

## TITRE II.

### DE LA PROPRIÉTÉ.

#### CHAPITRE PREMIER.

##### DES DROITS RÉELS.

###### § 1<sup>er</sup>. Droits réels et droits personnels.

72. Pothier dit que l'on peut avoir deux espèces de droits à l'égard des choses qui sont dans le commerce : le droit que nous avons dans une chose, qu'on appelle *jus in re*, droit *réel*, droit par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards ; et le droit que nous avons par rapport à une chose, qu'on appelle *jus ad rem*, droit *personnel*, droit que nous exerçons contre la personne qui s'est obligée de nous prêter la chose.

Les expressions de droit *réel* et de droit *personnel* rendent mal le sens des locutions admises dans le langage de l'école, et que Pothier emploie, *jus in re* et *jus ad rem*. Celle de droit *personnel* est équivoque par elle même, car elle a encore d'autres significations ; ainsi on dit de l'usufruit que c'est un droit personnel, en ce sens que, attaché à la personne de l'usufruitier, il s'éteint avec sa mort ; on dit encore qu'un droit est personnel quand il est exclusivement attaché à la personne de celui à qui il appartient, de sorte

que ses créanciers ne peuvent pas l'exercer (art. 1166). Il vaudrait mieux se servir de l'expression qu'emploient les auteurs de droit romain : *droit de créance* ; elle indique parfaitement la nature du droit que nous appelons personnel par opposition au droit réel : il naît d'une obligation, c'est-à-dire d'un lien de droit qui existe entre un créancier et un débiteur, et qui engendre une action contre la personne obligée, action qui tend à ce qu'elle fasse ou donne ce qu'elle s'est obligée à faire ou à donner (1).

L'expression de droit *réel* donne lieu à une autre équivoque par suite de l'extension qu'elle a reçue dans le langage des auteurs modernes. Ils donnent ce nom aux droits qui dérivent de la puissance qu'une personne exerce sur une autre, le mari sur la femme, le père ou la mère sur l'enfant ; ils trouvent cette affinité entre les droits de puissance et les droits réels, c'est qu'on peut les faire valoir envers et contre tous, au moyen d'actions analogues à la revendication (2). Il y en a qui vont plus loin et qui donnent le nom de droits réels à tous les droits qui appartiennent à l'état des personnes, tels que le droit de réclamer sa nationalité, sa filiation, le droit de désaveu ; ils appellent même droits réels les diverses facultés qui sont garanties par la Constitution, telles que la liberté individuelle, la liberté religieuse (3). Il nous semble que c'est confondre des droits d'une nature essentiellement diverse. Pothier a soin de dire que la division des droits en réels et personnels concerne les choses qui sont dans le commerce ; or, précisément les droits d'état personnel, les droits de puissance, les droits politiques sont placés hors du commerce. Ne mêlons pas des matières qui n'ont rien de commun. Si nous disons un mot de ces divisions, c'est pour montrer le danger des classifications inutiles que l'on aime tant dans l'école, et qui, au lieu de simplifier les idées, ne font que les embrouiller.

73. La définition des droits réels et des droits personnels que nous avons donnée d'après Pothier fait connaître

(1) Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, n° 1.

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français* (4<sup>e</sup> édition), t. II, p. 51.

(3) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 45, n° 69.

