

se détacher de la convention principale sans ébranler celle-ci, il est bien clair que le silence gardé pendant trente ans par ce créancier équivalait à une remise de la clause aggravante.

Ceci s'autorise de la doctrine de Pothier, qui remarque très-justement que, lorsque la faculté procède d'une clause accidentelle d'un contrat, et qu'elle ne nous appartiendrait pas sans une convention particulière, une telle faculté est un droit prescriptible (1).

127. L'on se tromperait beaucoup si l'on considérait comme une confirmation de la doctrine consacrée par cet arrêt une autre décision rendue par la même cour à la date du 10 septembre 1812 (2).

En 1777, Merck s'oblige à payer à Devos une rente perpétuelle. Dans le contrat, Merck promet, *en tout temps, y étant requis, de rembourser ou d'hypothéquer les susdites rentes sur double hypothèque.*

Les arrérages sont exactement servis pendant trente ans; mais, à l'expiration de ce temps, Devos demande le remboursement ou une hypothèque. Merck répond que, faute d'avoir exercé dans les trente ans les droits qu'il s'était réservés, le créancier les avait laissés prescrire.

Mais le tribunal d'Oudenarde rejeta la prescription, par ce motif qu'il est nécessaire de peser avec attention, parce qu'il marque la nuance tranchée qui existe entre cette espèce et la précédente, « attendu que l'obligation de rembourser ou de donner hypothèque est » *dans la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin de la stipuler*, notamment d'après la jurisprudence suivie dans le lieu où le contrat a été passé; que *la clause fait ici partie inhérente et indivisible du contrat*, et qu'elle ne saurait être prescrite, à moins que le titre entier ne fût prescrit; qu'en payant les

(1) Vente, n° 392. *Infrà*, n° 129.

(2) C'est cependant ce que fait M. Dalloz, v° *Prescript.*, p. 246, n° 3.

» arrérages, les débiteurs ont conservé l'acte dans » leur intégrité. »

Sur l'appel, ce jugement fut confirmé avec raison par la cour de Bruxelles.

On voit que rien n'était moins identique que les deux espèces. Ici, c'est un droit inhérent à l'obligation principale, accessoire indivisible qui la suit partout et subsiste autant qu'elle pour lui servir de garantie (1); là, au contraire, c'est une clause ayant une existence à part et constituant un droit séparé: il n'y a donc rien à conclure d'un arrêt à l'autre.

128. La jurisprudence nous offre encore d'autres exemples de la prescriptibilité de la faculté conventionnelle.

Les habitants de Vandelans avaient passé avec leur seigneur un traité, et les parties s'étaient réservé la faculté perpétuelle de le résilier; mais, par arrêt du 26 janvier 1725, il fut jugé qu'après trente ans le droit de résiliation était prescrit (2).

De même, celui qui a promis de payer *à la volonté du créancier, toujours et toutes et quantes fois*, ne se prive pas par là du bénéfice de la prescription ordinaire, et il est sous-entendu que le paiement s'effectuera si cette volonté du créancier se manifeste dans le délai accordé par la loi pour la durée ordinaire des actions (3).

129. Mais, comme il n'y a pas de règle sans exception, le principe que les facultés conventionnelles sont prescriptibles comporte quelques limitations que nous ne devons pas passer sous silence.

La première, qu'on a déjà pressentie, a lieu lorsqu'il s'agit d'une faculté qui procède de la nature et de l'essence du contrat, tellement que, tant que le contrat subsiste, il maintient, par sa propre vertu,

(1) Ceci rentre dans la théorie exposée au n° 129.

(2) Dunod, p. 91.

