

eaux, tant que le propriétaire inférieur n'a ni titre ni prescription. Nous disons à dessein le *propriétaire* inférieur, et non *les riverains*, car il ne peut être question de riverains tant qu'il n'y a pas de rivière.

Mais quand les eaux pluviales forment un ruisseau, naît la question de savoir si les articles 644 et 645 sont applicables. Nous n'hésitons pas un instant à répondre affirmativement. L'article 644 est conçu dans les termes les plus généraux; il s'applique à toute « eau courante autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public, » sans distinguer si elle provient d'une source, de la fonte des neiges ou d'eaux pluviales. Et il n'y avait pas lieu de distinguer. Qu'importe comment un cours d'eau se forme? C'est l'œuvre de la nature, et dès que c'est l'œuvre de la nature, il doit profiter à tous les riverains, parce que la nature destine les eaux courantes à tous, et la loi consacre le vœu de la nature. Où serait la raison de différence entre les ruisseaux formés d'eaux de source ou de neige et les ruisseaux formés d'eaux pluviales? est-ce que par hasard l'eau serait un élément différent selon qu'elle sort des profondeurs de la terre ou qu'elle tombe sur le sol, selon qu'elle tombe sous forme de neige ou sous forme de pluie?

Il y a un arrêt de la cour de Gand en faveur de notre opinion (1); la jurisprudence et la doctrine françaises sont contraires (2). On dit que l'article 644 ne concerne que les eaux vives. C'est une allégation, mais où est la preuve? Certes pas dans le texte qui n'exige qu'une seule chose, c'est qu'il y ait un cours d'eau; et l'esprit est aussi général que le texte. Serait-ce parce que les eaux pluviales n'ont pas un cours continu? Eh! qu'importe? Est-ce que les sources coulent toujours? est-ce qu'il n'y a pas des ruisseaux à sec dans les grandes sécheresses? Quand il n'y a pas d'eaux, les riverains ne s'en disputent pas l'usage; ce qui ne les empêchera pas de s'en emparer dès qu'elles reparaitront. Dira-t-on que les eaux pluviales, même deve-

(1) Gand, 7 juillet 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 273).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 46 et note 1, et les autorités qu'ils citent. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 337, 1° et 2°.

nues eaux courantes, restent une propriété absolue? Oui, en ce sens que le propriétaire des fonds sur lesquels elles tombent peut les retenir, les absorber, alors même qu'il les aurait laissées couler, alors même qu'elles auraient formé une eau courante. Mais là n'est pas la question. De fait, elles forment une eau courante: faut-il appliquer les articles 644 et 645? Pour répondre oui, il suffit de lire le texte de la loi.

## II. Droits des propriétaires inférieurs.

### a) Eaux qui tombent sur une propriété privée.

**229.** Les eaux pluviales qui tombent sur un terrain privé appartiennent au propriétaire du fonds au même titre que les sources qui y prennent naissance. Ce principe est admis par tout le monde. Il conduit à cette conséquence que les dispositions des articles 641 et 642 sont applicables, par analogie, aux eaux pluviales, en ce qui concerne les droits que les riverains inférieurs peuvent acquérir sur les eaux de la source. Il y a cependant une différence que nous avons déjà signalée en passant, et sur laquelle il faut insister. La source est une eau courante tant qu'elle est dans le fonds où elle surgit, elle appartient exclusivement au propriétaire de ce fonds; dès qu'elle sort de ce fonds, elle tombe sous l'application de l'article 644, elle appartient alors, en un certain sens, aux riverains. Il n'en est pas de même des eaux pluviales. Si le maître du fonds sur lequel elles tombent ne les utilise pas, elles couleront sur les fonds inférieurs, sans qu'elles forment nécessairement un ruisseau; elles conservent donc leur caractère d'eaux pluviales. De là résultent des différences entre les droits des propriétaires inférieurs, selon que les eaux qu'ils reçoivent sont des eaux pluviales ou des eaux de source. Dans notre opinion, le maître de la source n'en peut pas disposer hors de son fonds, parce qu'elle cesse alors d'être une source pour devenir une eau courante, et le maître de la source ne peut pas disposer

d'une eau courante dont la loi attribue l'usage aux riverains. On ne peut pas faire cette objection à celui qui le premier reçoit les eaux pluviales; s'il les laisse couler sur les fonds inférieurs, cela ne les empêchera pas de rester des eaux pluviales jusqu'à ce qu'elles forment un ruisseau; il n'est donc pas arrêté dans son droit de disposition par l'article 644, qui n'est pas applicable tant qu'il n'y a pas d'eau courante. Donc il peut disposer des eaux comme il l'entend. En ce sens, son pouvoir est plus absolu que celui du propriétaire d'une source.

