

destination. D'Argentree s'en explique positivement. *Publicæ aliæ sunt usibus publicis deputatæ, aliæ in pecuniâ communi et publicâ consistunt. In usu publico sunt quæ cuique de civitate... patent ad usum, æquo jure, cum reliquo populo, communi scilicet et promiscuâ facultate utendi, sed nullo cujusque tamen proprio aut particulari jure. Hoc genere sunt basilicæ, fora, theatra, vici, campi suburbani urbibus quibusdam, ut Romæ campus martius, DEAMBULATIONES, circi...; quibus omnibus quilibet de populo utitur, sed nullo privato aut proprio jure. Ideoque talem usum nec vendere alteri, nec cedere, nec emere quisquam posset... TALIA EXTRA OMNE COMMERCIIUM SUNT, ideoque nec præscribi possunt, quantocunque teneantur (1).*

D'après cette doctrine, on reconnaîtra donc que le sol des promenades est imprescriptible tant qu'il est mis hors du commerce pour être affecté aux usages et aux plaisirs du public; que leurs limites le sont également quand elles sont certaines et reconnues. Mais, s'il y a du doute, la possession sera consultée pour éclairer l'état des lieux; enfin, si une promenade est abandonnée par le public et devient un terrain vain et vague, un terrain inoccupé et sans destination, elle rentre dans la classe des choses prescriptibles.

165. Mais on demande si pendant qu'elle reste promenade, elle peut, par prescription, être grevée de servitude au profit des habitants qui l'avoisinent.

Cette question se résout de la même manière que pour les chemins; car qu'est-ce qu'une promenade, sinon plusieurs chemins tracés avec art sous des arbres et au milieu du gazon, pour l'agrément des citoyens d'une commune? Ainsi, tous les services qu'on peut demander à une promenade, chaque habitant pourra les exiger en vertu de son droit natif, sans même avoir besoin d'un laps de temps quelconque pour

(1) Sur Bretagne, art. 266, ch. 25, p. 1155.

prescrire; mais il ne pourra pas aggraver ces services. Et ici il faut remarquer la différence qu'il y a entre des allées ouvertes au public pour sa promenade, et des chemins livrés à la circulation pour les besoins de l'agriculture et du commerce. Les premières ont un usage plus restreint; elles ne sont pas destinées à être fréquentées en voiture, à être dominées par des servitudes de jours, de portes, d'issues, comme les grandes et petites routes, les rues et places des villes. Je ne pense donc pas qu'on puisse acquérir sur une promenade, par la prescription, les servitudes légalement prescriptibles qui nuiraient à l'ornement, à la commodité et à la sûreté de ceux qui ont droit de la fréquenter. L'ornement et la commodité des choses publiques ont aussi leur droit à l'imprescriptibilité: *Quia publicorum usus, dit D'Argentree, non solum ex commodo, sed ex ornatu etiam et facie aestimatur (1).* Mais, si une servitude ne nuisait en rien à la destination de la promenade, j'incline à penser que la prescription la ferait maintenir.

166. Il pourrait arriver qu'un terrain vain et vague dans l'origine, et susceptible de prescription, fût converti en promenade publique. Ce changement de destination ne pourrait pas ébranler les servitudes acquises par prescription ou autrement. La promenade nouvelle devrait les supporter: c'est pourquoi l'on voit dans beaucoup de villes des promenades grevées de servitudes de sorties avec voitures, et autres que l'intérêt public ne pourrait faire disparaître qu'au moyen d'une juste et préalable indemnité.

167. Si la prescription est impuissante pour faire peser sur une promenade des charges et des services privés qui nuiraient à sa destination, il n'en est pas toujours de même d'une possession très-ancienne appuyée de titres également anciens, dans lesquels les charges et les services se trouvent mentionnés comme

(1) *Loc. cit.*, p. 1156.

appartenant à un particulier. C'est l'effet remarquable de la maxime : *In antiquis enuntiativa probant*.

Ce point a été jugé par la cour de Nancy, dans la cause de la ville de Bar-le-Duc contre Lavocat (1).

