

fouiller dans ma propriété, en retenir les eaux (1), ouvrir des jours dans mon mur (2), clore mon champ (3), bâtir sur mon site vide, ai-je besoin d'intenter une action en justice? Non. Je traduis ma faculté d'agir en fait, je travaille sur ma chose propre, et voilà ma faculté en exercice. C'est pour exprimer cette pensée que les docteurs ont dit laconiquement que la faculté est de fait et non de droit, *facti, non juris*, c'est-à-dire qu'elle ne suppose pas un droit ni une action propre et particulière qui préexistent (4); d'où il suit que, n'y ayant pas lieu à action, il n'y a pas possibilité d'une prescription (5). Au contraire, quand un droit est particularisé, les intérêts d'un ou de plusieurs tiers se trouvant engagés, il faut une action en justice pour lui servir de sanction. Or, là où il y a lieu à action, il y a également lieu à la prescription, à moins qu'une loi spéciale ne la défende.

Ainsi donc, les simples facultés sont et doivent être imprescriptibles, et l'on peut répéter ici le mot fameux dit par M. Royer-Collard, à propos d'intérêts plus relevés que ceux dont nous nous occupons ici : *C'est plus qu'un droit, c'est une faculté*. En effet, une faculté ne se prescrit pas, et un droit sorti de l'état facultatif pour entrer dans le domaine de l'actualité périt sous l'influence de la prescription (6).

115. Mais, de même que nous avons vu au numéro 111 que la liberté peut, sinon être totalement supprimée par la prescription, du moins limitée au

(1) *Infrà*, n° 114.

(2) *Infrà*, n° 117.

(3) *Infrà*, n° 118.

(4) Dunod, p. 89.

(5) Voy. *infrà*, n° 119, 120 et 121, l'application et la confirmation de ceci.

(6) Voy. à cet égard des applications particulières faites par la jurisprudence dans les arrêts suivants : *Rcj.* 16 mai 1826; *Rennes*, 15 déc. 1848; *Grenoble*, 26 août 1846; *Riom*, 5 déc. 1848; *Cass.*, 11 avril 1845 (*Deville.*, 50, 2, 276; 47, 2, 247; 48, 2, 123; 43, 1, 793. *Collect. nouv.*, t. 2, partie 1^{re}, p. 344).

moyen d'obligations imposées à la personne; de même les facultés peuvent, dans certaines circonstances, éprouver des restrictions par l'effet de la prescription, et perdre quelque chose de leur plénitude, lorsqu'elles s'exercent sur des droits susceptibles de démembrement et d'aliénation. Voici comment ceci a lieu : Par exemple un individu est propriétaire d'un site à bâtir; comme nous l'avons vu au numéro précédent, il peut se dispenser d'édifier sur ce sol pendant trente ans, sans perdre le droit de construire ensuite, et le propriétaire voisin n'aura pas le droit de s'y opposer. Mais supposons que ce dernier lui fasse défense d'élever un bâtiment qui le gênerait, et que l'autre reste trente ans sur cette défense sans y résister par des actes contraires : celui-ci sera censé avoir accepté la défense, y avoir acquiescé, et son inaction pendant le temps voulu pour prescrire équivaldra à un consentement formel. « Les choses qui consistent » en pure faculté, dit Despeisses, peuvent être prescrites lorsqu'il y a eu prohibition de les faire, et que, » déférant à cette prohibition, on ne s'est pas servi » de la faculté durant trente ans (1). » N'est-il pas vrai, en effet, que le propriétaire du sol pourrait, par convention, s'interdire la faculté de bâtir sur son fonds, quoiqu'il reste propriétaire et maître de son fonds? N'est-il pas vrai qu'il peut le grever de cette servitude au profit d'un autre, et faire sortir de ses mains cette partie du domaine plein et entier? Eh bien! ce que la volonté peut faire expressément, elle peut l'opérer d'une manière tacite; et il y a présomption certaine d'aliénation lorsqu'un tiers intéressé venant dire: *J'entends que vous laissiez votre emplacement vide*, vous gardez le silence et restez dans une inaction conforme à cette injonction.

