

d'après le droit civil, mais qui manquaient de noms propres, et, par conséquent, d'actions spéciales. — Ceci posé, nous répondrons que les actions dont il s'agit étaient *in factum*, mais seulement sous le rapport de la *demonstratio*; en ce sens, qu'au lieu de désigner le contrat par son nom, comme on aurait désigné un dépôt, une vente ou tout autre contrat nommé, on employait une périphrase pour exposer en tête de l'action, c'est-à-dire dans la *demonstratio*, les circonstances créatrices du contrat innommé; mais l'*intentio* n'en était pas moins *juris civilis*, et la formule *concepta in jus*; telle est du moins l'explication que donnent de ce point difficile MM. Zimmern, Heffter et Du Caurroy.

L'action *præscriptis verbis* se donnait aussi toutes les fois que le nom d'un contrat, ou celui de l'action qui devait en résulter, étant l'objet d'un doute, on reconnaissait néanmoins qu'il était juste d'accorder une action. — Ce nouveau genre d'actions, introduit par Labéon, fut généralement adopté par les Proculéiens; les Sabinéens préféraient donner l'action *utile* du contrat le plus voisin (1).

Au reste, il ne faut pas confondre avec les actions *præscriptis verbis* les anciennes *præscriptio-nes* dont nous avons déjà expliqué la forme, le but et la nature (§ 185 à 188), et sur lesquelles

(1) Ulpian., L. 1, pr., et § 1; — Cels., L. 2; — Nerat. L. 6, ff., de *Præscrip. verb.* — Diocl. et Max., L. 6, C., de *Rer. perm.*

nous reviendrons encore dans le chapitre V de ce livre.

§ 272. — Quel peut être le sens de cette division dans le droit de Justinien.

Il est évident que les théories fondées sur la distinction des actions *in jus* et *in factum* durent tomber avec l'ancienne organisation judiciaire. (Voy. §§ 240 et 241.) Comme cette distinction tenait essentiellement au libellé de la formule, elle n'eut plus aucun sens du moment où, les formules étant supprimées, les plaideurs portèrent directement leurs demandes devant un magistrat chargé de prononcer à la fois sur le fait et sur le droit (1).

#### CINQUIÈME DIVISION.

Actions réelles. — Actions personnelles. — Actions mixtes.

§ 273. — Nature de cette division.

De toutes les divisions d'actions, celle-ci est de beaucoup la plus importante; aussi Gaius et Justinien la présentent-ils comme la division fondamentale, la division par excellence : *summa actionum divisio* (2). Si nous nous sommes écarté de leur exemple, en ne la donnant pas la première, c'est qu'il nous a paru que la connaissance de

(1) Paul., L. 47, § 1, ff., de *Negot. gest.*

(2) Gaius, *Comm.*, IV, § 4. — § 1, *Inst.*, de *Actionib.*

cette division, à peu près inutile pour l'intelligence des divisions précédentes, pouvait au contraire en recevoir quelques secours utiles pour l'explication de plusieurs points.

La matière des actions n'est pas la seule où se rencontrent les expressions *in rem* et *in personam* : nous les retrouvons appliquées aux édits du préteur, aux pactes et aux exceptions. Dans tous ces cas, ces locutions ont une signification commune : *in rem* indique une énonciation faite en termes généraux, sans désignation de personne; *in personam*, une énonciation relative à telle ou telle personne déterminée (1). — L'édit du préteur est conçu *in rem*, quand, comme le dit Ulpian : « *Generaliter (et in rem) loquitur, nec adjicit « personam a quo gestum est »* (2). — Un pacte est *in personam*, quand ses effets ne doivent profiter qu'à une seule personne, sans pouvoir être utiles à d'autres, et notamment à ses héritiers; si, par exemple, je conviens avec mon débiteur de ne rien exiger de lui personnellement (*ne a Lucio Titio petam*). Le pacte est, au contraire, *in rem*, quand la convention est faite en termes généraux, sans désigner personne (*ne petam*). Dans le premier cas, je ne puis rien demander à Titius, mais après sa mort

(1) On les rencontre aussi, exactement avec le même sens, dans le langage vulgaire : Seneca, *ludus* s. *Αποκολοκύντωσις*, IX, 2 : « ... Ne videar *in personam*, non *in rem*, sententiam dicere. »

