

réter pour le moment, puisque nous y devons revenir.

486. La servitude peut être considérée sous deux rapports. C'est une charge imposée sur un héritage : en ce sens, la servitude est un démembrement de la propriété et par conséquent un immeuble. Cette charge est établie en faveur d'un héritage appartenant à un autre propriétaire : en ce sens, c'est une qualité de l'héritage pour l'usage et l'utilité duquel elle est constituée ; étant inséparable du fonds, elle se confond avec lui, et prend par conséquent la nature d'immeuble (1).

L'hypothèque est aussi un droit réel établi sur un immeuble. Est-elle mobilière ou immobilière ? La question est controversée, et il y a quelque doute. Pothier déjà semble hésiter. Considéré en lui-même, dit-il, le droit d'hypothèque étant un droit dans l'héritage hypothéqué, il peut paraître être de nature immobilière. Il le déclare cependant meuble lorsque la créance est mobilière ; pour mieux dire, il décide que la créance reste mobilière quoiqu'elle soit garantie par une hypothèque, ce qui est évident. Dans son opinion, l'hypothèque est donc un droit immobilier. Elle doit aussi être considérée sous deux rapports, de même que les servitudes. C'est une charge qui grève l'héritage ; comme telle, c'est un vrai démembrement de la propriété, puisque le droit de celui qui a hypothéqué l'immeuble n'est plus entier ; il ne peut plus user, jouir, disposer avec le pouvoir absolu qu'a le propriétaire : c'est ce que nous démontrerons au titre des *Hypothèques*. Considérée comme droit du créancier, l'hypothèque paraît, au contraire, être mobilière. En effet, en quoi consiste le droit du créancier hypothécaire ? C'est un droit de préférence, donc un droit qui se réalise par le paiement d'une somme d'argent, partant un droit mobilier. Si le créancier n'avait d'autre droit que celui d'être payé de préférence aux créanciers chirographaires, son droit serait certainement mobilier. Mais il faut aussi le considérer comme corrélatif de la charge qui grève le fonds hypothéqué : en ce sens, il est immeuble par la même raison pour laquelle une servitude

(1) Duranton, t. III, p. 87, n° 93. Proudhon, t. Ier, p. 50, n° 167.

est immeuble. Si la servitude consiste à ne pas bâtir, quel est le droit du propriétaire de l'héritage dominant ? Il n'exerce aucun droit direct dans le fonds servant, il peut seulement empêcher le propriétaire de ce fonds de bâtir. De même, le créancier hypothécaire peut empêcher le possesseur du fonds hypothéqué de faire de son héritage un usage quelconque qui diminue ou compromette ses droits. Le droit du créancier tend donc à empêcher l'exercice entier de la propriété dans les mains du possesseur de l'immeuble ; en ce sens il est immeuble. La solution de la difficulté dépend donc du point de savoir si réellement la propriété de l'héritage hypothéqué est démembrée. Nous examinerons cette question au titre des *Hypothèques* : c'est là qu'est le siège de la matière.

§ II. Des actions immobilières.

487. L'article 526 déclare immeubles les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. Ce texte laisse beaucoup à désirer. Il faut d'abord fixer le sens du mot *action*. On définit ordinairement l'action « le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû. » Cette définition, empruntée à l'ancien droit romain, suppose que l'action diffère du droit que l'on réclame en justice. En effet, dans la procédure formulaire, il fallait obtenir du prêteur la faculté de poursuivre devant le juge. En ce sens, l'action était un droit nouveau, qui résultait de la permission accordée par le prêteur de poursuivre devant le juge ce que le demandeur prétend lui appartenir ou lui être dû. Dans notre procédure moderne, l'on peut, sans autorisation préalable, poursuivre son adversaire devant les tribunaux. Il faudrait donc définir l'action « la réclamation d'un droit en justice. » En ce sens, l'action ne diffère plus du droit que l'on réclame. Le demandeur n'a pas deux droits, un droit antérieur à la demande portée devant les tribunaux et un droit qui naît de la demande ; il n'en a qu'un seul ; l'action n'est qu'un moyen de faire reconnaître le droit et d'en assurer l'exécution. En définitive, l'action se confond aujourd'hui

avec le droit ; on se sert indifféremment des deux termes pour exprimer la même idée ; parfois le législateur les emploie cumulativement par pléonasme (art. 1160, 1250, 1^o) (1).