Il n'est pas même nécessaire que la contradiction

(1) P. 447, col. 1. *Junge Dunod*, p. 90. M. Pardessus, *Servitudes*, p. 467.

émanée du tiers intéressé soit verbale ou écrite; il suffit qu'elle résulte d'un fait manifeste et flagrant, de nature à suppléer à la parole. Ainsi, par exemple, un ouvrage extérieur construit sur le fonds où jaillit une source, afin de conduire les eaux dans le fonds inférieur, contient une déclaration suffisante que l'auteur de ce travail entend s'attribuer un droit sur la source, et priver le propriétaire de la faculté d'en retenir les eaux (1). Il y a là une protestation muette, plus énergique peut-être que si elle était expresse; car l'ouvrage demeure debout, comme un signe de contradiction de tous les jours et de tous les instants.

114. Nous allons maintenant montrer l'application de cette théorie dans quelques-unes des difficultés que la pratique lui a fait rencontrer.

Un individu a une source dans son fonds. Il ne s'en est servi pendant trente ans, parce qu'il n'avait pas intérêt à l'utiliser, et durant ce temps les eaux, livrées à leur cours naturel, ont coulé sur la propriété du voisin, qui s'en est servi pour ses besoins. Mais bientôt le propriétaire de la source, voulant construire un moulin, ou transformer son terrain inculte en jardin, arrête les eaux et en prive l'héritage inférieur. La jouissance que le voisin aura eue pendant trente ans sera-t-elle un motif pour qu'il oppose au propriétaire de la source qu'il a perdu la faculté de la retenir?

Cette question a été résolue par presque tous les auteurs dans le sens des articles 641 et 642 du Code Napoléon (2). Sans doute, le propriétaire inférieur peut acquérir, par prescription, la jouissance des eaux du

(1) Paul, L. 2, § 3, 4, 5, D. de *Aquâ pluviæ arcend. Secus* rej. 4 avril 1842 (Devill., 42, 1, 508). Voy. aussi M. Vazeille, t. 1, n° 427. Mais voy. M. Marcadé, art. 2227, n° 2.

(2) Henrys, quest., 189, t. 2, p. 999, et Bretonnier, sur Henrys, *loc. cit.* Capolla, *Tract.* 2, ch. 4, n° 51. Dumoulin, sur les *Conseils d'Alexandrie*, Conseil 69. Dunod, p. 88. L. *Præses*, C. de *Servitutibus et aquâ*. L. Ulpian, 1, § 12, D. de *Aquâ et*

fonds supérieur; mais cette prescription ne s'obtient que par une possession de trente ans, soutenue de travaux apparents, destinés à faciliter la chute de l'eau sur son héritage.

Le doute pourrait venir cependant de ce que le non-usage de la source par le propriétaire du fonds supérieur a mis en jeu et engagé l'intérêt d'un tiers, et que cet intérêt ayant été consolidé par une jouissance trentenaire, a droit à être respecté. Mais il faut répondre que, tant que cette jouissance ne s'est pas appuyée sur des travaux apparents de nature à éveiller l'attention du propriétaire, et à lui montrer une volonté bien déterminée à limiter son droit (1), il a pu se reposer sur la faculté qu'a tout propriétaire d'user de sa chose à son bon plaisir. Il est vrai que cet usage occasionne un préjudice au fonds voisin; mais il ne lui fait pas d'injustice: *Nemo injuriam dat qui jure suo utitur*. Suivant le droit naturel, chacun peut et doit disposer à sa volonté de ce qui lui appartient; tout ce qui est défendu, c'est de nuire à autrui, en violant des droits acquis. Mais comment pourrait-il y avoir de lésion là où il n'y a pas de droit?

115. C'est par les mêmes raisons que les lois romaines ont donné la règle suivante:

Si je coupe les veines du puits que vous avez dans votre maison, quelque commode qu'il soit pour votre

aquæ pluviæ arcend. Junge M. Vazeille, t. 1, n° 57. M. Garnier, *des Eaux*, part. 2, p. 26.