(3) Maynard, liv. 4, quest. 55, p. 290.

cette faculté, qui est l'un de ses éléments (1). Nous en avons vu un exemple au numéro 127. On peut ajouter celui des rentes perpétuelles, qui sont essentiellement rachetables (2); d'où il suit que, quand même le débiteur aurait payé les rentes pendant trente, quarante, cinquante ans, il serait toujours reçu à offrir le remboursement (3). Enfin, nous verrons, sous l'art. 2236, qu'il en est de même d'un immeuble donné en nantissement, lequel est toujours susceptible d'être dégagé, quand même il serait resté plus de trente ans dans les mains du créancier (4). Mais on doit décider tout le contraire quand la faculté procède d'une clause accidentelle du contrat (5).

130. La seconde limitation a lieu lorsque la faculté gît dans le choix de moyens alternatifs de payer une dette annuelle. Le paiement continué pendant trente ans d'une des choses dues alternativement n'empêche pas, au bout de ce temps, d'opter pour l'autre.

Ceci s'expliquera par deux exemples.

La demoiselle Boitouset avait chargé son héritier de payer annuellement 200 liv., pour être employées à vêtir certain nombre de pauvres et leur faire apprendre des métiers, *jusqu'à ce qu'on trouvât des héritages de la valeur de 4,000 liv., pour placer le capital de cette fondation*. Plus de cent ans après, le marquis d'Ormenans, qui représentait cet héritier, offrit aux officiers municipaux de Quingrey des héritages de 4,000 liv., pour s'acquitter de la rente de 200 liv. L'offre fut refusée, sous prétexte du long temps qui s'était écoulé, de la grande augmentation du prix des héritages depuis la fondation faite; augmentation telle, que des fonds de la valeur de 4,000 liv. ne produi-

(1) Pothier, *Vente*, n° 392.

(2) Art. 1911, C. Nap.

(3) Pothier, *loc. cit.* Dunod, p. 91, *in fine*, et p. 93.

(4) Pothier, *loc. cit.*, et Dunod, p. 92.

(5) Par exemple, pacte de rachat. *Junge* l'exemple rapporté au n° 126, et Pothier, *loc. cit.*

raient pas un revenu suffisant pour remplir les pieuses intentions de la fondatrice.

Mais, par arrêt du parlement de Besançon du 28 janvier 1726, l'offre de d'Ormenans fut admise. « On » pensa, dit Dunod (1), que la faculté de payer est » une faculté de fait que le débiteur exerce par voie » d'exception et qui ne se prescrit pas; que l'exception » dure autant que l'action; que, tant qu'on pouvait » demander la prestation, l'héritier était en droit de » l'éteindre de la manière déterminée par la fonda- » tion; que, l'action et l'exception dérivant du même » titre, elles se conservaient mutuellement. »

Je trouve la même règle consacrée plus anciennement par un arrêt du parlement de Toulouse rapporté par Maynard (2). Comme il est peu connu, je crois qu'on me saura gré de le rappeler avec ses principales circonstances.

Le 13 janvier 1473, Ganteilhes, notaire, donne en arrentement à Antoine Latgies une métairie, pour la rente de douze septiers de blé et une mine de noix, avec pacte qu'en payant à sa volonté (*toties quoties*) la somme de six-vingts écus audit Ganteilhes, la rente serait amortie, et la métairie demeurerait à Latgies franche et quitte de cette rente. En 1507 et 1508, les héritiers Ganteilhes vendent la métairie en question aux prêtres obituaires de Lavaur; mais en 1571, c'est-à-dire quatre-vingt-dix-huit ans après le contrat de constitution, les héritiers Latgies offrent de racheter la rente, moyennant la somme de six-vingts écus, voulant ainsi conserver la propriété pleine et entière de la métairie. Le syndic de la communauté des prêtres obituaires s'y oppose, prétendant que la rente est purement foncière, qu'elle est par conséquent irrachetable de sa nature (3), et que la faculté

(1) P. 91.

(2) T. 1, liv. 4, ch. 53, p. 289.