Le code distingue les actions en mobilières et en immobilières (art. 526 et 529). Cette classification implique que l'action n'est autre chose que le droit exercé en justice ; l'action prend la nature du droit qui est réclamé ; le droit est-il mobilier, l'action est mobilière, tandis qu'elle est immobilière quand le droit est immobilier. Les actions ainsi entendues diffèrent de la première catégorie des droits immobiliers. Dans le langage de l'école, on appelle ceux-ci *jura in re*, et les autres *jura ad rem*. Pothier dit que les droits réels immobiliers ne sont autre chose que l'héritage même ou un démembrement de cet héritage. Les créances, au contraire, tirent leur nature d'immeubles ou de meubles de la chose qui fait leur objet. Si la créance est d'une somme d'argent ou de quelque autre chose mobilière, elle est aussi mobilière. Au contraire, la créance de quelque héritage qui nous est dû et que nous avons droit de demander, est une créance immobilière. De là ce vieil adage : *Actio ad mobile est mobilis, actio ad immobile est immobilis*. Pothier donne comme exemple la vente d'une maison. La créance qui résulte de ce contrat pour le vendeur est mobilière, puisqu'elle a pour objet le prix, c'est-à-dire une somme d'argent ; s'il réclame cette créance en justice, elle prend le nom d'action, et elle est naturellement mobilière comme le droit dont elle est l'exercice. La créance de l'acheteur pour se faire délivrer la maison qui lui a été vendue est immobilière, continue Pothier, puisqu'elle a pour objet un immeuble ; nous verrons plus loin s'il en est encore ainsi dans le droit moderne. Si la créance de l'acheteur est mobilière, l'action qu'il a pour obtenir l'exécution forcée du contrat est par cela même mobilière.

488. Nous revenons au texte de l'article 526. Il ne parle pas des créances immobilières en général, comme le fait Pothier ; le code ne mentionne que les actions « qui tendent à revendiquer un immeuble. » Que faut-il entendre

(1) Demante, t. II, p. 411, n^o 351 bis I. Marcadé, t. II, p. 355, art. 526, n^o VII. Demolombe, t. IX, p. 203, n^o 340.

par là ? Prise à la lettre, la loi ne concerne que les actions en revendication des choses immobilières. Si on l'entend ainsi, il y a une lacune considérable dans le code ; il garderait le silence sur les droits immobiliers proprement dits, que Pothier appelle *jura ad rem*. Et chose plus étrange encore ! le code ne parle pas du droit de propriété immobilière considéré comme droit réel, il semble le confondre avec la chose même dans laquelle il s'exerce. Pourquoi donc s'occuperait-il de l'action qui naît de ce droit, l'action n'étant autre chose que le droit ? Nous croyons que les auteurs du code ont voulu traduire le vieil adage : *Actio que tendit ad immobile est immobilis*. Mais ils se sont servis d'une mauvaise expression, en employant le mot *revendiquer* ; ce mot a un sens technique, il se dit de l'exercice du droit de propriété. Il est évident que le droit de propriété étant immobilier quand il porte sur un immeuble, l'action qui en naît est aussi immobilière. Mais il y a d'autres droits immobiliers, ce sont précisément les *jura ad rem* mentionnés par Pothier ; et pour reconnaître quels sont ces droits, on applique la définition que nous venons de transcrire : le droit tend-il à mettre un immeuble dans les mains de celui qui l'exerce, il est immobilier et par suite l'action est immobilière. Telle est l'action en résolution d'une vente immobilière, l'action en révocation d'une donation immobilière. On ne peut pas appliquer la lettre de l'article 526 à ces actions ; elles ne tendent pas à *revendiquer* un immeuble, puisque le demandeur n'est pas propriétaire. Le mot *revendiquer* a un sens trop étroit pour exprimer l'idée que le législateur a voulu rendre. Mais peu importe cette négligence de rédaction (1). Sur les principes mêmes, il n'y a aucun doute. Il n'en est pas de même de l'application. Les difficultés viennent de ce qu'on ne s'entend pas sur le sens du principe traditionnel qui est formulé dans l'article 526. Suffit-il qu'une action tende à mettre un immeuble en la possession du demandeur pour qu'elle soit immobilière ? ou faut-il qu'elle tende à lui en donner la propriété ?

(1) Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 25, note 5.