(1) La cour de cassation a récemment donné effet à cette manifestation en décidant que l'établissement d'un barrage dans un canal artificiel, destiné à mettre un moulin en mouvement, par un riverain de ce canal, à l'effet de détourner l'eau pour l'irrigation de sa propriété, constitue un ouvrage apparent dans le sens de l'art. 642 C. Nap., et qui peut servir de base et de point de départ à la prescription acquisitive de la servitude de prise d'eau sur ce canal. Rej. 27 février 1854 (Devill., 55, 1, 92). *Secus* si le barrage était fait, non point dans le canal, mais sur le fonds dominant lui-même. Cass., 15 février 1854 (Devill., 54, 1, 186).

ménage, vous n'êtes pas reçu à vous plaindre du désagrément que vous éprouvez par le dessèchement de ce réservoir : *In domo meâ puteum aperio, quo aperto venæ putei tui percisæ sunt; an tenear? Ait Trebatius non teneri me damni infecti; neque enim existimavi operis mei vitio damnum tibi dari in eâ re in quâ jure meo usus sum* (1). Quelle en est la raison? C'est que, comme propriétaire, j'ai la faculté de fouiller mon fonds et d'en tirer tout le parti possible, à moins que vous n'ayez acquis, par quelque servitude qui me grève, le droit de limiter cette faculté. Il est vrai que j'ai laissé dormir cette faculté pendant trente ans; mais je n'avais pas d'intérêt à en user; je me contentais de l'état de ma propriété telle qu'elle était. Est-ce que vous pouvez me faire un reproche de n'avoir pas rendu ma condition meilleure? Où est, après tout, le principe de votre prétention? Dans l'utilité que vous retiriez de votre puits? Mais, puisque je suis propriétaire à votre égard, puisque j'ai les mêmes facultés que vous, et que vous n'avez pas sur moi un droit de servitude, ne puis-je pas aussi retirer de mon fonds une utilité pareille, et profiter de l'avantage naturel que j'ai d'avoir la source dans mon héritage? Cette source m'appartient plus qu'à vous, puisque vous ne pouvez l'avoir qu'à mon défaut; eh bien! je ne vous fais pas tort en me servant de ce qui est à moi; en vous privant de ce qui n'est pas à vous, j'use d'une faculté; je la prends au moment où elle m'est nécessaire. Vous n'avez pas prescrit contre elle : *Nemo actione ullâ cogi potest ut vicino prosit, sed ne noceat* (2).

116. Observez cependant qu'il y a certains travaux qu'on ne peut faire sur son fonds qu'en se conformant à des réglemens locaux, pour ne pas nuire à la propriété du voisin : l'article 674 du Code Napoléon les

(1) L. 24 § 12, D. de Damno infecto Ulpien. Junge Pomponius, l. 21, D. de Aquâ pluv. arcend. Dunod, p. 87.

(2) Paul, l. 2, § 5, de Aquâ et aquæ pluv. arcend.

énumère : par exemple, un propriétaire, quoiqu'ayant la faculté de fouiller son terrain, ne peut toutefois le faire qu'à une certaine distance du mur mitoyen appartenant ou non au voisin (1); la loi intervient ici pour forcer deux intérêts rivaux et également absolus, à composer, le bon voisinage le voulant ainsi.

117. Nous placerons encore dans le nombre des facultés contre lesquelles il n'y a pas de prescription celle de dessécher son héritage, ou de le préserver, par des travaux, des inondations d'un fleuve ou de la mer, quand même ce surcroît d'eau aurait donné au voisin les moyens de faire sur son fonds quelque établissement utile, pourvu qu'il n'eût pas opéré une prise d'eau conforme à l'article 642 du Code Napoléon; d'ouvrir des jours sur le fonds voisin, avec les précautions exigées par les articles 676 et suivans du Code Napoléon (2), et cela, quand même le voisin trouverait plus avantageux pour lui de ne pas voir le mur percé d'ouvertures qui lui donnent un aspect désagréable; de laisser chômer un moulin et de le faire travailler ensuite, etc., etc.

