

rien de contraire aux principes du code, moins rigoureux que le droit romain. C'est peut-être sous l'influence des idées romaines que Troplong s'est prononcé contre cette servitude sur des eaux dont, d'après lui, la propriété n'appartient à personne. « Qu'est-ce qu'une destination, s'écrie-t-il, pour soumettre à une servitude privée une chose qui appartient à tous? N'est-ce pas un effort stérile, une illusion de la volonté (1)? » Il y a encore une autre réponse à cette objection que celle que nous venons de faire; nous la ferons en examinant la question de la prescription, où l'objection se représente dans toute sa force.

**237.** Le propriétaire inférieur peut-il acquérir la servitude par prescription? Cette question est très-controversée et elle est douteuse. Il faut d'abord écarter l'autorité de la tradition romaine. Les jurisconsultes romains enseignent formellement que la possession des eaux pluviales ne peut pas fonder de prescription. Mais quelle est la raison de cette imprescriptibilité? Ce n'est pas, comme on le dit aujourd'hui, parce que ces eaux sont une chose *nullius*, c'est parce que les eaux pluviales ne tombant que par accident; n'ayant pas une existence permanente, la servitude n'aurait pas de cause perpétuelle. Ulpien et Paul le disent en toutes lettres (2). Nous n'entrerons pas dans le débat de la cause perpétuelle, puisqu'il est reconnu que cette doctrine est étrangère au droit moderne. En ce sens, la cour de Colmar l'a qualifiée de *surannée* (3); ce qui ne l'empêche pas d'influencer les meilleurs esprits sans qu'ils s'en doutent.

La question se présente pour les eaux pluviales qui tombent sur un fonds privé et pour celles qui tombent sur la voie publique. Y a-t-il des raisons pour repousser la prescription d'une manière absolue? Nous croyons qu'aucun principe de notre code ne s'oppose à la prescription. Pour qu'une servitude puisse s'acquérir par prescription, il faut

(1) Troplong, *De la prescription*, n° 147. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 45 et note 8.

(2) Ulpien, L. 1, § 5, D., *de aqua quotidiana* (XLIII, 20); L. 1, § 4, D., *de fonte* (XLIII, 22); Paul, L. 28, D., *de servit.* (VIII, 1).

(3) Colmar, 24 août 1850 (Daloz, 1855, 2, 181).

avant tout qu'elle soit continue et apparente. La servitude dont il s'agit réunit-elle ces deux caractères? Ce premier point déjà est contesté, mais à tort, nous semble-t-il. En quoi consiste la servitude réclamée par le propriétaire inférieur? C'est une conduite d'eau; en effet, les travaux qu'il fait n'ont d'autre but que de conduire les eaux dans son fonds, en les dérivant soit du fonds supérieur où elles sont recueillies, soit directement de la voie publique. Pour les conduire dans ses fonds, il fait des travaux que nous supposons apparents; il n'y a pas de contestation sur ce point; la servitude est donc apparente. Elle est aussi continue; ici nous avons un texte qui nous dispense de toute discussion; l'article 688, qui définit les servitudes discontinues, donne comme exemple les conduites d'eau (1). Donc la servitude est tout ensemble continue et apparente. Reste à savoir si la possession trentenaire requise pour la prescription (art. 690) réunit les conditions voulues par la loi. Ici nous entrons dans la vraie difficulté.

Aux termes de l'article 2229, la possession doit être continue. On prétend que la possession des eaux pluviales ne saurait l'être, puisqu'il y a nécessairement des intermittences. L'objection repose sur une fausse idée de la continuité que la loi exige comme condition de toute possession qui sert de base à la prescription. Cela ne veut pas dire que la jouissance doive être continue, cela veut dire que le possesseur doit faire les actes de possession que, d'après la nature de la chose, il peut et il doit faire. La possession des eaux d'une source est-elle continue, permanente? Quand elles sont employées à l'irrigation, on ne s'en sert qu'à certains jours et à certaines heures, et encore cette jouissance devient impossible quand la sécheresse tarit les sources. Néanmoins le code admet la prescription des eaux de source; pourquoi n'admettrait-il pas celle des eaux pluviales? Dira-t-on que le code consacre expressément l'une (art. 641), ce qui implique le rejet de l'autre? Cet argument, tiré du silence de la loi, n'a

(1) Un arrêt de la cour de cassation des Etats sardes, du 18 mai 1855, a décidé que la servitude dont il s'agit est discontinue (Daloz, 1855, 2, 241).

aucune valeur dans l'espèce ; la loi ne parle pas des eaux pluviales, pas plus de la propriété de ces eaux que des servitudes auxquelles leur usage donne lieu : en conclura-t-on que celui qui reçoit les eaux pluviales sur son fonds n'en devient pas propriétaire ? Nous n'insistons pas, car cela n'est pas sérieux.