(3) Voy. *le Traité des rentes foncières*, par MM. Foelix et Henrion, p. 4 et 8. Pothier, n° 23.

de l'amortir, descendant d'un pacte accidentel au contrat de bail à rente (1), était plus que prescrite par le laps de cent ans écoulés depuis ledit contrat. C'est ce système qui fut adopté par le juge ordinaire de Lavaur. Mais, sur l'appel, le sénéchal de Toulouse en ayant pensé autrement, la cause fut portée au parlement. Maynard nous a conservé les moyens respectifs des parties. Le rapporteur, M. Trelon, magistrat du temps fort distingué, inclinait vers l'opinion que la faculté était prescrite, et que *le sénéchal s'était fourvoyé des termes de droit*; mais d'autres estimèrent que le contrat était emphyteuticair, et que le pacte de rachat de la rente n'avait rien *altéré, transformé ni déformé* à la convention; qu'il n'allait pas *contre les substantiaux*, c'est-à-dire contre la nature du contrat. Or, ajoutaient-ils, il n'y a nul fondement à dire que le pacte a été prescrit par cent ans; car ce qui est temporel en demandant est perpétuel en défendant. A plus forte raison, ce qui est perpétuel en demandant le sera beaucoup plus en défendant. Le contrat d'emphytéose ayant donc été perpétuel pour agir et demander, la faculté d'amortissement contenue en lui le sera à plus forte raison pour éteindre la rente. *Il ne peut y avoir de prescription en la faculté qui est jointe à l'exception*, d'autant que la prescription tend à anéantir l'action et à soutenir l'exception. Enfin, disaient-ils, les héritiers Latgies avaient, chaque année, l'option de payer la rente ou de se racheter du tout. Or, chaque paiement leur retenait la faculté de choisir, et la *conservation d'une des deux extrémités alternées et dépendantes l'une de l'autre* les conservait toutes deux. Sur ces raisons, et après partage, la cour, par arrêt du 26 février 1586, rendu toutes les chambres assemblées, réserva aux héritiers Latgies la faculté d'amortir la rente.

Ainsi, il fut jugé que le paiement d'une seule des

(1) *Suprà*, n° 123 et suiv.

deux choses alternativement dues au choix du débiteur, quoique continué pendant cent ans, n'avait pas privé ce débiteur de la faculté d'opter au bout de ce temps. Maynard rapporte un autre arrêt du même parlement, en date du 15 avril 1589, qui confirme cette jurisprudence : je la crois fondée en droit et en raison. Les deux membres d'une alternative sont liés l'un à l'autre, et le débiteur a la faculté de faire son choix entre eux. Or, tous les ans, lorsqu'il paye la rente, il fait ce choix (1), il le réitère, il use du contrat et de la faculté qu'il lui réserve. Comment donc peut-on soutenir qu'il a laissé prescrire sa faculté? On ne perd son droit par prescription qu'autant qu'on n'en a pas usé. Ici, au contraire, le débiteur fait tous les ans acte d'élection; tous les ans il opte, tous les ans il préfère une chose à l'autre : il n'a pas pu payer une seule fois sans opter entre l'un des deux membres de l'alternative. Il faut donc qu'il reste dans l'état où le contrat l'a mis, et qu'il conserve jusqu'au bout l'usage d'une faculté qu'il n'a cessé de mettre en pratique.

151. La troisième exception a lieu lorsque la faculté a été créée par la convention à perpétuité et pour l'intérêt d'une communauté d'habitants. Dans ce cas, quoiqu'elle provienne d'un contrat, elle est imprescriptible entre les membres de cette communauté; car elle constitue un de ces avantages communs que la seule qualité d'habitant attribue à chaque domicilié, et l'on rentre dans les principes que nous avons exposés au numéro 112.

C'est ce qu'a jugé la cour de cassation, par arrêt du 16 mai 1826 (2).

Par des chartes de 1377 et 1400, le roi d'Aragon, possesseur du Roussillon, s'obligea à ouvrir dans la rivière de la Tet un canal conduisant de l'eau dans

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 247.

(2) Dall., 26, 1, 305.

les fossés de la ville de Perpignan, en passant par Thuir. Ce canal, appelé le ruisseau de Thuir, fournissait de l'eau aux habitants de cette communauté, pour l'irrigation de leurs héritages et pour faire aller les moulins banaux.