Lavocat prétendait exercer sur la promenade publique de la ville de Bar, appelée *le Paquis*, un droit de passage avec voiture. Il ne pouvait se prévaloir d'un droit de servitude, puisqu'en mettant à part la nature et la destination du lieu, la coutume de Bar ne reconnaissait pas de servitude sans titre (2); mais il produisait un titre du 16 mai 1664, duquel il résultait que sa maison, située sur le Paquis, avait droit de passage sur ce lieu avec voiture; et, de fait, ce passage s'était exercé de tout temps par les auteurs de Lavocat, et il était certain que ce n'était qu'après cent quarante ans de jouissance que la ville avait voulu troubler cette possession. A la vérité, le titre de 1664 n'était pas contradictoire avec la ville de Bar; il était pour elle *res inter alios acta*; mais Lavocat s'appuyait sur la maxime : *In antiquis enuntiativa probant*, pour soutenir que l'antiquité de son titre, jointe à une possession non contestée, faisait supposer qu'il avait existé un titre constitutif et contradictoire. Ce moyen, on le voit, était tout autre que celui qu'on aurait voulu tirer de la prescription; car, comme je le disais ci-dessus (3), la prescription se prouve par une jouissance ayant duré un certain nombre d'années fixes et déterminées. Ce laps de temps établi, le juge est lié; il faut qu'il adjuge le droit de propriété. Ici il s'agit d'arriver à la connaissance de ce qui a pu être jadis

(1) Remarquez bien qu'il s'agissait d'une position fixée et acquise avant le Code Napoléon. Mais je crois, avec M. Toullier, qu'il en serait autrement s'il fallait régler par le Code une servitude imprescriptible. Les art. 671 et 695 combinés repoussent ici l'application de la maxime : *In antiquis enuntiativa probant* (M. Toullier, t. 8, n° 165).

(2) Art. 171, t. 12.

(3) N° 163.

par une présomption qui est livrée à la sagacité du juge : c'est à lui de dire ce qu'on doit entendre par *titre ancien*; c'est à lui à voir s'il doit admettre ou rejeter la présomption.

Eh bien ! l'ancienne jurisprudence était constante ; elle admettait généralement la maxime sur laquelle insistait Lavocat.

« Quoique le long usage, dit Pothier, n'attribue pas » droit de servitude, néanmoins, si ma maison a de » puis très-long-temps une vue sur la maison voisine, » et que, dans les anciens contrats d'acquisition qu'en » ont faits mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a ce droit » de vue, les anciens contrats, soutenus de ma pos- » session, feront foi de mon droit de vue contre le » propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un » tiers, et que ses auteurs n'aient jamais été partie » dans le contrat (1). »

Bourjon enseigne la même doctrine :

« Il n'est pas toujours nécessaire de rapporter le » titre constitutif de la servitude. A ce défaut, les an- » ciens titres constitutifs, soutenus d'une possession » non interrompue, sont regardés comme suffisants, » ainsi qu'il a été jugé par arrêt rendu en la chambre » des enquêtes, au rapport de M. de Brevannes, le 19 » juillet 1758 (2). »

Même opinion dans Denizart (3).

Le président Favre n'est pas moins formel. Je veux rapporter ses paroles énergiques : *Verba enuntiativa, prolata non incidenter, sed principaliter, per modum cause, probant in antiquis, non solum inter easdem, sed et inter alias partes. Hactenus saltem ut contrarie probationis onus in adversarium transferatur. Id enim antiquitati tribuendum est, per quam fit ut alias probationes haberi difficillimum sit* (4).

(1) *Oblig.*, n° 705.

(2) T. 2, p. 2, n° 2.

(3) V° *Servitude*.

(4) *C. de Probat.*, déf. 6, p. 303.

Du reste, Favre et les auteurs qu'il cite, tels que Mathæus (*de Afflictis*), veulent que le titre n'ait pas moins de quarante ans (1).

Or, Lavocat produisait un titre qui avait cent quatre-vingt-quatre ans, et, de plus, il justifiait d'une possession non interrompue pendant cent quarante ans.

Son droit était donc incontestable. Il fut consacré par arrêt inédit de la cour de Nancy en date du 21 mai 1829, et rendu sur mes conclusions conformes, plaidant M^e Moreau pour Lavocat, et M^e Fabvier père pour la ville de Bar :