les caractères du droit réel et du droit de créance. Quand nous avons un droit dans la chose, dit-il, elle nous appartient, au moins à certains égards : c'est dire que nous en avons la propriété ou un démembrement de la propriété. Cela suppose un acte d'aliénation par lequel la propriété d'une chose est transmise, ou un démembrement de la propriété; il se fait donc une mutation, la chose passe du patrimoine d'une personne dans le patrimoine d'une autre personne. Un droit de créance ne nous confère ni la propriété ni un démembrement de la propriété; il nous donne seulement une action contre une personne qui est obligée envers nous en vertu d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. Cette obligation peut consister dans un fait ou dans l'abstention d'un fait; lorsque le débiteur est obligé de faire ou de ne pas faire, il ne peut être question de la transmission d'une chose, puisqu'il n'y a pas de chose qui fasse l'objet de l'obligation. Le débiteur peut aussi s'obliger à donner une chose; si le but des contractants est seulement l'usage ou la garde de la chose, il ne se fait aucune mutation de propriété; mais le but peut aussi être de transmettre au créancier la propriété de la chose : le créancier acquiert-il, en ce cas, un droit réel ou un droit personnel? Dans l'ancien droit, il n'acquerrait qu'un droit de créance, la propriété ne se transférait que par la tradition, de sorte que le créancier avait un droit contre la personne du débiteur, mais ce droit tendait à une transmission de la propriété. Il y avait là comme un mélange de droit personnel et de droit réel; le droit était personnel dans son principe, mais il avait pour effet un droit réel. Dans notre droit moderne, les choses sont plus simples; le contrat transfère la propriété, le droit réel naît donc immédiatement par la volonté des parties contractantes.

Il résulte de la définition de Pothier que par l'effet du droit réel, la chose nous appartient, au moins à certains égards. Cela ne fait aucun doute quand c'est le droit de domaine qui est transmis, ou une servitude, ou l'emphytéose, ou la superficie. Il n'y a de doute que pour l'hypothèque. C'est un droit réel, mais on prétend que c'est un

droit d'une nature particulière qui ne démembrer pas la propriété de la chose hypothéquée. A notre avis, l'hypothèque emporte un démembrement de la propriété; nous avons déjà dit un mot de la question en traitant de la division des biens (1); nous y reviendrons au titre des *Hypothèques*; c'est là qu'est le siège de la matière.

74. Pothier dit que le droit réel est le droit dans une chose, et le droit personnel, le droit par rapport à une chose. Cela suppose que c'est toujours une chose qui fait l'objet des droits, quels qu'ils soient, ce qui n'est pas tout à fait exact. Le débiteur peut s'obliger à faire ou à ne pas faire; quand il s'oblige à ne pas faire, il n'y a certes pas de chose qui forme l'objet de l'obligation; l'obligation de faire peut aussi comprendre un simple fait, sans que l'effet de l'obligation soit de mettre le créancier en possession d'une chose. Le droit de créance peut donc exister sans qu'il y ait une chose qui en fasse l'objet. Il n'en est pas de même du droit réel, il ne se conçoit pas sans une chose dans laquelle il s'exerce, et cette chose doit être déterminée : une chose indéterminée et un droit de propriété, ou d'usufruit, ou de servitude dans cette chose sont des idées contradictoires. De là suit qu'il ne peut pas y avoir de transmission de propriété tant que la chose n'est pas déterminée. Nous verrons une application de ce principe en traitant des obligations alternatives; il décide la question de savoir si la propriété est transférée par ces obligations.

Il faut donc une chose pour qu'il y ait un droit réel. Cette chose peut du reste être mobilière ou immobilière. De là suit que le droit réel est tantôt mobilier, tantôt immobilier, selon qu'il porte sur un meuble ou un immeuble. Il ne faut donc pas confondre la division des droits en réels et personnels avec celle des droits en mobiliers et immobiliers : la propriété, le plus considérable des droits réels, peut être mobilière ou immobilière. La chose est évidente. Toutefois, malgré l'évidence, on confond parfois les deux ordres d'idées, au moins quand il s'agit des ac-

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 596, n° 486.

tions. Les actions ne sont autre chose que les droits exercés en justice; elles ont donc les mêmes caractères que les droits d'où elles naissent, pour mieux dire, avec lesquels elles se confondent. De là suit que l'action réelle peut être mobilière ou immobilière; cependant, dans le langage juridique, on donne quelquefois le nom d'actions réelles ou de matières réelles aux demandes qui ont pour objet un immeuble, et on appelle actions personnelles celles qui concernent les meubles (1). Cette manière de s'exprimer est inexacte, et le législateur de même que les interprètes doivent éviter les expressions inexactes, car la science du droit demande, avant tout, la clarté de la pensée et la netteté du langage.