On lit encore dans les arrêts que la possession des eaux pluviales n'est pas une possession non interrompue, comme l'exige l'article 2229. L'objection est une erreur, et l'erreur porte sur un principe élémentaire de droit. Au titre de la *Prescription*, nous dirons que la possession est *interrompue* quand il y a interruption de la prescription. Or, nous supposons qu'il n'y a eu aucune interruption. C'est donc un non-sens juridique d'affirmer que la possession des eaux pluviales est, par sa nature, une possession interrompue. L'objection que cette possession est nécessairement équivoque n'a pas plus de valeur. On veut dire que c'est une possession qui n'est fondée que sur la tolérance, ce qui serait une possession précaire et équivoque, en ce sens que l'on ne saurait pas si c'est une possession à titre de propriétaire ou une possession à titre précaire. Pourquoi la possession des eaux pluviales serait-elle équivoque par sa nature, tandis que la possession des eaux de source ne l'est pas ? Nous cherchons vainement la raison de cette différence. Serait-ce parce que les eaux pluviales ont moins d'utilité ? Si elles n'étaient pas utiles, on ne s'en disputerait pas la jouissance, et nous n'aurions pas besoin de discuter la question (1).

**238.** Au point de vue des principes généraux qui régissent la prescription, il n'y a donc rien qui s'oppose à ce que la servitude de conduite d'eau s'acquière par prescription, quand il s'agit d'eaux pluviales. Reste l'objection qui retentit dans tous les arrêts, et que Troplong a reproduite (2). La servitude ne se conçoit pas quand elle

(1) Voyez, sur tous ces points, une excellente note de Mourlon, insérée dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1865, 2, 97.

(2) La doctrine et la jurisprudence sont citées dans la note de Mourlon à laquelle nous venons de renvoyer (note 1). Comparez Dalloz, au mot *Servitude*, nos 345 et 352; Aubry et Rau, t. III, p. 43, note 2; p. 44, note 6; p. 45, notes 7-9 et p. 46, note 10.

porte sur des *res nullius*. Précisons d'abord la difficulté ; tant que l'on reste dans le vague, on ne sait sur quoi l'on discute. La servitude est un démembrement de la propriété ; elle implique donc que la chose qui en est l'objet est susceptible de propriété ; or, les *res nullius* échappent à l'appropriation, donc elles ne sont pas susceptibles de servitude. Il y a plus d'une réponse à faire à l'objection. Nous avons beaucoup insisté sur la servitude qui grève le fonds où naît une source (art. 641). Quel en est l'objet ? Comme toute servitude, c'est une restriction à la propriété ; c'est-à-dire que le propriétaire du fonds où naît la source perd, par l'établissement de la servitude, un droit qu'il a comme propriétaire du fonds d'user à volonté des eaux, comme il peut user à volonté de tout ce qui lui appartient en pleine propriété. Eh bien, les choses se passent absolument de même quand il s'agit d'eaux pluviales. Cela est certain lorsque les eaux pluviales tombent sur un fonds privé et que c'est contre le propriétaire de ce fonds que la prescription est acquise ; dans ce cas, il y a identité absolue. Le maître du fonds supérieur a, comme propriétaire, le droit d'user à sa volonté des eaux pluviales qui accèdent à son fonds ; il perd ce droit, son fonds est en servitude quand le propriétaire inférieur a prescrit contre lui. Dirait-on qu'il prescrit une *res nullius* ? Cela n'a pas de sens ; il prescrit contre le droit absolu de propriété du propriétaire supérieur : est-ce que le droit illimité qui appartient au maître du fonds est une *res nullius* ?

