient de nappes d'eau souterraines, que des étendues considérables de terrains servent à alimenter. Sans doute elle jaillit au milieu d'un fonds; mais est-ce une raison pour que le propriétaire de ce fonds soit seul à y avoir des droits? Est-ce une raison pour qu'il puisse la supprimer? Peut-on dire que les eaux courantes ont été créées pour une jouissance aussi exclusive? — Nous ne le croyons pas: on pouvait donner au propriétaire le droit d'user de l'eau aussi largement que son intérêt le demanderait; on pouvait lui permettre d'en user même pour son agrément, et d'une façon privilégiée; mais le législateur

n'aurait pas excédé son pouvoir, en maintenant le droit du propriétaire dans les limites de son intérêt; rien n'empêchait d'arrêter les entreprises faites *animo nocendi*; ce n'aurait pas été porter atteinte au droit de propriété : une source n'est pas le produit d'un seul fonds; rien d'injuste à ce que l'utilité n'en soit pas restreinte à un seul fonds (1).

En vertu de la loi du 21 avril 1810, les propriétaires d'un terrain peuvent voir concéder à d'autres l'exploitation des richesses minérales qui se trouvent sous leurs fonds : c'est là une dépossession bien plus grave que ne le serait une simple limitation apportée à la propriété des eaux de source. C'est sous le fonds même que les couches de houille se sont formées; elles en font partie, bien plus que l'eau d'une source qui y jaillirait; et pourtant le législateur n'a pas hésité à prononcer, dans l'intérêt général, une sorte d'expropriation. Quant aux eaux de source, il faudrait, croyons-nous, revenir à la législation romaine; qu'on fasse, si l'on veut, au propriétaire de la source la part aussi large que possible; mais qu'on permette également aux tribunaux de réprimer les entreprises d'un caractère vexatoire. De leur nature, les eaux courantes sont faites pour l'usage commun; les propriétaires inférieurs ne devraient pas être laissés à la merci du propriétaire de la source.

Quelle que soit la valeur intrinsèque du système du Code, ce système existe, et l'on ne saurait en répudier les conséquences. Nous avons dû reconnaître au proprié-

(1) L'article 560 du Code Charles Albert admet ce point de vue; mais il astreint les propriétaires inférieurs, qui empêcheraient le propriétaire de la source d'en mésuser, à lui payer une indemnité. En législation, cette nécessité ne nous paraît même pas justifiée.

taire du fonds où jaillit la source le droit d'en refouler les eaux dans le sein de la terre, ou de les faire perdre dans les sables ; de les rejeter, sans aucune utilité pour lui, et au grand détriment des riverains inférieurs, dans un flouve ou dans un torrent voisin. Propriétaire, il peut faire de sa chose ce qu'il veut ; s'il peut l'anéantir, ce qui est presque unanimement reconnu, comment lui refuser le droit de l'accéder à des tiers ? — On ne le saurait.

Le propriétaire d'un fonds y ouvre une carrière ; personne ne lui conteste le droit d'aliéner les matériaux qu'il en extrait ; on ne conteste pas davantage à un propriétaire de forêts le droit de vendre ses coupes de bois : ils sont propriétaires ; ils ont donc le *jus abutendi*. La loi consacre la propriété des eaux de source (art. 643) ; c'est reconnaître le droit de disposition le plus absolu (art. 544). — Voilà quels sont les principes, et aucun texte n'y a dérogé.

Le propriétaire de la source pourra céder son droit, en tout ou en partie ; il pourra le céder, soit à des riverains, soit à des non-riverains ; à des fonds contigus à celui où naît la source, comme à des fonds non contigus. A cela, en dehors de l'application des articles 642 et 643, une seule limitation ; c'est celle résultant de l'article 644. Ce texte s'occupe du cas où l'eau a quitté le fonds du propriétaire de la source ; elle coule sur les fonds inférieurs : ceux-ci ont reçu du législateur des droits d'usage importants ; mais l'eau courante n'est pas pour eux un objet de propriété. La riveraineté a commencé ; et chacun des riverains a des droits inhérents à exclure le droit des autres : les tribunaux concilieront, dans la mesure du possible, les intérêts contraires (art. 645).

Dépendra-t-il donc du propriétaire de la source de modifier, par une simple concession, tous les droits reconnus par la loi, ou déclarés par les tribunaux? Pourra-t-il décider que tel riverain, qui jouissait d'une certaine quantité d'eau, aura droit pour l'avenir à un volume plus ou moins considérable? Pourra-t-il, maintenant son cours à l'eau de la source, transformer la riveraineté légale en une riveraineté conventionnelle, dépendant de son bon plaisir? — A ces diverses questions, il faut répondre négativement. Une fois l'eau sortie de son fonds, le propriétaire de la source n'y a plus aucun droit; cette eau est une *res nullius*, dont l'usage est réglé par la loi, par les arrangements conclus entre riverains, ou enfin par les tribunaux.

Quel est donc le droit du propriétaire de la source? — Il peut disposer de l'eau, avant qu'elle sorte de son fonds; sur sa propriété même, il en détournera le cours; au cours naturel, il substituera un cours artificiel; l'eau se dirigeait vers le sud, il la conduira au nord, ou vers tout autre point; et, alors, il pourra la céder comme il l'entendra, puisqu'il en disposera, non pas après qu'elle sera sortie de son fonds, mais dans l'intérieur même de ce fonds, où la prise d'eau sera établie. Et les anciens riverains ne pourront se plaindre. L'article 644 leur donne des droits, mais seulement sur l'eau une fois sortie du fonds de la source, en supposant qu'il en sorte; ils ont des droits sur cette eau vis-à-vis de leurs coriverains; ils n'en ont aucun à l'égard du propriétaire de la source, qui ne leur doit pas compte de l'exercice de son *jus abutendi*; du moment que l'eau a été détournée de son cours naturel avant le commencement de la riveraineté, le droit de disposition n'a plus d'entraves.

Telle est, croyons-nous, la distinction fondamentale : voici les conséquences qui en résultent.

1° Non-seulement tous les fonds appartenant au propriétaire de la source, et contigus à celui où elle jaillit, ont sur l'eau un droit absolu; mais les fonds non contigus appartenant au même propriétaire peuvent acquérir un droit non moins étendu; il suffit, pour cela, qu'une conduite, ou un aqueduc, prennent l'eau dans le fonds où jaillit la source, l'enlèvent à son cours naturel, et, la portant directement sur l'héritage non contigu, relient ainsi, au point de vue des eaux, des fonds en réalité séparés l'un de l'autre. La Cour de cassation a notamment admis cette manière de voir dans une espèce, où le propriétaire du fonds de la source était, en même temps, propriétaire d'un autre fonds, séparé du premier par un chemin public; les eaux, sortant du fonds supérieur, tombaient sur le chemin, et, en suivant la pente, se dirigeaient vers des terrains qui appartenaient à des tiers : le propriétaire de la source fit construire un aqueduc au-dessus du chemin, et transmit directement l'eau au fonds qu'il possédait de l'autre côté; il en priva par là les terres qui en avaient joui jusqu'alors; l'arrêt de la Cour a reconnu qu'il n'avait fait, en agissant ainsi, qu'user de son droit de propriété (Cass., 9 décembre 1862).

2° Ce que le propriétaire de la source peut faire en faveur de l'un de ses fonds, il peut le faire en faveur d'un fonds, contigu, ou non, appartenant à un tiers (Cass., 19 juillet 1837, et 20 juin 1842). La condition de ce droit de disposition est toujours la même : il faut que la prise d'eau soit établie sur le fonds où naît la source; il faut, d'autre part, que l'eau ne soit pas abandonnée à son cours naturel, qu'on la dérive au contraire, et qu'on l'enlève à

son ancien lit. Du moment que l'eau se trouve dans le lit qu'elle avait avant l'acte de disposition intervenu, cet acte perd tous ses effets : la riveraineté reprend son empire ; établie par la loi, elle ne peut être modifiée par les conventions d'un tiers non riverain. — Le droit absolu, que peuvent se faire concéder sur l'eau des propriétaires autres que celui du fonds où naît la source, a une grande importance, surtout depuis la loi du 29 avril 1845 (1),

(1) Voici les innovations créées par la loi du 29 avril 1845 :

Art. 1. Tout propriétaire qui veut 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. — Sont exceptés de cette servitude, les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations.

Art. 2. Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due. — Seront également exceptés de cette servitude, les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations.

Art. 3. La même faculté de passage sur les fonds intermédiaires pourra être accordée au propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie, afin de procurer aux eaux nuisibles leur écoulement.

Sur ce texte nous ferons seulement les remarques suivantes : 1° A la différence de ce qui a lieu lorsqu'un propriétaire enclavé réclame sur les fonds voisins une servitude de passage (art. 682), les tribunaux ont ici un pouvoir d'appréciation ; ils verront si l'intérêt de la personne qui réclame le droit de conduire ses eaux (art. 1), ou de les faire écouler (art. 2 et 3) à travers les fonds voisins est suffisamment justifié. 2° L'intérêt agricole est seul pris en considération pour l'établissement des servitudes des articles 1 et 2 ; pour la servitude de l'article 3, l'intérêt d'un fonds non cultivé peut y donner lieu. 3° Les fonds, à travers lesquels l'eau destinée à l'irrigation sera conduite, n'auront pas le droit d'en user. 4° Les propriétaires de ces fonds recevront toujours une indemnité (art. 1) ; ceux des fonds grevés d'une servitude d'écoulement en recevront une s'il y a lieu ; souvent, en effet, le cours des

permettant d'acquérir sur les fonds intermédiaires une servitude d'aqueduc.

En résumé, le propriétaire de la source a un droit absolu sur l'eau, tant qu'elle n'a pas quitté, soit le fonds où se trouve la source, soit les fonds contigus ayant le même titulaire, soit enfin les fonds non contigus lui appartenant aussi, et reliés directement au premier par une conduite, ou un aqueduc empêchant la riveraineté de naître ; du moment, au contraire, que la riveraineté existe, du moment qu'il y a, à la suite du fonds de la source, un fonds appartenant à un tiers, et non assujéti, le droit de disposition disparaît ; l'article 644 seul s'appliquera (Cass., 28 mars 1849). Le propriétaire peut également disposer de son droit en faveur de tiers, qui, à leur tour, pourront le céder ; mais toujours à la même condition, à savoir que la riveraineté ne soit pas créée.

Même ainsi restreint, le droit du propriétaire du fonds où jaillit la source est-il bien justifié ? — Cela est fort douteux. Nous l'avons dit, rien ne forçait le législateur à donner au premier fonds le droit d'enlever tout le bénéfice de l'eau aux héritages qui en devaient le plus naturellement profiter ; il aurait été bien plus sage, tout en faisant au propriétaire du fonds où naît la source une situation privilégiée, de laisser subsister, en face de son droit, le droit des propriétaires inférieurs, et d'admettre l'application, dans une certaine mesure, de l'article 648 : les tribunaux auraient eu le pouvoir de faire entre les intéressés un règlement de jouissance : l'eau courante aurait été véritablement considérée comme une *res nul-*

eaux à travers leurs champs, loin de leur nuire, leur procurera un véritable avantage.

lius, non susceptible d'une véritable appropriation. Quoi qu'il en soit, tel n'a pas été le point de vue de la loi.

Le propriétaire du fonds où naît la source peut vouloir ne pas se servir des eaux, ou n'en absorber qu'une partie; sera-t-il pourtant forcé d'en retenir la totalité sur son fonds? — Le législateur ne pouvait l'exiger; de là l'article 640: *Les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement; le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.*

Par ce texte, que nous examinerons au seul point de vue des eaux de source, le propriétaire est donc autorisé, après s'être servi des eaux, à laisser ce qu'il en reste s'écouler sur le fonds inférieur. C'est là une des servitudes légales mentionnées par le Code. En réalité, ce n'est pas une véritable servitude; ce n'est pas une exception au droit commun; c'est plutôt le droit commun même de la propriété. Les eaux doivent nécessairement couler suivant leur pente naturelle; si les fonds inférieurs prétendaient s'opposer à leur cours, les fonds supérieurs se trouveraient submergés; on en arriverait à un état de guerre incompatible avec le bon ordre et une saine organisation de la propriété. L'article 640 n'établit pas une servitude; il se borne à reconnaître une de ces obligations de voisinage, indépendantes de la volonté du législateur, car elles ont toujours existé, et existeront toujours. Comme on l'a fait remarquer, ces nécessités de voisinage sont si peu des servitudes, que, si la convention y déroge pour un cas spécial, le nouvel état de droit cons-

titué par les parties sera précisément une servitude, une exception au droit commun, et aux lois de la nature. Cette remarque est importante; elle permet, en effet, de décider que les règles des servitudes conventionnelles ne seront pas applicables aux droits reconnus par l'article 640; et nous verrons qu'il y a grand intérêt à le constater.

Quel que soit le dominage causé par les eaux au propriétaire inférieur, celui-ci sera forcé de les recevoir; et il n'aura droit à aucune indemnité; *non aqua, sed natura loci nocet* (l. 1, § 14, D. XXXIX, 3).

Cette nécessité est imposée à tous les fonds (1); peu importe qu'ils soient clos, ou qu'ils ne le soient pas; une clôture existe-t-elle, le propriétaire supérieur a le droit d'exiger qu'il y soit fait telles ouvertures qu'il sera nécessaire, pour que l'écoulement ait lieu d'une façon normale; s'agit-il d'une clôture projetée, il pourra exiger que tout soit construit de prime abord, de manière que l'intégrité de son droit soit assurée (Cass., 22 janvier 1866). Le domaine public n'est lui-même pas exempt de cette charge; du moment que la pente naturelle entraîne l'eau d'une source sur un chemin, ou sur une place publique, l'administration serait mal fondée à exiger une dérivation vers d'autres lieux. Si l'article 640

(1) La contiguïté n'est pas nécessaire: le fonds inférieur est tenu de recevoir les eaux qui lui arrivent par la voie publique, sur laquelle elles découlent naturellement d'un fonds supérieur (Cass. 21 juin 1867). Il aura droit, ou non, à une indemnité de la part de l'administration, suivant que celle-ci aura, ou non, changé la pente naturelle des lieux. Si les eaux étaient conduites artificiellement à la voie publique, les fonds inférieurs pourraient se refuser à les recevoir (Cass. 8 janvier 1834.)

oblige les particuliers, à plus forte raison astreint-il le domaine public; on sait, en effet, qu'il est permis de faire tomber l'égout de ses toits sur une route ou sur un chemin, mais qu'on ne peut le faire tomber sur une propriété privée.

Il importe de bien préciser la portée de l'article 640. Remarquons d'abord que le fonds inférieur n'est tenu de recevoir que les eaux découlant *naturellement* du fonds supérieur, *sans que la main de l'homme y ait contribué*. Une source existe sur un fonds depuis un temps immémorial; le propriétaire peut évidemment s'en servir et laisser ensuite écouler le surplus sur le fonds inférieur.

Mais quelle sera la situation, si, au lieu d'une source ancienne, il s'agit d'une source nouvelle? — A-t-elle jailli sans le fait de l'homme, par suite de phénomènes géologiques, pas de difficulté: l'article 640 s'appliquera; la nature seule aura agi. Mais doit-on donner la même solution, si c'est à la suite de travaux opérés sur le fonds supérieur que la source s'est fait jour? — On a proposé de distinguer entre le cas où les travaux ont été entrepris dans le but même de chercher la source, et le cas où ils n'ont pas eu cet objet; par exemple, on creusait les fondations d'une maison, on faisait des nivellements pour un chemin, lorsque l'eau a jailli; on ne saurait voir là, dit-on, qu'un cas fortuit, et non le fait de l'homme; le propriétaire du fonds supérieur n'a fait qu'user de son droit; on ne peut pas lui ôter le bénéfice de l'article 640; on le lui refusera, au contraire, si ses travaux avaient précisément pour but de trouver de l'eau.

Il ne faut pas hésiter à rejeter cette distinction; dans l'un et l'autre cas, le propriétaire n'a fait qu'user de son droit; pourquoi pourrait-il faire creuser les fondations

d'une maison, et ne pourrait-il pas faire opérer des sondages? — Il peut exécuter chez lui tels travaux qu'il veut; mais sous une restriction qui est toujours la même, quel que soit le but de ses entreprises; le résultat seul est important, car seul il intéresse les tiers. *In suo hactenus facere licet, quatenus nihil immittat in alienum* (l. 8, § 5, D. VIII, 5). Quel qu'ait été le but des travaux (1), le voisin inférieur ne sera pas tenu de recevoir les eaux qui en proviendront; en effet, aux termes de l'article 640, cette charge ne lui est imposée que pour les eaux *découlant naturellement* du fonds supérieur, *sans que la main de l'homme y ait contribué*. Le propriétaire supérieur n'aura qu'une ressource; celle d'invoquer l'article 3 de la loi de 1845, et de faire établir sur le fonds inférieur une servitude d'écoulement. Cette servitude différera, du reste, gravement du droit reconnu par l'article 640; les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation, qui leur permettra d'en accorder, ou d'en refuser la constitution; de plus, elle pourra, si elle est dommageable au fonds inférieur, donner lieu au paiement d'une indemnité.

Quelle est la situation respective faite par la loi au propriétaire supérieur et au propriétaire inférieur? Et d'abord, quelles sont les obligations du propriétaire supérieur? — *Il ne peut rien faire qui aggrave la servitude*, dit l'article 640. Il doit donc laisser aux eaux leur cours naturel, ne pas en augmenter la pente, ne pas réunir en une seule masse ce qui s'écoulait par minces filets; à plus forte raison ne pourrait-il diriger vers un fonds les eaux que la pente naturelle entraînait vers un autre

(1) Il faut rejeter l'application de l'article 640, même si les travaux tendaient à rechercher une source existant autrefois, et tarie par une cause naturelle.

(Cass. 27 février 1855; 11 décembre 1860. Besançon, 10 mars 1868).

Du reste, la règle doit être appliquée avec discernement : il ne faudrait pas aller jusqu'à dire que le propriétaire supérieur est tenu de maintenir son fonds exactement en l'état où il se trouve ; on ne peut lui refuser le droit de cultiver ses terres comme il l'entend, d'en changer l'aménagement, et même la destination : le fonds où naît la source est une prairie, et l'irrigation absorbe à peu près la totalité des eaux ; rien n'empêche le propriétaire de transformer cette prairie en un vignoble, c'est-à-dire de supprimer les irrigations, et de renoncer à l'usage de l'eau ; le propriétaire inférieur ne pourra se plaindre que la servitude est aggravée ; il devra recevoir les eaux, lors même qu'elles lui nuiraient ; avant tout la culture doit rester libre (Cass. 11 décembre 1860).

Le propriétaire du fonds où naît la source peut-il altérer les eaux qui doivent s'écouler ensuite sur le fonds inférieur? — Il ne peut évidemment les corrompre de façon à les rendre fétides et insalubres ; cette entreprise tomberait sous le coup d'une répression administrative ; et, en tout cas, les propriétaires inférieurs pourraient se plaindre, devant la juridiction civile, d'une aggravation de servitude.