**75.** Le droit réel existe dans la chose, dit Pothier. Il y a donc un lien direct entre la chose et celui à qui elle appartient, au moins à certains égards. En ce sens, on dit que le droit réel est un droit absolu; le maître l'exerce dans la chose sans qu'il ait besoin d'agir contre une personne obligée, parce que la chose même est affectée de son droit. Tandis que le droit de créance établit un lien entre deux personnes, le créancier et le débiteur; c'est donc un droit relatif. Il suit de là une différence capitale entre les deux espèces de droits. Puisque le droit réel affecte la chose, celui à qui il appartient peut l'exercer contre tout détenteur de la chose; c'est ce qu'on appelle le droit de suite, parce que celui qui agit suit la chose entre les mains de tout détenteur, sans que le défendeur puisse lui opposer qu'il n'est pas obligé; car ce n'est pas comme débiteur qu'il est actionné, c'est comme détenteur de la chose; à vrai dire, c'est la chose qui est poursuivie, mais comme on ne peut pas agir contre une chose, il a fallu donner action contre celui qui la détient. Pour les droits personnels, il ne peut être question du droit de suite. Il n'y a de lien qu'entre le créancier et le débiteur; celui-ci peut seul être poursuivi. Pothier ajoute: ou celui qui a succédé à l'obligation. Les héritiers et autres successeurs universels peuvent être poursuivis, parce qu'ils sont tenus des dettes du

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IX, p. 357, n° 465.

défunt; mais il n'y a que ceux qui représentent la personne du défunt qui soient obligés comme l'était le défunt lui-même; les autres sont tenus plutôt comme détenteurs des biens que comme débiteurs personnels.

Le droit français, moins rigoureux que le droit romain, admet des exceptions au principe que nous venons d'établir. D'abord il y a des droits réels qui ne donnent pas le droit de suite, ce sont les privilèges mobiliers. C'est une conséquence de l'article 2279, aux termes duquel « en fait de meubles, possession vaut titre, » ce qui veut dire que les meubles ne peuvent être poursuivis, par action réelle, entre les mains des tiers possesseurs de bonne foi. La loi ne fait qu'une exception pour le privilège du bailleur. Il y a une autre dérogation en sens inverse. Le droit personnel ne donne d'action que contre le débiteur; on ne peut donc pas le faire valoir contre un tiers. Dans l'ancien droit, on appliquait ce principe au preneur; il ne pouvait pas opposer son bail à l'acheteur de la chose louée. Le code civil lui accorde ce droit (art. 1743). On en a conclu que le bail est devenu un droit réel. La conclusion n'est pas logique. Il y a des droits réels qui n'ont pas le droit de suite: tels sont les privilèges mobiliers; ce qui n'empêche pas que les créanciers privilégiés ne puissent opposer leur droit réel aux tiers, créanciers chirographaires. Le droit de suite n'est donc pas de l'essence du droit réel. Ainsi quand même le preneur aurait un droit de suite, il ne s'ensuivrait pas que son droit est réel. Mais il n'est pas exact de dire qu'il ait le droit de suite; il peut seulement opposer son droit à l'acquéreur. Son droit reste donc personnel dans son essence. Nous reviendrons sur la question au titre du *Bail*.

**76.** Zachariæ signale une dernière différence entre les droits réels et les droits de créance (1). Le droit réel affecte la chose; celui qui l'a concédé ne peut pas enlever ce droit par un nouvel acte de disposition, il ne peut plus disposer de la chose que dans l'état où elle se trouve, c'est-à-dire affectée d'un droit réel. Celui qui a un droit dans la chose

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, p. 50.