Mais d'un autre côté le propriétaire inférieur sur le fonds duquel coulent les eaux pluviales a des droits plus étendus que ceux que l'article 644 donne aux riverains d'un ruisseau. Le droit de ceux-ci est limité par le droit égal des riverains ou des riverains inférieurs. Pour les eaux pluviales, il n'y a pas de riverains, puisqu'il n'y a pas de ruisseau. Que deviennent-elles donc au sortir du fonds sur lequel elles sont d'abord tombées? Au fur et à mesure qu'elles se répandent sur un fonds inférieur, elles accèdent au sol et appartiennent par conséquent au maître du terrain qu'elles couvrent. Sa propriété est tout aussi absolue que celle du propriétaire supérieur, car elle est fondée sur le même principe, le droit d'accession; il peut donc également disposer des eaux qu'il reçoit (1). Est-ce à dire qu'il puisse s'opposer à ce que le propriétaire sur le fonds duquel elles sont d'abord tombées les retienne, les absorbe ou les dérive? Non certes. Car celui-ci conserve son droit sur les eaux qui tomberont, il en reste le propriétaire absolu, libre d'en user à volonté, aussi longtemps que le propriétaire inférieur n'a pas acquis un droit sur les eaux, c'est-à-dire tant que le fonds supérieur n'aura pas été grevé d'une servitude qui mette obstacle au libre usage des eaux, en l'assujettissant à la charge de les laisser couler sur le fonds inférieur.

**230.** Comment les propriétaires inférieurs peuvent-ils acquérir cette servitude sur le fonds où tombent les eaux

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 43 et note 3. Demolombe, t. XI, p. 129, n° 105

pluviales? L'article 641 répond : par titre ou par prescription. Il y faut ajouter la destination du père de famille, comme nous l'avons fait pour les sources (n° 195). Quant au titre, il n'y a aucune difficulté, puisque la restriction que l'article 643 impose au propriétaire de la source n'existe pas pour le propriétaire des eaux pluviales; il a donc un pouvoir absolu d'en disposer par un titre quelconque. Ces conventions établissant une servitude sont par cela même d'étroite interprétation. Ce sont des limitations à la propriété absolue du maître des eaux pluviales, mais les restrictions laissent subsister le droit, en tant qu'il n'y est pas dérogé. La cour de Limoges a fait l'application de ces principes à une espèce singulière. Le propriétaire de deux prés contigus les vend à deux personnes différentes, et il impose à ses acquéreurs, dans les contrats de vente, un règlement ayant pour objet de répartir entre eux l'usage des eaux pluviales découlant des fonds supérieurs. Puis il achète un de ces fonds. Pour l'irriguer il détourne les eaux qui découlaient auparavant sur les deux fonds inférieurs. L'un des propriétaires inférieurs demande la suppression du barrage. Il fut jugé que le propriétaire supérieur a toujours le droit de retenir les eaux pluviales et de les détourner à son profit, sans qu'on puisse lui opposer la jouissance qu'avaient eue les propriétaires inférieurs, parce que cette jouissance seule ne leur donne aucun droit. Quant aux conventions intervenues entre les parties, elles réglaient seulement l'usage des eaux que les propriétaires supérieurs laisseraient couler; elles n'imposaient pas et ne pouvaient pas imposer à ceux-ci une servitude, la servitude ne pouvant émaner que du propriétaire même du fonds qui en est grevé (1).

**231.** Ce que nous disons du titre s'applique à la destination du père de famille. La loi met ce mode d'établir les servitudes sur la même ligne que le titre (art. 692), pourvu que les servitudes soient continues et apparentes. Or, la servitude dont il s'agit est continue, et nous supposons qu'elle s'annonce par des ouvrages apparents. Dès lors il

(1) Limoges, 16 juin 1846 (Dalloz, 1847, 2, 55).

n'y a aucun doute. Nous dirons plus loin que la question a été décidée en sens divers par la jurisprudence, quand il s'agit d'eaux pluviales dérivées de la voie publique. Le même dissentiment existe, et au plus haut degré, pour ce qui concerne l'acquisition de la servitude par prescription. La question est même controversée pour les eaux pluviales qui tombent sur un fonds privé. Pour ne pas la scinder, nous l'examinerons plus loin.