Mais auront-ils le même droit, lorsque l'altération sera d'un caractère moins grave ? — On a dit que les eaux doivent être transmises dans leur état de pureté naturelle ; que, si elles sont le moins du monde troublées, il y a aggravation de la servitude de l'article 640. — Nous ne croyons pas pouvoir admettre ce point de vue ; il nous amènerait à annihiler les droits d'usage, si complets, que l'article 641 confère au propriétaire de la source : il

n'y a guère d'usage industriel, ou même agricole, qui laisse à l'eau sa pureté naturelle.

Les seules altérations qu'il faut prohiber, ce sont celles qui enlèveraient au riverain inférieur ce qui fait en général l'utilité de l'eau. Il y a là une appréciation à faire, et il faudra grandement tenir compte des circonstances (Conf. Douai, 3 mars 1845). On devra d'abord prohiber tout usage industriel, qui chargerait l'eau de principes destructeurs de la végétation : le droit à l'irrigation est accordé par l'article 644 aux riverains, comme une compensation de la charge résultant pour eux de l'article 640. De même, si le propriétaire inférieur a besoin de l'eau pour les usages domestiques, il pourra exiger qu'on n'y introduise pas des éléments qui la rendent impropre à cet emploi. Si la pêche est, sur le fonds inférieur, d'un produit appréciable, le propriétaire pourra exiger qu'on ne dénature pas les eaux au point d'empêcher au poisson d'y vivre : la pêche est un droit concédé aux riverains (art. 2, loi du 15 avril 1829); on ne peut donc y porter atteinte.

Mais, d'autre part, il ne faut rien exagérer : ce serait tout à fait à tort que le propriétaire inférieur exigerait que les eaux conservassent la pureté qu'elles ont à la source, sous prétexte qu'il exerce une industrie pour laquelle l'eau doit avoir cette pureté. Sans doute l'industrie a droit à l'eau comme à un moteur; mais il ne faut pas qu'un emploi différent fait par une industrie spéciale, nuise à toutes les autres, et au propriétaire supérieur.

Deux arrêts de la Cour de Rouen, en date des 18 mars 1839 et 8 juin 1841, affirment ces principes : ils refusent au propriétaire de la source le droit de rejeter sur les fonds inférieurs des eaux qu'il aurait préalable-

ment corrompues. Si, donc, il exerce une industrie dénaturant l'eau d'une façon complète, ce propriétaire ne pourra pas invoquer l'article 640 ; ce qu'il aura de plus sage à faire, ce sera de diviser les eaux de source en deux parts : celle qu'il emploiera à son industrie, et qu'il corrompra, il devra l'absorber sur son fonds ; quant à l'autre portion de l'eau, il pourra évidemment la laisser s'écouler sur les fonds inférieurs. Mais les arrêts de Rouen vont trop loin ; ils affirment que les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'il s'élève des difficultés entre le propriétaire de la source et les propriétaires inférieurs. Ce point de vue est inexact ; car l'article 645 vise exclusivement le cas où il y a lutte entre riverains, et non l'hypothèse où il s'agit d'un droit absolu de propriété et de l'exercice du droit d'écoulement (Cass. 29 janvier 1840 ; 19 novembre 1855. Pau, 2 mai 1857). — Alors l'article 640 est la seule règle, et on doit l'interpréter comme nous l'avons fait plus haut ; les tribunaux devront rechercher s'il y a, oui ou non, aggravation de la servitude ; si oui, ils condamneront le propriétaire de la source ; si non, ils donneront tort au propriétaire inférieur. En fait, la perspective d'une décision aussi absolue amènera souvent les parties à consentir à un règlement semblable à celui auquel fait allusion l'arrêt du 8 juin 1841 ; mais, dès lors, on ne sera plus sous l'empire de l'article 640 ; c'est la convention intervenue qui réglera les droits respectifs.

Quelles sont les obligations du propriétaire inférieur ? — *Il ne peut pas élever de digue, qui empêche l'écoulement (art. 640).* D'une façon générale, il ne peut rien faire qui refoule les eaux sur le fonds supérieur.

Doit-il, de plus, assurer lui-même le libre écoulement des eaux ? Cet écoulement a lieu par un canal : sera-t-il tenu de curer la partie du canal qui se trouve sur son fonds, de façon que l'eau ne reflue pas sur le fonds supérieur ? — Il en sera tenu si l'encombrement provient de son dol, de sa faute, ou même de son fait ; s'il ne provient que de l'action de la nature, cette obligation n'existera pas, sauf dans le cas où elle aurait été expressément stipulée. L'assujettissement d'un fonds envers un autre fonds, qu'il constitue, ou non, une véritable servitude, ne consiste pas *in faciendo* ; à moins de conventions contraires, il n'astreint jamais qu'à l'inaction (art. 698, 699). Le propriétaire inférieur ne doit pas arrêter le cours naturel de l'eau ; il devra même permettre au propriétaire supérieur de s'introduire sur son fonds et de rétablir le cours fortuitement interrompu (art. 697) ; mais il ne sera pas forcé d'agir lui-même. L'article 640 ne l'y oblige pas ; en fait, il sera souvent soumis à cette nécessité par un autre texte, la loi du 14 floréal an XI, qui met le curage des cours d'eau non navigables à la charge des riverains.

Remarquons encore que l'obligation, pour les propriétaires inférieurs, de ne pas élever de digues susceptibles d'empêcher l'écoulement des eaux, ne leur interdit pas des travaux de défense contre les eaux torrentielles et les inondations ; on l'a dit, il y a dans ces événements quelque chose d'analogue aux incursions de l'ennemi ; chacun s'en défend comme il peut ; les voisins ne sauraient s'en plaindre (Aix, 19 mai 1813 ; Chambéry, 14 août 1868).

Tels sont les droits respectifs des fonds supérieurs et des fonds inférieurs. Si une atteinte est portée à ces droits, la partie lésée pourra, dans l'année du trouble,

agir au possessoire ; ce délai expiré, la voie du pétitoire lui restera ouverte ; sauf, en tout cas, à appliquer s'il y a lieu, les dispositions répressives de la loi des 26 septembre-6 octobre 1791 (T. II, art. 15), et de l'article 457 C. pén.. L'action tendant à obtenir la destruction des ouvrages illicitement construits sera admissible, lors même qu'aucun dommage n'en sera encore résulté. (Cass. 2 décembre 1829). *Hæc actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto : hoc est de eo opere ex quo damnum timetur* (l. 14, § 2, D. XXXIX, 3).

L'eau doit être laissée à son cours naturel ; mais comment reconnaître ce cours ? — Est-ce l'état actuel qui doit être toujours maintenu ? — Évidemment non, car il peut n'avoir été créé que depuis peu de temps, et sans droit. En réalité, il est difficile de donner une règle générale ; les juges décideront suivant les circonstances de chaque cause ; ils devront, tout d'abord, tenir grand compte d'un état de lieux ancien, existant de temps immémorial, et que rien ne viendra contredire ; ils le considéreront très-justement comme l'état normal, auquel il est défendu de déroger ; *vetustas semper pro lege habetur* (l. 2, D. XXXIX, 3).

Mais d'éminents jurisconsultes veulent préciser : du moment qu'un état de lieux existe depuis trente ans, disent-ils, il doit être considéré comme état naturel. — Nous croyons que c'est là créer une présomption légale, qu'aucun texte n'autorise. Supposons que des travaux ont été exécutés dans le fonds supérieur pour changer la direction de l'eau, pour la faire tomber dans un champ, alors qu'elle tombait, d'après la pente naturelle, dans un autre : les ouvrages sont encore debout, et ont toute leur efficacité ; le propriétaire, qui les a créés, aura-t-il perdu

le droit de les détruire, et, par conséquent, de rendre l'eau à son cours naturel, en invoquant l'article 640 ? — Nous ne le croyons pas. Pendant trente ans, ou plus, il n'a pas usé d'une faculté que lui reconnaissait la loi ; mais cette faculté lui reste, aussi bien que la propriété à une personne qui, pendant trente années, n'a pas cultivé ses terres (art. 2232).

En résumé, les tribunaux devront rechercher avec prudence quelle est la relation naturelle des fonds ; l'état actuel, fondé sur une possession ancienne, devra être respecté, et placé sous la protection de l'article 640 ; mais seulement s'il n'est pas contredit pas des titres, ou par des ouvrages prouvant qu'il est factice (Conf. Cass., 20 février 1839).

La charge imposée par l'article 640 au fonds inférieur peut être aggravée, ou restreinte, par l'établissement de servitudes conventionnelles. Elle peut être aggravée ; ainsi le propriétaire de la source se fera concéder par titres, ou acquerra par prescription, ou destination du père de famille, le droit de faire tomber l'eau sur le fonds inférieur en plus grosses masses, ou de plus haut que l'état naturel des lieux ne le comportait ; même de la jeter sur un fonds autre que celui où l'entraînait précédemment la pente naturelle. Ces aggravations, et toutes celles qu'on peut imaginer, constitueront de véritables servitudes du fait de l'homme, auxquelles s'appliqueront les articles 690-696 et 703-707, relatifs aux modes d'établissement et d'extinction.

Il peut y avoir restriction des droits du propriétaire supérieur ; le propriétaire inférieur acquerra, par exemple, la faculté d'élever une digue pour se défendre contre les eaux, ou le droit de les refouler de quelque autre ma-

nière sur le fonds de la source ; il peut se faire promettre par le propriétaire de ce fonds que les eaux ne subiront aucune altération, même minime, etc..... Ce seront encore là des dérogations au droit commun de la propriété, des servitudes régies par les textes que nous avons mentionnés.

Le propriétaire de la source peut, dans un intérêt quelconque, consommer toute l'eau, ou l'enlever à son cours naturel ; il le peut, car l'article 640 impose aux riverains inférieurs une charge, sans leur donner aucun droit. Supposons des travaux faits dans ce but de dérivation ; le propriétaire retient l'eau pendant plus de trente ans au moyen d'ouvrages apparents ; aura-t-il perdu le droit d'en revenir à l'application de l'article 640, et de rendre l'eau à son cours naturel ? — On le soutient, en s'appuyant sur la combinaison des articles 706 et 707. Etablir des ouvrages de dérivation, c'est, dit-on, faire un acte contraire à la servitude légale ; l'usage a été interrompu pendant trente ans à dater de cet acte ; le droit résultant de l'article 640 est éteint. — Cette argumentation est inadmissible ; nous avons montré que le droit d'écoulement, loin d'être une servitude, est le droit commun de la propriété ; on ne peut donc y appliquer les règles d'extinction des servitudes. Fût-ce même une servitude, ce ne serait jamais qu'une servitude légale, et les règles d'extinction des articles 703-710 ne sont relatives qu'aux servitudes du fait de l'homme, les seules dont il soit traité au chapitre III du titre IV (livre II). Un fonds doit recevoir les vues du voisin, exactement comme il est tenu de recevoir ses eaux. Supposons que le propriétaire d'une maison, située à plus de six pieds du fonds voisin (art. 678), ait construit un mur qui lui enlève la vue sur

ce fonds ; il a laissé subsister cet état de lieux pendant trente ans ; personne ne soutiendra qu'il a perdu le droit d'abattre son mur, et d'avoir ses vues sur le fonds voisin ; celui-ci a profité pendant trente ans d'une situation plus favorable ; mais le propriétaire de la maison n'a fait que s'abstenir d'un acte de pure faculté, et la prescription n'a pu courir contre lui (art. 2232). Il en est exactement de même du propriétaire qui est resté trente années sans laisser les eaux à leur cours naturel.

Le propriétaire inférieur se prétend-il libéré de la charge que lui impose l'article 640 ? A lui de prouver qu'il a acquis une servitude contraire. Par conséquent, qu'il présente un titre, ou un état de possession résultant de travaux par lui exécutés sur l'un des deux fonds, et subsistant depuis trente ans au moins. Si cette preuve n'est pas faite, le propriétaire de la source peut détruire, ou laisser tomber en ruines les ouvrages qu'il avait construits, et qui rendaient la servitude moins onéreuse.

Lorsque, sur l'un des deux fonds, inférieur et supérieur, on est en présence d'un ouvrage, et qu'on ignore lequel des deux propriétaires en est l'auteur, il faut appliquer la présomption de l'article 553, tout en tenant compte aussi de la maxime : *is fecit cui prodest* ; nous reviendrons, du reste, sur ce point, à propos de l'article 642.

Nous connaissons maintenant, dans toute son étendue, le droit conféré par le Code civil au propriétaire dans le fonds duquel jaillit une source. Ce droit, c'est la propriété, avec toute l'extension que lui reconnaît l'article 544. Le

propriétaire de la source peut en faire l'usage qui lui convient ; il peut même en abuser jusqu'à la détruire, sans utilité pour personne ; enfin il peut la céder. Préfère-t-il ne pas se prévaloir de ces prérogatives, il laissera les eaux suivre leur cours naturel, et tomber dans les héritages inférieurs ; les propriétaires de ces fonds devront subir cette charge, et ne point refouler les eaux.

Tel est le droit du propriétaire de la source dans sa plus grande étendue, dans son étendue normale ; il est susceptible de deux restrictions : 1^o Il peut être limité et même anéanti par les droits contraires qu'acquerront sur l'eau des particuliers, riverains ou non ; 2^o le cours de l'eau ne peut être changé, s'il fournit à une agglomération d'habitants l'eau qui leur est nécessaire. — Voilà les deux exceptions ; nous les étudierons successivement, et avec le plus grand soin.

CHAPITRE II.

RESTRICTIONS RÉSULTANT DES DROITS ACQUIS SUR L'EAU PAR DES PARTICULIERS.

Le propriétaire de la source, nous l'avons dit, n'est pas tenu de conserver son droit pour lui seul ; il est libre de l'aliéner en tout, ou en partie, ou de le restreindre en y consentant des servitudes. Ces modifications au droit commun peuvent être établies expressément, c'est-à-dire par titre ; elles peuvent l'être tacitement, par la destination du père de famille ; enfin, elles seront présumées, toutes les fois que, en fait, le droit du proprié-

taire aura été restreint pendant un certain laps de temps: ce sera alors la prescription qui produira ses effets. Tout cela se trouve sommairement indiqué par l'art. 644: *Celui qui a une source dans son fonds, peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription.*

Nous allons d'abord étudier les faits dont résultent la restriction, ou la transmission du droit de propriété; nous rechercherons ensuite quels sont les effets juridiques de cette modification, quels droits restent au propriétaire du fonds où naît la source, quels droits sont acquis aux propriétaires inférieurs.

SECTION I.

FAITS DONT RÉSULTENT LA TRANSMISSION OU LA RESTRICTION DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DE LA SOURCE.

Le droit absolu du propriétaire peut être modifié, avons-nous dit, par titre, par la destination du père de famille, enfin par la prescription.

I. — *Le titre*, c'est la concession volontaire et expresse émanée du propriétaire de la source; c'est un contrat soumis à toutes les règles ordinaires. Il peut être fait à titre gratuit, ou à titre onéreux, par acte entre-vifs, ou par testament. Suivant ces diverses circonstances, les conditions de forme et de fond, les moyens de preuve, les règles d'interprétation varieront: ainsi, à ce dernier point de vue, les articles 1156-1165 seront toujours applicables; mais, si l'acte est à titre onéreux, l'article 1602 sera également observé. Restreindre le droit du propriétaire, c'est créer, en faveur d'un tiers, un droit réel

immobilier ; c'est lui transmettre la propriété, ou lui attribuer une servitude ; la transcription sera donc exigée, tantôt en vertu de l'art. 939, tantôt conformément à l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855. — Bornons-nous à ces quelques détails ; nous n'avons pas à indiquer ici les règles des conventions et des testaments.

De qui doit émaner le titre ? — Evidemment de celui dont il est appelé à restreindre les droits, c'est-à-dire du propriétaire de la source : un contrat n'est opposable qu'à ceux qui y ont été parties. Ainsi un règlement intervenu entre plusieurs propriétaires inférieurs, à l'effet de se partager l'usage des eaux, serait, pour le propriétaire de la source, *res inter alios acta* ; l'homologation judiciaire n'y ferait rien. Un règlement imposé par les tribunaux dans les termes de l'article 645 serait tout aussi inefficace ; et il faut donner la même solution quant à l'autorisation administrative : une permission d'usine est accordée toutes les fois que l'intérêt public ne s'y oppose pas ; mais les droits des tiers sont toujours réservés, et surtout ceux du propriétaire de l'eau ; cette concession est encore, vis-à-vis de lui, une *res inter alios acta* : il n'a aucun compte à en tenir. Le droit absolu du propriétaire de la source était déjà reconnu dans l'ancien droit ; l'exercice en restait libre malgré les permissions d'usines que les seigneurs pouvaient donner sur les rivières non navigables ; ces concessions ne seraient opposables aux propriétaires actuels de la source, que si elles avaient été faites par des seigneurs ayant eu eux-mêmes cette propriété.

A qui peut être consenti le titre ? — A toute personne, riveraine ou non. Nous avons vu, en effet, que le propriétaire de la source a un droit absolu de disposition :

il peut détourner le cours des eaux, et les transmettre à telle personne qu'il lui convient (Cass. 22 mars 1854).

II.— *La destination du père de famille.*— C'est un certain arrangement, au moyen duquel le propriétaire de deux héritages a destiné l'un au service de l'autre. Tant que ces héritages restent entre ses mains, les services établis ne constituent pas des servitudes : *nemini res sua servit*; ce n'est que le libre usage du droit de propriété. Les héritages viennent-ils plus tard à être séparés, sans qu'aucune stipulation soit faite relativement aux services, ceux-ci sont maintenus sous certaines conditions (art. 692, 693); ils constituent dès lors des servitudes, quo l'aliénateur est censé avoir eu l'intention d'établir. Ce qui se produit pour deux fonds distincts peut avoir lieu pour un seul fonds, lorsque, par suite d'un partage, d'une vente, etc..., il se trouve divisé en deux parties.

L'article 644 ne dit pas que le droit du propriétaire de la source puisse être restreint par la destination du père de famille; mais cela n'en est pas moins certain. Les servitudes restrictives dont nous nous occupons sont continues et apparentes (art. 688, 689); elles peuvent, par conséquent, être acquises de cette façon (art. 692) (Cass. 5 juillet 1837; 30 juin 1844).

Toutes les fois, donc, qu'avant la séparation de deux héritages, ou la division d'un seul en deux parties, il existera un état de fait qui constituerait une servitude s'il n'y avait pas un seul propriétaire, le maintien de cet état et le silence des parties, lors du partage ou de la vente, équivaldront à l'établissement tacite de la servitude. C'est ainsi que les droits du propriétaire de la source

pourront se trouver restreints immédiatement, et sans concession expresse de sa part, s'il laisse subsister, dans les circonstances que nous venons d'indiquer, un état de lieux susceptible de servir, contre lui, de base à la prescription (art. 642).

A qui pourra profiter la destination du père de famille? — A toute personne, riveraine, ou non. La contiguïté des fonds n'est pas indispensable; ainsi deux fonds appartenant au même propriétaire sont reliés par un aqueduc, qui amène les eaux de la source dans le fonds inférieur; si les deux fonds cessent d'avoir le même maître, le silence de l'acte qui aboutit à la séparation, et le maintien de l'aqueduc restreindront définitivement le droit absolu du fonds où naît la source.

