

fallu que la loi la consacra; il n'appartient pas aux parties contractantes de mettre hors du commerce des biens que la loi met dans le commerce. Nous avons dit ailleurs que le législateur ne s'est résigné à admettre ce principe du droit romain que sous la pression des anciens pays de droit écrit, mais, une fois sanctionné comme règle, on doit l'admettre sous tous les régimes.

## § II. Des choses d'ordre public.

### N° 1. LIBERTÉ.

**225.** Notre liberté date de la révolution de 1789; l'Assemblée constituante a la première proclamé les droits naturels de l'homme, et elle les a déclarés imprescriptibles; au point de vue du droit absolu, les conventions et possessions contraires n'étaient que des usurpations. En réalité, les conventions que les hommes de 1789 réprouvaient comme entachées de féodalité avaient été librement consenties; que dis-je? elles furent le premier pas vers la liberté. Il fallut une révolution pour compléter l'affranchissement. Nous renvoyons à nos *Etudes sur la féodalité* et sur la *Révolution*. La célèbre Déclaration des droits de l'homme s'ouvre par les dispositions suivantes: « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et *imprescriptibles* de l'homme. » Le préambule dit que ces droits sont *inaliénables*. Quand il s'agit de la liberté, on peut dire qu'elle est imprescriptible, parce qu'elle est inaliénable: elle n'est point dans le commerce.

Le régime féodal n'était pas, comme on le croyait en 1789, un régime de servitude; il mit, au contraire, fin à l'antique esclavage en remplaçant la dépendance résultant d'une prétendue différence de nature par la dépendance résultant des conventions. Mais cette transformation menaçait de perpétuer la dépendance féodale; il y avait encore des serfs au moment où la révolution éclata, et il restait une foule de droits féodaux attachés à la possession

du sol, pour l'affranchissement desquels il eût fallu une convention entre le suzerain et les détenteurs du sol, ou les débiteurs des redevances. Les privilégiés n'auraient jamais consenti à abdiquer volontairement leurs privilèges, ils le firent, dans la célèbre nuit du 4 août, sous la pression de la Révolution: de là datent la liberté du sol et la liberté des personnes. Il ne peut pas y avoir de conventions contraires; l'article 686 permet aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que ces services n'aient rien de contraire à l'ordre public, c'est-à-dire à la liberté des héritages et à la liberté des personnes. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Servitudes*. Ce que la loi dit des conventions s'applique à la prescription; s'il y a un droit hors du commerce, c'est la liberté; pour mieux dire, la notion du commerce ne reçoit pas d'application à la liberté; dès lors il ne peut être question de prescription.

**226.** La féodalité et ses abus ne sont plus que de l'histoire, et une histoire complètement ignorée. Qui de nous sait ce que c'est que les banalités qui firent tant souffrir nos ancêtres? Par *ban* (*bannum*) on entendait le droit de prohiber, et ce que les seigneurs interdisaient à leurs vassaux, c'était l'usage le plus naturel de la propriété: « Défense au propriétaire de chasser sur ses terres, de pêcher dans ses eaux, de moudre à son moulin, de cuire à son four, d'aiguiser ses outils à sa meule, de faire son vin, son huile, son cidre à son pressoir, de vendre ses denrées au marché public, d'avoir pigeons dans sa fuie, lapins dans son clapier, et même étalon pour son troupeau. » Par suite, droit exclusif pour le seigneur à toutes ces jouissances. Défendre aux hommes l'usage le plus naturel de leurs facultés, les forcer à moudre leur grain au moulin du seigneur, de cuire leur pain au four banal, de faire leur vin au pressoir banal: tels étaient les abus odieux du régime féodal (1).