Cette faculté, attribuée aux habitants de Thuir, fut ratifiée par acte subséquent du 28 juin 1427.

Quelques-uns de ces habitants cessèrent de jouir pendant cinq siècles; au bout de ce temps, ceux qui les représentaient s'appuyèrent sur le droit communal pour participer au bénéfice des chartes du roi d'Aragon. Mais ils trouvèrent de la résistance de la part des propriétaires de moulins et de jardins qui n'avaient jamais cessé d'utiliser les eaux.

Cette résistance, d'abord sanctionnée par le tribunal de première instance, fut condamnée par arrêt de la cour de Montpellier du 21 août 1824; et, sur le pourvoi en cassation, la section des requêtes consacra pleinement le système de la cour impériale. Rien n'était plus juste en effet. D'une part, la jouissance de certains habitants de la commune, comme habitants, avait maintenu le droit de la commune elle-même. Or, ce droit subsistant, il devait profiter à tous les habitants sans exception; sans quoi, ce ne serait plus un droit communal; il n'aurait plus le vrai caractère qui lui appartient, et il arriverait que des individus qui auraient joui en qualité d'habitants de la commune, et pas à un autre titre, trouveraient dans cette possession le principe d'une éviction pour la commune. Une telle prétention résiste à tous les principes. Les articles 2231, 2232 et 2240 du Code Napoléon la condamnent formellement.

On peut appliquer la même décision aux droits d'usage et autres dont les habitants d'une commune sont investis. Entre eux, il ne saurait y avoir de prescription pour dépouiller les uns au bénéfice des autres; l'égalité entre habitants ne doit pas être rompue.

132. 3° On ne prescrit pas contre les bonnes mœurs ni contre les matières qui tiennent à l'ordre public.

L'empire des bonnes mœurs est au-dessus des atteintes de l'homme et de l'influence du temps. Il est vrai que, si un fait a été commis en contravention aux lois qui les protègent, la prescription peut mettre le coupable à l'abri de la peine ou des dommages-intérêts qui pourraient être réclamés contre lui. On admettait aussi dans l'ancienne jurisprudence cette règle d'humanité; mais il y avait quelques crimes particuliers qui n'étaient jamais couverts par la prescription: tels étaient les crimes de duel (1), de lèse-majesté (2), de simonie (3). Aujourd'hui nous ne reconnaissons plus de crimes imprescriptibles. Mais le pardon que la loi accorde à la faute après un certain temps n'est pas un droit acquis à recommencer. C'est en ce sens que les bonnes mœurs ne peuvent perdre, par le fait de l'homme, quelque réitéré qu'il soit, leur puissance tutélaire. Si le passé est amnistié, la morale publique conserve toujours son empire pour l'avenir; elle est inébranlable. De là la maxime des docteurs: *Quæ pacto fieri non possunt non admittunt præscriptionem, quia præscriptio fundatur sub tacito consensu, qui ex lapsu temporis præscribitur* (4).

Ainsi, celui qui aurait souscrit un engagement pour voler ne serait tenu par aucune prescription à exécuter ce criminel contrat. En aucun temps on ne pourrait le lui opposer.

Ainsi encore, celui qui aurait stipulé des intérêts usuraires n'acquerrait pas, quand même il les aurait perçus pendant trente ans, le droit de forcer son débiteur à lui servir cette prestation défendue par les lois. Ce dernier pourra même le contraindre à lui res-

(1) Art. 35, ord. de 1679.

(2) Catelan, liv. 7, ch. 1. Albert, v° *Prescript.*, Ferrières, sur Paris, t. 6, § 3, n° 16.

(3) Ferrières, *loc. cit.*, n° 14.