118. La faculté de se clore est du même genre (3); il a même été jugé, sous l'empire du Code rural du 6 octobre 1791, et en vertu des articles 4, 5, 7 de la section 4 de cette loi, qu'un propriétaire dont les terres ont été livrées à la vaine pâture, par suite d'une possession immémoriale, a le droit de se clore et de cultiver son héritage ainsi qu'il l'entend; car, dit l'article 4 précité, *le droit de clore ou déclore son héritage résulte essentiellement du droit de propriété, et ne peut être contesté à aucun propriétaire*; et l'article 6 : *Les droits de parcours et de vaine pâture ne peuvent, EN AUCUN CAS, empêcher le propriétaire de clore son héritage.*

(1) Junge Ulpien, l. 24, § 12, de Damno infecto. Voy. aussi Répert., v° Cloaque.

(2) M. Pardessus, p. 71.

(3) Art. 647, C. Nap.

En effet, la vaine pâture n'est que de tolérance, tant qu'elle n'est pas fondée sur des titres formels de concession (1).

Sous l'empire des anciennes coutumes, il y avait beaucoup de provinces où le même droit était suivi : nous y reviendrons, en commentant l'article 2232 du Code Napoléon.

119. Le droit de borner sa propriété touche de près celui de la clore (2); tous les auteurs le placent parmi les facultés proprement dites, et comme n'étant pas soumis à la prescription (3).

Cependant, ne peut-on pas dire, pour lui enlever ce caractère, que le droit qu'a un propriétaire de placer des bornes sur les confins de sa propriété ne se résout pas en un simple fait, comme les facultés véritables, et qu'il donne lieu à une action contre le propriétaire limitrophe (4)?

Quelque spécieuse que soit cette objection, il faut néanmoins persister à dire que le droit de se borner est une faculté. Le bornage, en effet, ne s'exerce que sur soi-même, et nullement sur autrui; il ne résulte pas d'une obligation, d'une servitude (5), d'une charge, dont on demande au voisin l'exécution; c'est, si je puis parler ainsi, un acte d'intérieur, c'est-à-dire un fait qui ne dépasse pas les limites de son chez soi. Si l'on met en cause le voisin, ce n'est que pour rendre l'opération contradictoire; c'est pour qu'il soit bien entendu qu'on ne prend rien sur son fonds, c'est pour lui demander la garantie qu'on ne cherche pas à s'agrandir à ses dépens : mais on n'a pas la préten-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 25 floréal an 15 (*Répert. de Merlin*, v° *Vaine pâture*, p. 444). *Voy.* aussi Cass. 11 avril 1845 (*Devill.*, 43, 1, 798).

(2) Art. 646, C. Nap.

(3) Dunod, p. 98. M. Vazeille, t. 1, n° 106, p. 116.

(4) *Suprà*, n° 112.

(5) On ne peut trop réprouver la confusion dans laquelle est tombé le législateur qui s'en occupe, au titre des *Servitudes*.

tion d'exiger de lui l'accomplissement d'un devoir. On le somme plutôt de venir veiller à ses droits. Du reste, faites abstraction pour un moment de ces ménagements, dictés par les lois d'un bon voisinage : qui empêchera un propriétaire de placer une borne à l'extrémité de son champ, quoiqu'il soit resté sans limites plus de cent ans? qui pourra critiquer l'exercice de ce droit, tant qu'il se renfermera dans les contenance que lui donnent ses titres, sa possession et celle du voisin? et, s'il demande ensuite à ce voisin de vérifier et de rectifier cette opération, quel intérêt ce dernier aura-t-il à s'y opposer? Cette vérification n'est-elle pas dans l'intérêt de tous? ne s'agit-il pas de protéger la propriété contre les dangers d'empiétement ou d'usurpation? Disons donc que le bornage ne sort pas des termes d'une faculté simple, et qu'il est imprescriptible.

Mais, quand il s'agit de faire plus qu'un abornement de propriétés connues, et qu'ignorant le lieu précis où les bornes doivent être plantées, il s'élève une question pétitoire qui peut engager le droit d'autrui, la prescription peut être invoquée, aussi bien que les titres, pour faire connaître la fin de l'héritage (1); ce n'est plus seulement une affaire de bornage, c'est encore une question de propriété et une action en revendication.