**232.** Il y a également controverse sur le point de savoir si l'article 643 est applicable aux eaux pluviales. Ici nous ne comprenons pas le dissentiment. L'article 643 défend au propriétaire de la source d'en changer le cours, lorsqu'elle fournit aux habitants d'une commune l'eau qui leur est nécessaire. Cela suppose une eau courante. Tant que la source est renfermée dans le fonds où elle prend naissance, l'article 643 ne reçoit pas d'application. A plus forte raison ne peut-on pas l'appliquer aux eaux pluviales qui n'ont pas de cours, qui couvrent seulement le fonds, lequel finit par les absorber. Peut-on empêcher le maître de ces eaux d'en changer le cours, alors qu'il n'y a pas de cours? Mais aussi du moment que les eaux pluviales deviennent une eau courante, il y a lieu d'appliquer l'article 643. On fait une objection. C'est une disposition exorbitante du droit commun, donc on ne peut pas l'étendre. Mais la question est précisément de savoir si c'est l'étendre que de l'appliquer aux eaux pluviales. Tout le monde s'accorde à décider que l'article 641 reçoit son application, par analogie, aux eaux pluviales, en ce sens que le propriétaire en peut disposer à sa volonté. Lors donc que l'article 643, continuant l'article 641, dit : « Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, » c'est comme s'il disait : « Le propriétaire des *eaux* n'en peut changer le cours. » Y a-t-il une ombre de raison pour faire une différence entre les eaux de source et les eaux de pluie ou de neige, quand il s'agit d'un ruisseau qui est nécessaire aux besoins de première nécessité d'une commune? Qu'importe comment le ruisseau s'est formé? Ce qui constitue et justifie la servitude, c'est que ce ruisseau est nécessaire aux habitants; donc dès que la nécessité existe, il y a servitude. Le mot

*source* dont la loi se sert dans l'article 643 n'est pas une condition, c'est une simple indication (1).

**233.** On demande encore si l'article 645 s'applique aux eaux pluviales? Il nous semble que la question doit être décidée d'après les mêmes principes. Tant que les eaux pluviales ne forment pas d'eau courante, il ne peut pas être question d'appliquer l'article 645, car cette disposition est une suite de l'article 644, qui parle d'une eau courante bordant un héritage ou le traversant. Mais dès que les eaux pluviales forment un ruisseau, elles tombent sous l'application de l'article 644, et partant l'article 645 devient également applicable. On objecte que les eaux pluviales appartiennent à celui sur le terrain duquel elles tombent. Sans doute, et tant qu'elles restent à l'état d'eaux pluviales, elles sont à la disposition exclusive du propriétaire de l'héritage qu'elles couvrent. Mais n'en est-il pas de même des eaux de source? La source appartient également au propriétaire du fonds sur lequel elle prend naissance, mais si le propriétaire ne l'absorbe pas, si elle devient une eau courante, les articles 644 et 645 sont applicables. Il en doit être de même des eaux pluviales; car, encore une fois, il n'y a pas la moindre raison pour établir une différence entre un ruisseau formé d'eaux de source et un ruisseau formé d'eaux de pluie ou de neige. Donc, dans tous les cas, le ruisseau sera le domaine commun des riverains, comme le dit l'article 644, et s'il s'élève des contestations entre les riverains, les tribunaux jouiront du pouvoir discrétionnaire que leur accorde l'article 645 (2).

b) *Eaux pluviales qui tombent sur la voie publique.*

**234.** Faut-il appliquer les mêmes principes aux eaux pluviales qui découlent de la voie publique, et dont les riverains s'emparent avec l'autorisation tacite de l'Etat, de la province ou de la commune, propriétaires de la voie sur laquelle les eaux sont tombées? Ici nous entrons dans

1) En ce sens, Pardessus, t. 1<sup>er</sup>, p. 333, n° 138. En sens contraire, Demolombe, t. XI, p. 139, n° 113, et Demante, t. II, n° 495 bis 1, p. 579. En sens contraire, Colmar, 24 août 1850 (Daloz, 1855, 2, 180).