(4) *Voy.* Dunod, p. 72.

tituer l'excédant d'intérêt qu'il a perçu pendant vingt-neuf ans. Mais il faut y faire attention, la restitution ne remontera pas plus haut. La raison en est que l'action pour répéter ce qui a été indument payé, ne dure que trente ans. On peut consulter sur ce point un jugement du tribunal d'Auxerre, confirmé par arrêt de la cour de Paris du 2 mai 1823 (1). Demandera-t-on comment il se fait que ce qui n'a été perçu que par suite d'un délit ne doit pas être restitué lorsque le délit se montre flagrant? La raison en est d'abord que l'action pour un délit est prescriptible comme toutes les autres : ce qui a été introduit par humanité ; car le législateur ne doit pas être plus inflexible que Dieu même, dont la justice se concilie avec le pardon. Ensuite, celui qui, ayant livré quelque chose en vertu d'une cause déshonnête, ne réclame pas pendant trente ans, est censé en faire don ou remise. Mais quand la chose n'a pas été payée, et que le prétendu créancier s'appuie sur un titre contraire aux bonnes mœurs pour obtenir payement, le vice radical du contrat s'oppose perpétuellement à son exécution. « La nullité, dit Dunod (2), qui résulte » d'un acte qui comporte quelque délit ou quelque » turpitude, est absolue, parce que la loi résiste continuellement, et par elle-même, à l'acte qu'elle défend ; elle le réduit à un pur fait qui ne peut être ni » confirmé ni autorisé, et qui ne produit aucun droit, » aucune action, aucune exception. » Ici l'on ne pourrait appliquer l'art. 1304 du Code Nap., ni l'art. 2262 du même Code ; car il n'y a pas de prescription contre les bonnes mœurs. *Nulla præscriptio currit*, dit Dumoulin, *etiam plus quam longissimi temporis. Ratio prompta est ; quia quanto magis illicitum fœdus continuatur, tantum peccatum gravius est, ET SIC NUNQUAM PURGATUR* (3).

(1) Dall., 24, 2, 7. *Junge* M. Vazeille, t. 1, n° 112.

(2) P. 47.

(3) Voy. là-dessus Ferrières, sur Paris, de la Prescription,

Quant aux matières qui tiennent à l'ordre public, il n'est pas moins certain qu'elles sont affranchies de la prescription ; car le fait des particuliers et les renonciations privées ne peuvent déroger à ce qui a été établi pour l'intérêt de la société.

C'est pourquoi l'état des hommes, qui est une dépendance des lois d'ordre public, est inébranlable. Les conventions les plus solennelles, de même que le temps le plus long, seraient inefficaces pour altérer les rapports de famille et l'existence civile d'un individu.

Par exemple, lorsqu'un enfant est privé de son état, il conserve toujours, malgré le plus long silence, une action pour le réclamer (1). On ne prescrit pas contre la qualité de père, d'enfant, d'époux, dûment et légalement constatée. Une femme, quoique séparée de son mari pendant trente ans, n'acquiert pas le droit de vivre éloignée du domicile conjugal et affranchie de l'autorité de son mari (2). Un étranger ne peut jamais devoir qu'à un acte de naturalisation émané de l'autorité publique le titre de Français (3). Un individu condamné à une peine entraînant la mort civile ne peut, après avoir prescrit contre sa peine, réclamer la participation aux droits civils dont il a été privé. Retranché de la société, il ne saurait s'y incorporer de nouveau par la simple prescription ; car le laps de temps a bien pu le libérer de sa peine, mais non lui faire acquérir des droits civils, attendu que les droits civils ne sont pas dans le commerce, et ne peuvent

§ 3, n° 15. Il cite plusieurs auteurs conformes. Grimaudet, d'Argentrée, Louet, lettre A, § 15, et lettre T, § 6, Boniface, t. 1, p. 1, liv. 8, ch. 8, t. 2, et différens arrêts qui ont décidé que le laps de temps ne confirmait pas le titre pour *continuation des usures*.

(1) Art. 328 du C. Nap.

(2) Dunod, p. 72 et 73.