Il y a plus, lors même que des bornes ont été plantées antérieurement, on peut, par la prescription, acquérir au delà de l'espace qu'elles enferment; mais pour cela il faut que la possession ne contienne aucun vice. Quand nous commenterons l'article 2232 du Code Napoléon, nous examinerons à ce sujet une difficulté controversée entre les auteurs, et qui consiste à savoir si l'on peut prescrire le terrain nécessaire au tour de charrue.

(1) L. 3, 5, 6, C. *Finium regundor.* expliquées et conciliées. Dunod, 98. M. Vazeille, n° 106.

120. Le droit de sortir de l'indivision est aussi une faculté qui ne se prescrit pas (1). Si l'on objectait que le droit de partage se résout en une action, je répondrais par les raisons que j'ai déduites au numéro précédent, et qui sont parfaitement applicables.

121. Mais voici une espèce qui présente plus de difficulté. Elle s'est présentée devant la cour de Bordeaux; elle mérite d'être rappelée, parce qu'elle sera l'occasion de quelques réflexions importantes.

La loi du 15-28 mars 1790, en supprimant les droits féodaux, a attribué aux communes et aux particuliers propriétaires de halles le droit de se contraindre mutuellement à louer, acheter ou vendre lesdites halles. En conséquence, le maire de Saint-Savin fait signifier aux époux Meynard un acte tendant à les faire expliquer sur leur intention de vendre ou louer une halle qu'ils possédaient dans cette commune, et qu'ils louaient, les jours de foire, aux débitants et aux marchands. Des difficultés dont il est inutile de rendre compte s'élevèrent entre les parties; elles amenèrent un procès pour forcer les époux Meynard à vendre leur propriété. Ceux-ci opposèrent que la commune, n'ayant pas usé de son droit pendant trente ans, était censée y avoir renoncé; que la prescription était applicable, etc., etc.

On répondait que la loi de 1790 avait attribué aux communes une faculté légale qui, par sa nature, était imprescriptible: car, subordonnée aux besoins des communes, à des nécessités que les lois peuvent seules apprécier, elle peut demeurer oisive tant que ces besoins ne se manifestent pas.

Le tribunal de première instance rejeta, mais par d'autres motifs, le moyen de prescription. Il se fonda sur cette théorie, vicieuse de tous points, savoir, que les droits réciproques sont imprescriptibles.

(1) Brunemann, t. 2 p. 868, n° 7 et 12. M. Vazeille, t. 1, n° 107. Voy. l'art. 615, C. Nap.

Sur l'appel, la prescription fut encore écartée. Mais la cour de Bordeaux, présidée par l'un de nos plus profonds jurisconsultes, le savant M. Ravez, se garda bien de tomber dans l'erreur palpable des premiers jugés; et, s'attachant au système plus plausible de la commune, elle décida qu'il s'agissait d'une simple faculté non prescriptible d'après le droit commun. Voici le considérant de son arrêt, en date du 30 avril 1830 (1):

« Attendu que le droit attribué aux communes et » aux propriétaires de halles de se contraindre mutuel- » lement à les louer, ou vendre et acheter, *était pure-* » *ment facultatif*; que les droits de pure faculté sont » imprescriptibles tant qu'ils n'ont pas été contredits. »

Malgré l'autorité dont les opinions de M. Ravez sont si justement environnées, j'avoue que j'ai des doutes sur la légitimité de celle-ci, et je crois pouvoir soutenir que l'on ne peut mettre dans la classe des droits purement facultatifs celui que la loi de 1790 a attribué aux communes.

Lorsque j'ai essayé de déterminer le caractère des droits facultatifs, j'ai montré que l'un des traits les plus remarquables de leur physionomie, c'est qu'ils se traduisent en un pur fait, et jamais en une action ayant pour objet de demander contre la personne ou la propriété d'autrui l'exécution d'une obligation ou d'une charge quelconque (2). On a vu qu'à vrai dire les facultés de se borner ou de sortir d'indivision ne sont pas des exceptions à cette règle invariable (3). Je renvoie à ces explications et à ces principes, dont on ne saurait s'écarter sous peine de s'égarer.