III. — *La Prescription* (1) est aussi énergique que le titre; il est important de déterminer les faits dont elle résulte. De ce que le propriétaire de la source en a laissé couler les eaux, fût-ce de temps immémorial, sur les fonds inférieurs; de ce qu'il les a abandonnées à leur cours naturel, ou à un cours artificiel qu'il avait librement créé, il n'y a à induire de sa part aucune renonciation à son droit; peu importe que les fonds inférieurs aient profité

(1) Si la source appartient à une commune, et que les habitants s'en servent *ut universi*, elle fait partie du domaine public de la commune; elle est donc imprescriptible (Douai, 8 janvier 1868). — La partie de la source qui n'est pas nécessaire à l'usage public, le superflu, le trop-plein, sont-ils susceptibles d'être acquis par prescription? — Non; la commune peut se développer de façon que la consommation des eaux soit plus considérable; ce qui est superflu aujourd'hui, peut être nécessaire demain; la possession d'un superflu est donc précaire, et elle ne peut aboutir à dépouiller une commune d'un droit, qui, plus tard, peut-être, lui sera indispensable (Cass. 28 mai 1866; 15 novembre 1869).

de l'eau ; ils n'y ont acquis aucune servitude ; l'inaction du propriétaire supérieur était, de sa part, l'abstention d'un acte de pure faculté ; et semblable abstention ne fait jamais perdre aucun droit (art. 2232 ; Rouen, 10 août 1873).

Pour prescrire, il faut créer un état de fait contraire à l'état de droit qu'on veut modifier. L'article 642 n'est que le développement de cette idée. *La prescription dans ce cas ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à 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 (1).*

En somme, à quelles conditions est soumise la prescription ?

(1) L'article 642 vise uniquement le cas où il s'agit de prescrire directement le droit à l'eau de source ; on a prétendu faire de ce texte une autre application. Supposons, a-t-on dit, une source qui jaillit dans une lande de peu de valeur ; le propriétaire ne fait sur ce terrain aucun acte de jouissance. Un voisin s'en empare et en jouit. Il y fait paître ses troupeaux ; il abreuve son bétail dans la source ; en un mot, il y fait tout ce que ferait un vrai propriétaire. Au bout de trente ans, il a acquis le fonds par prescription ; aurait-il acquis aussi un droit à l'eau ? — Non, dit-on, car, par hypothèse, il n'a pas fait les travaux apparents exigés par l'article 642, et sans lesquels aucune prescription des eaux de source n'est possible. — Ce point de vue est, sans aucun doute, inexact ; la propriété de la lande est prescrite ; la propriété de la source l'est aussi accessoirement : le propriétaire du sol est propriétaire du dessus et du dessous, comme de tout ce que produit le sol ; or, dans le système du Code, l'eau est considérée comme un produit du fonds où elle sort (art. 641). Qui donc acquiert le fonds, que ce soit par titre, ou par prescription, acquiert la source ; l'article 642 vise le cas où l'on veut prescrire directement le droit à l'eau de la source, sans acquérir le fonds même où elle jaillit.

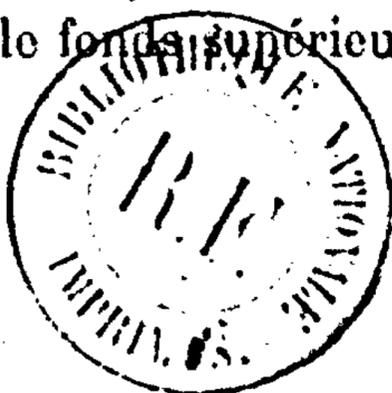
1° La personne qui veut prescrire doit faire des *ouvrages apparents*; l'exercice d'un droit de puisage ou d'abrouvage dans le bassin de la source ne serait donc d'aucune efficacité. Il faut des ouvrages; et ils doivent être apparents, de façon que le propriétaire de la source soit mis en demeure de s'opposer à leur maintien (art. 2229). Il n'est pas nécessaire, du reste, que les travaux soient apparents dans toute leur étendue; il suffit que des signes extérieurs en révèlent suffisamment l'existence; des regards, par exemple, rempliraient à eux seuls cette condition de publicité, essentielle à toute prescription (conf. art. 553; Cass. 12 avril 1830).

2° Il faut que les ouvrages aient été *pratiqués par le propriétaire du fonds inférieur*, ou par des ouvriers à ses ordres; il faut, de plus, que ces ouvrages soient *destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété*.

Ces deux conditions sont formellement exigées par l'article 642. Il ne suffirait donc pas que les travaux fussent faits par le propriétaire de la source; il ne suffirait même pas qu'ils fussent établis par la commune à laquelle appartient le propriétaire inférieur (Colmar, 26 novembre 1857). Pour prescrire, il faut contredire soi-même le droit qu'on veut anéantir (Cass. 1^{er} décembre 1856).

L'établissement par le propriétaire inférieur de travaux, qui ne faciliteraient pas la chute et le cours de l'eau dans sa propriété, serait tout aussi inefficace; il faut, en effet, de toute nécessité, « des ouvrages significatifs, qui ne laissent aucun doute sur l'intention du propriétaire inférieur de tirer un parti quelconque de la source dans l'intérêt de son fonds, et d'en acquérir la jouissance permanente » (Cass. 6 juillet 1825).

Souvent il existe sur le fonds supérieur des travaux
Puis de Chavannes.



également utiles à ce fonds, et à l'héritage inférieur ; à celui-ci, car ils contribuent à lui mieux assurer la jouissance de l'eau; à celui-là, car ils l'assainissent en facilitant l'écoulement. Lorsqu'on ignorera par qui ces travaux ont été faits, qui en sera présumé l'auteur? —

Il semble impossible de ne pas appliquer à cette hypothèse la présomption de l'article 553. *Tous ouvrages sur un terrain, ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire, à ses frais, et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé...* Cette présomption doit d'autant plus être admise, qu'elle tend ici au maintiendu droit commun: c'est à celui qui prétend avoir une servitude sur un fonds, à établir son droit; jusqu'à preuve contraire, le fonds est présumé libre (Cass. 16 mars 1853).

Si les ouvrages ont de l'utilité surtout pour le fonds inférieur, et que l'auteur en soit inconnu, il sera naturel de faire prévaloir sur les règles que nous venons d'indiquer, cette autre présomption *is fecit cui prodest* (Bordeaux, 4 décembre 1867).

3°. Il faut que les ouvrages aient un caractère *durable et permanent*; sans cela, la possession n'aurait rien de fixe, de continu, et ne pourrait mener à la prescription. Ainsi l'on ne saurait se contenter de barrages mobiles, placés sur le fonds supérieur, et qui y seraient restés même fort longtemps. Il faut des ouvrages, dans le sens ordinaire du mot: la loi n'exige pas, du reste, que ce soient des constructions en pierre de taille, ou en maçonnerie; il suffit d'ouvrages quelconques; la question de savoir s'il ont un caractère assez permanent, assez stable pour mener à la prescription, est une question de fait, qui devra être décidée suivant les circonstances de la cause. Une simple rigole peut avoir pour but si

évident de faciliter la chute de l'eau, et si bien répondre aux besoins du fonds inférieur, qu'on devra, parfois, la juger suffisante; pourquoi exiger des travaux plus considérables, là où rien n'en justifierait l'établissement (Bordeaux, 5 juillet 1833; Cass. 27 janvier 1845; 2 août 1858) ?

Le curage d'une rigole existante ne peut être considéré comme un acte de possession suffisant. Peu importe que l'opération se soit reproduite souvent, qu'elle ait été faite sans l'autorisation du propriétaire de la source, et que le riverain inférieur y ait lui-même préposé les ouvriers; peu importe, même, que les terres aient été entièrement rejetées sur un fonds, ou sur l'autre; il n'y a pas là cette possession continue exigée par les textes; le législateur n'a pas considéré comme assez énergique la contradiction opposée par ces actes aux droits du propriétaire (Caen, 18 janvier 1831). Curer une rigole, ce n'est pas établir des ouvrages. Seulement, si la question de savoir par qui a été creusée une rigole, située sur le fonds de la source, est douteuse, le curage habituel par le propriétaire du fonds inférieur aura son importance. Il pourra être considéré comme une présomption de l'homme, établissant que ce propriétaire a fait creuser la rigole lui-même, et dans l'intérêt de son fonds (Cass. 15 avril 1845).

4° La prescription ne commence à courir, les trente années ne seront comptées, que du jour où les travaux auront été terminés (art. 642); alors seulement le propriétaire a pu voir quelle gravité avait, pour lui, l'état de choses créé par le riverain inférieur; c'est seulement à partir de ce moment qu'on peut, sans injustice, considérer son silence comme un acquiescement à la restric-

tion de son droit. Du reste, il faut entendre la décision de l'article 642 avec mesure et réserve : on ne saurait exiger que les ouvrages soient *terminés*, dans le sens artistique, ou même technique du mot ; on ne saurait exiger qu'ils aient tous les détails usités dans une construction faite avec grand soin ; peu importe, en un mot, la perfection de l'ouvrage ; il sera considéré comme achevé, du jour où il suffira pour faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur ; de ce jour, il y aura une véritable possession de la part du propriétaire de ce fonds.

5° Outre les diverses conditions que nous venons d'indiquer, il faut, de plus, que les principes généraux soient observés. Il faut donc, pour que la prescription se produise, une possession continue, non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire (1) (art. 2229). Nous n'insisterons pas sur ces conditions, requises dans toute prescription ; disons seulement que l'interruption peut-être *naturelle* ou *civile* (art. 2242). Il y aura interruption naturelle, si, pendant une année, le propriétaire de la source retient les eaux, et les empêche de couler sur le fonds inférieur ; en un mot, s'il neutralise, durant cet intervalle, l'effet des travaux exécutés sur son fonds (art. 2243). L'interruption civile ne pourra résulter que d'une demande en justice tendant à obtenir la destruction des travaux (art. 2244) ; une sommation, par laquelle on s'opposerait à la jouissance du propriétaire inférieur, serait sans aucune efficacité. La sommation n'a pas une énergie suffisante pour être rangée parmi

(1) Le cours de la prescription organisée par les articles 641-642 sera suspendu par toutes les causes qui, en général, suspendent le cours de la prescription ; il n'y a ici rien d'exceptionnel (art. 2252-2259).

les modes interruptifs de la prescription (art. 2244).

6° Les ouvrages nécessaires pour prescrire peuvent-ils être faits indifféremment sur l'un ou l'autre fonds, ou ne peuvent-ils être utilement établis que sur le fonds même de la source?— C'est là une question fort discutée, surtout dans la doctrine; à l'appui de chacune des deux opinions, il a été présenté de nombreux arguments, les uns réellement forts, les autres moins graves: nous reproduirons les plus importants, afin de montrer dans toute son étendue le débat qui s'est produit sur ce point.

Premier système. Les travaux peuvent être faits indifféremment sur le fonds de la source, ou sur le fonds inférieur; dans l'une et l'autre hypothèse, ils suffisent à faire courir la prescription.

Ce qui le prouve d'abord, ce sont les termes mêmes de l'article 642. Il analyse minutieusement toutes les conditions que devront remplir les ouvrages; ils devront être apparents; ils faciliteront la chute et le cours de l'eau; l'existence n'en pourra être invoquée que du jour où ils seront terminés, et sous la condition qu'ils aient été faits par le propriétaire du fonds inférieur. Ainsi le texte entre dans les moindres détails; où voit-on pourtant qu'il exige des ouvrages faits sur le fonds supérieur? Et de quel droit ajouter une nouvelle condition à celles, déjà si rigoureuses, qu'a imposées le législateur?

Si la lettre de la loi n'exige rien de semblable, à plus forte raison l'esprit dans lequel elle est conçue. Veut-on se rendre compte de l'intention des rédacteurs du Code, qu'on lise les procès-verbaux de leurs discussions au Conseil d'État et au Tribunal.

Voici d'abord ce qui se passe au Conseil d'État. La discussion est ouverte sur l'article 5 du projet, (corres-

pendant à l'article 641 C. civ.), conçu en ces termes : *Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté.* M. Berlier, tout en adoptant le principe énoncé dans l'article, craint qu'on n'en rende l'application abusive, si l'on n'ajoute : *Sans préjudice néanmoins des droits du propriétaire de l'héritage inférieur, quand il a reçu l'eau de cette source pendant un temps suffisant pour en prescrire l'usage* (Loché VIII, 334 et suiv.). A cet amendement, qui n'exige pour la prescription aucun ouvrage, Treilhard objecte, en substance, que, pour prescrire, il faut posséder *animo domini*; or le propriétaire inférieur ne peut ignorer que la source de l'eau qui traverse sa propriété ne lui appartient pas; cette source est à celui qui possède le terrain où elle se trouve : lui seul a le droit d'en user. S'il lui laisse un cours, il n'en résulte pas qu'il ait entendu donner un droit au propriétaire inférieur, par le domaine de qui elle s'écoule. — Berlier répond que la propriété des eaux est d'une espèce particulière; il trouve que le fait du propriétaire de la source de laisser aux eaux, pendant trente ans, un cours servant aux héritages inférieurs, doit être considéré comme une renonciation au droit de les détourner à l'avenir, surtout s'il y a eu des ouvrages faits en considération de cet état de choses. — Mais, dit Treilhard, on ne peut obliger le propriétaire à changer tous les trente ans la disposition de ses eaux, sous peine de perdre ce droit pour le temps postérieur. — Régnault de Saint-Jean d'Angély répond : « L'usage a établi que la propriété des eaux s'acquiert par la jouissance, toutes les fois qu'il a été fait dans le fonds inférieur des constructions pour en profiter... » — Malleville dit que la seule jouissance des eaux est insuffisante pour fonder la prescription; mais l'existence d'ouvrages sur

le fonds inférieur produit au contraire cet effet. — Tronchet déclare que, ni le droit écrit, ni les coutumes n'admettaient la prescription au profit du fonds inférieur; si l'on veut innover, il faut, en général, exiger, pour que la prescription puisse courir, des travaux extérieurs. L'orateur ne s'explique pas, du reste, sur la question de savoir si ces travaux devront être faits sur le fonds de la source, ou s'ils pourront l'être sur le fonds inférieur. — Berlier dit qu'on ne peut se reporter au droit antérieur; la jurisprudence est extrêmement divisée sur la question de la prescriptibilité des eaux de source; il faut simplement décider ce qui est utile et juste, c'est-à-dire ne pas permettre au fonds supérieur de priver les riverains inférieurs de l'eau qu'ils ont reçue pendant de longues années. — Cambacérès abonde dans le même sens: « Lorsque le propriétaire a souffert, pendant tout le temps nécessaire pour accomplir la prescription, les ouvrages faits par le propriétaire inférieur, il paraît avoir tacitement concédé des droits à ce dernier. » Régnault de Saint-Jean d'Angély s'associe à cette manière de voir, la seule qui puisse favoriser les irrigations dans un pays auquel le Piémont et la Lombardie viennent de tracer sa voie. — A la suite de cette discussion, « l'article, dit Loqué (VIII, 340), est adopté avec les amendements proposés par M. Berlier, M. Régnault (de Saint-Jean d'Angély), et par le consul Cambacérès. » L'article fut donc modifié, et l'on admit la prescription, à condition qu'elle se fonderait sur des ouvrages *extérieurs*.

Au sein de la section de législation, au Tribunal, la question se présenta de nouveau et fut longuement discutée. Voici, d'après Loqué, (VIII, 355 et suiv.), les principales raisons invoquées, de part et d'autre. « Ceux qui

pensent que les ouvrages doivent être faits sur le fonds supérieur, se fondent sur ce que, le propriétaire du fonds supérieur étant le propriétaire de la source, on ne peut prescrire contre lui tout ou partie de cette propriété de source que par des moyens conformes à l'équité et à la raison, c'est-à-dire par des moyens d'où l'on puisse induire un consentement tacite à la perte de cette propriété. Si l'eau passe du fonds supérieur dans le fonds inférieur, c'est que le propriétaire supérieur n'a pas besoin de l'employer tout entière, ou de lui donner un autre cours. Il la laisse dans le même état aussi longtemps que son intérêt ne lui commande pas d'en disposer d'une autre manière. Pourquoi faudra-t-il que si, pendant trente ans, il ne fait pas ce qu'il serait peut être alors contre son intérêt de faire, c'est-à-dire s'il ne change pas le cours de l'eau, il soit réduit à perdre le droit de le changer dans la suite : en sorte qu'après trente ans, quelque précieux que ce changement soit pour lui quant à l'amélioration de son fonds, il ne pourra le faire, parce que, pendant les trente ans, il ne l'a pas fait, ayant les meilleures raisons pour s'en abstenir ? On convient que le propriétaire inférieur ne peut acquérir la prescription par une simple jouissance, et qu'il doit faire des ouvrages extérieurs. L'existence de ces ouvrages est, dit-on, indispensable pour manifester l'intention qu'il a de prescrire. On convient par là que celui qui veut prescrire doit nécessairement manifester son intention à cet égard. Mais comment le propriétaire supérieur connaîtra-t-il cette intention, si les ouvrages ne sont faits que sur le fonds inférieur ? N'est-il pas possible que les deux propriétés soient séparées par des édifices ou des murs, de manière que l'un ne puisse pas voir ce qui se passe

chez l'autre. Il arrivera donc que le propriétaire inférieur fera des actes tendant à la prescription, sans que le propriétaire supérieur s'en aperçoive ; et quand, par hasard, il s'en apercevrait, comment empêchera-t-il le propriétaire inférieur de faire chez lui ce qui lui plaira ? En un mot, il serait contre tous les principes d'opposer la prescription à celui qui ignore que l'on prescrivait contre lui, et qui, même le sachant, ne pouvait l'empêcher. Ce raisonnement doit, dans l'espèce, avoir d'autant plus de force, qu'il ne s'agit pas seulement de la possession d'un simple filet d'eau, mais que, d'après l'amendement proposé pour l'article 5, il s'agit de tous les droits que le propriétaire du fonds inférieur peut acquérir relativement à l'usage de la source.

« Tels sont les motifs d'une des interprétations données aux mots *ouvrages extérieurs*.