a donc un droit acquis qu'il peut opposer à ceux qui acquièrent postérieurement un droit dans cette même chose : c'est dire qu'en cas de collision, le premier droit l'emporte sur le second. L'application la plus élémentaire de ce principe se fait entre créanciers hypothécaires ; le premier en date prime les autres. Il n'en est pas de même des droits de créance ; ils ne donnent de droit que contre la personne ; or, sur la personne du débiteur, on ne conçoit pas de droit de préférence. Il est vrai que le débiteur qui oblige sa personne oblige par cela même ses biens. Mais le droit sur les biens qui est la garantie des droits de créance n'est pas un droit dans ces biens ; il est la conséquence du caractère obligatoire des droits de créance, c'est-à-dire de l'exécution forcée de ces droits ; cette exécution forcée est un droit égal pour tous les créanciers d'un même débiteur, un droit qui pour tous naît de l'insolvabilité de leur débiteur ; un droit qui, par conséquent, a la même date pour tous, celle de la déconfiture. Puisque le créancier antérieur n'a pas de droit acquis sur les biens, il ne peut pas réclamer de droit de préférence.

## § II. Des droits ou actions mixtes.

77. Le code de procédure distingue les actions en personnelles, réelles et mixtes. Il applique cette distinction à la compétence : en matière personnelle, le défendeur est assigné devant le tribunal de son domicile ; en matière réelle, devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux ; en matière mixte, devant le juge de la situation ou devant le juge du domicile du défendeur (art. 59). Le code ne définit pas les actions personnelles, réelles et mixtes. De là des controverses sans fin, au moins pour ce qui concerne les actions mixtes. Nous n'entrons pas dans ce débat, puisque la matière est étrangère à notre travail. Cependant il faut nous arrêter sur la notion de l'action mixte, dans ses rapports avec la division des droits.

La cour de cassation, dans ses observations sur le pro-

jet de code de procédure civile, avait formulé les principes généraux sur les actions. Nous lui empruntons les définitions que le législateur n'a pas cru devoir insérer dans le code, parce qu'elles appartiennent à la doctrine plutôt qu'à la loi (1). « L'action personnelle, disait l'article 6, est celle par laquelle on agit en justice contre celui qui nous est personnellement obligé, en vertu d'une obligation conventionnelle ou d'un engagement sans convention. Elle a pour objet des prestations quelconques, ou la nullité ou la rescision d'un acte illégal ou illégitime, ou la réparation de quelque dommage. Elle est nommée personnelle parce qu'elle est attachée à la personne obligée et qu'elle ne peut être dirigée que contre elle et ses héritiers. » On voit que l'action personnelle répond absolument au droit personnel ou de créance ; ce qui est très-logique, l'action n'étant autre chose que le droit poursuivi en justice. Il en est de même de l'action réelle. « Par elle, disait l'article 7, on revendique une chose certaine et déterminée, mobilière ou immobilière, comme étant notre propriété. » C'est la définition du droit réel, en comprenant dans le mot *propriété* les démembrements de la propriété.

Quant à l'action mixte, la cour en donne une singulière définition. « Il est des actions, disait l'article 18, auxquelles on donne *plus particulièrement qu'à toutes autres* le nom d'action mixte, c'est-à-dire à la fois réelle et personnelle, parce qu'outre la revendication d'une chose, elles embrassent *presque toujours* des prestations. » Le projet énumérait ensuite ces actions. « Les actions mixtes sont : la pétition d'hérédité, la demande en partage de succession ou d'un ou de plusieurs objets particuliers appartenant en commun à plusieurs individus, l'action en bornage. » Ces définitions impliquent d'abord qu'il y a encore d'autres actions appelées mixtes ; elles impliquent également que les actions mixtes par excellence ne sont pas toujours mixtes, puisqu'il peut arriver qu'elles n'aient pas pour objet des prestations. Pour avoir une idée exacte de ces divisions, il nous faut remonter à l'ancien droit, la cour n'ayant

(1) Ce projet se trouve dans Dalloz, au mot *Actions*, n° 64, p. 17.

fait, en apparence du moins, que formuler en articles de loi la doctrine enseignée par Pothier.