Mais qui ne voit que l'espèce jugée par la cour de Bordeaux ouvre un horizon tout nouveau et un ordre de faits tout différent? Quel est le droit attribué à la

(1) Dalloz, 30, 2, 227.

(2) *Suprà*, n° 112.

(3) *Suprà*, n° 119 et 120.

commune? C'est de dépouiller un tiers de sa propriété, moyennant indemnité, ou de le forcer à la louer. Or, pour que ce droit se réalise, il faut qu'il se dirige contre ce tiers, et qu'il le contraigne, par une action coercitive, à abandonner son droit plein et entier sur sa chose. Ce n'est plus un de ces droits qui se manifestent par un pur fait, et qui précèdent l'obligation d'un tiers; droit qu'on est toujours maître d'exercer, parce que, n'atteignant que la personne elle-même, et n'agissant que dans le cercle de ce qu'elle possède, de ce qui lui appartient, de ce qu'elle tient sous sa main, un étranger n'est jamais fondé à se plaindre de son usage: ici, au contraire, le demandeur doit sortir du cercle de sa personnalité pure ou de sa propriété actuelle; il faut qu'il saisisse la chose d'un tiers pour la grever, ou même pour la lui enlever. Or, je dis qu'il y a là plus qu'une faculté. Nous n'avons pas de faculté sur les autres; car la faculté n'opère que sur le moi; elle n'agit que sur soi-même ou sur sa propre chose. Contre des tiers nous n'avons que des droits formés et précisés, qui ont pour sanction des actions civiles; et ces actions n'ont vie que pendant trente ans par le droit commun, à moins qu'un intérêt public ne les rende imprescriptibles. Voilà quelle me paraît être la vérité.

Dira-t-on que les droits qui émanent directement de la loi sont des facultés imprescriptibles? Ce serait une erreur. Il y a une foule de droits que la loi attribue à un citoyen, et qui tombent néanmoins dans le domaine de la prescription. Par exemple, le retrait accordé aux ascendants, en vertu de l'art. 747 du Code Napoléon, découle de la loi, et cependant il peut se prescrire comme tous les droits successifs quelconques. On pourrait citer d'autres exemples. La raison en est que ce qui fait qu'un droit est facultatif, ce n'est pas seulement son origine, c'est encore sa nature. Or, quand on a le droit d'évincer un tiers, et qu'au contraire on le laisse jouir sans trouble pendant trente ans; quand on a le droit de venir chez lui exercer une servitude,

et qu'on lui permet de posséder sa propriété libre pendant trente ans, la possession de ce tiers est quelque chose de réel qui purge le droit d'autrui; elle exclut toute idée de faculté.

122. C'est avec plus de raison qu'on a dit que le droit de laisser couler naturellement son eau sur le fonds inférieur est une pure faculté. En effet, cet écoulement s'opère par un seul fait; il est la conséquence perpétuelle et forcée de la situation des lieux. On pourrait même soutenir que c'est à tort que le Code Napoléon a classé parmi les servitudes l'obligation du voisin de recevoir les eaux livrées à leur cours naturel. C'est à peu près comme s'il eût appelé de ce nom l'obligation de souffrir un orage, de subir les intempéries des saisons et les cas de force majeure. Là où il n'y a pas le fait de l'homme, on ne saurait voir le principe d'une action sujette à prescription.

On ne pourrait pas même excepter le cas où, depuis plus de trente ans, le propriétaire retenant les eaux pour les utiliser, ne leur aurait pas laissé d'issue sur le fonds inférieur. Le voisin ne serait pas plus fondé à se plaindre que d'une tempête qui viendrait ravager son héritage. Les eaux doivent avoir un cours; tant qu'il est naturel, il n'y a rien à objecter. On ne prescrit pas contre les effets la nature (1).

123. Jusqu'ici nous nous sommes occupé de facultés provenant de la nature ou de la loi; nous avons vu, soit par le raisonnement, soit par l'autorité de la jurisprudence, qu'elles sont à l'abri de la prescription.

Mais en est-il de même des facultés que l'homme se crée et se réserve par contrat? Ces facultés accidentelles et purement conventionnelles peuvent-elles s'exercer indéfiniment, ou bien tombent-elles sous le coup de la prescription?