« Ceux qui pensent, au contraire, que les *ouvrages extérieurs*, dont parle l'article 7, sont, et doivent être, des ouvrages faits par le propriétaire inférieur dans son propre fonds, répondent qu'il faut distinguer entre les servitudes qui dérivent de la situation des lieux, et celles provenant du fait de l'homme. Ces dernières sont l'objet du chapitre III ; et il est hors de doute que le propriétaire inférieur ne pourrait établir à son profit une servitude sur le fonds supérieur, sans un ouvrage fait et terminé sur le même fonds, et tendant évidemment à l'acquisition de cette servitude ; mais cette espèce est absolument différente de celle dont il s'agit dans l'article 7. Cet article n'appartient point au chapitre III, qui a pour titre : *Des servitudes établies par le fait de l'homme* ; il appartient au chapitre I^{er}, intitulé : *Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux*. Dans le cas de

l'article 7, le propriétaire inférieur tient sa jouissance du bienfait de la nature, et non d'une convention expresse, ou tacite, entre lui et le propriétaire supérieur. Si le propriétaire supérieur laisse passer le long intervalle de trente ans sans troubler cette jouissance, il est censé avoir ratifié l'ouvrage de la nature, et la jouissance est irrévocablement acquise à celui qui l'a possédée paisiblement durant tant d'années. Les ouvrages extérieurs, que ce dernier a faits sur son propre fonds, étaient une déclaration formelle qu'il avait dessein de prescrire; et le propriétaire supérieur doit s'imputer de n'avoir manifesté, de sa part, aucune disposition contraire. Il pouvait, pendant les trente ans, arrêter cette prescription, soit en détournant l'eau en faveur d'un autre, soit en l'absorbant tout entière pour l'irrigation de son fonds, soit en déclarant au propriétaire inférieur, par une protestation formelle, qu'il n'entendait point laisser prescrire contre lui le droit de changer le cours de l'eau. Dès qu'il n'a rien fait de tout cela, quoiqu'averti par la loi de ce qu'il aurait dû faire, il n'a point à se plaindre. Il résulte de son silence un véritable consentement, non pas à ce qu'on pût acquérir contre lui quelque chose de nouveau, mais à ce que les choses restassent dans l'état où la nature elle-même les avait placées. Ainsi le propriétaire inférieur n'a rien changé par ses ouvrages; il a seulement annoncé l'intention de conserver ce qu'il avait : voilà l'espèce prévue par l'article 7. S'il eût fait ses ouvrages sur le fonds supérieur, il y aurait eu de sa part volonté d'acquérir un supplément de fonds qu'il n'avait pas encore : c'est un autre cas. — On a conclu de là qu'il suffisait, dans l'espèce, que les ouvrages extérieurs fussent faits sur le fonds du pro-

priétaire inférieur, ou partout ailleurs que sur le fonds du propriétaire de la source.

« Cette dernière opinion a prévalu; et, vu les difficultés que le mot extérieurs pourrait faire naître sur le sens qu'il doit avoir ici, la section pense qu'il convient d'y substituer le mot apparents. »

Tels sont les procès-verbaux de la discussion du Code. Est-il possible, après les avoir lus, de mettre en doute l'intention du législateur? Il la marque en modifiant le texte qui lui est soumis, afin, dit-il, d'éviter toute difficulté d'interprétation. L'esprit de la loi est évident, et il est conforme aux inductions qu'on pouvait déjà tirer de la lettre même.

Exiger, du reste, que les travaux soient faits sur le fonds supérieur, ce serait rendre toute prescription impossible. Comment supposer qu'un propriétaire soit assez peu raisonnable pour construire des ouvrages sur le fonds même où jaillit la source? Ne sait-il pas à quels dangers l'exposent les dispositions des articles 552 et 553 du Code civil? Ignore-t-il qu'il perdra ses ouvrages, qu'il encourra, de plus, une condamnation à des dommages-intérêts, et même, en certains cas, des peines plus graves? Aucun propriétaire ne se permettrait de semblables voies de fait; la prescription n'aurait jamais lieu, et l'article 642 se trouverait sans ombre d'utilité pratique.

De plus, l'expérience prouve que, pour être utile à l'exploitation d'un fonds, soit au point de vue agricole, soit pour l'établissement d'usines, les ouvrages de prise d'eau doivent être établis sur ce fonds lui-même, et non sur les propriétés supérieures: la loi n'a pu exiger des travaux sans aucun but utile.

Tout concourt donc à prouver que les ouvrages peuvent être établis indifféremment sur l'un ou l'autre fonds, à cette seule condition qu'ils soient apparents, c'est-à-dire que le propriétaire supérieur en ait pu avoir connaissance (Rouen 16 juillet 1857).

Deuxième système. Les ouvrages nécessaires pour fonder la prescription ne peuvent être faits utilement que sur le fonds où jaillit la source.

Le premier système n'a qu'un argument vraiment sérieux ; c'est celui qui invoque l'intention du législateur. Si cette intention a été réellement ce qu'on prétend, nous n'aurons qu'à nous incliner devant la loi ; il ne peut appartenir à la doctrine, ni à la jurisprudence, de réformer les erreurs législatives. Examinons donc quelle a été, sur ce point, l'œuvre des rédacteurs du Code.

Dans l'ancien droit français, la question ne faisait pas doute ; Dunod, (*Traité des prescriptions*, p. 88), n'enlève au propriétaire *le droit qu'il a de retenir l'eau de source, que dans le cas où elle aurait coulé dans les héritages voisins par droit de servitude, ou parce que les voisins auraient fait un canal dans le fonds sur lequel la source sort, pour en conduire l'eau dans les leurs.* Et les Parlements appliquaient cette règle aux propriétaires d'usines et de moulins établis sur un ruisseau ou une rivière, même du consentement du seigneur, et depuis un temps immémorial ; ils leur refusaient tout droit à l'usage de l'eau, si des ouvrages n'avaient pas été établis sur le fonds même de la source.

Le droit nouveau a-t-il innové ? — Ce qui domine dans la discussion au Conseil d'Etat, c'est précisément l'ignorance où sont les orateurs de l'état de la jurisprudence sur la question : les uns affirment que les eaux de

source sont considérées comme imprescriptibles, même après l'établissement de travaux; d'autres soutiennent que le fait d'avoir, pendant trente ans, laissé les eaux s'écouler sur le fonds inférieur suffit pour assurer à ce fonds le droit de les recevoir toujours. Quoi qu'il en soit, l'opinion prévalut au Conseil d'Etat, et surtout au Tribunal, que les eaux de source devraient être considérées à l'avenir comme prescriptibles, et qu'il suffirait, pour faire courir la prescription, de travaux faits sur le fonds inférieur.

Voilà l'intention du Conseil d'Etat et du Tribunal. A-t-elle été transformée en loi? — Rien ne permet de l'affirmer. Le texte de l'article 642 est absolument muet sur la question; l'exposé des motifs de M. Berlier, (Loché, VIII, 368-369), le rapport de M. Albisson, (Loché, VIII, 385-386), le discours de M. Gillet au Corps législatif, (Loché, VIII, 404-405), gardent le même silence. En réalité, le législateur exige des ouvrages apparents; puisqu'il ne s'explique pas sur la question de savoir où ces travaux devront être faits, il faut résoudre cette difficulté par les principes ordinaires de la propriété, de la prescription et de l'établissement des servitudes; le silence du Code nous permet de ne pas admettre une solution qui contredirait toutes les règles ordinaires.

Or, si l'on s'en tient aux principes, on ne conçoit pas que les travaux puissent être faits utilement ailleurs que sur le fonds de la source.

« La condition essentielle et *sine qua non* de l'acquisition par prescription, dit fort bien M. Demolombe (Servitudes, I, 99), c'est la possession de la chose, ou du droit d'autrui; toute prescription commence, sous ce rapport, par une usurpation, que le temps légitime; la prescription, c'est le fait qui devient droit (art. 2229). Or, le propriétaire infé-

riour, qui se borne à établir des ouvrages sur son propre fonds, ne possède rien, ni sur le fonds du propriétaire supérieur, ni sur l'eau de la source, qui est sortie de ce fonds libre de toute servitude, et qui n'appartenait plus au propriétaire de la source lorsqu'elle a été utilisée par le propriétaire inférieur sur son propre fonds; donc celui-ci ne peut rien acquérir par prescription. Il s'agit en effet, ici, de l'acquisition d'une servitude active au profit du fonds inférieur; or le propriétaire de ce fonds, en faisant chez lui des ouvrages, agit *jure domini*, non pas *jure servitutis*; comment donc pourrait-il acquérir un droit quelconque de servitude, à l'encontre du propriétaire de la source, puisqu'il n'a jamais possédé aucune espèce de servitude, ni sur son fonds, ni sur sa source?»

Une usurpation est seule susceptible de conduire à la prescription; c'est le seul fait assez énergique pour mettre le propriétaire en demeure de s'y opposer. Ici, aucune usurpation n'existe; comment alors le propriétaire de la source pourrait-il interrompre la prescription que l'on prétend faire courir contre lui? — On ne peut exiger qu'il détourne le cours de l'eau; cette interruption naturelle serait le plus souvent fort difficile, et contraire aux intérêts de celui qui y aurait recours. L'interruption civile sera-t-elle plus facile? Une sommation, acte extrajudiciaire, par lequel le propriétaire déclarerait vouloir maintenir son droit, serait inefficace (art. 2244); il faudra une demande en justice. Sur quoi portera-t-elle? — Elle ne pourra tendre à obtenir la destruction des travaux, car ils sont légitimes; on ne pourra dès lors agir que pour demander au propriétaire inférieur de venir reconnaître la précarité de sa possession, de façon qu'il ne puisse ensuite prescrire par aucun laps de temps, à moins d'in-

tervertir son titre (art 2238). Singulière action ! Nous voudrions forcer une personne à reconnaître qu'en exerçant ses droits elle ne prescrit pas contre nous ; et que sa possession est précaire, alors qu'elle n'a réellement, vis-à-vis de nous, aucune espèce de possession !

On a dit que la propriété des eaux de source n'est pas une propriété comme une autre, et que des règles spéciales y doivent être applicables. — En législation, nous souscrivions volontiers à ce point de vue ; mais ce n'a point été celui du Code civil ; les textes en font foi (art 641, 642). Le droit sur les eaux de source a été érigé en une véritable propriété ; si l'on veut prescrire contre elle, les règles ordinaires de la prescription sont seules applicables. Ces règles n'étaient point encore bien arrêtées lors de la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat, et au Tribunat ; le titre de la prescription n'avait pas été élaboré ; c'est peut-être la véritable cause des contradictions dont abondent les discours des orateurs.

On objecte aussi qu'il ne faut pas confondre les servitudes dérivant de la situation des lieux, avec celles dérivant du fait de l'homme : c'est une servitude de la première catégorie qu'invoque ici le propriétaire inférieur ; il n'a donc pas dû la prescrire comme une servitude du fait de l'homme. — C'est encore là une de ces erreurs qui ont égaré les membres du Conseil d'Etat et du Tribunat. Le droit dérivant de la situation des lieux, du bienfait de la nature, c'est le droit du propriétaire de la source ; les articles 641 et 642 considèrent expressément toutes les restrictions qui y sont faites comme des exceptions au droit commun, c'est-à-dire des servitudes ; et, comme ces servitudes ne sont pas établies par la loi, qu'elles ont pour origine le titre, ou la prescription, ce sont incontes-

tablement des servitudes du fait de l'homme. Les règles ordinaires de la prescription y sont donc applicables (art. 690, 691),

La prescription ne sera pas facile, dit-on; elle sera presque impossible, et personne ne voudra se risquer à construire sur le fonds supérieur.—On peut répondre que, en fait, la prescription s'est souvent accomplie dans ces conditions. De plus, il y a toujours quelque imprudence à chercher à s'assurer le bénéfice d'un moyen tel que la prescription; il y a toujours là quelque danger à courir. Enfin, la loi ne s'est évidemment pas proposé pour but de rendre la prescription aussi facile que possible; elle a jugé utile d'établir une propriété des eaux de source; elle n'a pu chercher, immédiatement après, à rendre ce droit presque illusoire; or, si l'établissement d'un barrage, ou d'un moulin, sur l'un des fonds inférieurs anéantissait le droit du propriétaire de la source, y aurait-il, dans la pratique, un seul cas où l'article 641 trouvât son application?

De toute cette discussion, nous croyons pouvoir conclure que les ouvrages apparents exigés par l'article 642 ne peuvent être établis utilement que sur le fonds supérieur (1). La loi ne déroge pas expressément à ce principe de bon sens que nul ne peut prescrire que s'il possède; nous maintiendrons donc cette règle, et nous admettrons le deuxième système, conformément à

(1) Les fonds non contigus à celui de la source seront admis à prescrire comme les fonds contigus; il n'y a aucune raison pour les exclure de ce bénéfice. Les conditions de la prescription seront toujours les mêmes; les travaux exigés par l'article 642 devront être faits, au moins en partie, sur le fonds où jaillit la source.

la jurisprudence constante de la Cour de cassation (1) (Cass., 25 août 1812, 5 juillet 1837, 23 janvier 1867, 17 novembre 1869).

A côté de la prescription organisée par l'article 642, n'y en aurait-il pas une autre basée sur l'article 2238?— On le soutient. En général, dit-on, le droit du propriétaire de la source reste intact, à moins que des ouvrages n'aient été construits sur son fonds, et n'y aient été maintenus pendant trente années, par les propriétaires inférieurs; si ces ouvrages n'existent pas, l'usage de l'eau, fût-il immémorial, n'acquerrait aucun droit aux riverains. Mais pourquoi cette inefficacité de la simple jouissance?— Parce que le propriétaire de la source, en laissant couler l'eau, et en ne la retenant point, s'est abstenu d'un acte de *pure faculté*; parce que, en permettant aux fonds inférieurs de profiter ainsi des eaux de la source, il a fait un acte de *simple tolérance*, de bon voisinage; or, aux termes de l'article 2232, *les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession, ni prescription*. La jouissance des riverains est précaire; de là son inefficacité.

Comme conséquence logique, il faut conclure que, la précarité disparaissant, la prescription deviendra possible. Et la précarité disparaîtra, si le titre de la posses-

(1) D'après un arrêt de la chambre des requêtes du 27 mars 1845, une servitude de prise d'eau pourrait être acquise par prescription, contre le propriétaire de la source, au moyen de travaux apparents établis par le propriétaire inférieur sur un fonds commun, par exemple au moyen d'une rigole pratiquée dans un lavoir directement alimenté par l'eau de la source, et indivis entre les deux propriétaires. — Cette doctrine est assez douteuse : la prise d'eau n'est pas établie ici sur le fonds de la source, mais sur l'un des fonds inférieurs; aucune servitude n'est donc acquise contre le fonds même où jaillissent les eaux.

sion se trouve interverti par la contradiction opposée aux droits du propriétaire (art. 2238). Ainsi, en dehors de toute nécessité de travaux, une pareille contradiction suffira pour fonder la prescription; la jouissance paisible de l'eau pendant trente années y conférera un véritable droit.

Supposons, par exemple, que le propriétaire de la source fasse, sur son fonds, des travaux qui lui permettront d'améliorer ses irrigations, et, par suite, d'augmenter la consommation de l'eau; un riverain inférieur, mécontent de ces changements, qui lui nuisent, somme le propriétaire d'avoir à interrompre ses travaux, et à laisser les choses en l'état. Il est obéi à cette injonction; et l'eau coule pendant trente ans sur le fonds inférieur, sans qu'une nouvelle tentative soit faite pour en détourner le cours: quelle sera la situation? — Le riverain a continué à jouir des eaux; mais il ne l'a plus fait comme autrefois, en subissant la servitude de l'article 640, et, par suite d'une simple tolérance; il a déclaré au propriétaire qu'il entendait jouir en vertu d'un véritable droit, et il a joui pendant trente années conformément à cette prétention: puisqu'il n'y a pas eu de précarité dans sa possession, la prescription est accomplie; le droit du propriétaire de la source se trouve restreint tout aussi efficacement que dans l'hypothèse de l'article 642 (art. 2238).

Il faut rejeter ce point de vue. En effet, l'article 641 établit nettement le droit absolu du propriétaire de la source; à ce droit il n'admet qu'une restriction: *Sauf, dit-il, le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription.* Et l'article 642 ajoute: *La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que*

par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à 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. L'exception au droit du propriétaire est donc essentiellement limitative; elle ne saurait être étendue. Le législateur n'a admis ici qu'un seul mode de prescription.

Mais il y a plus; et nous croyons que la prétendue prescription de l'article 2238 n'existe pas dans notre droit.

Voici l'ensemble des textes qui y sont relatifs : article 2236. *Ceux qui possèdent pour autrui, ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit. — Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire. — Art. 2237. Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres désignés par l'article précédent ne peuvent non plus prescrire. Art. 2238. Néanmoins les personnes énoncées dans les articles 2236 et 2237 peuvent prescrire, si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire.*

Il s'agit donc d'une possession qui mènerait à la prescription, si elle n'était viciée : un fermier a le fonds à sa disposition; il a peut-être aussi l'intention de se l'approprier, autrement dit, l'*animus domini*; néanmoins, il ne pourra prescrire, parce que sa possession a été précaire à son début; il ne le pourra, même très-longtemps après l'expiration du bail. Dans cette hypothèse, on comprend fort bien l'effet de l'interversion du titre : la possession existait; une seule cause la viciait, à

savoir la précarité; ce vice disparaissant, la prescription est possible.

La situation est-elle la même, s'il s'agit des rapports du propriétaire de la source avec l'un des riverains? — Non, répondrons-nous. Sans doute, l'usage que les riverains font de l'eau est précaire; il l'est, en ce sens que rien n'en assure l'avenir, et qu'il est à la merci du propriétaire de la source; mais, de plus, il faut le remarquer, une possession, même vicieuse, manque totalement. Quel droit veut-on restreindre? Celui du propriétaire de la source; c'est donc ce droit qu'on doit posséder, au moins en partie. Or, où trouver un fait de possession? Ce n'est pas dans l'usage de l'eau, puisque les riverains n'en jouissent, par hypothèse, que sur leurs fonds. Ils ne font que profiter d'une eau à laquelle ils n'ont actuellement aucun droit, mais que l'article 640 les force à recevoir. Est-ce davantage la sommation, qu'ils auront adressée au propriétaire, d'avoir à interrompre ses travaux? Ou bien la jouissance de l'eau se combinant avec l'effet de cette sommation? — Rien évidemment de tout cela ne constitue la possession, et aucun texte ne permet de croire qu'il y ait, dans notre droit, une prescription sans possession.

Un propriétaire n'a pas encore usé du droit qu'il a de planter des arbres à deux mètres de la limite de son fonds (art. 671); il prend la résolution de faire des plantations, et les commence. Le voisin, craignant de voir l'ombre nuire à son héritage, fait sommation d'interrompre les travaux; le propriétaire, pour une cause, ou pour une autre, ne les continue pas. Trente ans se sont écoulés depuis cette époque: dira-t-on que le voisin a prescrit une servitude, et qu'il peut désormais

interdire les plantations? — Certainement, non; le silence du propriétaire, l'interruption même des travaux ne prouvent rien; cette interruption peut avoir plus d'une cause, et rien ne prouve que c'est une satisfaction donnée à la sommation. En ne plantant pas, on s'abstient d'un acte de pure faculté, ce qui ne peut fonder la prescription: le voisin n'a rien possédé (art. 691); (Conf. Cass. 8 août 1837).

Une personne laisse son fonds sans culture; un tiers lui signifie qu'elle ait à persister dans cette manière d'agir, et à s'abstenir de tout acte de propriétaire sur le fonds; du reste, ce tiers ne possède pas; il ne cultive pas le fonds; il n'y agit pas *animo domini*; l'inaction du propriétaire pendant trente ans, à dater de la sommation, transmettra-t-elle la propriété à l'auteur de cet acte? — Nul ne le soutiendra; le tiers n'a rien possédé; il n'a donc rien pu prescrire; la sommation est sans effet, et elle ne fait courir aucune prescription.