489. Avant d'aborder la question, nous remarquerons qu'il y a une première catégorie d'actions immobilières sur lesquelles il ne saurait y avoir un doute. Celui qui a la propriété d'un immeuble, ou un démembrement de la propriété, a un droit réel immobilier; les actions qui lui appartiennent ont le même caractère. Quelques-unes de ces actions portent un nom particulier dans le langage juridique. On appelle action en revendication celle par laquelle le propriétaire poursuit sa chose entre les mains de tout possesseur : c'est une action réelle parce que c'est un droit réel qui est exercé en justice : elle est immobilière parce qu'elle a pour objet un immeuble. L'action en revendication d'un immeuble reste immobilière, alors même que le possesseur la repousserait par la prescription; car elle tend toujours à mettre un immeuble dans les mains du demandeur, ou, si l'on veut, c'est un droit immobilier exercé en justice, bien que l'action n'aboutisse qu'à des dommages-intérêts; ce n'est pas le résultat de l'action qu'il faut considérer pour en déterminer la nature, c'est l'objet direct tel qu'il est formulé dans la demande. Il en serait ainsi lors même que le propriétaire intenterait son action contre l'usurpateur, dans le cas où l'usucapion serait acquise au profit du tiers possesseur; car l'action est toujours une action en revendication, donc immobilière (1).

L'action qui naît des servitudes porte le nom d'action confessoire. On entend par là l'action par laquelle le demandeur soutient qu'il a une servitude sur un fonds, et demande en conséquence que le défendeur cesse de le troubler dans l'exercice de son droit. L'action est réelle, puisque le droit est réel; elle est immobilière, puisque le droit est immobilier.

490. Nous arrivons aux actions personnelles que Pothier appelle *créances*; elles sont immobilières quand l'action tend à mettre un immeuble en la main du demandeur. Telles sont les actions en résolution, en rescision ou en nullité d'un contrat, si l'objet de l'action est de donner au

(1) Demolombe, t. IX, p. 232, n° 366. Aubry et Rau, t. II, p. 25, note 6.

demandeur la propriété d'un immeuble. Le code n'a qu'une seule disposition pour les actions réelles immobilières et pour les actions personnelles immobilières; elles sont comprises les unes et les autres dans ces termes de l'article 526 : « Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. » Il y a cependant des différences entre les deux catégories d'actions : les unes procèdent d'un droit réel, pour mieux dire, ce sont des droits réels exercés en justice, tandis que les autres procèdent d'un droit de créance. De là suit que les premières peuvent être intentées contre tout possesseur; les secondes, au contraire, sont formées par le créancier contre le débiteur. Celui qui revendique est propriétaire, puisque son action n'est autre chose que la propriété exercée en justice. Celui qui agit comme créancier demande à être reconnu pour propriétaire; il ne le sera qu'en vertu du jugement.

Tout cela est élémentaire. Naît maintenant la question de savoir si l'action par laquelle le créancier réclame la détention de l'immeuble est une action immobilière? ou faut-il qu'il réclame la propriété? L'action en délivrance de la chose vendue, donnée ou léguée, est-elle immobilière ou mobilière? La plupart des auteurs répondent qu'elle est immobilière, ils ne discutent pas même la question. Ces actions ont pour objet l'obtention du fonds acheté, donné ou légué; donc, dit-on, elles sont immobilières. Voilà tout ce que dit Proudhon; les autres disent moins encore : cela a l'air d'un axiome (1). On ne sait trop sur quoi est fondée cette vérité si évidente. Ce n'est pas sur le texte; tout le monde se plaint de la rédaction incomplète de l'article 526. Tel qu'il est, il ne favorise pas l'opinion générale. Le mot *revendiquer* dont la loi se sert implique un droit de propriété, le texte suppose donc que l'action a pour objet la réclamation d'un droit de propriété. Nous attacherions une médiocre importance à cet argument, puisque la rédaction de l'article 526 n'est pas correcte; mais la lettre de la loi acquiert une importance très-grande quand on la met en

(1) Proudhon, *Du domaine de propriété*, t. I^{er}, n° 172, p. 52. Duranton, t. IV, n° 95. Demolombe, t. IX, n° 352.

rapport avec l'ancien droit. Qu'est-ce après tout que l'article 526, sinon la reproduction de la règle : *Actio est immobilis quando tendit ad immobile*? Il faut donc voir quel sens on attachait à cet adage dans l'ancien droit.