(1) L. §§ 1 et 3, D. de Aquâ et aquæ pluv. arcend. Cæpolla, tr. 2, ch. 4, n° 71. M. Pardessus, *Servitudes*, n° 82, p. 114.

Quoique les idées soient aujourd'hui fixées sur cette question, nous ne pouvons nous empêcher de dire que, dans l'origine, elle a fait l'objet de vives controverses parmi ceux qui ont frayé les routes de la science. C'est à l'occasion de la faculté de rachat stipulée à perpétuité que le champ de bataille s'est ouvert entre les docteurs. *Ingens pugna et acerrima dimicatio scholasticorum auctorum*, dit d'Argentrée (1).

Mais ces discussions ne peuvent s'expliquer que par la vague qui régnait encore dans les esprits sur la nature des droits facultatifs.

Qu'est-ce qu'une faculté qu'un individu se crée à lui-même sur un tiers? C'est un droit qui assujettit la personne de ce tiers. Il prend son point d'appui dans le contrat générateur de l'obligation : il est dominé par lui, et il se résout en une action pour forcer l'obligé à tenir sa promesse. Or, toutes les actions sont prescriptibles : passé trente ans, elles sont éteintes. On voit qu'entre les facultés conventionnelles et celles qui sont vraiment des facultés imprescriptibles, il y a une énorme et profonde différence. Celles-ci, nous ne saurions trop le répéter, se résolvent en simples faits (2); elles s'exercent par l'homme sur lui-même ou sur sa propre chose. Celles-là, au contraire, ne s'exercent que sur ce qu'on n'a pas, et voilà pourquoi une action est nécessaire pour leur donner main-forte. Elles viennent donc échouer contre la prescription (3).

D'ailleurs, conçoit-on que l'homme puisse aller plus loin que la loi, et se créer, de sa propre puissance, des droits imprescriptibles, lorsque la loi ne veut pas qu'on renonce d'avance à la prescription?

124. Ceci posé, il ne sera pas difficile de résoudre les questions suivantes :

(1) Sur Bretagne, art. 266, ch. 8, n° 1. On peut voir la liste des combattants dans son ouvrage, *loc. cit.*

(2) *Suprà*, n° 112.

(3) Dunod, p. 90. Pothier, *Vente*, n° 591. Henrys, t. 2, p. 523. M. Pardessus, *Servitudes*, p. 72.

Jean Puy de Montbrison avait vendu, par acte du 18 août 1560, à Dalmais, la seigneurie de Chazelles, avec stipulation que, dans le cas où ledit Dalmais viendrait à vendre cette propriété, Jean Puy ou les siens auraient préférence et pourraient la retirer en payant le prix de 1800 livres.

Après le décès de Dalmais, un créancier de sa succession fit saisir la seigneurie de Chazelles. Jean Puy fit opposition à fin de distraction. Mais, le sieur Dalmais fils ayant fait cesser les causes de la saisie, les choses en restèrent là, attendu qu'il n'y avait pas eu de vente volontaire ni forcée, et que par conséquent le droit de retrait n'était pas ouvert.

En 1624, Dalmais fils n'ayant pu satisfaire à des obligations dont il était grevé, la seigneurie de Chazelles fut encore une fois saisie. Puy intervint de nouveau, pour profiter de la faculté que le contrat originaire lui réservait.

Un débat sérieux s'engagea sur ce point devant le parlement de Paris.

Les créanciers opposaient qu'y ayant plus de soixante ans que le contrat de vente avait réservé la faculté de retrait à Jean Puy, celui-ci n'était plus recevable à s'en prévaloir. Il n'y aurait jamais rien d'assuré, disaient-ils, s'il était loisible de rentrer dans un héritage après un si long espace de temps et d'en rendre le retrait perpétuel.