« Attendu que, si le titre de 1644 établit contre la ville un droit de servitude que la coutume proscriit, et qui ne peut s'acquérir que par un titre qui devrait être contradictoire avec la ville de Bar, pour faire preuve contre elle qu'elle aurait été ainsi consentie, cependant il faut reconnaître que la maxime : *In antiquis enuntiativa probant*, devient nécessairement applicable contre les tiers qui ne sont point partie dans l'acte, lorsqu'il s'agit, comme au cas particulier d'un titre dont la date remonte à un temps extrêmement reculé, et qu'à son antiquité se joint une longue et constante possession, conforme au titre, et qui n'aura pas été contestée ou interrompue pendant un temps suffisant à prescrire (2); qu'il suit de là la conséquence que les stipulations du titre, rapprochées des localités et du mode de jouissance, indiquent un droit réellement consenti et reconnu par toutes les parties intéressées; que ces principes sont d'ailleurs professés par tous les auteurs, etc.; que la cour met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, dit que le passage avec voitures sur la promenade du Paquis de la ville appartient à Lavocat pour les besoins de l'exploitation de sa propriété;

(1) Def. 25, note 9.

(2) Cette assertion est peut-être de trop, et rend mal, je crois, l'idée de l'arrêt.

» condamne en conséquence le maire, en sa qualité, à ouvrir la barrière qu'il a fait placer, etc. »

168. Une fontaine communale est-elle imprescriptible?

Il faut distinguer :

Ou la fontaine surgit dans des héritages communaux et ne sert qu'à leur exploitation, et alors la prescription peut l'atteindre, comme tous les autres cours d'eau (art. 2227);

Ou bien la fontaine sert à l'usage personnel de tous les habitants, pour puiser de l'eau, s'abreuver, laver, arroser, etc.; alors elle rentre dans la classe des choses qui consistent *in usu*, et qui sont hors du commerce (1).

La prescription ne s'étend donc pas à ce genre de propriété; c'est ce que décide expressément l'empereur Zénon dans la loi 9 au C. *de Aquæductu*. Il veut que les fontaines publiques soient rendues à leur destination, et que la prescription ne puisse mettre à couvert les usurpateurs de ces propriétés précieuses : *Diligenter investigari decernimus qui publici ab initio fontes, vel quum essent ab initio fontes privati, postquam publicè usum præbuerunt, ad privatorum usus conversi sunt, sive sacris apicibus per subreptionem impetratis, ac multò amplius, si auctoritate illicita, nec appetito colore sacri oraculi, hujusmodi aliquid pertentatum fuisse dignoscitur : ut jus suum regiæ civitati reddatur; ET QUOD PUBLICUM FUIT ALIQUANDO, MINIMÈ SIT PRIVATUM, SED AD COMMUNES USUS RECURRAT; sacris oraculis vel pragmaticis sanctionibus adversùs commoditatem urbis quibusdam impertitis, jure cassandis, NEC LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONE AD CIRCUMSCRIBENDA CIVITATIS JURA PROFUTURA (2).*

(1) D'Argentrée appelle *res quæ usibus publicis deputatæ sunt* les places publiques, les rues, et autres choses *quibus omnibus quilibet populi utitur*. *Suprà*, n^o 164.

(2) Dunod parle aussi de l'imprescriptibilité des fontaines, mais il ne cite pas cette loi décisive, p. 74. *Voy.* aussi Perezius (sur le C. *de Aquæductu*); il compare les fontaines aux rues, et les déclare même plus précieuses, 401.

On retrouve une disposition analogue, mais plus implicite, dans l'article 643 du Code Napoléon, qui place si haut l'usage des habitants d'une commune, d'un village, d'un hameau, à une prise d'eau qui leur est nécessaire, qu'il défend au propriétaire de la source de la détourner à leur préjudice; d'où il faut conclure qu'une déviation interdite au propriétaire lui-même dans l'héritage duquel l'eau surgit est, à plus forte raison, défendue à ceux qui ne peuvent se prévaloir d'aucun droit de propriété privée; que ces derniers sont impuissants pour enlever à une fontaine publique son caractère, et pour la soustraire, par des actes quelconques, à la jouissance de la cité ou de la communauté; que, tant que subsiste la destination publique de l'eau, le droit privé reste stérile; il plie devant l'utilité publique; il ne peut prévaloir contre elle par la prescription.

Mais, du moins, peut-on acquérir à titre de servitude ou de copropriété la possession perpétuelle et incommutable d'une partie de l'eau d'une fontaine publique? La prescription peut-elle donner droit à une prise d'eau n'ayant aucun caractère de précarité?