Quand on lit Pothier, on est tenté, au premier abord, de croire qu'il partage l'avis des auteurs modernes; pour mieux dire, que l'opinion généralement suivie ne fait que reproduire la doctrine de Pothier, ce qui lui donnerait une immense autorité. On lit dans le *Traité des personnes et des choses* (n° 249), que l'action de l'acheteur contre le vendeur, pour se faire livrer la maison qui lui a été vendue, est immobilière parce qu'elle a pour objet un immeuble. Mais pour comprendre la portée de ces expressions, il faut se rappeler que Pothier écrit sous l'empire de l'ancien droit, d'après lequel la propriété de la chose vendue n'était transportée à l'acheteur que par la tradition; donc l'action de l'acheteur pour se faire livrer la chose était une action tendant à acquérir la propriété de la chose. C'est bien ainsi que Pothier l'entend. Dans son *Traité de la communauté*, il pose le principe en ces termes (n° 69) : « Les droits de créance personnelle, qui naissent de l'obligation qu'une personne a contractée envers nous de nous *donner* une chose, sont réputés mobiliers ou immobiliers, suivant la nature de la chose due qui fait l'objet du droit de créance, et dans laquelle ce droit de créance doit se fondre, se terminer et se réaliser. » Pothier se sert du mot *donner* dans le sens juridique du mot, comme signifiant *transférer la propriété*; la suite de ce qu'il dit le prouve. « La créance, dit-il, que j'ai d'un héritage contre une personne qui s'est obligée de me le *donner*, est un droit immobilier. C'est ce qu'on exprime par cet axiome : *Actio ad immobile est immobilis*. La raison en est que l'on considère dans un droit de créance la chose que le créancier a droit d'espérer d'*acquérir* du débiteur, en exécution de l'obligation qu'il a contractée de la lui *donner*. » Ainsi au moment où l'obligation est contractée, le créancier n'est pas encore propriétaire de la chose, il *espère* seulement de l'*acquérir* parce que le débiteur s'est obligé de la lui *donner*. C'est donc là le sens du vieil adage que l'article 526 a reproduit. Pothier

ajoute qu'il y a une infinité d'exemples de la règle qu'il vient de poser. Il cite le contrat de vente. Pourquoi le droit du vendeur contre l'acheteur est-il mobilier? Parce qu'il tend à lui faire *acquérir* une somme d'argent. Ici il s'agit évidemment de l'acquisition de la propriété. De même le droit de l'acheteur contre le vendeur pour se faire *donner* l'héritage qui lui a été vendu est immobilier, parce qu'il tend à lui faire *acquérir* un héritage. En définitive, *actio ad immobile* signifie l'action qui tend à acquérir la propriété d'un immeuble. Telle était l'action de l'acheteur dans l'ancien droit. Dans le droit moderne, le droit de l'acheteur ne tend certes pas à lui faire *acquérir* la propriété, car il est propriétaire; donc ce n'est pas une action *ad immobile*, partant elle n'est pas immobilière. L'action tend uniquement à obtenir la détention de l'immeuble, le vendeur n'est pas obligé à *donner*, il est tenu à délivrer; son obligation est une obligation de *faire*, donc mobilière.

Ce que Pothier dit du droit du preneur vient à l'appui de notre opinion. Ce droit est mobilier. Pourquoi? Parce qu'il ne tend pas à lui faire *acquérir* la ferme ou la maison; elle a pour objet un *fait*; à savoir, à l'égard du fermier, qu'il puisse percevoir les fruits; à l'égard du locataire, qu'il puisse habiter la maison. Or, les créances qui ont pour objet un fait sont mobilières (1). La créance de l'acheteur, dans notre droit moderne, a aussi pour objet un *fait*, le fait de remettre la chose entre les mains de l'acheteur; donc elle est mobilière.

Cela suppose que la vente a pour objet un immeuble déterminé. Si l'immeuble est indéterminé, la propriété ne se transfère pas lors du contrat; l'action de l'acheteur contre le vendeur tend donc à lui faire acquérir la propriété d'un immeuble, c'est une action *ad immobile*, donc immobilière (2). Telle serait la vente faite sous alternative d'un immeuble ou d'objets mobiliers, le choix étant donné à l'acheteur. L'action qu'il a contre le vendeur sera immobilière s'il choisit l'immeuble; car la vente alternative ne

(1) Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, n° 53; *Traité des personnes et des choses*, n° 254.

(2) Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 26.