Supposons maintenant qu'il s'agisse d'eaux pluviales tombées sur la voie publique. Le riverain supérieur les a dérivées sur son fonds. Est-ce que le riverain inférieur peut prescrire contre lui ? c'est-à-dire peut-il par la prescription limiter le droit qu'a le riverain supérieur d'user des eaux qu'il a dérivées de la voie publique ? Cette hypothèse se confond réellement avec celle que nous venons d'examiner. En effet, du moment que les eaux pluviales entrent dans le fonds supérieur, elles deviennent l'objet d'une propriété absolue aussi bien que celles qui tombent directement sur son fonds. Donc son droit de propriété peut être restreint par la prescription. On objecte qu'il y a une dif-

férence; les eaux pluviales qui tombent sur un fonds privé deviennent directement et immédiatement la propriété du maître de ce fonds, tandis que le riverain d'une voie publique n'a aucun droit direct sur les eaux qui s'y trouvent; il n'acquiert de droit sur ces eaux que par une concession tacite de l'administration, dans notre opinion, et par occupation d'une *res nullius*, dans l'opinion générale. Mais qu'importe? Il ne s'agit pas de savoir comment, à quel titre, le riverain supérieur acquiert les eaux pluviales. En est-il le maître quand il les a dérivées sur son fonds? En peut-il disposer à titre de propriétaire? Si l'on répond oui, la question est décidée, car on rentre dans les principes que nous venons d'exposer. Or, il est impossible de le nier; les eaux pluviales accèdent au sol et appartiennent au maître du sol. Peut-on dire qu'elles sont au premier occupant alors que le propriétaire du fonds les occupe? Il est vrai, et ceci est le nœud de la difficulté, que le riverain supérieur n'a pas, comme propriétaire du fonds, le droit de dériver les eaux qui couvrent la voie publique; il n'a ce droit qu'en vertu d'une permission tacite du propriétaire de la voie; cette autorisation peut lui être retirée. Il en résulte qu'il n'a pas un droit à l'écoulement des eaux, et par suite il n'acquiert la propriété des eaux qu'aussi longtemps que l'administration lui permettra de les dériver. Peut-on asseoir une servitude sur une base aussi fragile? Nous répondons oui, sans hésiter. Quel est l'objet de la servitude? Est-ce que par hasard le propriétaire du fonds supérieur s'oblige à transmettre toujours les eaux pluviales au riverain inférieur? Non, la servitude consiste uniquement en ceci: le riverain supérieur impose à son fonds cette charge, que les possesseurs de ce fonds ne pourront pas user à leur volonté des eaux pluviales qui y découlent de la voie publique. Cette restriction profitera au riverain inférieur aussi longtemps que les eaux pluviales couleront sur le fonds supérieur: il y a donc servitude, seulement elle n'est pas perpétuelle. Mais la servitude identique, concernant les eaux d'une source, n'est pas perpétuelle non plus, car la nature peut retirer son don comme l'administration peut révoquer sa concession.

Il y a une dernière hypothèse qui est la plus douteuse. Le riverain inférieur dérive directement les eaux de la voie publique; ce seul fait ne lui donne aucun droit contre le riverain supérieur. Cela est certain. Mais ne peut-il pas acquérir un droit contre lui? Il le peut par convention; le riverain supérieur peut renoncer au droit qu'il a de dériver les eaux pluviales sur son fonds en faveur du riverain inférieur; de cette renonciation il résultera une servitude, en ce sens que le propriétaire ne pourra plus user d'un droit qui lui appartenait en qualité de riverain. Un droit qui s'acquiert par titre peut aussi s'acquérir par prescription, bien entendu que la servitude devra être continue et apparente, s'il s'agit de prescrire une servitude. Est-ce que dans l'espèce la servitude est continue et apparente? Nous supposons qu'il y a des ouvrages apparents, comme on en fait pour une conduite d'eau. Sera-ce une servitude de conduite d'eau à charge des fonds supérieurs? Il y a bien des difficultés dans cette question. Pour qu'il y ait prescription, il faut que celui qui l'invoque ait pendant trente ans manifesté la volonté de limiter à son profit le droit du propriétaire. Quand il s'agit de sources, la prescription ne commence à courir qu'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. Cette disposition s'applique-t-elle par analogie aux eaux pluviales? et comment se fera cette application? Dans le cas de l'article 642, le riverain inférieur prescrit contre le propriétaire de la source; dans notre espèce, le propriétaire inférieur n'entend pas prescrire contre le propriétaire des eaux pluviales; ces eaux n'ont pas de propriétaire si l'on admet qu'elles sont *res nullius*; et alors comment appliquer l'article 642? Si l'on admet que les eaux pluviales sont dans le domaine de celui à qui appartient la voie publique, on ne conçoit pas davantage l'application de l'article 642, car on ne prescrit pas contre le domaine public, et on ne prescrit pas en vertu d'une possession qui est de tolérance, en ce sens que l'administration peut toujours la faire cesser. En réalité, il s'agit de prescrire, non contre l'Etat, la province ou la commune,