Ces abus sont loin de nous, quoiqu'un siècle ne se soit

(1) Champagnière, *De la propriété des eaux courantes*, n° 332.

pas écoulé depuis leur abolition, et on ne songe guère à les rétablir. En droit, il est évident que les banalités ne sauraient revivre par une possession, quelque longue qu'elle soit; la violation de la propriété ne se légitime pas par le temps. Chose remarquable, même dans l'ancien droit, les banalités ne pouvaient s'acquérir par la simple possession; qu'elles fussent féodales ou conventionnelles, elles ne pouvaient résulter que de titres exprès et en bonne forme. Il a été jugé, par la cour de cassation, que les banalités féodales abolies par les lois des 15-18 mars 1790 ne peuvent être rétablies par une prescription, quoique non interrompue, puisqu'on ne saurait faire, par une espèce de convention tacite, ce qu'il serait illicite de faire par une convention expresse (1).

Ce qu'il y avait de plus étrange et aussi de plus odieux dans les abus féodaux, c'est de voir des évêques et des abbés exercer les droits de banalité. Dans un procès récent, une commune revendiquait l'usage d'une cession de pêche et de chasse qui lui avait été faite par les évêques de Montpellier. Il était constant que les évêques avaient concédé ces droits, non comme propriétaires privés de l'étang et des terres sur lesquels portait la concession, mais en leur qualité de seigneurs hauts justiciers du comté de Montpellier; les droits de chasse et de pêche concédés à charge de payer les droits seigneuriaux avaient donc un caractère essentiellement féodal; par suite, la cour d'Aix les déclara abolis. Vainement les habitants invoquèrent-ils la prescription; la cour refusa de les admettre à la preuve des faits de possession par eux articulés, parce que les droits sur lesquels ils se fondaient étant entachés de féodalité ne pouvaient servir de base à une possession utile (2).

(1) Rejet, chambre civile, 16 juin 1841 (Daloz, au mot *Prescription*, n° 147).

(2) Rejet, chambre civile, 28 mai 1873 (Daloz, 1873, 1, 365).

## N° 2. DES DROITS DE PURE FACULTÉ.

**227.** Les concessions féodales étaient des abus aussi bien que les droits féodaux; l'homme n'a pas besoin d'une concession pour exercer des droits qu'il tient de la nature et de la propriété. L'exercice de ces droits constitue la liberté civile, aussi précieuse que la liberté politique dont elle est une émanation. Elle consiste dans le droit de faire tout ce qui est licite. Ainsi je puis faire de ma propriété tel usage que je veux, varier à mon gré la culture de mon champ. Je ne perds pas les droits attachés à la liberté civile, par le motif que je n'en use pas pendant plus de trente ans; de même que je ne perdrais pas la jouissance de mes droits politiques pour ne les avoir pas exercés pendant trente ans. Par cela seul qu'il s'agit de droits tenant à la liberté, l'homme peut en user ou ne pas en user; c'est en cela que consiste la liberté; il use donc de sa liberté en n'exerçant pas les droits qui lui appartiennent; dès lors il ne peut s'agir de le déclarer déchu de droits dont il a fait l'usage qu'il lui plaisait de faire, même en ne les exerçant pas (1).

**228.** L'application de ces principes ne souffre aucune difficulté quand il s'agit de droits qui tiennent à la liberté de la personne et à la liberté des terres. Mais la difficulté est grande quand il faut distinguer les droits qui constituent des facultés, et qui, à ce titre, sont imprescriptibles, des droits qui se prescrivent. L'article 2232 dit que « les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription ». Qu'entend-on par actes de *pure faculté*? C'est un des points les plus obscurs du titre de la *Prescription*. Les facultés sont aussi des droits, et il est de la nature de tout droit que l'on est libre d'en faire ou de n'en pas faire usage. Cependant les facultés ne périssent point, quoiqu'on ne les exerce pas; tandis que les droits s'éteignent quand on néglige de les exercer. Comment distinguera-t-on les droits prescriptibles des facultés imprescrip-

(1) Leroux de Bretagne, t. I, p. 97 n° 122.