Jean Puy répondait en s'appuyant de la loi *Si creditor. § Final. D. de Distractione pignorum*, qui autorise expressément le pacte contenu dans le contrat de 1560 (1). « Il ne faut pas confondre, disait-il, la faculté que ce contrat me réserve avec la simple faculté de rachat. Celle-ci dépend du vendeur; il peut toujours s'en servir; rien ne l'empêche d'agir. De là la nécessité qu'il n'ait qu'un temps limité pour opérer

(1) *Voy.* Fachin, *Cont.*, liv. 12, ch. 28. Argument de ce que je dis dans mon *Comm. sur la Vente*, t. 2, n° 705.

le retrait et qu'il soit exclu après trente ans (c'était alors le terme de la prescription en cette matière). Mais, en l'espèce du procès, il ne dépendait pas du vendeur de retirer la terre vendue; il ne s'était réservé cette faculté qu'en cas que l'acquéreur vint à la revendre; il ne pouvait donc s'en servir qu'en cas qu'elle fût vendue, et il répugne qu'il pût agir avant la condition arrivée. Ainsi, le temps n'a pu courir tant et si longuement que la terre était demeurée au profit de l'acquéreur et de ses successeurs; et, quand il faudrait réduire la faculté à trente ans, on serait toujours dans les termes de cette règle vulgaire : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio*.

On voit que la question n'était pas de savoir si la faculté de retrait était prescriptible; on convenait de part et d'autre qu'elle l'était, parce que, provenant d'un contrat et s'attachant à la personne d'un tiers, elle se résolvait en action soumise au droit commun. Mais toute la difficulté consistait à savoir à partir de quelle époque cette prescription avait commencé à courir. Était-ce à compter du contrat? était-ce à compter de l'événement de la condition? L'arrêt en date du 16 juillet 1644 débouta Jean Puy de son opposition; mais ce fut, suivant Henrys et Bretonnier (1), par des circonstances particulières, inutiles à énoncer ici. Nous reviendrons sur ce point de droit en commentant l'article 2257, qui veut que la prescription ne commence à courir que dès l'instant où la condition est arrivée (2). Mais, quant à présent, nous avons cité cette espèce pour montrer par un exemple significatif que les facultés conventionnelles sont tout à fait prescriptibles.

125. La cour de Limoges a appliqué cette règle dans l'espèce suivante :

En 1756, Villejoubert et la dame Papon vendent à

(1) T. 2, p. 525, liv. 4, ch. 6, quest. 77.

(2) *Infrà*, nos 787 et suiv., et n° 790.

Lagorce une grange, et de plus le droit de construire deux fours sur un emplacement limitrophe.

En 1810, les héritiers des vendeurs élevèrent des constructions sur ce terrain; bientôt les représentants de Lagorce s'y opposèrent; ils soutinrent qu'aucune prescription n'avait pu courir contre eux. Mais, par arrêt du 22 mars 1811, la cour de Limoges décida que la faculté de bâtir sur le terrain d'autrui, procédant d'une convention, était soumise à la prescription ordinaire (1).

126. Autant cette décision est légale, autant il faut s'étonner de l'arrêt que je vais citer, et qui est émané de la cour de Bruxelles, à la date du 30 novembre 1809 (2).

En 1771, une rente avait été constituée au denier vingt-cinq, sous la condition expresse qu'après six ans, à dater du contrat, le créancier pourrait l'exiger sur le pied du denier vingt. Ce ne fut qu'en 1808 que Delafaille, créancier de la rente, somma le sieur Leemans, débiteur, de la payer à l'avenir au taux de cinq pour cent. A cette époque, il s'était écoulé plus de trente ans à compter des six ans de grâce réservés au débiteur, sans que le créancier eût profité de son droit. Leemans se prévalut de la prescription pour résister à cette prétention. Mais la cour considéra que, le contrat n'étant pas prescrit et ayant même été exécuté par le débiteur, cette exécution constante reportait les parties au moment où la convention avait été passée; elle décida en conséquence que le créancier n'avait pas laissé perdre son droit. Mais c'était là une erreur visible. Le contrat subsistait sans doute; mais c'était dans la partie exécutée. Quant à la faculté réservée au créancier, et dont il n'avait pas usé pendant trente ans, faculté accessoire et qui pouvait tout à fait

(1) Dalloz, *Prescript.*, p. 246. *Palais*, t. 12, p. 260. M. Vazeille, t. 1, p. 119.

(2) Dalloz, *loc. cit.*