Cette question a été agitée devant la cour de Nancy, dans une espèce où les faits de la cause ont dispensé de la décider; elle touche à de graves et nombreux intérêts. Elle n'a pas paru exempte de difficultés aux magistrats à qui elle avait été soumise. Pour la résoudre, examinons une sorte de question préjudicielle dont nous devons débarrasser le terrain de notre discussion; elle consiste à savoir si une portion d'eau d'une fontaine restée publique et dont la qualité n'est pas contestée est susceptible d'aliénation.

Les lois des empereurs romains permettaient de faire des concessions de prises d'eau sur ces aqueducs, que d'immenses travaux avaient construits avec tant de profusion, et souvent avec tant de magnificence, dans toute l'étendue de l'empire. La constitution de Théo-

dose et de Valentinien, dont voici les termes, en est la preuve (1) :

Si quis per divinam liberalitatem meruerit jus aquæ, non viris clarissimis rectoribus provinciarum, sed tuæ præcellentissimæ sedi cælestes apices intimare debet: condemnatione contra illum qui præces moderatoribus insinuare conatur 500 librarum auri, et contra universos administratores qui rescriptum per subreptionem elicium suscipere moliantur, proponenda; apparitoribus nihilominus eorumdem virorum clarissimorum provincie moderatoium, animalversionibus pro vigore tui culminis subjugandis: et amplissimâ tuâ sede dispositurâ, quid in publicis thermis, quid in nymphæis, PRO ABUNDANTIA CIVIUM CONVENIAT deputari; quid his personis, quibus nostra serenitas indulset, EX AQUA SUPERFLUA debeat impartiri.

Cette constitution, qu'Anastase rappela plus tard comme loi toujours en vigueur (2), veut donc que ceux qui désirent obtenir une prise d'eau s'adressent non pas au recteur de la province, mais au préfet. et que celui-ci, après avoir consulté les autorités compétentes et avoir fait la part de l'intérêt public suivant le nombre des citoyens, accorde aux pétitionnaires ce qui peut leur être nécessaire sur le superflu de l'eau (*ex aquâ superflua*). La portion d'eau nécessaire aux usages publics reste inaliénable, et la concession ne peut porter que sur ce qui excède les besoins (3).

C'est encore ce qui se pratique aujourd'hui dans la plupart des villes ou communes qui possèdent des eaux abondantes: on concède aux particuliers, moyennant un cens annuel ou un prix d'achat une

(1) L. 5, C. de Aqueductu.

(2) L. 11, C. de Aqueductu.

(3) La loi 3, C. de Aqueductu, règle la manière dont les concessionnaires devaient user de l'eau et comment ils devaient établir leurs tuyaux, afin de ne pas dégrader les conduits principaux de la fontaine publique. Cette constitution est des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, an 395.

fois payé, un certain nombre de lignes d'eau, qu'ils conduisent dans leurs maisons par des files de cors qui ont leur orifice sur les tuyaux de la fontaine publique.

Mais on demande si ces concessions sont irrévocables, ou bien si elles ne sont que précaires et subordonnées aux besoins des habitants.

Les opinions sont partagées sur cette question. Les uns pensent que le droit privé doit céder à l'utilité publique, et que, si les eaux communes viennent à manquer, les concessionnaires doivent faire le sacrifice de leur prise d'eau; car leur droit n'était que sur un superflu, et l'on ne peut pas apprécier le superflu d'une ville comme celui d'un particulier. Il faut considérer non-seulement le présent, mais encore l'avenir; or, les besoins à venir d'une population toujours susceptible d'accroissement sont incertains, et comme il n'est pas présumable qu'une administration éclairée ait voulu les sacrifier, on doit dire qu'il a été dans son intention de réserver le droit des générations suivantes, et que les concessions n'ont été faites que subordonnement aux nécessités ultérieures. On ne peut nier qu'il n'y ait quelque chose de très-spécieux dans cette argumentation. On la fortifie d'une constitution des empereurs Théodose et Valentinien, qui décident qu'on ne peut acquérir par titre ou concession du prince aucune servitude de prise d'eau sur l'aqueduc d'Adrien, situé à Constantinople, ni sur les conduits de plomb qui amenaient les eaux aux bains d'Achille dans la même ville (1). Tellement que ces empereurs permettent à Cyrus, préfet du prétoire, d'envoyer des appariteurs dans les maisons des particuliers, pour rechercher si quelques prises d'eau souterraines ne portent pas atteinte à l'utilité publique: *ne qua deceptio vel insidiæ CONTRA PUBLICAM UTILITATEM attentantur.*

(1) L. 6, C. de Aquæductu.