La situation est exactement la même s'il s'agit, pour le fonds inférieur, d'acquérir une servitude sur le fonds de la source. Vous prétendez avoir restreint par prescription le droit absolu du propriétaire; prouvez que vous avez possédé quelque chose de ce droit; tant que vous avez laissé au propriétaire de la source la possibilité de détourner la totalité des eaux; tant qu'aucun ouvrage n'a été fait sur son fonds; tant qu'il s'est simplement abstenu d'user de l'eau, et s'est borné à la laisser tomber sur votre fonds, il n'a rien perdu; il était libre d'agir ou de pas agir; en restant inactif, il a usé de son droit et n'en a abdiqué aucune partie.

Nous n'entendons pas restreindre la portée de l'article 2238; mais nous voulons le maintenir dans les limites

que lui a assignées le législateur. Ce texte trouvera son application, mais uniquement lorsqu'il y aura une véritable possession, infectée du seul vice de précarité. Propriétaire de la source, je loue à mon voisin le fonds où elle jaillit; le bail expiré, le fermier, prostrant de ma négligence, abandonne sans doute mon fonds, mais y établit des ouvrages destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. Lors même qu'il aura maintenu pendant trente ans, cet état de lieux, lors même qu'il jouira ainsi des eaux, il ne prescrira pas : sa possession est précaire; le vice n'en est pas purgé (art. 2236). L'ancien fermier vient-il, au contraire, à intervertir son titre, alors la précarité disparaîtra, et la prescription commencera à courir; si mon inaction a duré trente ans depuis cette époque, tout ou partie de mon droit seront perdus : *tantum præscriptum quantum possessum*; il y a eu possession d'un droit restrictif du mien; le vice de précarité a été purgé; ma propriété de la source se trouve grevée d'une servitude, qui est acquise au fonds inférieur. Voilà l'application de l'article 2238; en dehors de cette hypothèse, et d'autres analogues, il n'y a pas à se prévaloir de ce texte.

SECTION II.

ÉTENDUE DE LA RESTRICTION, OU DE LA TRANSMISSION DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DE LA SOURCE.

Nous avons vu par suite de quels faits juridiques le droit du propriétaire de la source peut être modifié; nous devons maintenant étudier en elle-même la modification ainsi produite; nous devons examiner quels droits restent au propriétaire, quels droits ont passé aux fonds inférieurs.

Supposons d'abord qu'il y a *titre*; cette hypothèse une fois réglée, les deux autres présenteront beaucoup moins de difficultés. — Le propriétaire de la source peut vouloir transférer sa propriété elle-même, en tout, ou en partie, de façon que son acquéreur ait sur l'eau un droit absolu; si c'est la propriété de toute la source qui est cédée, l'ancien propriétaire n'aura plus aucun droit sur les eaux; si une partie seulement est aliénée, il conservera sur le surplus la plénitude de ses droits.

Il est possible qu'il ait une autre intention; peut-être ne veut-il pas renoncer à la propriété, et n'entend-t-il y consentir qu'un droit de servitude. Alors l'étendue de cette servitude sera réglée par le titre, et par les besoins du fonds dominant: le propriétaire conservera la faculté de se servir de l'eau; mais il ne pourra le faire que s'il ne nuit pas par là à l'exercice de la servitude: le fonds dominant a-t-il besoin de toute la source, par exemple pour des usages industriels exigeant une eau dans sa pureté naturelle, le propriétaire supérieur ne pourra plus user.

Une servitude de cette étendue n'équivaut-elle pas à la propriété? — Le propriétaire du fonds où naît la source se trouvera, en effet, aussi complètement dépouillé que s'il avait aliéné son droit de propriété; seulement, quant aux riverains inférieurs, la situation sera différente. N'y a-t-il qu'une servitude, le fonds qui y a droit est soumis à l'article 644; le propriétaire de cet héritage ne peut pas user de l'eau comme il l'entend; il doit en user modérément, et la rendre à la sortie de son fonds; de plus, si son fonds n'est pas contigu à celui où naît la source, si, en un mot, il s'en trouve séparé par des riverains supérieurs, ceux-ci pourront exercer sur l'eau les

droits que leur concède l'article 644 (1). La propriété, au contraire, lorsqu'elle est transférée, confère un pouvoir absolu; les riverains inférieurs ne peuvent s'opposer à l'usage qu'en fait le nouveau titulaire, ni aux aliénations qu'il consent; les fonds intermédiaires entre la source et le fonds où l'eau arrive comme propriété privée, sont grevés d'une servitude d'aqueduc, et ne peuvent pas user eux-mêmes de l'eau.

Il est possible, enfin, qu'en dérogeant à l'article 644, le propriétaire de la source ait eu encore une intention différente : il peut avoir voulu conserver le libre usage de l'eau, et s'engager seulement à ne pas en détourner

(1) Une servitude peut parfois procurer les mêmes avantages que la propriété même. Supposons, par exemple, que mon fonds soit contigu à celui où jaillit la source; tout en maintenant le cours naturel, j'acquies contre le propriétaire supérieur une servitude qui lui interdit tout usage des eaux; je dois en recevoir la totalité. Je pourrais donc les absorber entièrement, n'était le droit des riverains inférieurs : mais si, par titre, ou par prescription, par exemple en retenant les eaux pendant trente années consécutives j'enlève à ces riverains les droits qu'ils tiennent de l'article 644; alors ma situation vis-à-vis d'eux sera, aussi bien que vis-à-vis du propriétaire de la source, équivalente à celle d'un véritable propriétaire : j'en aurai, sinon le titre, du moins tous les avantages qu'il confère.

Mon fonds n'est-il pas contigu à celui de la source, pour arriver à obtenir ce droit absolu, une nouvelle condition sera indispensable : je devrai imposer aux riverains intermédiaires une servitude, qui leur interdise de se servir de l'eau à son passage dans leurs fonds; cela pourra avoir lieu soit par titre, soit par prescription; mais la prescription ne se comprendra guère contre eux que si je me sou mets aux règles de l'article 642; sans cela, il n'y aurait pas, de ma part, jouissance contraire aux droits des propriétaires intermédiaires : ceux-ci, laissassent-ils couler l'eau sans s'en servir depuis un temps immémorial, ne feraient que s'abstenir d'un acte de pure faculté, et leur inaction n'amènerait pas l'extinction de leur droit.

le cours à la sortie de son fonds, et une fois ses besoins satisfaits.

Que la volonté du propriétaire de la source puisse diminuer, ou même anéantir son droit, par l'établissement de l'une de ces deux espèces de servitudes, il n'y a pas à en douter; car les droits des tiers ne seront pas atteints. Mais peut-il aussi transférer la propriété de la source, en tout ou en partie? Sa seule volonté peut-elle dépouiller les fonds inférieurs d'avantages sur lesquels ils pouvaient compter? — On le doit admettre par deux raisons : 1° dans le système du Code, le propriétaire du fonds où jaillit la source est considéré comme propriétaire de la source elle-même; il peut l'anéantir sans utilité pour personne; il peut, à plus forte raison, l'aliéner en faveur d'un tiers. 2° Le droit de disposition n'est limité par aucun droit contraire des propriétaires inférieurs (1); l'article 644 leur donne bien des droits les uns vis-à-vis des autres; il ne leur en confère aucun à l'égard du propriétaire de la source. Celui-ci peut donc transférer son droit tel qu'il le possède; il peut le transférer à toute personne, riveraine ou non (2). La contiguïté elle-même n'est pas nécessaire; l'article 641 parle du seul propriétaire inférieur, mais il n'est certainement qu'énonciatif (Cass. 22 mai 1854).

Le droit de disposition du propriétaire de la source est subordonné à une seule condition, du reste essen-

(1) Par hypothèse, ils n'ont reçu aucune concession volontaire; il n'ont à invoquer non plus, ni la prescription, ni la destination du père de famille.

(2) Rien n'empêche de faire plusieurs concessions successives, pourvu que les plus récentes ne nuisent pas aux plus anciennes.

tielle; comme nous l'avons dit, la riveraineté doit être détruite en fait, afin que l'article 644 n'ait plus son application. Il faut que la prise d'eau soit établie dans l'intérieur du fonds de la source; l'eau doit être, dans ce fonds même, enlevée à son lit naturel. Supposons qu'au contraire elle soit maintenue dans ce lit, et que le propriétaire de la source ait la prétention de céder son droit absolu à un propriétaire séparé de lui par d'autres fonds : la cession n'aura aucun effet, les fonds intermédiaires, comme les fonds inférieurs, conserveront tous les droits qu'ils tiennent de l'article 644; le cessionnaire n'aura pas lui-même sur l'eau des droits plus étendus que ceux qu'il avait auparavant. Une cession au propriétaire immédiatement inférieur, c'est-à-dire contigu, n'aurait même pas plus d'effet; elle disposerait des eaux au moment où elles ont cessé d'être propriété privée, et où elles sont tombées dans ce qu'on a appelé la communauté irrigative; les règles de la riveraineté excluent alors une libre disposition.

En somme, le propriétaire de la source veut-il céder son droit absolu, il lui faut détruire la riveraineté si elle existe, ou l'empêcher de naître s'il s'agit d'une source nouvelle; pour la détruire en droit, il doit préalablement la détruire en fait, enlever l'eau à son cours ordinaire, à son lit; et cela, même s'il veut opérer la cession en faveur du fonds immédiatement inférieur; si la contiguïté manque, la prise d'eau devra, à plus forte raison, être établie sur le fonds de la source; des travaux devront annexer, pour ainsi dire, à cet héritage celui où doit aboutir l'eau; on établira une servitude d'aqueduc sur les fonds intermédiaires, et on pourra invoquer dans ce but l'article 1 de la loi de 1845; par ce moyen, on em-

péchera la riveraineté de naître, ou l'on y mettra fin ; la transmission de propriété sera valable.

Lorsqu'un titre modifiera le droit du propriétaire, celui-ci sera-t-il censé avoir voulu transférer la propriété de la source, ou bien avoir établi l'une des deux servitudes que nous avons indiquées plus haut ? — Tout dépendra des termes employés ; et l'on ne saurait trop recommander de s'expliquer d'une façon claire et précise. Pour que la propriété même de la source soit transférée, il faudra évidemment que l'intention des parties soit bien établie ; cette cession est toujours une convention rare ; si l'on prétend la faire, il faut le déclarer nettement.

Dans la majorité des cas, il y aura, de la part du propriétaire, une simple concession de servitude ; quant à l'étendue de ce droit, les besoins du fonds dominant et l'intention probable des parties éclaireront les magistrats. Le titre lui-même sera interprété d'après les règles contenues au titre des contrats, et aussi d'après l'article 1602, si la concession a eu lieu à titre onéreux.

En fait, il sera assez rare que le propriétaire de la source n'ait voulu restreindre que son droit de détourner l'eau, et point son droit absolu d'usage ; semblable concession serait une trop faible garantie pour le propriétaire inférieur ; celui-ci aura, le plus souvent, acquis le droit de recevoir telle ou telle quantité d'eau. — Ce que nous venons de dire suffit : l'interprétation d'un titre est surtout une chose de fait ; les magistrats décideront, suivant les cas, quelle est l'intention probable des parties.

Est-ce la *destination du père de famille* qu'on invoque pour restreindre le droit du propriétaire de la source, quelle va être la situation ? — Il est certain qu'on ne voit, en général, créées de cette façon que des servitudes ; et

il semble que la destination du père de famille ne peut jamais aboutir au déplacement du droit de propriété lui-même. Si l'on examine, pourtant, certains faits qui peuvent se produire, on concevra quelques doutes sur cette solution. Supposons que, au lieu même où sort la source, le propriétaire a établi des ouvrages ; supposons qu'il a recouvert le bassin de la source d'une voûte, et que, de ce réservoir, qu'il a créé, il dirige par une conduite souterraine toutes les eaux sur un fonds inférieur qui lui appartient. Postérieurement cet héritage et celui de la source sont séparés ; quels vont être les droits de l'un et de l'autre ? — Si l'état de lieux que nous avons supposé avait été établi par titre, ou par prescription, on n'hésiterait pas ; il y aurait eu, non pas établissement d'une servitude, mais translation de la propriété elle-même ; faut-il se refuser à reconnaître cet effet, parce qu'il y a eu destination du père de famille ? — Nous ne le pensons pas ; nous croyons que ce mode produit, en général, les mêmes effets que la prescription ; l'article 692 n'en parle qu'au sujet des servitudes, parce que c'est presque uniquement en cette matière que l'existence s'en conçoit ; mais il nous paraît juste et juridique de donner à l'acte du propriétaire de la source le même effet qu'on reconnaît à l'acte du propriétaire inférieur, prescrivant contre lui la propriété de son eau.

Si l'on admet avec nous, que la destination du père de famille peut aboutir, soit à une translation de propriété, soit à la constitution d'une servitude, il faudra rechercher, pour chaque cas, lequel de ces droits est acquis au fonds inférieur, et dans quelle mesure. Ce sera une question de fait ; c'est l'état des lieux au moment de la séparation des héritages qu'il faudra examiner ; cet état mon-

trera précisément ce que le propriétaire a entendu attribuer au fonds inférieur ; on verra ce qui aurait été prescrit si cet état s'était maintenu pendant trente ans ; et ce qui aurait été prescrit par ce laps de temps sera immédiatement acquis.

Enfin, si la modification apportée aux droits du propriétaire de la source provient de la *prescription*, on appliquera la règle *tantum præscriptum quantum possessum*. La propriété elle-même aura pu être prescrite, mais cela n'aura lieu que rarement. D'abord, il faudra que le cours naturel ait été détruit, sans quoi la riveraineté empêcherait toute appropriation de l'eau (1) ; il faudra ensuite que, sur la source, aient été exercés des actes qui impliquent nécessairement l'intention d'en acquérir la propriété même ; or on ne voit guère d'actes ayant ce caractère que l'établissement d'ouvrages captant la source au lieu où elle naît, et la transmettant directement au fonds inférieur, sans que le fonds supérieur conserve la possibilité matérielle d'en user. — Si ces deux conditions sont remplies, la propriété sera certainement acquise par prescription ; à défaut d'un état de lieux de cette nature, il n'y aura d'établie qu'une servitude (Conf. Cass. 25 mars 1867). Les tribunaux en détermineront l'étendue d'après la règle, déjà indiquée, *tantum præscriptum quantum possessum* (Grenoble, 17 juin 1847). Ils se souviendront que toute servitude est une restriction au droit commun, et que celui qui y prétend doit faire sa preuve. — En général, le fonds inférieur

(1) Le propriétaire de la source peut, du reste, seul réclamer contre cette entreprise ; si, par son silence, il consent à une chose qu'il pourrait autoriser expressément, les riverains inférieurs ne peuvent s'en plaindre.

aura acquis un véritable droit sur l'eau ; non-seulement le propriétaire de la source ne pourra plus la détourner après s'en être servi ; mais il n'en pourra même plus user à sa volonté ; il devra toujours laisser intacte la quantité nécessaire au fonds inférieur, si toutefois cette quantité a été prescrite tout entière.

CHAPITRE III.

RESTRICTIONS IMPOSÉES PAR LA LOI DANS UN INTÉRÊT PUBLIC.

A côté des restrictions que l'intérêt privé peut apporter à la propriété des eaux de source, nous trouvons une restriction dictée par l'intérêt général. Elle est établie par 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 ; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.*

Ce n'est pas là précisément une expropriation pour cause d'utilité publique. D'abord le propriétaire de la source en reste propriétaire ; il voit seulement son droit grevé d'une servitude. D'autre part, les formes protectrices créées par la loi du 3 mai 1841 ne sont pas observées ici : la servitude existe de plein droit ; les tribunaux ne l'établissent point ; ils la déclarent ; et de là, il résulte que l'indemnité due au propriétaire n'est pas préalable à sa dépossession. Cette dépossession résulte

de l'usage de l'eau, et c'est à partir du moment où elle a eu lieu que l'indemnité commence à être due. Enfin, aux termes de la loi de 1841, un propriétaire peut être dépouillé de ses droits, toutes les fois que l'utilité publique exige son expropriation ; ici, au contraire, il faut qu'il y ait *nécessité* ; si l'eau n'est pas rigoureusement indispensable aux agglomérations d'habitants qui s'en servent, le propriétaire de la source conserve l'intégralité de son droit : il peut en user dans les termes de l'article 641, c'est-à-dire sans que personne soit admis à s'y opposer.

Avant d'étudier en détail les dispositions de l'article 643, remarquons que ce texte établit une véritable servitude à l'encontre du fonds où naît la source ; or, il est de principe qu'une servitude est un droit exceptionnel, qu'on ne saurait jamais étendre ; nous nous en tiendrons donc aux termes de la loi, et nous laisserons au propriétaire de la source tous les droits qui ne lui sont pas explicitement, ou implicitement, enlevés par le législateur.

A quelles eaux s'applique l'art. 643 ? — Sans difficulté aux eaux de source ayant un cours extérieur ; les termes de la loi ne laissent aucun doute sur ce point. Mais il ne s'applique à aucune autre espèce d'eaux ; si donc la source est d'un si faible volume qu'elle n'ait pas de cours, et qu'elle se maintienne dans le bassin même où elle jaillit, le droit du propriétaire ne sera pas atteint ; on ne peut évidemment lui imposer de ne pas détourner une eau qui n'a pas de cours (1). (Dijon, 9 novembre 1866 ; Cass. 28 mai 1872.)

(1) La prétention qu'émettrait la commune d'établir une prise d'eau sur le bassin de cette source serait sans aucun fondement ; de même la prétention à un droit de puisage : ce sont là des servitudes qui ne peuvent exister qu'en vertu de titres, ou, quelque-

Pour que l'article 643 trouve son application, il faut et il suffit qu'il s'agisse d'une source d'eau courante ; peu importe, du reste, qu'elle jaillisse, ou non, sur le territoire de la commune qui prétend à la servitude ; la source se trouverait même en dehors du département que le propriétaire n'en serait pas moins grevé.

S'agit-il, non pas d'une source ancienne, mais d'une source nouvellement découverte, le propriétaire en aura presque toujours la libre disposition. Très-souvent des agglomérations d'habitants auraient intérêt à en user ; mais, en fait, elles s'en sont passées jusqu'au moment de la découverte ; ces eaux ne leur sont donc pas nécessaires. On conçoit pourtant qu'il en soit autrement ; il peut arriver que les travaux, à la suite desquels la source a jailli, aient fait tarir les sources auxquelles s'approvisionnaient les villages ou hameaux ; aucune action en indemnité ne leur sera ouverte à raison de ce fait, mais ils pourront invoquer l'article 643 ; les eaux de la source nouvelle leur sont nécessaires ; ils y ont droit.