(3) Décret du 17 mars 1809. *Répert.* de M. Merlin, v° Naturalisation. Décret du 19 février 1808.

s'obtenir que par l'intervention de la puissance publique (1).

153. Ce serait cependant une erreur de croire que la prescription ne peut exercer aucune influence quelconque sur l'état civil des individus.

L'action en désaveu est limitée par l'art. 316 du Code Napoléon à un temps très-court, et, si le père ne l'exerce pas dans ce délai, l'enfant est réputé légitime, bien que souvent cette qualité ne soit qu'une fiction. Ici la loi trouvait sous sa main une présomption favorable et utile à la société : *Is pater est quem nuptiæ demonstrant*; elle n'a consenti à l'ébranler qu'à regret, et lorsque la vérité apparaît prompte et flagrante pour la démentir. Mais si les réclamations sont trop lentes à se montrer, la loi, qui ne veut pas que l'état des hommes reste en suspens, s'arme de déchéances; elle fait prévaloir la présomption, parce que la société est plus intéressée à ce qu'il y ait des enfants légitimes que des bâtards.

Les art. 329 et 330 du Code Napoléon nous offrent encore un autre exemple à l'appui de notre limitation. Si la recherche de l'état d'enfant n'est pas prescriptible à l'égard de l'enfant, elle le devient quand il n'existe plus. C'est qu'alors elle n'intéresse que ses héritiers, et que, sous couleur d'une question d'état, elle ne cache désormais qu'un intérêt purement appréciable en argent.

Enfin la possession d'état est dans certains cas pour l'enfant un moyen de repousser les attaques contre sa légitimité (art. 197 du Code Napoléon).

De plus, pour consolider les mariages, qui sont pour l'Etat une pépinière qui entretient sa vigueur et sa durée, il existe des fins de non-recevoir et des prescriptions abrégées, dont le but est de couper court aux demandes en nullité fondées sur l'erreur (2), sur le

(1) Art. 32 du C. Nap. Richer, *Mort civile*, p. 545.

(2) Art. 181.

défaut de consentement des père et mère (1), sur le défaut d'âge (2), etc.; et, par là, de purger la qualité d'époux de certains vices de nature à la détruire absolument (3).

154. 4° On ne prescrit pas contre les lois de police générale, soit que ces lois aient pour objet la sûreté ou la salubrité publique, soit qu'elles ne concernent que l'ornement et l'embellissement d'une cité.

*Præscriptio longi temporis* (disent les empereurs Gratien, Valens et Théodose) *juri publico non debet obistere; sed nec rescripta quidem: atque ideò diruenda sunt omnia quæ per diversas urbes, vel in foro, vel in publico quodam loco, contra ornatum et commodum ac decoram faciem civitatis extracta nascuntur* (4).

C'est sur ce fondement que les propriétaires sont obligés de bâtir ou de réformer leurs maisons suivant les plans donnés ou approuvés par les magistrats qui exercent la police (5). La prescription ne saurait les affranchir de cette obligation.

De même, l'individu qui établirait sur une rivière flottable et navigable une digue de nature à rendre la navigation dangereuse, ne trouverait pas dans sa longue possession un refuge contre l'action de ceux qui éprouveraient par son fait des avaries et des dommages; ni même contre le droit de l'administration de faire supprimer ces ouvrages nuisibles. D'Olive rapporte, à ce sujet, l'espèce suivante: Gibrac, bate-

(1) Art. 183.

(2) Art. 185.

(3) On discutait beaucoup autrefois la question de savoir si la noblesse peut se prescrire (*Répert., Noblesse*, § 6). Cette question n'ayant plus d'intérêt aujourd'hui, je me bornerai à dire, avec Loyseau (*des Ordres*, ch. 5), que la possession immémoriale faisait supposer ou présumer la noblesse; mais qu'elle la faisait si peu acquérir, que, si on représentait un titre constatant le contraire, l'état de roture reprenait le dessus. En effet, la noblesse était d'ordre public, et partant imprescriptible.

(4) L. 6, C. de *Operib. publicis*.