Cependant des lois romaines non équivoques et répétées condamnent ce système. Dans la loi 4, au C. de Aquæductu, les empereurs Arcadius et Honorius (1) décident qu'on ne peut troubler les anciennes jouissances qui s'appuient sur leur permission. Les termes de cette loi sont précieux. Je dois les rapporter :

Usum aquæ veterem longoque dominio constitutum, singulis civibus manere censemus, NEC ULLA NOVATIONE TURBARI; ita tamen ut quantitatem singuli, quam VETERI LICENTIA percipiunt, more usque in presentem diem perdurante, percipiant: mansurâ pœnâ in eos qui ad irrigationes agrorum, vel hortorum delicias, furtivis aquarum meatibus abutuntur.

Cujas insiste sur ces mots, *veteri licentiâ*, pour faire remarquer que la constitution s'applique à ceux à qui le prince avait fait des concessions, et dont le droit s'appuyait sur un titre. *Loquitur ergo de his*, dit-il, *quibus aquæ publicæ usum jamdiu princeps concessit* (2). Godefroy a copié cette remarque (3).

Ainsi donc une concession légalement faite n'est pas ambulatorie; elle est à l'abri des innovations et de toute révocation. Voici pourquoi, car il faut chercher des raisons plausibles pour que le texte romain soit pour nous une autorité. L'eau d'une fontaine n'est publique que par sa destination: si la destination aux usages publics est changée, l'eau rentre dans le domaine privé, elle subit le niveau du droit commun. Or, dès l'instant que l'autorité légale a fait une répartition entre l'intérêt public et l'intérêt privé, et que, par une division qui était dans ses attributions, elle a assigné à un citoyen une partie d'eau retranchée de la masse commune, cette portion est sortie du domaine public par cette destination nouvelle; l'autorité a fait pour la portion ce qu'elle aurait pu faire

(1) An 397.

(2) Sur cette loi, Code.

(3) Note 38.

pour le tout. Elle a rendu une fraction d'eau au commerce; elle l'a dégagée de ses entraves: il y a eu possibilité de l'aliéner, et ceux qui l'ont acquise ont pour eux un titre et une bonne foi qui doivent être respectés.

Je sais bien que, si les concessionnaires ne prennent leur eau qu'au moyen de files de tuyaux passant sous la voie publique, une administration municipale jalouse de ses droits pourra les inquiéter, en les empêchant de faire à ces tuyaux les réparations nécessaires; elle poursuivra comme un délit les coups de bêche donnés pour mettre à découvert les canaux souterrains; elle se plaindra d'excavations qui nuisent à la voirie, se prévalant de ce que la voie publique ne peut être grevée de servitudes nuisibles à la circulation des habitants; elle pourra même faire enlever les tuyaux qui ont leur passage sur un sol inaliénable et imprescriptible, et la jurisprudence de la cour de cassation viendra à son aide (1). Mais, après tout, il n'est pas impossible de concevoir une hypothèse dans laquelle le concessionnaire pourrait prendre son eau directement et sans traverser la voie publique; alors la commune n'aurait aucun moyen de troubler des concessions de tous points irréprochables. Elle ne pourrait qu'exproprier pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité (2).

Quant à la constitution des empereurs Théodose et Valentinien, que je citais tout à l'heure comme objection, tous les interprètes s'accordent à remarquer qu'elle est spéciale pour les bains d'Achille et pour l'aqueduc d'Adrien (3).

Opposera-t-on la loi 9, au *C. de Aquæductu*, dont les termes ont déjà passé sous les yeux du lecteur? Dira-t-on que cette loi révoque d'une manière géné-

(1) *Suprà*, n° 140.

(2) Art. 643, *C. Nap.*

(3) *Perezius*, ad *Codic. de Aquæductu*, n° 9.

rale les aliénations d'eau faites par décret du prince, et les assimile à des usurpations?

Mais nous répondrons avec Cujas (1), Godefroy (2) et Brunemann (3) que la loi 9 ne parle que des fontaines publiques que la faveur exagérée du prince avait en totalité attribuées à des particuliers au détriment de l'intérêt général; tandis que, dans la loi 4, il n'est question que de servitudes et de simples usages réglés après avoir fait un partage équitable qui avait conservé à l'intérêt public ses droits imprescriptibles.