Qui peut invoquer l'article 643 ? — Des particuliers isolés ne le peuvent pas ; il faut que l'eau serve à une agglomération d'habitants, commune, village ou hameau ; c'est aux habitants considérés, non pas *ut singuli*, mais *ut universi* que la servitude est due. Ainsi une famille, même nombreuse, ne pourrait s'en prévaloir ; il faut qu'il y ait plusieurs maisons, plusieurs familles intéressées à conserver l'usage de l'eau ; il faut qu'elles soient groupées (1) ; peu importe, du reste, que l'habitation de fois, par un effet de la prescription ; elles sont sans rapport aucun avec la servitude légale de l'article 643.

(1) Lors même que l'eau serait nécessaire à un assez grand nombre de maisons isolées les unes des autres, les propriétaires

chaque famille lui appartienne, ou que le hameau ou village entier appartienne au même propriétaire (Bordeaux, 4 décembre 1867).

La question de savoir si telle réunion de maisons est suffisante pour constituer un hameau est laissée à la décision de l'autorité administrative ; les tribunaux civils seraient tout à fait incompétents pour la résoudre. Lorsqu'une semblable difficulté se présente, les juges civils doivent surseoir à prononcer sur le fond, et renvoyer les parties à se pourvoir devant qui de droit ; une fois la décision administrative intervenue, la juridiction ordinaire reprendra ses droits.

Lorsque les conditions nécessaires à l'existence de la servitude légale se trouveront réunies, qui pourra exercer l'action tendant à réprimer les entreprises du propriétaire de la source ?— Le seul représentant de la commune. Jamais un particulier, toutes les maisons lui appartenissent-elles, ne pourra agir en son nom personnel ; on invoque l'intérêt général pour restreindre le droit du propriétaire de la source : du moins faut-il que les fonctionnaires auxquels cet intérêt est confié viennent affirmer les besoins de leurs administrés (Limoges 13 mai 1840). Ce sera donc, en général, le maire qui agira ; il ne pourra le faire qu'avec l'autorisation du Conseil de préfecture. Si les représentants ordinaires de la commune se refusent à intenter l'action, toute personne inscrite aux rôles de contribution pourra agir à leur place, et suivre le procès à ses risques et périls ; mais, comme le demandeur parlera au nom de la commune,

de ces maisons ne pourraient agir : la nécessité n'aurait pas ici un caractère suffisant d'intérêt général.

Puvis de Chavannes.

et point en tant que particulier, il devra, lui aussi, se munir de l'autorisation du Conseil de préfecture; la commune ou le hameau intéressés seront mis en cause; la décision qui interviendra aura effet à leur égard (art. 49, loi du 18 juillet 1837); (Dijon, 6 novembre 1866).

Quand les habitants d'un village ou hameau peuvent-ils empêcher le propriétaire de la source d'en détourner le cours? — Uniquement lorsque l'eau leur est *nécessaire*. Malgré l'opinion de quelques auteurs, une utilité bien marquée n'aurait point le même effet; la loi exige la nécessité; demander moins, ce serait étendre une servitude légale; on ne le peut (Orléans, 23 août 1856; Nîmes, 13 juillet 1867; Cass. 4 mars 1862).

La nécessité doit être appréciée d'après l'état actuel des lieux: ainsi on ne pourrait détourner le cours d'une source, en prétendant que, sans doute, les habitants n'ont pas aujourd'hui d'autres eaux, mais qu'ils pourraient s'en procurer en creusant des puits. Sans cela, la servitude de l'article 643 n'aurait pas d'application; il est bien peu d'endroits où il ne soit pas possible de créer des puits; le législateur connaissait certainement cette possibilité; or, il n'en a pas moins établi la servitude (Cass. 4 mars 1862).

La nécessité exigée par la loi se rapporte aux usages domestiques; il faut que l'agglomération d'habitants ait besoin de l'eau pour abreuver les bestiaux, pour faire les lavages, ou pour fournir à l'alimentation humaine. Les besoins industriels ou agricoles ne peuvent donc restreindre le droit du propriétaire de la source. Et d'abord, s'il s'agit d'arroser les prairies des particuliers habitant la commune, fussent-ils tous propriétaires, il n'y a évidemment là qu'un certain nombre d'intérêts particuliers:

l'intérêt général manque; à plus forte raison la nécessité; mais, lors même qu'il s'agirait d'irriguer les prairies communales, la solution serait la même; que l'eau soit utile à ce point de vue, cela n'est point douteux; mais, comme propriétaire, la commune n'a pas plus de droits qu'un particulier; non-seulement l'irrigation de ses prairies n'est pas nécessaire, mais elle n'est même pas d'intérêt public, dans le sens strict du mot.

On a prétendu que le propriétaire de la source n'en peut pas détourner le cours, lorsque l'eau sert de moteur à des moulins alimentant la commune. On ne saurait admettre ce point de vue; d'abord les habitants peuvent se procurer d'autres forces motrices; ils peuvent, en tout cas, aller ailleurs faire moudre leurs céréales; peut-être sera-ce pour eux moins commode; toujours est-il que le maintien des moulins n'a pas le caractère de nécessité exigé par la loi. Pourquoi, du reste, restreindre le droit du propriétaire de la source, alors que le propriétaire du moulin peut en priver la commune en le détruisant, ou en le transformant en une usine quelconque, et cela sans que les habitants aient à élever la moindre réclamation?

Lorsque la *nécessité* de l'eau est contestée, c'est aux tribunaux civils à prononcer; l'administration est incompétente.

Y aura-t-il prescription en faveur du propriétaire de la source, si, depuis trente ans, il a, par ses ouvrages, mis la commune dans l'impossibilité de se servir des eaux; par exemple s'il en a détourné le cours? Les habitants ne pourront-ils pas, à toute époque, demander le rétablissement des lieux dans leur état normal? — Il est difficile de ne pas considérer la servitude de l'article 643

comme faisant partie du domaine public de la commune; aucune prescription ne serait donc possible. En fait, la question n'a pas grand intérêt et se posera difficilement; si la commune a été privée pendant trente ans de l'eau de la source, comment soutenir que cette eau lui était nécessaire?

Quelle est l'étendue de la servitude imposée au propriétaire de la source? — *Il ne peut en changer le cours*, dit l'article 643.

En présence des termes de la loi, il est impossible d'admettre, comme le voudraient certains auteurs, l'existence, en faveur des agglomérations d'habitants, d'une *servitus non fodiendi*. Le propriétaire de la source, et tous ses voisins peuvent faire sur leurs héritages tels travaux, telles fouilles qu'ils veulent, tant pis si le résultat est de couper les veines de la source et d'en priver les hameaux inférieurs. Il y a eu dans ces entreprises un simple exercice du droit de propriété: ce' exercice n'était prohibé par aucun texte: l'article 1382 sera donc inapplicable; à plus forte raison ne pourra-t-on demander le rétablissement de l'ancien état de choses (Cass. 26 juillet 1836; 28 mai 1872).

On a été jusqu'à vouloir accorder aux habitants des villages, ou hameaux, une servitude de passage pour arriver au cours d'eau qu'ils veulent utiliser. — Cela n'est point admissible; nul texte ne crée cette nouvelle servitude légale, et l'on ne peut rien suppléer en cette matière. La loi suppose que les habitants ont accès au ruisseau, soit par un chemin public, soit par des fonds sur lesquels on leur a accordé volontairement le droit de passage: c'est seulement lorsque ces conditions sont remplies que la servitude de l'article 643 est applicable. Elle se borne à

maintenir l'état de fait existant : elle ne crée ni un droit de puisage, ni un droit de passage, qui en serait la conséquence naturelle (Cass. 5 juillet 1864; Agen, 31 janvier 1865; Nîmes, 18 juillet 1867; Dijon, 5 avril 1871).

Nous rejetons tout ce qui serait une extension de la servitude légale; est-ce à dire qu'il faut s'attacher à la lettre même de l'article 643? La seule faculté enlevée au propriétaire de la source est-elle celle d'en détourner le cours? Faut-il lui laisser, avec certains jurisconsultes, le droit d'anéantir la source, de la refouler dans l'intérieur de la terre? Faut-il l'admettre à user de l'eau comme il l'entend, et de façon même à en consommer la totalité? Faut-il lui reconnaître le droit d'altérer l'eau et de la rendre impropre aux usages domestiques?— Sur toutes ces questions l'affirmative est soutenue. Il nous paraît pourtant bien difficile de s'y ranger. A côté de la lettre de la loi, il y en a l'esprit; or, cela est certain, le législateur a entendu réprover toutes les entreprises opérées sur la source elle-même, et qui priveraient une agglomération d'habitants de l'eau qui lui est nécessaire; par l'article 643, il a voulu déroger au droit qu'a tout propriétaire d'user de sa chose à sa volonté; il n'a pu laisser libres des entreprises susceptibles de détruire entièrement la servitude qu'il établissait. Sans doute, le propriétaire de la source en conserve la propriété, et même l'usage; mais il devra en user de façon à laisser aux villages et hameaux inférieurs l'eau dont ils ont besoin; il devra leur transmettre cette eau sans l'altérer, et de façon qu'elle reste propre aux usages domestiques (Cass. 2 novembre 1828; Nancy, 20 avril 1842). Ces décisions n'étendent pas la servitude légale; elles n'en sont que les conséquences logiques et nécessaires.

C'est également avec raison que la Cour de cassation a appliqué l'article 643 aux riverains intermédiaires entre la source et les hameaux ou villages. Eux aussi pourront user de l'eau, mais de façon à ne pas nuire à l'intérêt communal ; si le droit du propriétaire de la source subit une restriction, à plus forte raison doit-il en être ainsi du droit des riverains, toujours traités moins favorablement par la loi (Cass. 18 janvier 1849). Sans cette solution, l'article 643 perdrait toute son utilité : car l'eau, ménagée par le propriétaire de la source, serait consommée ou altérée par les propriétaires des fonds inférieurs.

Le propriétaire de la source, privé de son droit absolu de disposition, recevra une indemnité ; le règlement s'en fera à l'amiable ; et, si l'on ne parvient pas à s'entendre, il y aura lieu à une expertise (art. 302 Pr. civ.). L'indemnité a, comme toujours, pour but de rendre le propriétaire indemne, *sine damno* ; elle sera donc calculée, non pas sur l'avantage que l'eau procure à la commune, mais sur le préjudice causé au propriétaire par la restriction de son droit. Les tribunaux civils sont seuls compétents pour tout ce qui a trait à l'indemnité ; ce sont eux qui organiseront l'expertise, s'il y a lieu, et qui fixeront la somme à payer (art. 322-323 Pr. civ.).

Qui devra supporter l'indemnité ? — Ceux évidemment qui profitent de l'eau, et ceux-là seuls ; la servitude est-elle invoquée dans l'intérêt d'un seul hameau, il serait inique de faire contribuer la commune entière.

Dans plusieurs hypothèses, il ne sera dû aucune indemnité. Ce sera d'abord lorsqu'il y aura eu, à une époque quelconque, promesse faite à la commune par le propriétaire de la source de ne pas en détourner les eaux. Ce sera ensuite lorsque le propriétaire ne pourra matériel-

lement disposer de l'eau. Par exemple, il s'agit d'une source naissant au fond d'un ravin; le propriétaire ne peut s'en servir pour l'irrigation de son fonds, ni pour aucun usage industriel; il ne peut non plus l'élever à une hauteur suffisante pour la dériver et la céder à des tiers; si donc il ne lui est pas possible d'en disposer, c'est la nature qui l'en empêche, et non les besoins des agglomérations d'habitants, qui, plus bas, se servent de ses eaux; il ne serait pas fondé à exiger une indemnité quelconque.

Il en sera de même lorsque la commune aura fait sur le fonds de la source des travaux facilitant la chute et le cours de l'eau, et qu'elle aura profité de ces ouvrages pendant trente années à dater de leur achèvement (art. 642 et 643). Il y aura alors, en sa faveur, prescription acquisitive; c'est-à-dire que le fonds supérieur aura perdu son droit, sans avoir reçu, ni pouvoir réclamer aucun dédommagement.

Enfin, la prescription extinctive aura le même effet: si l'indemnité n'a pas été réclamée dans les trente années qui ont suivi l'époque où elle a commencé à être due, elle ne pourra plus être exigée. Mais à partir de quand l'indemnité est-elle due? — Elle l'est dès l'instant où les habitants de la commune, ou du hameau ont commencé, *ut universi*, à jouir de l'eau qui leur était nécessaire. De ce jour la servitude légale existe: de ce jour l'expropriation, si l'on peut se servir de ce mot, a eu lieu.

Il faut, prétend-on, que le propriétaire de la source fasse une tentative de détourner les eaux, et que l'agglomération d'habitants s'y oppose; ce serait seulement à partir de cette contradiction au droit absolu du proprié-

taire que celui-ci serait en demeure de réclamer son indemnité; c'est alors seulement qu'il a été dépossédé, et que la prescription a pu courir contre lui.— Nous rejetons cette solution. La servitude de l'article 643 est une servitude légale; elle existe dès l'instant où l'eau s'est trouvée nécessaire à un hameau ou village, et où les habitants s'en sont servis; à partir de ce moment, le propriétaire est, de par la loi, privé de son droit absolu; donc l'indemnité lui est due; et, s'il reste trente ans sans agir, on pourra invoquer contre lui la prescription libératoire. L'usage de l'eau suffit si bien pour restreindre le droit du propriétaire, que toute tentative de dérivation pourra, au bout d'une année de cette jouissance, être réprimée par la voie de l'action possessoire; les hameaux et villages considéreront cette tentative comme une innovation contraire à une possession dès lors existante (Cass. 19 décembre 1854).

Est-ce de cette prescription libératoire que parle l'article 643? — On l'admet généralement; mais le texte est difficile à concilier avec cette opinion. Le propriétaire de la source ne peut enlever aux habitants *l'eau qui leur est nécessaire*; mais, si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité... Il s'agit donc, non pas de se libérer d'une obligation, mais d'acquiescer, ou de prescrire l'usage de l'eau, ce qu'on ne peut considérer comme la même chose. De quelle façon peut-on prescrire l'usage de l'eau? — C'est l'article 642 qui répond à cette question. La prescription acquisitive a-t-elle eu lieu, il sera tout naturel qu'il n'y ait plus aucune indemnité à payer. L'article 643, dans cette phrase incidente: *si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage*, n'a qu'un but, indiquer que la prescription

acquisitive peut profiter aux communes comme aux particuliers.

Est-ce à dire que, tant que cette prescription n'aura pas eu lieu, l'indemnité pourra être réclamée à la commune? — Point du tout. Il est certain que l'article 643 attribue à l'agglomération d'habitants l'eau dont elle a besoin; il lui confère directement une servitude légale; l'expropriation, dans le sens donné ici à ce mot, a lieu de plein droit dès que les habitants, en usant de l'eau, ont prouvé qu'elle leur était nécessaire. Dès lors, le propriétaire de la source n'a plus la faculté d'en détourner le cours; par suite, son droit à l'indemnité est ouvert: à lui de la réclamer; s'il ne le fait pas, s'il reste inactif pendant les délais légaux, la prescription libératoire se produira; les habitants n'auront plus rien à lui payer.

Ce qu'a voulu faire l'article 643, c'est, tout en attribuant une servitude légale aux habitants d'une commune, leur maintenir le droit de prescrire une servitude du fait de l'homme, ainsi que le pourraient faire des particuliers. Le texte est muet sur la prescription libératoire, comme l'est en somme, dans une hypothèse analogue, l'article 682; cette prescription sera soumise aux règles ordinaires, et les délais qui y conduiront courront du jour où l'indemnité aura commencé à être due, c'est-à-dire du jour où l'usage de l'eau par les habitants agissant *ut universi* aura eu lieu.

Mais alors, objecte-t-on, comment admettre la commune à invoquer la prescription acquisitive d'un droit qui lui est conféré immédiatement, et avant toute prescription?—Nous ne pouvons prescrire un droit qui nous appartient. — Cette objection n'est point irréfutable. L'article 643 établit une servitude légale en faveur de la

commune; pourquoi celle-ci ne serait-elle pas autorisée à se prévaloir, ou non, suivant son intérêt, de cette faveur exceptionnelle? Nul n'est forcé d'exercer ses droits. La commune peut vouloir s'en tenir au droit commun; si elle a fait des travaux sur le fonds supérieur, et que sa jouissance ait, depuis lors, duré trente ans, elle aura souvent intérêt à invoquer la prescription acquisitive : 1° elle ne sera pas astreinte à prouver que l'eau de la source lui est nécessaire; 2° aucune contestation ne sera possible relativement à l'indemnité; celle-ci ne sera jamais due; 3° la servitude acquise aura presque toujours plus d'étendue que la servitude légale de l'article 643. On admet, d'une façon générale, qu'une commune peut prescrire aussi bien que des particuliers; il n'y a donc aucune raison pour rejeter ici l'application de l'article 642.

Sauf les deux restrictions, visées par les articles 641-643, et qui ont fait l'objet de nos deuxième et troisième chapitres, le propriétaire de la source conserve l'intégralité de son droit. Ainsi :

1° Les tribunaux n'ont point sur les eaux de source le pouvoir discrétionnaire qui leur est accordé sur les eaux courantes, c'est-à-dire sur les eaux pour lesquelles la riveraineté a commencé : l'article 645 est tout à fait inapplicable dans les contestations entre le propriétaire de la source et les riverains. Ici, en effet, il n'y a pas à concilier des droits pour ainsi dire parallèles; au contraire, l'un a un droit absolu, les autres n'ont aucun droit; en cas de procès, ceux-ci doivent donc purement et simplement succomber devant celui-là (Cass., 29 janvier 1840; 19 novembre 1855; Pau, 2 mai 1857).

2° Les eaux courantes, même étrangères au Domaine

Public, sont soumises à la surveillance administrative (lois des 12-20 août 1790; 28 septembre-6 octobre 1791; décret du 25 mars 1852); pour assurer le bon usage des eaux, et protéger l'intérêt public, l'administration est investie du pouvoir réglementaire. Rien de semblable quant aux sources. Comme nous l'avons dit, la propriété est un droit absolu, qui ne peut être limité par des intérêts contraires; l'ingérence administrative y serait fâcheuse; aussi ne doit-elle pas s'y produire. *Les eaux provenant d'une source qui prend naissance dans une propriété*, dit un arrêt du conseil d'Etat du 24 juin 1868, *ne constituent pas, dans cette propriété, un cours d'eau soumis au pouvoir réglementaire de l'administration. Est, dès lors, entaché d'excès de pouvoir, l'arrêté par lequel le préfet y a réglé l'aménagement de ces eaux, spécialement en fixant la hauteur et le régime d'une vanne établie pour l'irrigation d'un clos faisant partie de ladite propriété.* L'autorité administrative ne pourrait intervenir que dans un intérêt de salubrité, ou pour prévenir les inondations; alors son action serait légitime.