(5) Dunod, p. 71.

lier de Montauban, avait perdu son bateau chargé de marchandises, en passant le passelis du moulin de la Valade, au-dessus duquel était celui du sieur de Saint-Albère. Gibrac prétendit qu'à l'écluse du moulin de Saint-Albère il y avait une rupture, et que l'eau qui en sortait poussait les bateaux avec une telle impétuosité, qu'ils étaient emportés contre une pile du passelis, où ils venaient se briser et faire naufrage. La preuve de cet état de choses ayant été établie, Saint-Albère fut condamné par la chambre de l'Edit de Castres, par arrêt du 20 novembre 1613, en 50 liv. envers le syndic de la navigation, 450 liv. envers Gibrac, pour la valeur de son bateau, et 500 liv. pour la valeur des marchandises (1). Cette décision est d'une justice évidente; le droit de moulin n'autorise pas à user des eaux d'une manière nuisible, et à entraver la navigation par des entreprises contraires à une bonne police (2).

155. Nous trouvons, dans les lois relatives à la police des eaux, d'autres applications de notre principe. Par exemple, quoique les eaux d'un ruisseau appartiennent à un individu, cependant la hauteur de ces mêmes eaux, lorsqu'on veut les faire servir comme force motrice à seconder les efforts de l'industrie, est hors du commerce, en ce sens que le propriétaire n'est pas maître de la régler de son chef, de manière à nuire à autrui. La plus longue possession ne pourrait servir à la prescription du droit de maintenir un barrage à une hauteur préjudiciable: c'est ce que la cour de cassation a jugé dans maintes circonstances, et spécialement par arrêt du 19 décembre 1826 (3). Guy avait établi sur le cours d'un ruisseau joignant son

(1) *Quest. notables*, liv. 1, ch. 35. Dunod, p. 71.

(2) Ord. de 1669, tit. 27, art. 42 et suiv. Arrêté du Directeur du 19 ventôse an vi. M. Garnier, *des Rivières*, p. 1, n° 147 et suiv.

(3) *Dall.*, 27, 1, 97, *Palais*, 1827, 2, 508.

pré un barrage, afin d'employer les eaux à faire mouvoir des lavoirs à mine. Normand, propriétaire supérieur, fit démolir ce barrage, prétendant qu'il faisait refluer les eaux sur sa propriété. Action en complainte de Guy, pour être maintenu dans sa possession annale. Jugement du tribunal de Vesoul, qui, sur l'appel d'une sentence du juge de paix, déclare l'action non recevable, *attendu que la possession, même immémoriale, d'un barrage sur un cours d'eau, ne peut jamais servir de base à l'action possessoire, la détermination de la hauteur des eaux étant dans le domaine de l'administration.*

Et, sur le pourvoi, arrêt de la cour de cassation, ainsi conçu :

« Attendu que la complainte n'est recevable qu'au-  
 » tant que la possession est de nature à faire acqué-  
 » rir la propriété; attendu que la hauteur des eaux  
 » pour le service des usines n'est point dans le com-  
 » merce, et n'est point par conséquent prescriptible,  
 » et reste dans le domaine de l'administration... Re-  
 » jette (1). »

On trouve une décision semblable dans une ordonnance du roi du 17 janvier 1831 (2).

En l'an II, Petel modifia, sans en avoir obtenu l'autorisation, le système hydraulique du moulin qu'il possède sur la rivière de Nançon. En 1828, les riverains se sont plaints de ce que, par suite de ces changements, l'eau reflue sur leurs propriétés, et y laissait des mares et flaques, qui entretenaient un principe d'insalubrité qu'il était urgent de faire disparaître. Arrêté du préfet, confirmé par le ministre de l'intérieur, le 27 mars 1830, qui prescrit à Petel d'abaisser son barrage. Recours de ce particulier pour

(1) *Voy.* lois des 12-20 août 1790, 6 octobre 1791, tit. 2, art. 16. Décret du 2 février 1808. *Voy. infra*, n° 156, avec quelle restriction ceci doit être tempéré.