Disons donc qu'une portion d'eau dépendant d'une fontaine publique peut être aliénée par l'autorité compétente, et que cette distraction d'un superflu que l'administration a voulu utiliser est définitive.

De l'aliénabilité d'une chose, on a coutume de conclure à son imprescriptibilité: faut-il donc décider sans hésitation que celui qui pendant trente ans a pratiqué une prise d'eau à une fontaine publique en a acquis la propriété incommutable par la prescription? C'est ici que commence le vif de notre question.

Si nous voulions nous contenter de vagues abstractions, nous pourrions faire un raisonnement qui abrégait notre tâche, et dire: « Puisque le superflu des eaux d'une fontaine publique est dans le commerce, on peut donc le prescrire de même que l'aliéner; » mais cet argument ne serait qu'un faux-fuyant pour échapper à de sérieuses difficultés d'application: nous ne saurions donc nous en contenter; c'est pourquoi nous nous livrerons à quelques distinctions essentielles. Le *distinguo* de l'école est souvent la meilleure arme de la raison.

Il y a des villes où des règlements généraux ont déterminé la quantité d'eau des fontaines publiques.

(1) Sur la loi 9, *C. de Aquæductu*.

(2) Sur la même loi.

(3) Sur la même loi.

de nature à être concédées aux habitants. A Marseille, par exemple, il est permis d'accorder un denier (1). Dans ce cas, on ne peut s'empêcher de reconnaître que tout ce qui est compris dans cette portion aliénable est prescriptible, et celui qui aurait joui pendant trente ans d'un denier d'eau ou une fraction retirée du domaine public, et déclarée inutile au besoin des habitants, en deviendrait propriétaire. Cette proposition me paraît incontestable.

Devrait-on en dire autant dans le cas où le possesseur aurait joui non-seulement d'un denier ou de la fraction concessible à chaque habitant, mais encore d'une quantité plus considérable?

Le tribunal de Marseille a jugé l'affirmative par une décision au possessoire qui fut l'objet d'un pourvoi rejeté par la cour de cassation, le 21 mars 1851 (2).

Le maire de la ville de Marseille, ayant reconnu que la dame d'Ollières avait une prise d'eau de neuf ou dix deniers, au lieu d'un denier qui lui avait été originairement concédé, crut pouvoir réduire ce volume d'eau à la limite autorisée par les règlements, mais la dame d'Ollières se pourvut en réintégrant. et le tribunal de Marseille, ayant été saisi par appel de la connaissance de cette contestation, pensa que la demanderesse avait pu dépasser par la possession la quantité d'eau d'un denier. Si l'on peut dire que les eaux destinées à l'usage des habitants sont inaliénables ou imprescriptibles, disait-il dans ses considérants, il n'en est pas de même du superflu de ces mêmes eaux qui aurait été aliéné, ce superflu rentrant dans le domaine privé de la commune; or, l'existence de ce superflu est notoire; car, par déclaration du 5 novembre 1828, le conseil municipal a offert de faire des concessions aux habitants, et si la dame d'Ollières se fût adressée à la juridiction gracieuse de

(1) Voy. l'espèce rapportée par M. Dalloz (31, 4, 152, 153).

(2) Dall., 31, 4, 152, 153.

l'autorité municipale, elle aurait pu facilement obtenir ce qu'elle a acquis par prescription.

Cette argumentation me semble irréprochable. En effet, sur quoi étaient pris les huit ou neuf deniers d'eau qui outrepassaient la concession primitive? Était-ce sur la portion d'eau réservée aux habitants? Nullement: c'était sur cet excédant distrait du domaine public par la commune elle-même, et formant la masse d'eau mise en réserve pour être vendue aux différentes maisons de la ville. La dame d'Ollières entamait non la portion indisponible, mais la portion disponible des eaux de la fontaine.

On m'objectera peut-être la loi 4, au C. de Aqueductu, qui ordonne que les possessions actuelles soient maintenues à la limite des anciennes permissions. Mais, d'abord, rien ne prouve que, dans l'idée de cette loi, il y eût des extensions de jouissance; tout semble indiquer, au contraire, que la possession était restée conforme au titre: *More usque in presentem diem perdurante*.

D'ailleurs, serait-il clair que la loi 4 ait voulu réduire et non conserver les possessions actuelles; il ne faudrait cependant pas se hâter de conclure que le tribunal de Marseille a mal jugé: la matière que nous traitons est très-subtile; les moindres nuances dans les faits peuvent changer le point de droit, et les analogies ne doivent être embrassées qu'avec les plus grandes précautions.

