

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.

tibles? Un de nos bons auteurs déclare qu'il a longtemps cherché une formule qui embrassât tous les cas, et qu'il n'en a pas trouvé qui fût pleinement satisfaisante⁽¹⁾. Nous croyons qu'il faut s'en tenir à celle que d'Argentré a proposée et que Dunod a reproduite.

D'Argentré commence par dire que ce qui caractérise les facultés, c'est qu'elles ne supposent pas un droit appartenant en propre à celui qui l'exerce; elles sont un domaine commun auquel tout le monde participe, ou du moins tous ceux qui sont dans le cas d'en réclamer l'usage; si donc une personne en réclame la jouissance, ce n'est pas en vertu d'un titre qui lui soit particulier, c'est en vertu d'un titre qui lui est commun avec tous. D'où dérivent ces facultés? Ce point nous paraît essentiel pour distinguer les facultés des droits. C'est la nature, dit d'Argentré, notre mère à tous, qui nous donne les facultés, parce qu'elles sont nécessaires à tous les hommes; c'est un bien qui leur est commun. Ne sont-ce pas là des droits analogues à ceux dont parle la Déclaration des droits de l'homme (n° 225), droits inaliénables et imprescriptibles, parce que l'homme ne peut pas aliéner des facultés dont la nature l'a investi, et sans lesquelles il ne serait plus un être libre? D'Argentré ajoute que les facultés sont antérieures à tout contrat, à tout commerce, en prenant le mot *commerce* dans le sens romain. En d'autres termes, les facultés sont attachées à la nature de l'homme, elles ne naissent pas des conventions; d'Argentré aurait pu ajouter qu'elles ne sont pas établies par les lois, alors même que les lois les consacrent, elles ont leur source dans la nature humaine. En mettant en rapport le langage de d'Argentré et la Déclaration de 1789, nous dirons que les facultés sont l'exercice de la liberté dans son application aux relations civiles; voilà pourquoi, de même que la liberté, elles sont inaliénables et imprescriptibles. Nous avons vu une application de ce principe en traitant du bornage (t. VII, n° 429) ⁽²⁾.

Il en est tout autrement des droits. Ce mot éveille l'idée

(1) Moulon, *Répétitions*, t. III, p. 757, n° 1831.

(2) Le droit de couper les racines est-il de *pure faculté*, et *imprescriptible* à ce titre? Voyez le t. VIII de mes *Principes*, n° 21.

d'une obligation, et l'obligation suppose un lien particulier qui se forme par la voie des conventions, ou que le législateur établit, en se fondant sur l'intention des parties contractantes; il ne s'agit pas de tout le monde ou de tous ceux qui auraient intérêt à exercer les droits, l'intérêt ne donne aucun droit et n'engendre aucune obligation; il faut une volonté particulière pour créer des obligations et des droits: ils n'existent qu'en faveur d'une personne déterminée qui a stipulé le droit et contre une personne déterminée qui a contracté l'obligation corrélative, sans laquelle le droit ne serait qu'un vain mot. Les facultés appartiennent à tous, parce que tous en ont besoin; voilà pourquoi la nature les donne à tous. Mais outre ces besoins généraux, qui engendrent des droits communs à tous, chacun peut avoir et a des besoins particuliers; pour les satisfaire, il lui faut des droits spéciaux, il doit les stipuler. Les droits naissent des conventions; c'est le commerce, dans l'acception latine, qui y donne naissance; ils varient à l'infini, comme les nécessités de la vie; chacun les stipule dans la mesure de ce qui lui est avantageux. Les droits sont donc conventionnels, tandis que les facultés sont naturelles: les droits sont une propriété particulière à ceux qui les ont stipulés pour leur avantage particulier: les facultés sont un bien commun auquel tous participent, parce que sans elles la vie civile serait impossible ⁽¹⁾.

229. Troplong a une autre théorie; nous devons la mentionner, ne fût-ce que pour montrer la difficulté de cette matière. D'après lui, il est de l'essence de nos facultés d'agir uniquement sur nous-mêmes et sur les choses qui sont à notre disposition; de sorte que la faculté consisterait dans le droit que nous avons sur notre personne et sur nos biens; en usant d'une faculté, nous n'entendons soumettre ni la personne ni les biens d'autrui à aucune obligation. Il en est autrement des droits; ce qui les caractérise, c'est précisément l'action qu'ils nous donnent contre une personne obligée et sur les biens que notre droit affecte.

(1) D'Argentré, 2^e consultation, n° 5, p. 2120. Dunod, part. I, ch. XII, p. 86 et 89. Comparez Leroux de Bretagne, t. I, p. 102, n° 127.