(2) *Dall.*, 31, 3, 55.

excès de pouvoir, attendu qu'il a prescrit le droit de jouir de son moulin tel qu'il existe.

Mais, par ordonnance en date du 17 janvier 1831, vu la loi du 6 octobre 1791, sa requête fut rejetée, « attendu que l'administration est chargée de fixer la » hauteur des eaux de manière à ce qu'il n'en résulte » aucun préjudice pour personne; qu'en cette ma- » tière la longue possession invoquée par le requé- » rant ne pouvait faire obstacle à l'exercice du droit » que la loi confère à l'administration. »

156. Ceci résout la question de savoir si l'on peut acquérir par prescription le droit d'inonder l'héritage de son voisin. M. Toullier se prononce d'une manière générale pour l'affirmative (1); mais cette opinion est trop absolue. L'inondation occasionnée par le fait de l'homme est un délit. Écoutons le langage des lois : « Personne (ce sont les termes de la loi du 6 oc- » tobre 1791, titre 2, art. 15) ne pourra inonder l'hé- » ritage de son voisin, ni lui transmettre les eaux » d'une manière nuisible, sous peine de payer le » dommage et une amende qui ne pourra excéder la » somme du dédommagement. »

L'art. 16 ajoute : « Les propriétaires ou fermiers » des moulins ou usines construits ou à construire » seront garants de tous dommages que les eaux » pourraient occasionner par la trop grande éléva- » tion du déversoir ou autrement. Ils seront forcés » de tenir les eaux à une hauteur qui ne nuise à per- » sonne, et qui soit fixée par le directoire du départe- » ment (aujourd'hui par le préfet). En cas de con- » travention, la peine sera une amende qui ne pourra » excéder la somme du dédommagement. »

Enfin, l'art. 457 du Code pénal étend ces dispositions, et conserve au fait d'inondation le caractère d'un délit punissable par la répression correctionnelle. J'ai peine à concevoir dès lors qu'un délit se

(1) T. 3, p. 119.

transforme en droit par cela seul qu'il s'est plusieurs fois réitéré, qu'il a bravé longtemps la vindicte publique, qu'il s'est aggravé par une longue suite de récidives. L'arrêt de la cour de cassation cité tout à l'heure vient à l'appui de cette opinion, qui est aussi celle de M. Garnier (1); mais ce dernier auteur en donne pour raison qu'il s'agit d'une servitude discontinue, et par conséquent imprescriptible. Pour moi, je prends plus haut le motif qui me détermine; je le place dans le principe salutaire et moral qui ne permet pas de prescrire contre les lois de police.

157. Prenons garde, toutefois, de ne pas abuser de cette vérité.

Si, par exemple, le propriétaire des eaux s'était conformé aux lois en demandant à l'autorité compétente un règlement, et si le niveau donné par elle était fautif, les inondations qui en seraient la conséquence ne présenteraient plus le caractère d'un délit; elles ne constitueraient qu'un dommage ordinaire, donnant ouverture à l'action autorisée par l'article 1382 du Code Napoléon : ce serait le principe d'une servitude ordinaire. Toute la question serait alors de savoir si une telle servitude est de nature à être acquise par prescription.

Or, la réponse ne saurait être douteuse : si la servitude s'annonçait par des ouvrages apparents et permanents, tels qu'une digue ou tout autre travail artificiel, elle serait visible et continue, et, par conséquent, de la nature de celles qui s'acquièrent par prescription, même sous le Code Napoléon (2). Si, au contraire, elle ne se manifestait par aucun signe visible et qu'elle fût discontinue, le droit nouveau s'opposerait à son établissement par la prescription (3). Enfin, dans le cas où son existence daterait

(1) *Des Rivières*, 11, n° 109 et 310.

(2) Art. 688, 689 et 690. Argum. de l'art. 642 du C. Nap.

(3) Art. 691, C. Nap.