mais contre le riverain supérieur, lequel, nous le supposons, n'a pas dérivé les eaux, et avant de les avoir dérivées, il n'en a ni la possession ni la propriété, il a seulement le droit de les dériver; c'est ce droit que le riverain inférieur prétend acquérir par prescription. C'est dire que l'article 642 est inapplicable. Vainement le riverain inférieur ferait-il des ouvrages apparents destinés à conduire les eaux dans son fonds; ces ouvrages ne témoignent qu'une chose, la volonté d'utiliser les eaux, mais ils ne témoignent pas qu'il veut priver le riverain supérieur du droit que celui-ci a de les utiliser au même titre que les riverains inférieurs. Donc ces ouvrages seuls ne peuvent pas fonder de prescription. Est-ce à dire que le droit du riverain supérieur soit imprescriptible? Non, mais la prescription ne pourra s'accomplir que par des actes de possession qui fassent connaître au riverain supérieur la volonté qu'a le riverain inférieur de prescrire contre lui. Ce qui suppose des ouvrages construits sur le fonds supérieur contre le propriétaire duquel on veut prescrire (1).

**239.** Ainsi les conditions de la prescription diffèrent suivant qu'il s'agit d'eaux pluviales tombées sur un fonds privé, ou d'eaux pluviales tombées sur la voie publique. Dans le premier cas, on reste sous l'empire des principes formulés par l'article 642; il y a identité complète. Le propriétaire supérieur a le droit absolu d'user des eaux pluviales qui tombent sur son fonds, comme il a le droit d'user à sa volonté de la source qui y prend naissance; le propriétaire inférieur veut prescrire contre ce droit. Puisque le droit à prescrire est le même, les conditions de la prescription doivent aussi être les mêmes. L'article 642 reçoit donc son application, non par analogie, mais par identité de raison. S'il s'agit d'eaux pluviales tombées sur la voie publique, il faut faire une nouvelle distinction. Celles qui sont dérivées par le riverain supérieur deviennent sa propriété, on peut donc les prescrire contre lui, au même titre et sous les mêmes conditions que les eaux de source. L'article 642 sera encore applicable. Mais si le riverain inférieur entend prescrire le droit que le propriétaire su-

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 45 et note 9.

périeur a de dériver les eaux, il doit faire, sur le fonds de ce propriétaire, des travaux qui le mettent en demeure de revendiquer la liberté de son fonds, s'il veut la conserver (1).

c) *Effet des droits acquis par les propriétaires inférieurs.*

**240.** Reste à savoir quels sont les effets du droit qu'acquiert le riverain inférieur contre le riverain supérieur. Ici il faut encore distinguer les eaux pluviales qui tombent sur un fonds privé et celles qui couvrent la voie publique. Les premières forment une propriété absolue, plus absolue même, à notre avis, que celle d'une source. Le maître du fonds en peut donc disposer comme il l'entend, hors de son fonds comme dans son fonds; il peut en céder la propriété ou limiter seulement le droit qu'il a d'en user. Ce qui est vrai du titre l'est aussi de la prescription; nous admettrions donc pour les eaux pluviales ce que la cour de cassation a décidé, à tort suivant nous (n° 185), pour les eaux de source. Il en est autrement quand il s'agit d'eaux pluviales tombées sur la voie publique. Alors même que le riverain supérieur les aurait dérivées, il n'acquiert pas un droit à l'écoulement des eaux, et il ne peut, ni par titre, ni par prescription, céder un droit qu'il n'a point. Dans cette hypothèse, le riverain inférieur n'acquiert jamais qu'une servitude, et une servitude très-limitée, puisque les conventions et prescriptions intervenues entre deux riverains de la voie publique ne peuvent pas priver les autres riverains du droit qu'ils ont de se servir des eaux, soit à titre de *res nullius*, soit en vertu d'une concession tacite du propriétaire de la voie (2).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 45 et 46, notes 9 et 10. Colmar, 24 août 1850 (Dalloz, 1855, 2, 180).