une mer de controverses. Il faut avant tout préciser les droits des divers riverains. Nous supposons que le propriétaire de la voie publique n'a fait aucune concession des eaux pluviales qui en découlent. Les riverains reçoivent donc les eaux en leur qualité de propriétaires inférieurs, tout comme si les eaux découlaient d'un fonds privé. Ils en deviennent propriétaires par droit d'accession, à mesure qu'elles se répandent sur leurs fonds; cela ne fait aucun doute, c'est le droit commun. En recevant les eaux, ils n'acquièrent aucun droit à l'écoulement des eaux pluviales contre le propriétaire de la voie publique. Cela encore n'est pas douteux, puisque tel est le droit commun. Mais quels seront les rapports des riverains supérieurs et des riverains inférieurs entre eux? Le riverain supérieur n'occupe pas les eaux; un riverain inférieur s'en empare; acquiert-il un droit sur les eaux par cette jouissance?

Il a été jugé que les eaux pluviales peuvent être prises à leur passage par les riverains de la voie publique, quand ils le jugent à propos; que si le propriétaire supérieur les laisse couler, et si le riverain inférieur s'en empare, cela n'empêche pas le propriétaire supérieur de détourner les eaux pluviales sur son fonds (1). Ces décisions sont incontestables. Seulement nous avons des réserves à faire au point de vue des motifs de décider. On dit que les eaux pluviales qui tombent sur la voie publique sont *res nullius* et deviennent, comme telles, la propriété du premier occupant; et en même temps on enseigne que l'administration a le droit de concéder l'usage exclusif des eaux qui couvrent la voie publique (2). Cela est contradictoire. Pour pouvoir concéder l'usage exclusif des eaux pluviales, l'administration doit en avoir la propriété; si elle en est propriétaire, on ne peut pas dire que les eaux pluviales soient *res nullius*, et qu'à ce titre elles appartiennent au premier occupant. D'où suit que le droit des riverains ne peut être

(1) Arrêt de rejet du 21 juillet 1825, et Rennes, 10 février 1826 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 352, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 44 et notes 4 et 5, et les autorités qui y sont citées.

fondé sur l'occupation. Quel est donc le droit des riverains et sur quoi repose-t-il? Si l'eau découle naturellement de la voie publique sur les fonds inférieurs, les propriétaires de ces fonds en acquièrent la propriété par droit d'accession; et cette propriété est aussi absolue que celle du maître du fonds où les eaux sont tombées, sauf, bien entendu, le droit de celui-ci de s'emparer des eaux et de les retenir. Tel n'est pas l'objet du débat, le voici. Les eaux découlent de la voie publique dans un fossé ou une espèce de canal qui longe les fonds riverains. L'un des riverains les détourne de leur cours naturel pour l'irrigation de ses terres. En a-t-il le droit? Il occupe les eaux qui appartiennent au propriétaire de la voie publique, il ne peut le faire que moyennant une concession expresse ou tacite. Il n'y a pas de concession; donc il y a autorisation tacite pour tous les riverains de se servir des eaux; l'usage qu'en fait le riverain inférieur n'empêche pas le riverain supérieur d'en user, car le droit de tous les riverains est le même, l'administration n'entendant pas accorder un privilège à l'un au préjudice des autres. Si telle était son intention, elle ferait une concession expresse.

Nous arrivons à la même conclusion que la doctrine et la jurisprudence. Les riverains, comme tels, n'ont pas de droit à l'écoulement des eaux; s'ils peuvent les dériver sur leur fonds, c'est en vertu d'une autorisation tacite qui profite à tous, à titre égal. La possession des riverains inférieurs ne peut donc pas être opposée aux riverains supérieurs. Mais la possession des eaux ne peut-elle pas donner lieu, entre riverains, à des conventions, et par suite à la destination du père de famille et à la prescription?

**235.** La doctrine et la jurisprudence admettent que les eaux pluviales dérivées de la voie publique peuvent faire l'objet de conventions entre les riverains. Cela n'est guère contestable. Dans notre opinion, tous les riverains ont un droit égal à l'usage de ces eaux. L'un en a besoin pour l'irrigation de ses terres, tandis qu'à l'autre elles sont inutiles: pourquoi ne pourraient-ils pas convenir que le dernier s'interdit la faculté de dériver les eaux sur ses fonds au profit du premier, qui en aura ainsi l'usage exclu-