Dans l'espèce jugée par le tribunal de Marseille, un règlement général scindait les eaux en deux, si je puis ainsi parler. La ligne qui sépare le domaine privé du domaine public était hautement marquée, et c'est dans le cercle du domaine privé que la possession de la dame d'Ollières se retranchait, même pour l'excédant qu'elle s'était attribué. Mais supposons qu'il n'y ait pas de règlement général, que les concessions soient toutes individuelles, et que le domaine public de la commune ne soit restreint qu'au

fur et à mesure de demandes privées, arrivant séparément, et nécessitant chaque fois une appréciation des besoins des habitants. Dans cette hypothèse, celui qui dépasserait la mesure de sa concession serait peut-être embarrassé pour établir que c'est sur le domaine privé qu'il a pris son excédant; car tout ce qui est hors des concessions partielles est dans le domaine public de la commune, toujours inaliénable et imprescriptible. N'y ayant pas de partage opéré, et aucun arrêté général ne déterminant invariablement et d'avance ce qui est réservé à l'usage public et ce qui doit être rendu en bloc au commerce privé, il s'ensuit que le domaine public affecte l'eau tout entière; ce n'est que successivement que les distractions s'opèrent dans un intérêt individuel sur ce qui est du domaine public: donc tout ce qui n'est pas excepté reste public; donc tout ce qui dépasse l'exception est un empiètement sur le domaine public. Voilà la différence que je voulais faire sentir entre les deux espèces; elle est réelle, et ne saurait passer inaperçue. Pour le moment, je ne résous pas cette seconde espèce dans un sens opposé à celle sur laquelle le tribunal de Marseille a statué: je me contente de la poser; elle recevra sa décision par les observations que je présente sur l'hypothèse qui va suivre.

Après avoir supposé qu'une commune a fait un règlement pour la distribution de ses eaux, c'est-à-dire pour la conservation d'une partie et l'aliénation de l'autre, admettons le cas, plus difficile et plus fréquent, où il n'y a pas de règlement de cette espèce, et où le possesseur n'a pour lui aucun titre de concession. Il a opéré une prise de trois lignes d'eau sur la file de tuyaux de la fontaine publique, et en a joui pendant trente ans; au bout de ce temps, le droit des habitants pourra-t-il réclamer avec succès contre cette appropriation d'une chose originairement publique?

Écartons d'abord la loi 4, au C. de *Aquæductu*, dont

on pourrait être tenté de se prévaloir pour justifier la prescription. Dans l'espèce de cette loi, il y avait un titre de concession. *veteri licentiâ*, et ici nous supposons qu'il n'y en a pas. La question reste donc entière.

Pour l'affirmative on dira: « L'administration municipale aurait pu aliéner ces trois lignes d'eau; elle aurait pu les transformer en eau privée, au moyen d'un titre qu'elle aurait concédé à celui qui l'aurait sollicité: or, la prescription qui supplée au titre et en fait supposer l'existence, doit produire le même résultat. Et comment pourrait-on en douter? La jouissance trentenaire et exclusive de ces trois lignes d'eau ne prouve-t-elle pas que les habitants n'en avaient pas besoin, et que c'était pour eux un superflu? Eh bien! si c'est un superflu, l'aliénabilité est de droit, et avec elle la faculté de prescrire. »

Cette argumentation paraît, au premier coup d'œil, tout à fait irrésistible; mais, en la soumettant à un examen approfondi, le prestige disparaît, et le paradoxe est tout ce qui en reste. En voici la preuve.

Pour pouvoir prescrire, il faut une possession publique non équivoque, à titre de propriétaire (1). De plus, n'oublions pas que ce que la prescription tend à conquérir, dans notre hypothèse, c'est un superflu, et rien de plus; car le superflu est seul aliénable. *Ex aquâ superflua*, disaient les empereurs Théodose et Valentinien. Le nécessaire est inattaquable par la possession (2). On n'a pas même la pensée de le diminuer.

Eh bien! quand je recherche si la possession d'un superflu peut être non équivoque et à titre de propriétaire, je trouve de tout côté de radicales impossibilités.

Le superflu est corrélatif avec les besoins de la population, et il est inutile de dire que les besoins d'une

(1) Art. 2229. *Infrâ*, n° 336 et suiv.

(2) Argument de l'art. 643, C. Nap.