3° Le propriétaire conserve-t-il le droit absolu que lui confère l'article 641, lorsque la source alimente une rivière ou un fleuve? — On a proposé de distinguer: s'il s'agit de la source d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable, dit-on, elle ne peut être ni détruite, ni cédée à des tiers; l'eau doit être laissée à son cours. L'ordonnance de 1669, encore en vigueur, a classé dans le domaine public les fleuves et rivières navigables et flottables; sans doute le domaine public ne prend naissance que là où commence la flottabilité; les sources n'en font donc presque jamais partie; mais on ne peut permettre aux particuliers d'anéantir, par leurs entreprises, ce que l'E-

tat s'est réservé ; on ne peut leur laisser, sur les sources des cours d'eau navigables et flottables, les droits qu'ils ont sur les sources ordinaires. Quant aux cours d'eau étrangers au domaine public, leurs sources sont, au contraire, l'objet de véritables droits de propriété ; c'est pour ces sources qu'a été fait l'article 641 : l'intérêt des riverains inférieurs, eussent-ils établi des usines considérables, n'est qu'un intérêt privé, auquel on peut faire échec ; ces sources peuvent donc être anéanties ou aliénées ; le cours en pourra être détourné, sans que de pareilles entreprises donnent lieu à aucune action judiciaire.

Certains jurisconsultes vont plus loin : ils étendent la décision proposée pour les fleuves et rivières navigables à tous les cours d'eau qui contribuent à leur donner ce caractère.

Nous aussi nous rejetterons toute distinction ; mais ce sera pour maintenir au propriétaire de la source l'intégralité de ses droits. Il faut le reconnaître, l'usage qu'il en fera pourra avoir de graves inconvénients ; souvent des villes voisines lui achèteront sa source, la détourneront à leur profit, et en priveront ainsi les fonds inférieurs ; des usines considérables se verront enlever leur force motrice ; la navigabilité elle-même pourra être diminuée ; l'intérêt général souffrira dans certains cas ; mais ces considérations ne peuvent pas prévaloir contre le texte de la loi. Les cours d'eau ne font partie du domaine public qu'à partir du point où commence la navigabilité, ou la flottabilité ; au-dessus de ce point, ils n'appartiennent plus à l'Etat ; ils sont exactement dans la même condition que les cours d'eau non navigables, ni flottables. Or, sur quoi se fonder pour restreindre les droits du

propriétaire sur la source des cours d'eau non navigables ? Comment se soustraire à ces termes de l'article 641 : *Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription ?* La loi établit deux restrictions au droit du propriétaire de la source ; de quel droit en créer une troisième ? Les exceptions ne se suppléent point (Rouen, 4 février 1824 ; Cass., 18 février 1858).

L'intérêt général ne sera pas, du reste, complètement désarmé ; il pourra, s'il y a lieu, se prévaloir de l'article 643 ; il pourra surtout recourir à la loi du 3 mai 1841. Au nom de l'utilité publique, on expropriera la source ; le propriétaire recevra l'équivalent pécuniaire de son droit ; l'intérêt de la navigation, celui même de l'industrie, s'il s'élève au caractère d'intérêt général, se trouveront en même temps garantis, sans qu'il y ait besoin de faire aucune violence à la loi.

Quoi qu'il en soit, en législation, le système du Code ne serait peut-être pas à l'abri de toute critique ; il nous paraîtrait désirable que les sources des cours d'eau navigables et flottables fussent mieux garanties contre les entreprises des particuliers.

CHAPITRE IV.

LA PROPRIÉTÉ DES EAUX DE SOURCE ET LE DROIT DE FOUILLE.

Le législateur a établi sur des bases solides la propriété des eaux de source ; il ne l'a pourtant pas mise à l'abri de toutes les éventualités. Le système du Code

civil repose tout entier sur cette idée que le propriétaire du sol est propriétaire du dessus et du dessous (art. 552). Le cours souterrain des eaux ne pouvant être connu, on a dû considérer la source qui jaillit dans un fonds, comme le produit, comme l'accessoire de ce fonds.

Telle est la base sur laquelle repose la propriété des eaux de source. La conséquence logique et nécessaire qui en découle, c'est qu'il doit être permis à chacun de pratiquer des fouilles dans son fonds, et d'y rechercher les eaux souterraines qui peuvent s'y trouver; la source appartiendra à celui qui la fera jaillir sur son héritage; c'est au lieu où elle sortira de terre que son existence commencera à être certaine; c'est là qu'elle deviendra un objet de propriété privée.

Le droit du propriétaire actuel de la source n'empêchera donc pas les propriétaires voisins de faire sur leur terrain telles fouilles qu'ils voudront (art. 552); peut-être couperont-ils ainsi les veinés de l'eau; mais ils n'auront fait qu'user de leur droit, et ils ne seront pas responsables du préjudice subi par leur voisin. Celui-ci ne pourra leur réclamer ni le rétablissement de l'ancien état de lieux, ni même une indemnité. Si, par suite de leurs travaux, la source jaillit dès lors sur leur fonds, ce sera pour eux un grand avantage, mais un avantage absolument légitime; la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous; à chacun de tirer de son fonds tout ce qu'il peut (art. 552).

C'était déjà la décision romaine (l. 24, § 12, D. XXXIX, 2; l. 1, § 12, D. XXXIX, 3); mais elle avait une restriction: le droit de fouille disparaissait lorsqu'on voulait l'exercer sans utilité, et uniquement dans le but de tarir méchamment les sources du voisin; celui-ci obtenait en ce cas l'action de dol (l. 1, § 12, D. XXXIX, 3).

Cette limitation, reçue aussi par notre ancien droit, doit être rejetée aujourd'hui. L'article 552 ne la reproduit pas : là où la loi ne distingue pas, nous ne pouvons distinguer.

Le droit de pratiquer des fouilles dans son fonds, quel qu'en soit le résultat pour les sources voisines, est absolu ; il y est fait pourtant quatre exceptions :

1° On peut y renoncer par une convention, et consentir, par exemple, un *jus non fodiendi* (l. 15, D. VIII, 1).

2° D'anciennes ordonnances encore en vigueur ont défendu de couper les veines des sources alimentant quelques grandes villes, Paris, Rouen et Montpellier (1).

3° Le propriétaire d'une mine n'est pas considéré comme ayant un droit assez absolu pour pouvoir tarir les sources qui jaillissent à la surface ; s'il le fait, il devra indemnité au propriétaire de la source ; en effet, dit la Cour de cassation (arrêt du 8 juin 1869), *le titulaire d'une concession de mines est investi, par la loi du 21 avril 1810, d'une propriété d'une nature restreinte et toute spéciale, et tenu, en vertu de cette même loi, à la réparation de tous les dommages que les travaux d'exploitation peuvent occasionner à la propriété du dessus.* — La Cour de Liège (10 janvier 1867) n'admet pas cette exception : le concessionnaire de mines, dit-elle, est pour le propriétaire de la surface un voisin, qui, comme tout autre, a le droit de fouille ; l'exercice de ce droit ne peut donner lieu au paiement d'aucune indemnité ; pour qu'il en fût autre-

(1) Pour Paris : Lettres patentes du 15 octobre 1601 ; édits du Bureau de la ville des 14 juillet 1666 et 23 juillet 1670 ; arrêt du Conseil du 4 juillet 1777. — Pour Rouen : Arrêts du Parlement de Normandie de 1602 et 1733. — Pour Montpellier : Ordonnance de l'intendant du Languedoc du 6 mars 1764.

ment, il faudrait une disposition légale expresse, et la loi de 1810 n'en contient aucune. — Le point de vue de la Cour de cassation nous paraît cependant plus exact. La loi de 1810, cela ressort de son esprit, n'admet les entreprises souterraines que si elles ne nuisent pas matériellement au propriétaire de la surface ; du moment qu'un préjudice matériel est causé à la propriété du dessus, réparation en est due, lors même que le concessionnaire de mines n'aurait fait qu'user de son droit (art. 43, 45, loi du 21 avril 1810). Mais, remarquons-le, le droit à l'indemnité n'appartiendra qu'au propriétaire sous le fonds duquel l'exploitation a eu lieu ; la loi de 1810 n'a pas entendu protéger les fonds voisins, sous lesquels on n'exploite pas ; si les veines des sources qui s'y trouvaient sont coupées, il n'y a pas lieu à indemnité ; on peut toujours fouiller son fonds au préjudice d'un *voisin*. L'obligation à l'indemnité, dit la Cour de cassation (12 août 1872), résulte de la superposition de la surface à la mine, et du dédoublement de la propriété primitive (Conf. Cass. belge, 30 mai 1872).

4° Dans le système du Code, l'exercice du droit de fouille est légitime, quelle que soit la nature des eaux ; les veines alimentant des sources médicales sont elles-mêmes exposées à être coupées ; l'autorité administrative, non plus que l'autorité judiciaire, ne peut réprimer les entreprises susceptibles de les tarir (Cass. 13 avril 1844).

Sous la Restauration et le Gouvernement de Juillet, l'usage des eaux thermales se développa avec rapidité ; mais, en même temps, les propriétaires voisins des sources firent de nombreuses tentatives pour se les approprier ; et leurs sondages aboutirent souvent à priver des établissements thermaux de la plus grande partie de

leurs eaux. L'intérêt public exigeait qu'on s'opposât à ces travaux, et qu'on ne permit pas aux entreprises privées de faire échec à l'utilité générale. Mais la loi était muette ; les tribunaux se refusèrent à entrer dans la voie de l'arbitraire, et à interdire des actes expressément permis par le Code (art. 552, 554).

On résolut donc de combler la lacune qui se trouvait dans notre législation. Un premier projet de loi, présenté en 1837, fut voté par la Chambre des Pairs, mais rejeté par la Chambre des Députés ; on craignait, en établissant un *jus non fodiendi*, de porter atteinte au principe de la propriété ; on ne s'entendait pas, d'autre part, sur les conditions dans lesquelles cette servitude pourrait être créée. En 1846, le Gouvernement fit une seconde tentative, tout aussi infructueuse ; en 1847, un projet de loi fut de nouveau rédigé, et il était sur le point d'être discuté par les Chambres, lorsqu'éclata la révolution de 1848.

La situation de nos établissements thermaux était alors devenue si précaire que le Gouvernement provisoire se crut obligé d'y pourvoir d'urgence, et sans attendre le vote d'une loi. Un décret du 10 mars 1848 ordonne : *Qu'aucun sondage, aucun travail souterrain ne pourront être pratiqués, sans l'autorisation préalable du Préfet du département, dans un périmètre de mille mètres au moins de rayon autour des sources d'eaux minérales dont l'exploitation aura été régulièrement autorisée. Cette autorisation ne sera délivrée que sur l'avis de l'ingénieur des mines du département et du médecin-inspecteur de l'établissement thermal.* Ce décret pouvait donner prise à bien des critiques ; néanmoins, il fut considéré comme constituant un véritable progrès sur l'état antérieur.

La loi du 14 juillet 1856 régla définitivement la matière ; ses dispositions sont beaucoup plus sages et plus équitables que celles du décret. Cette loi se compose de trois titres ; les deux derniers traitent de matières étrangères au point de vue qui nous occupe ; nous les laisserons de côté ; le titre I est, au contraire, tout entier relatif au droit civil ; nous en indiquerons rapidement les principales dispositions.

Aux termes de l'article 1, les servitudes établies par la loi ne s'appliquent qu'aux sources minérales déclarées d'intérêt public par un décret délibéré en Conseil d'Etat. C'est là une heureuse innovation sur le décret de 1848, qui établissait la servitude *non fodiendi* au profit de toutes les sources dont l'exploitation avait été autorisée. C'était grever les fonds voisins en faveur de sources souvent fort peu importantes.

Un décret rendu dans les formes indiquées peut assigner aux sources un périmètre de protection (art. 2). Ce périmètre est mobile ; l'étendue en sera fixée suivant les cas. C'est là encore une solution meilleure que celle du décret de 1848 ; l'étendue fixe de mille mètres était insuffisante dans nombre d'hypothèses, et exagérée dans beaucoup d'autres.

Les fonds voisins de la source sont grevés par la loi de deux sortes de servitudes ; l'une restreint la liberté d'action du propriétaire sur son fonds ; l'autre l'oblige à y supporter, de la part du propriétaire de la source, l'exécution de certains travaux.

La première de ces servitudes résulte des articles 3-6. Voici ce en quoi elle consiste. Le propriétaire du fonds voisin de la source veut-il entreprendre des travaux dans le périmètre de protection, il le peut ; mais sous

les conditions suivantes : s'il s'agit de sondages ou de travaux souterrains, il lui faut une autorisation préalable; s'agit-il, au contraire, de tranchées ou autres travaux à ciel ouvert, liberté complète; cependant il doit en faire la déclaration au préfet, au moins un mois à l'avance, lorsque le décret qui a fixé le périmètre lui a imposé cette obligation (art. 3). Les travaux entrepris régulièrement, dans ces diverses hypothèses, peuvent être suspendus *par le préfet, si leur résultat constaté est d'altérer ou de diminuer la source. Le propriétaire du terrain est préalablement entendu. L'arrêté du préfet est exécutoire par provision, sauf recours au Conseil de Préfecture et au Conseil d'Etat par la voie contentieuse* (art. 4.).

Est-ce en dehors du périmètre que les travaux doivent être entrepris, ou dans le voisinage d'une source déclarée d'intérêt public, mais à laquelle aucun périmètre n'a été assigné (art. 6); alors il n'y a ni autorisation à obtenir, ni déclaration à faire; seulement, si, au cours de l'exécution des travaux, ils sont jugés de nature à altérer, ou à diminuer la source, le préfet peut les suspendre; ils seront repris dans les six mois, si, à l'expiration de ce délai, le périmètre n'a pas été étendu de façon à comprendre le fonds où les travaux avaient été commencés (art. 5). Du reste, ce sont seulement les sondages et travaux souterrains que le préfet peut interdire provisoirement; nul texte ne lui donne le même pouvoir en ce qui concerne les travaux à ciel ouvert (art. 5, *a contrario*). Si de pareils travaux menacent l'existence de la source, le propriétaire n'a qu'un moyen d'y parer; c'est de poursuivre immédiatement l'extension du périmètre; le décret rendu, il obtiendra la destruction des travaux moyennant indemnité.

La seconde servitude consiste *in patiendo*; elle force les propriétaires voisins à laisser faire certains travaux sur leurs fonds. Voici les textes qui s'y rapportent :

Art. 7. Dans l'intérieur du périmètre de protection, le propriétaire d'une source déclarée d'intérêt public a le droit de faire dans le terrain d'autrui, à l'exception des maisons d'habitation et des cours attenantes, tous les travaux de captage et d'aménagement nécessaires pour la conservation, la conduite et la distribution de cette source, lorsque ces travaux ont été autorisés par un arrêté du ministre de l'agriculture, du commerce et des travaux publics.

Le propriétaire du terrain est entendu dans l'instruction.

Art. 9. L'occupation d'un terrain compris dans le périmètre de protection pour l'exécution des travaux prévus par l'article 7, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un arrêté du préfet, qui en fixe la durée.

Lorsque l'occupation d'un terrain compris dans le périmètre prive le propriétaire de la jouissance du revenu au-delà du temps d'une année, ou lorsque, après les travaux, le terrain n'est plus propre à l'usage auquel il était employé, le propriétaire dudit terrain peut exiger du propriétaire de la source l'acquisition du terrain occupé ou dénaturé. Dans ce cas, l'indemnité est réglée suivant les formes prescrites par la loi du 3 mai 1841. Dans aucun cas, l'expropriation ne peut être provoquée par le propriétaire de la source.

Art. 10. Les dommages dus par suite de suspension, interdiction, ou destruction de travaux dans les cas prévus aux articles 4, 5 et 6, ainsi que ceux dus à raison de travaux exécutés en vertu des articles 7 et 9, sont à la charge du propriétaire de la source. L'indemnité est réglée à l'amiable ou par les tribunaux.

Dans les cas prévus par les articles 4, 5 et 6 l'indemnité

due par le propriétaire de la source ne peut excéder le montant des pertes matérielles qu'a éprouvées le propriétaire du terrain, et le prix des travaux devenus inutiles, augmenté de la somme nécessaire pour le rétablissement des lieux dans leur état primitif.

Sur ces textes deux remarques : 1° La loi actuelle (art. 10) n'accorde d'indemnité aux fonds grevés que pour les pertes matérielles que leur cause l'exercice de la servitude ; elle n'en accorde jamais pour l'établissement du *jus non fodiendi* lui-même. Cette décision a été empruntée au décret de 1848 ; elle n'était point admise par les projets de loi élaborés jusqu'alors ; aujourd'hui, l'on s'accorde assez généralement à en reconnaître l'équité ; elle ne nous paraît pourtant pas inattaquable. Le législateur crée une servitude légale ; il est déterminé, sans doute, par des considérations d'intérêt public ; mais en fait, à qui profitera le *jus non fodiendi* ? — Au propriétaire de la source, à un particulier, qui verra sa propriété mise par là à l'abri de toutes chances contraires. Du moment que les voisins sont dépouillés en sa faveur d'un droit qui pouvait leur être précieux, pourquoi ne pas permettre aux tribunaux de leur allouer une indemnité ? — Cette indemnité ne serait prononcée que si la servitude cause un tort réel ; mais, en fait, il n'est point rare qu'il en soit ainsi. Nous concevons difficilement la décision du législateur, surtout en présence de la loi du 3 mai 1841, qui accorde une indemnité préalable, même lorsque la dépossession a lieu uniquement en faveur de l'intérêt général, et pour cause d'utilité publique.

2° Il est des cas où les voisins de la source thermale pourront exiger l'expropriation de leurs terrains (art. 9) ; jamais, au contraire, l'expropriation ne peut être pour-

suivie contre eux (art. 9). Le législateur a donc considéré que l'intérêt des sources thermales ne saurait jamais donner lieu à l'application de la loi du 3 mai 1841.

CHAPITRE V.

LA POSSESSION DES EAUX DE SOURCE ET LES ACTIONS POSSESSOIRES.

Nous savons maintenant avec quelle étendue a été organisée la propriété des eaux de source, et par quels droits contraires elle peut être amoindrie. Les principes que nous avons exposés trouveront leur application devant les tribunaux civils de première instance; l'appel sera porté devant la Cour. Ces juridictions prononceront sur le fond même du droit : on agit devant elles au pétitoire.

Mais, au lieu de réclamer ainsi en elles-mêmes la propriété, ou une servitude, il se peut qu'on cherche simplement à obtenir la possession; il se peut qu'on demande le maintien, ou le rétablissement de tel ou tel état de fait, sauf à discuter ensuite la conformité de cet état avec le droit lui-même; on agira alors au possessoire; l'action sera portée devant le Juge de Paix, et ce sera au tribunal de première instance à connaître de l'appel (art. 6, 1^o, loi du 25 mai 1838).

Obtenir ou conserver la possession présente deux grands avantages : 1^o dans le procès qui s'engagera au pétitoire, on sera déchargé du fardeau de la preuve; on

sera censé titulaire légitime du droit en litige, tant que l'adversaire n'aura pas prouvé que cette qualité lui appartient. 2° Pendant les débats, susceptibles d'être fort longs, on aura la jouissance du droit.

Nous n'avons pas à présenter une théorie complète des actions possessoires; nous devons simplement indiquer comment elles protègent les droits que nous avons analysés. Rappelons pourtant quelques principes généraux.