(2) Demolombe, t. XI, p. 146, n° 117. Aubry et Rau, t. III, p. 46 et note 11.

BIBLIOTECA ALFONZINA  
UNIVERSITARIA  
D. A. N. LI

## N° 3. DES ÉTANGS.

I. *Propriété des étangs.*

**241.** L'article 558 contient une disposition importante concernant la propriété des étangs : « Le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume de l'eau vienne à diminuer. Réciproquement, le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires. » On appelle étang un amas d'eau contenu par une chaussée. Une ou plusieurs ouvertures ou bondes pratiquées dans le point le plus bas servent à mettre l'étang à sec, soit pour le pêcher, soit pour le consacrer à la culture. Un déversoir, dont la hauteur et la largeur se calculent sur le volume d'eau que l'étang peut contenir sans que les terres voisines soient inondées, ouvre une issue aux eaux, et garantit par là les propriétés voisines de l'inondation (1). L'article 558 suppose qu'il y a un déversoir dans tout étang, puisqu'il base sur la hauteur de la décharge l'étendue du terrain dont l'étang est composé. Lors même que les eaux d'un étang viendraient à diminuer, le propriétaire de l'étang n'en resterait pas moins propriétaire de tout le terrain que l'étang doit couvrir, quand l'eau est à la hauteur de la décharge de l'étang. Le code établit en faveur du propriétaire de l'étang une présomption légale de propriété, que la cour de cassation a formulée en ces termes : « Les étangs sont réputés n'avoir été établis que sous la condition que leurs eaux, même quand la masse en est augmentée par les crues ordinaires, ne pourraient se décharger que sur les terres appartenant aux propriétaires, sans jamais envahir les terres des riverains (2). » Cette présomption est fondée sur une probabilité qui touche à la certitude. L'une de nos anciennes cou-

(1) Pardessus, t. 1<sup>er</sup>, p. 193, n° 80. Dalloz, au mot *Eaux*, n° 244.

(2) Arrêt de rejet du 13 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 270).

tumes contenait une disposition qui est devenue le droit commun depuis 1789. « Il est loisible à chacun, dit le coutume d'Orléans (art. 170), de faire en son héritage étangs, asseoir bondes, grilles et chaussées, pourvu qu'il n'entreprenne sur le chemin ou droit d'autrui. » Celui qui construit un étang doit donc le faire de manière qu'il ne puisse nuire aux riverains (1). C'est dire qu'il doit être propriétaire des terrains que les eaux couvrent dans les crues ordinaires; et partant qu'il a dû établir la hauteur de la décharge en tenant compte du volume d'eau que l'étang peut contenir sans inonder les propriétés des riverains. Les propriétaires voisins ont le droit de forcer celui qui construit un étang dans son fonds de ne pas dépasser les limites des terrains qui doivent renfermer les eaux dans leur crue ordinaire; leur intérêt est une garantie que le propriétaire de l'étang restera dans les limites de sa propriété (2).

**242.** Pour que la présomption légale de l'article 558 puisse recevoir son application, il faut qu'il y ait un déversoir fixe, qui marque d'une manière invariable la hauteur normale des eaux, et qui opère par lui-même, sans l'intervention de la main de l'homme. Dans ces conditions, la hauteur des eaux parvenues au seuil du déversoir, c'est-à-dire au point où s'effectue la décharge, détermine avec certitude la limite des droits du propriétaire de l'étang, parce qu'il y a un signe apparent et immuable, indépendant du mouvement de retraite ou d'élévation des eaux. Cela explique aussi la raison pour laquelle le législateur a trouvé bon d'établir une présomption de propriété : il a voulu prévenir les contestations incessantes qui s'élèveraient entre le propriétaire de l'étang et les riverains, si les limites de l'étang étaient incertaines et si par suite le juge était obligé de les rechercher dans chaque litige. De là la cour de cassation a tiré cette conséquence qui n'est pas douteuse, c'est que le propriétaire de l'étang ne peut plus invoquer la présomption de l'article 558 quand, au lieu d'un déversoir

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Étang*, n° 1 et II.

(2) Demolombe, t. X, p. 26, n° 28.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
D. A. N. LI  
CAPILLA ALFONZINA