sif? Rien de plus légitime qu'une convention pareille. Dans l'opinion générale qui fonde le droit des riverains sur l'occupation, on arrive au même résultat (1). Les riverains s'emparent des eaux parce qu'elles n'appartiennent à personne; mais on ne peut occuper que les eaux qui sont tombées, on ne peut pas occuper celles qui n'existent pas encore. Donc, dans la théorie de l'occupation, les parties intéressées ne pourraient stipuler que sur les eaux qu'elles ont occupées. Le droit d'occuper les eaux qui tomberont peut-il être cédé? ou peut-il être modifié par des conventions? Si l'on considère le droit d'occupation comme appartenant aux fonds riverains, il peut aussi en être détaché. Resterait à concilier ce droit d'occupation avec le droit du propriétaire de la voie publique. Nous laissons là cette difficulté. Peu importe, pour la décision de notre question, à quel titre les riverains disposent des eaux; dès qu'ils en disposent, ils peuvent consentir des restrictions à leur droit de disposition. De là naîtra une servitude analogue à celle dont parle l'article 641, en matière de sources (2).

**236.** S'il peut y avoir une servitude par titre, il pourra aussi y avoir une servitude par destination du père de famille, pourvu que la servitude soit continue et apparente. Nous supposons que la servitude réunit ces deux caractères, et nous prouverons plus loin que la servitude qui consiste à assurer à un fonds l'usage des eaux qui coulent sur un autre fonds est une servitude d'aqueduc, donc continue et apparente, si elle s'annonce par des signes extérieurs. Toutefois la question est controversée. Il a été jugé par la cour de cassation que les eaux pluviales qui coulent sur la voie publique n'appartiennent à personne, et qu'elles ne sont pas susceptibles d'une possession exclusive. S'il en est ainsi, n'en faut-il pas conclure qu'elles ne peuvent faire l'objet d'un droit de servitude, la servitude étant aussi exclusive de sa nature que la propriété? Telle n'est pas la conclusion de la cour. Le riverain, dit-elle, peut prendre

(1) Liège, 24 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 183); Caen, 22 février 1856 (Dalloz, 1856, 2, 134); Bordeaux, 7 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 82).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 45, note 7, et les arrêts cités dans la note précédente.

les eaux pluviales à leur passage et en faire tel usage qu'il veut; il peut donc aussi les concéder à son voisin, soit par titre, soit par destination du père de famille (1). Sans doute que le riverain peut disposer des eaux qu'il a en sa possession. Mais ici revient l'objection que nous venons de faire. Quand on établit une servitude, il ne s'agit pas seulement des eaux que possède l'un des riverains, il s'agit de toutes les eaux qui tomberont sur la voie publique, et que certes le riverain ne possède pas. Il faut dire plus: quand le riverain n'aurait jamais joui des eaux, il suffit qu'il ait le droit d'en jouir pour qu'il puisse limiter ce droit au profit d'un autre riverain. Mais a-t-il ce droit et à quel titre? L'arrêt de la cour de cassation ne donne pas la solution de cette difficulté.

La cour de Colmar a jugé que les eaux pluviales ne sont pas susceptibles de servitude, par la raison que les riverains n'en jouissent jamais à titre de droit; s'ils les possèdent, c'est par la tolérance du propriétaire supérieur, et la tolérance exclut toute idée de droit (2). L'objection est sérieuse, mais elle n'est pas décisive. A l'égard de qui la possession est-elle une possession de tolérance? A l'égard du propriétaire du fonds sur lequel tombent les eaux; car celui-ci peut toujours les retenir et les dériver, la plus longue jouissance du propriétaire inférieur ne lui enlève pas ce droit; en ce sens cette jouissance est précaire. Mais quoique précaire, la jouissance des propriétaires inférieurs peut être l'objet de conventions; s'il en peut naître une servitude conventionnelle, il peut aussi y avoir lieu à destination du père de famille. La servitude, à quelque titre qu'elle s'établisse, sera précaire comme la possession qui en est l'objet, en ce sens qu'elle n'existera qu'aussi longtemps que le propriétaire supérieur n'usera pas de son droit de retenir les eaux et de les dévier. Une pareille servitude aurait choqué les jurisconsultes romains; ils n'y auraient pas reconnu ce caractère d'une véritable servitude qu'ils appelaient la perpétuité de la cause. Mais elle n'a

(1) Arrêt de rejet du 25 juillet 1845 (Dalloz, 1845, 1, 385). Et Bordeaux, du 7 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 82).

(2) Colmar, 26 mai 1831 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 357)