1° La seule possession qui puisse fonder une action possessoire est la possession civile, celle qui mène à la prescription; il faut, pour donner ouverture à l'action, que tout se soit passé depuis un an de telle façon, que le maintien pendant trente ans de cet état de choses aboutirait à la prescription (Cass. 6 juillet 1836; 21 juillet 1839). La possession doit donc être *paisible et à titre non précaire* (art. 23 Pr. civ.); elle doit de plus remplir toutes les conditions exigées par l'article 2229 C. civ., c'est-à-dire qu'elle doit être *continue, non interrompue, publique et non équivoque*.

2° Il y a deux espèces d'actions possessoires, la *complainte* et la *réintégrande*; la première poursuit la répression d'un trouble apporté à la possession; la seconde tend à faire rétablir dans la possession elle-même, lorsque celle-ci a été perdue (art. 2060^{2o} C. civ.; art. 6^{1o}, loi du 25 mai 1838).

3° Les actions possessoires peuvent être intentées du moment qu'il a été fait une innovation contraire à la possession; elles ne peuvent l'être que dans l'année du trouble ou de la dépossession (art. 23 Pr. civ.).

4° Le juge de paix, chargé de juger toutes actions possessoires, ne pourra prononcer sur le fond du droit

(art. 24, Pr. civ.); de plus le pétitoire et le possessoire ne seront jamais cumulés (art. 25, Pr. civ.). Le juge de paix devra simplement rechercher si les éléments de la possession, tels qu'ils sont déterminés par les articles 23 Pr. civ. et 2229 C. civ., existent ou n'existent pas. Il pourra consulter les titres des parties, mais seulement pour déterminer le caractère de leur possession (Cass. 26 janvier 1825; 3 décembre 1827). Cet examen de titres est parfois indispensable; c'est lorsqu'il s'agit de la possession de servitudes discontinues; la possession en est toujours précaire, à moins qu'elle ne se fonde sur un titre (Cass. 24 juillet 1839). Mais la règle générale et absolue, c'est que le juge de paix ne peut consulter les titres au point de vue du pétitoire, ni rien préjuger sur le fond du droit. En cas de contestation sur la validité du titre, le juge prononcera lui-même; mais, bien entendu, sa décision n'aura force de chose jugée qu'au point de vue du possessoire (Cass. 24 juillet 1839). Toutes les fois que le juge a reconnu l'existence de la possession, son appréciation est souveraine; elle n'est pas soumise à la censure de la Cour de cassation.

Ces principes rappelés d'une façon très-sommaire, voyons comment les actions possessoires protègent les divers droits relatifs aux eaux de source.

Le propriétaire du fonds où jaillit la source est propriétaire de la source elle-même; il peut donc en faire tel usage qui lui convient. Il maintiendra son droit au pétitoire; mais il a également à son service les actions possessoires. Ce dont il est important de se souvenir, c'est que les propriétaires des fonds inférieurs, dans l'état normal, n'ont aucune possession de l'eau; ils la reçoivent *jure servitutis*, et non pas *jure domini*. Lors

donc que le propriétaire de la source change le mode de culture de son fonds, lorsqu'il diminue la masse de l'eau, ou qu'il en cède tout ou partie à des tiers, les riverains inférieurs n'ont point à se plaindre; l'action pétitoire leur manque; ils ne peuvent même agir au possessoire, car ils ne possédaient pas (art. 23 Pr. civ.; Cass., 19 novembre 1855). Peu importe qu'ils aient fait des travaux sur leurs fonds, qu'ils y aient établi des usines; vis-à-vis du propriétaire supérieur, leur situation n'en est pas moins précaire. S'ils protestent contre ses travaux et ses entreprises, celui-ci pourra intenter contre eux l'action en complainte; en vertu des articles 641, 643, 644, il est en possession du droit de donner aux eaux la destination qui lui convient; tout trouble à cette possession peut être réprimé au possessoire.

Le propriétaire intentera l'action en complainte et triomphera : 1^o lorsque, sans se fonder sur l'article 640, ni sur l'article 642, les riverains inférieurs voudront réprimer les innovations faites sur le fonds de la source; en effet, c'est seulement l'innovation contraire à la possession qui pourrait faire succomber le propriétaire; ici, les innovations sont conformes à la possession et l'affirmement. 2^o Lorsque, depuis plus d'un an, un aqueduc aura été construit, ou des tuyaux auront été placés dans l'héritage inférieur, à l'effet de transmettre directement les eaux, du fonds où naît la source, à un autre fonds non contigu appartenant au même propriétaire; si un trouble quelconque est apporté à la paisible jouissance de ces conduites d'eau, il y aura lieu à complainte. Il faut du reste, s'il s'agit de tuyaux, qu'un signe extérieur en révèle l'existence; sinon, c'est-à-dire si la conduite n'est pas apparente, la possession ne pourra s'appuyer

que sur un titre concédé, soit volontairement, soit par autorité de justice conformément à la loi de 1845 (conf. Cass., 9 décembre 1833).

Si l'eau est transmise directement à un fonds qui appartient, non pas au propriétaire de la source, mais à une autre personne, celle-ci aura l'action possessoire, soit contre les propriétaires intermédiaires pour faire respecter son droit d'aqueduc, soit contre le propriétaire de la source, pour défendre le droit de prise d'eau.

Le riverain inférieur ne pourra-t-il jamais faire réprimer au possessoire les innovations par lesquelles le propriétaire de la source le priverait de l'eau qu'il a l'habitude de recevoir? — Certainement si; il le pourra toutes les fois qu'il possèdera le droit de recevoir l'eau; toutes les fois que l'écoulement aura lieu pour lui, *jure domini*, et non pas *jure servitutis*. Il faudra donc une possession fondée sur un titre, ce qui fera disparaître toute précarité; ou conforme à un état de lieux créé par la destination du père de famille; ou enfin une possession susceptible de conduire à la prescription.

Le propriétaire inférieur présente-t-il un titre de concession émanant du propriétaire de la source, sa possession n'est plus précaire; il possède conformément à un titre; et si le laps d'un an s'est écoulé depuis le moment de la concession, l'action possessoire lui appartient; il peut ainsi réprimer toutes entreprises qui tendraient à diminuer son droit. Si donc un titre est présenté, le juge de paix devra l'examiner pour caractériser la possession, pour voir si réellement elle existe, et si le propriétaire de la source ne se borne pas à s'abstenir d'un acte de pure faculté (art. 2232). L'examen du titre, nous l'avons dit, ne doit être jamais fait qu'au point de vue du

possessoire (Cass. 17 juillet 1844; 21 août 1859).

La possession du riverain inférieur cesse encore d'être précaire, et donne ouverture à la complainte ou à la réintégrande, si elle se fonde sur un état de lieux créé par la destination du père de famille : toute atteinte à la jouissance des eaux, telle que la comporte cet état, permettra d'actionner le propriétaire de la source (Cass. 14 juin 1814; 30 juin 1841).

Il en sera de même toutes les fois que la prescription aura commencé à courir contre le propriétaire. Si donc, sur son fonds, des travaux ont été faits dans l'intérêt des fonds inférieurs, et pour y faciliter la chute et le cours de l'eau, il y aura établissement, au profit de ces fonds, d'une véritable possession des eaux, d'une possession contraire au droit absolu du propriétaire de la source ; si elle se prolonge pendant une année, depuis l'achèvement des travaux (art. 642), la prescription ne sera point acquise ; mais l'état actuel sera, jusqu'à preuve contraire, considéré comme l'état de droit ; la preuve contraire ne sera susceptible d'être administrée qu'au pétitoire : au possessoire, le propriétaire inférieur supprimera toutes les innovations que pourra faire le propriétaire de la source, et qui contrarieraient le droit possédé. Peu importe, au possessoire, comme au pétitoire, que l'ouvrage, sur lequel se fonde la possession, ait été, ou non, autorisé par l'administration ; il y a ici une pure question de droit civil (Cass., 14 août 1837; 4 mai 1813).

Nous avons rejeté la prétendue prescription fondée sur l'article 2238, et nous avons dit que le propriétaire inférieur ne peut pas davantage prescrire après l'interpellation qu'il a adressée au propriétaire de la source, qu'avant cet acte ; en un mot, sa possession est toujours

précaire, et l'état de droit se trouve maintenu comme l'état de fait. Puisque, dans cette hypothèse, il n'y a pas possession, il n'y aura pas d'action possessoire.

Lorsque des travaux ont été effectués par des tiers sur le fonds de la source le propriétaire de ce fonds peut naturellement agir au possessoire pour en demander la destruction; il le peut tant qu'il ne s'est pas écoulé un an depuis le trouble apporté à sa possession (Cass., 28 mars 1836). Par conséquent les ouvrages établis sur le fonds de la source ont pour effet, dans l'année du trouble, d'ouvrir l'action au propriétaire de ce fonds, et, après l'année, de donner une action contre lui, pour le cas où il voudrait modifier le nouvel état de choses.

Le propriétaire de la source a le droit de laisser écouler les eaux sur les fonds inférieurs; comment les actions possessoires s'appliqueront-elles à cette servitude légale reconnue par l'article 640? — S'il est établi sur le fonds inférieur des digues ou d'autres ouvrages qui fassent refluer les eaux sur le fonds supérieur, l'action sera donnée pour supprimer ces entreprises; elle le sera, comme toujours, dans l'année du trouble; mais, du jour où les travaux ont été faits, la prescription a commencé à courir en faveur du fonds inférieur, de façon à lui acquérir, au bout de trente ans, une servitude qui le dispense de recevoir les eaux; au bout d'un an, le propriétaire inférieur triomphera déjà au possessoire; c'est le nouvel état de lieux que protègent les actions.

La situation serait la même si des travaux de dérivation avaient été faits sur le fonds supérieur, en vertu d'un titre dispensant le fonds inférieur de recevoir les eaux; au contraire, si ces travaux avaient été faits librement par le propriétaire du fonds supérieur, et dans son

intérêt, il pourrait librement aussi les détruire; et cette innovation ne l'exposerait à aucune action; les eaux reprendraient leur cours naturel, et le propriétaire inférieur ne pourrait faire rétablir les lieux dans leur état précédent; le propriétaire supérieur s'abstenait d'un acte de pure faculté; la prescription ne courait pas contre son fonds; il n'y avait contre lui aucune possession.

La servitude de l'article 640 ne doit pas être aggravée. Si donc le propriétaire de la source augmente la pente, ou change la direction des eaux, s'il les altère ou les corrompt, il y a une innovation tombant sous le coup de l'action possessoire (Cass., 16 décembre 1860); si ces innovations ont été maintenues pendant une année, et sont, du reste, susceptibles d'être légitimées par la prescription, l'action possessoire permettra de réprimer toute atteinte qui y serait portée; en un mot, cette action protège la possession, soit de la servitude légale de l'article 640, soit des servitudes du fait de l'homme qui peuvent la remplacer, ou en changer les modes et l'étendue.

Le propriétaire d'une source ne peut empêcher les voisins de faire des fouilles dans leurs fonds; dussent-ils couper les veines de la source et la tarir, il ne pourra leur réclamer aucune indemnité, ni leur demander le rétablissement des lieux en l'état où ils se trouvaient avant leurs travaux; les auteurs des fouilles se sont bornés à user du droit de propriété (art. 552). Le propriétaire de la source ne possédait pas contre eux; si donc il veut les inquiéter, il échouera au possessoire comme au pétitoire. C'est seulement dans le cas où il aurait réellement possédé un *jus non fodiendi* qu'il pourrait intenter avec succès l'action en réintégration; mais comme cette

servitude est non-apparente, la possession n'en peut être utile qu'à condition d'être basée sur un titre.

Il nous reste à parler de l'article 643. Nous avons reconnu aux agglomérations d'habitants le droit de prescrire contre le propriétaire de la source, exactement comme des riverains ordinaires ; si une tentative de ce genre a lieu, c'est-à-dire si des travaux sont faits sur le fonds de la source, l'action possessoire pourra, dans l'année, aboutir à leur suppression ; après l'expiration de ce délai, elle passera aux mains des habitants, et maintiendra à leur profit l'état de lieux qu'ils auront créé, et conformément auquel ils posséderont.

Supposons, au contraire, qu'il s'agisse de la servitude même établie par l'article 643 ; les habitants, *ut universi*, se servent des eaux de la source, parce que, disent-ils, ces eaux leur sont nécessaires. Se trouve-t-on dans l'année où cette jouissance a commencé, le propriétaire de la source peut faire dans son fonds toutes les innovations qui lui conviennent ; il peut détourner le cours des eaux, et se défendre par l'action possessoire contre le trouble qu'on voudrait apporter au droit résultant pour lui de l'article 641 ; s'il agit au possessoire contre les habitants, il triomphera de leurs prétentions ; l'eau a beau leur être indispensable, on leur interdira de s'en servir ; et c'est au pétitoire seulement qu'ils triompheront. Mais du jour où l'usage de l'eau a commencé, le propriétaire supérieur a été exproprié ; de ce jour donc les habitants ont un titre, la loi ; et leur possession est utile ; elle est exempte de toute précarité. Au bout d'une année, ils auront l'action possessoire pour réprimer les entreprises que le propriétaire de la source, ou les riverains intermédiaires, feraient sur les eaux, contraire-

ment à l'article 643 (Cass., 3 juillet 1822). — Les représentants de la commune au possessoire seront les mêmes qu'au pétitoire.

Les personnes qui ont droit à l'indemnité peuvent-elles, dans l'instance possessoire engagée contre elles, et où elles succombent, réclamer le paiement de la somme qui leur est due? — Nous ne croyons pas le juge de paix compétent pour prononcer sur cette demande tout à fait étrangère à la possession; aucun texte ne lui soumet notamment la question, fort délicate, de savoir si le droit à l'indemnité n'est pas éteint par une prescription libératoire. Les propriétaires qui ont perdu le droit de détourner la source auront donc, pensons-nous, une seule voie à suivre; ils devront se laisser condamner au possessoire, et assigner alors la commune au pétitoire, non pas pour contester l'application de l'article 643, mais pour réclamer l'indemnité qui leur est due conformément à ce texte.



POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — La règle : *Proprietatis dominus, nequidem consentiente fructuario servitutem imponere potest* (l. 15, § 7, in fine, D. VII, 1), n'est pas une suite de ce principe : *Servitus servitutis esse non potest*. C'est plutôt une conséquence de l'intransmissibilité de l'usufruit.

II. — Il existait, en droit romain, ce que les commentateurs ont appelé des *servitutes irregulares* : les droits fonctionnant ordinairement comme servitudes prédiales ne peuvent être établis comme servitudes personnelles viagères qu'en faveur de personnes ayant, dans le voisinage, la propriété d'un fonds.

III. — *L'actus latus* comprend essentiellement le *jus vehiculum ducendi*, et accessoirement seulement l'*iter sine jumento*.

IV. — Le *jus compascendi* (*Mithutungsrecht* des Allemands), n'a jamais existé en droit romain.

V. — Le *jus stillicidii vel fluminis non recipiendi* est la restriction apportée à un *jus stillicidii vel fluminis recipiendi aut avertendi* précédemment établi ; ce n'est point une dérogation à des règlements locaux obligeant à recevoir l'égout du voisin ; ces règlements n'existaient pas dans l'Empire romain.

VI. — Le *jus altius tollendi* s'explique comme le *jus fluminis non recipiendi*; il peut, en outre, résulter d'une dérogation conventionnelle aux règlements locaux qui assignaient un *maximum* à la hauteur des maisons.

VII. — Le *jus luminum* et le *jus ne luminibus vicini officiatum* sont deux servitudes distinctes; la première, c'est le droit d'ouvrir des jours à une distance moindre que celle fixée par les règlements, et cela, soit dans son mur, soit dans celui du voisin; le *jus ne luminibus officiatum*, c'est la servitude qui empêche le voisin de faire des constructions, des plantations, ou tous autres ouvrages susceptibles de diminuer notre jour.

VIII. — La *servitude urbaine* est celle qui est établie au profit d'un *fonds urbain*; la *servitude rurale* celle qui est établie au profit d'un *fonds rural*.

IX. — Les servitudes rurales peuvent être *hypothéquées*, dans le sens ordinaire de cette expression.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. — Le propriétaire de la source peut, non-seulement grever son droit d'une servitude, mais encore céder à des tiers la propriété même des eaux.

II. — Les droits du propriétaire de la source ne sont pas, dans le système du Code civil, soumis à la restriction *si non animo nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecerit*.

III. — La destination du père de famille peut restreindre la propriété des eaux de source.

IV. — Les ouvrages exigés par l'article 642, et nécessaires pour prescrire, ne peuvent être faits utilement que sur le fonds de la source; ils ne peuvent l'être sur le fonds inférieur.

V. — L'interpellation adressée au propriétaire de la source ne fait pas courir la prescription en faveur du riverain inférieur; celui-ci ne peut se fonder sur l'article 2238, qui est tout à fait étranger à la question.

VI. — L'article 643 ne confère aux agglomérations d'habitants, ni un *jus non fodiendi*, ni un droit de passage sur le fonds de la source.

VII. — Le propriétaire du fonds où jaillit la source a tous les droits résultant des articles 641-643, même s'il s'agit de la source d'une rivière navigable ou flottable.

VIII. — Le propriétaire d'une mine ne peut tarir impunément les sources qui se trouvent dans le fonds au-dessous duquel il exploite; il peut, sans être tenu de payer aucune indemnité, tarir la source des fonds au-dessous desquels il n'exploite pas.

IX. — La destination du père de famille peut constituer des servitudes, soit continues et apparentes, soit apparentes et discontinues; mais, pour ces dernières, elles ne résultent du maintien de l'état de lieux, que si l'on représente l'acte séparatif des héritages, et si cet acte ne contient aucune réserve contre l'établissement de la servitude.

DROIT COMMERCIAL.

Lorsqu'un acte est civil par rapport à celui qui veut en réclamer l'exécution, commercial vis-à-vis du défendeur, celui-ci ne peut être actionné que devant le tribunal de commerce; le demandeur n'a pas le choix entre la juridiction civile et la juridiction commerciale.

DROIT PÉNAL.

I. — Lorsque dix ans se sont écoulés sans poursuites de-

puis qu'un crime a été commis, non-seulement l'action publique est prescrite, mais aucune action civile ne peut plus être intentée, même devant la juridiction civile.

II. — Le consentement de la victime n'empêche pas l'auteur d'un homicide d'être punissable.

DROIT DES GENS.

Les principes du droit des gens réprouvent, entre nations civilisées, les représailles de guerre exercées contre la vie des particuliers.

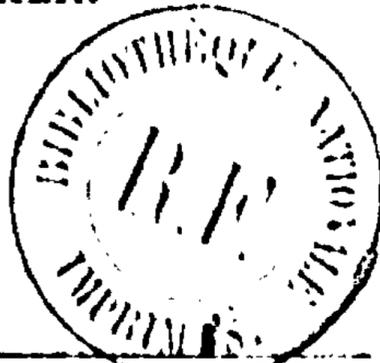
DROIT ADMINISTRATIF.

Les ministres sont juges de droit commun en matière de contentieux administratif.

Vu par le Président de la thèse,
BEUDANT.

Vu par le Doyen de la Faculté,
G. COLMET-DAAGE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
A. MOURIER.



Paris — Typ. A. PARENT, rue Monsieur-le-Prince, 29 et 31.