78. Pothier dit, comme la cour de cassation, qu'il y a des actions *proprement mixtes*, dont la nature participe de celle des actions réelles et de celle des actions personnelles. Il en compte trois : l'action en bornage, l'action en partage d'une succession et l'action en partage de quelque autre chose que ce soit. Pourquoi Pothier considère-t-il ces actions comme mixtes ? Sur ce point, il diffère de la cour de cassation, et la différence est considérable. La cour s'attache à l'objet de la demande qui, outre la chose, porte sur des prestations. Pothier ne parle pas de prestations ; si les actions mixtes participent de la nature des actions personnelles, c'est « qu'elles naissent d'un engagement personnel. » En effet, dit-il, l'action en bornage naît de l'obligation qu'un quasi-contrat forme entre voisins et qui les oblige à borner leurs héritages lorsqu'un d'eux le demande ; l'action en partage naît aussi de la communauté, laquelle produit des obligations entre les communistes (1).

Quoi qu'il en soit, les deux définitions des actions mixtes concordent en un point qui, pour nous, est essentiel, c'est que l'action mixte ne signifie pas un droit mixte poursuivi en justice. Quant à la définition de Pothier, la chose est évidente : c'est parce que le droit du demandeur à demander le bornage ou le partage dérive d'un quasi-contrat, c'est-à-dire d'une obligation personnelle, que l'action réelle dans son objet prend un caractère personnel. La définition de la cour de cassation n'implique pas davantage qu'il y ait des droits mixtes ; s'il y en avait, l'action serait toujours mixte, elle le serait par son essence, tandis qu'elle ne le devient que parce que le demandeur, outre la chose, réclame *presque toujours* des prestations. D'après cela, on pourrait nier qu'il y ait des actions mixtes. En effet, l'action réelle est le droit réel exercé en justice, l'action personnelle est le droit de créance poursuivi en justice ; donc l'action mixte devrait aussi être le droit mixte exercé en justice ; tandis que, dans la doctrine de Pothier, l'action

(1) Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, n° 121.

est réelle quant à son objet et n'est personnelle que parce qu'elle dérive d'une obligation, et, dans la doctrine de la cour de cassation, il faudrait dire que l'action est toujours réelle, puisque les prestations qui la rendent mixte ne sont pas de son essence. Toujours est-il qu'il n'y a pas de droit mixte ; en effet, la raison ne conçoit pas qu'un seul et même droit soit tout ensemble personnel et réel, puisque les deux espèces de droits diffèrent sous tous les rapports, comme nous venons de le dire.

79. Pothier ajoute qu'il y a des actions que l'on appelle mixtes en un autre sens. Ce sont des actions qui sont principalement et par leur nature personnelles, mais qui, par rapport à quelque chose qui leur est accessoire, tiennent de la nature de l'action réelle. Telles sont, dit-il, les actions qu'on appelle personnelles réelles, ou personnelles *in rem scriptæ*, qui naissent d'une obligation personnelle, à l'exécution de laquelle la chose qui en fait l'objet est affectée. Pothier donne comme exemple l'action de réméré. Il avoue que cette action est principalement personnelle, puisqu'elle naît d'un contrat et d'une obligation contractée par l'acheteur. Mais, comme l'héritage est affecté à l'exécution de cette obligation, l'action de réméré tient de la nature des actions réelles, en ce qu'elle suit l'héritage et qu'elle peut se donner contre les tiers détenteurs de l'héritage, pour qu'ils le délaisent comme affecté à l'exécution de l'obligation de l'acheteur (1).

Le code civil semble consacrer cette doctrine. Aux termes de l'article 1664, « le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat. » Nous reviendrons sur cette disposition au titre de la *Vente* ; si on l'entend en ce sens que l'action en réméré naissant du contrat peut être intentée contre un tiers détenteur, non obligé, le code et Pothier disent une chose impossible, absurde : en effet, ce serait dire que celui qui n'est pas débiteur est débiteur, que celui qui n'est pas intervenu au contrat est obligé en vertu du contrat.

(1) Pothier, *Introduction aux coutumes*, n° 122.

Il nous répugne d'imputer un pareil non-sens à Pothier et aux auteurs du code civil. Sans doute, le vendeur peut agir contre le tiers détenteur, mais il faut voir en vertu de quelle action. Remarquons d'abord que la clause de réméré ne donne pas lieu à une action en justice ; c'est une condition résolutoire potestative, donc une condition résolutoire expresse, écrite dans le contrat ; la vente est résolue dès que le vendeur manifeste l'intention sérieuse d'user du pacte de rachat. Cela décide déjà notre question. Puisque l'exercice du rachat n'est pas une action, on ne peut pas dire que le vendeur intente l'action de réméré contre le tiers détenteur. Du moment que le vendeur use de son droit, la vente est résolue ; l'acheteur à pacte de rachat, n'ayant qu'un droit résolutoire, n'a pu conférer au second acquéreur qu'un droit également résolutoire ; dès l'instant où le vendeur déclare à l'acheteur qu'il entend exercer le rachat, la vente est résolue, et par suite la seconde vente l'est également. Le vendeur primitif rentre dans sa propriété ; il est considéré comme ayant toujours été propriétaire, donc il peut revendiquer sa chose contre tout tiers détenteur. En définitive, l'action qu'il intente contre le possesseur de l'héritage est une action en revendication.

80. Notre conclusion est qu'il n'y a pas d'action mixte parce qu'il n'y a pas de droit mixte (1). Les auteurs qui ont écrit depuis la publication de nos codes sont très-divisés. Ils sont obligés d'admettre des actions mixtes, puisque le code de procédure les range au nombre des actions ; mais grand est leur embarras quand il s'agit d'expliquer la nature de ces actions et de dire la raison pour laquelle elles sont tout ensemble réelles et personnelles. Nous laissons de côté la procédure et les auteurs qui en traitent. Notre seul but est d'établir que s'il y a des actions mixtes, il n'y a cependant pas de droits mixtes. M. Demolombe dit, comme nous, qu'il n'y a pas de droits mixtes ; cette forme de langage, ajoute-t-il, le choquerait vivement si elle était employée. Cet aveu condamne la théorie des actions mixtes,

(1) Dans l'ancien droit déjà, on contestait l'existence d'actions mixtes. Plusieurs, dit Pothier, les admettent (*Introduction aux coutumes*, n° 110).

car le droit ne peut pas avoir une autre nature que l'action par laquelle il est exercé en justice. Cependant M. Demolombe admet des actions mixtes, et il en étend même le nombre en considérant comme telle l'action qui naît de la vente, l'acheteur ayant un droit réel, puisqu'il est propriétaire, et un droit personnel, puisqu'il a une créance contre le vendeur. Après cela, il remarque que ce sont là deux droits distincts qui engendrent deux actions distinctes ; ce qui ruine la base même de la doctrine qu'il professe ; dès qu'il y a deux actions, l'une réelle, l'autre personnelle, on ne peut plus dire qu'il y ait une seule et même action qui soit *réelle personnelle*, comme dit Pothier.

La même contradiction se trouve dans l'application que M. Demolombe fait de la théorie des actions mixtes aux actions en résolution, en nullité ou en rescision. Toutes ces actions sont *in rem scriptæ*, d'après la doctrine de Pothier. Mais M. Demolombe observe, et il a raison, que ces actions naissant d'un contrat ne peuvent être intentées que par l'une des parties contractantes contre l'autre ; c'est seulement après que le contrat a été résolu, annulé ou rescindé par le tribunal que le demandeur peut agir contre les tiers. Son action contre les tiers est-elle une action en résolution, en nullité ou en rescision ? La question seule implique une hérésie juridique : peut-on agir en vertu d'un contrat contre un tiers ? L'action est une action en revendication, comme nous venons de le dire de l'action en réméré (1). Si nous signalons ces contradictions et ces incertitudes, c'est pour nous en faire une arme contre la théorie des actions mixtes. Comment se fait-il qu'il n'y a pas deux auteurs qui soient d'accord sur la nature de ces actions ? Comment se fait-il que ceux-là mêmes qui enseignent qu'il y a des actions mixtes se contredisent à chaque pas ? Ne serait-ce pas une preuve que la distinction est fautive ?

(1) Demolombe, t. IX, p. 361, nos 467 et 468. Comparez Duranton, t. IV, p. 192, n° 239.

§ III. *Quels droits sont réels.*

**81.** L'article 543 énumère les principaux droits réels en disant qu'on peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. Par droit de jouissance, le code entend l'usufruit, l'usage et l'habitation, et par services fonciers, les servitudes. On peut dire en deux mots que la propriété est un droit réel, ainsi que tout démembrement de la propriété : telles sont les servitudes personnelles et réelles. Telles sont encore, à notre avis, les hypothèques; nous avons réservé la question pour le titre qui traite de cette matière. En droit français, la question de savoir si l'emphytéose et la superficie sont des droits réels au même titre que les servitudes est controversée; d'après notre droit, il n'y a plus de doute, puisque nous avons des lois sur la matière; nous en exposerons les principes dans une annexe au livre II; il est donc inutile de nous y arrêter pour le moment. C'est aussi au titre consacré à l'antichrèse que nous examinerons si ce droit est réel ou personnel. Restent la possession et l'hérédité, sur lesquelles il y a controverse.

**82.** Le code définit la possession en ces termes (art. 2228) : « C'est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. » On voit que la loi ne qualifie pas même la possession de droit, car la détention et la jouissance sont des faits. Tel est aussi le langage des jurisconsultes romains; s'ils parlent d'un droit de posséder (*jus possidendi*), c'est par rapport au propriétaire; mais ce droit de posséder n'est pas un droit distinct de la propriété, un de ces droits que l'on en peut démembrement à titre de droit réel; c'est l'exercice de la propriété. Les jurisconsultes romains parlent encore d'un *droit de possession* (*jus possessionis*); ils entendent par là l'ensemble des droits qui sont attachés à la possession, considérée comme isolée de la pro-

priété (1). Dire qu'il y a des droits attachés à un fait, ce n'est pas déclarer que ce fait est un droit réel. Les interprètes modernes du droit romain sont d'accord sur ce point.

On pourrait objecter que, lors de la discussion du code civil, la vraie théorie de la possession romaine était ignorée. Il faut donc voir ce que nos anciens auteurs et Pothier surtout entendaient par possession. Le code ne s'expliquant pas sur la nature de la possession, la tradition acquiert une grande autorité. Pothier a écrit un traité spécial sur la *Possession*; on y lit : « Quoique la possession ne soit pas un droit dans la chose et qu'elle ne soit en elle-même qu'un fait, elle donne néanmoins au possesseur certains droits par rapport à la chose qu'il possède (2). » Pothier dit ensuite quels sont ces droits : c'est à la lettre la doctrine du code civil. Il importe de remarquer qu'il ne discute pas même la question de savoir si la possession est un droit réel, il constate la négative comme une chose admise et non contestée. Dans son *Traité de la possession*, Pothier parle comme interprète du droit romain; il a écrit une *Introduction générale aux coutumes* où il expose les principes du droit coutumier; eh bien, il y tient toujours le même langage : « La possession n'est pas proprement un droit dans la chose, puisqu'on peut posséder une chose sans y avoir droit, et que la possession consiste dans le simple fait de posséder. Néanmoins cette possession a des effets de droit. » Pothier énumère ces droits en quelques mots; nous les transcrivons pour constater qu'il y a identité entre le droit ancien et le droit moderne : « 1° Le possesseur est présumé propriétaire de la chose jusqu'à ce que le vrai propriétaire ait pleinement justifié sa propriété; 2° la possession donne au possesseur des actions contre ceux qui l'y troubleraient ou qui l'en dépouilleraient; 3° lorsqu'elle est accompagnée de bonne foi, elle donne au possesseur le droit de retenir les fruits qu'il a perçus jusqu'au jour de la demande du propriétaire qui a justifié de sa propriété; 4° enfin, elle fait acquérir au possesseur le

(1) Namur, *Institutes et Histoire du droit romain*, t. 1<sup>er</sup>, p. 148 et 149.

(2) Pothier, *Traité de la possession*, n° 82.