(2) Ulpian., L. 9, § 1, ff., de *Eo quod met.*

je pourrai poursuivre ses héritiers; dans le second cas, je ne pourrai rien demander ni à Titius ni à ses héritiers (1). — Pareillement, l'exception *quod metus causa* est dite *in rem*, parce que je puis l'opposer au demandeur, quelle que soit la personne qui a commis la violence; et qu'ainsi dans le libellé de l'exception, le fait de violence se trouve mentionné sans indication de la personne qui pourrait en être l'auteur. L'exception *de dolo* est *in personam*, parce que je ne puis l'opposer au créancier qu'autant qu'il serait lui-même l'auteur du dol (2); et que, par conséquent, le libellé de l'exception doit mentionner en même temps, et l'assertion de dol et le nom de celui auquel on l'attribue.

Ceci posé, il est des prétentions que l'on peut élever sans être obligé de nommer l'adversaire, par exemple : AIO FUNDUM CAPENATEM ESSE MEUM EX JURE QUIRITUM... AIO MIHI ESSE JUS EUNDI, AGENDI PER FUNDUM CAPENATEM. D'autres prétentions, au contraire, ne peuvent être énoncées qu'en nommant la personne de l'adversaire; c'est ce qui arrive notamment quand je réclame l'exécution d'une obligation : en effet, il ne suffirait pas de prouver que je suis créancier, il faut encore établir que c'est mon adversaire qui me doit : AIO LUCIUM TITIUM MIHI DARE FACERE

(1) Ulpian., L. 7, § 8; — Paul., L. 13, § 5, ff., de *Pactis*.

(2) Ulpian., L. 2, §§ 1 et 2; L. 4, § 33, ff., de *Doli mali et met. except.*

OPORTERE. Or, l'*intentio* ne fait que reproduire à la troisième personne et sous forme de question, ce que le demandeur a énoncé à la première personne; ainsi donc, dans les prétentions de la première espèce, l'*intentio* ne contiendra pas le nom du défendeur et sera dite conçue *in rem*, parce que le défendeur n'y étant pas désigné, le droit du demandeur est énoncé *generaliter et in rem*: SI PARET FUNDUM CAPENATEM ESSE MÆVII EX JURE QUIRITUM. Dans les autres, le défendeur étant nécessairement nommé dans l'*intentio*: SI PARET LUCIUM TITIUM MÆVIO DARE FACERE OPORTERE, l'*intentio* sera conçue *in personam*.

Au surplus, dans les unes et dans les autres, il faut bien que le juge sache qui il doit condamner: le défendeur sera donc toujours nommé dans la *condemnatio*; et, en ce sens, on peut dire que la *condemnatio* est *in personam*, aussi bien dans les actions réelles que dans les actions personnelles. Notre division n'existe donc que relativement à l'*intentio* de la formule, et on ne l'a appliquée à l'action entière qu'en prenant la partie pour le tout.

La division des actions en réelles et personnelles tenait donc peut-être, dans les idées des Romains, autant aux formes du langage qu'à la nature même des choses, c'est-à-dire à la nature des droits à protéger; mais ici la forme du langage était en si parfaite harmonie avec la nature des choses, et peignait si bien les caractères divers des prétentions soulevées, que cette division a pu

survivre au système formulaire, et passer, presque sans modification, dans le droit de Justinien; par la même raison, elle doit se retrouver dans toutes les législations.

Plusieurs interprètes, en se fondant sur un texte d'Ulpian (1), enseignent que l'action réelle est celle qui se donne *contre tout possesseur* (*actio quæ competit adversus quemlibet possessorem*), ou, comme on le dit tous les jours chez nous, une action qui *suit la chose en quelque main qu'elle se trouve*. Mais, au moins pour le droit romain, ce n'est là ni un caractère exclusif, ni un caractère essentiel des actions réelles. Ce n'est point un caractère exclusif; car il est des actions personnelles qui se donnent contre tout détenteur: telle est, par exemple, l'action *ad exhibendum* (2). On remarque quelque chose de pareil dans l'action *noxale* qui compète contre tout individu qui se reconnaît propriétaire de l'esclave qui a commis le dégât (3). — Ce n'est pas non plus un caractère essentiel: d'une part, en effet, certaines actions réelles ne se donnent pas contre tout détenteur: telle est, par exemple, l'action *paulienne*, qui n'est donnée contre les acquéreurs à titre onéreux qu'autant qu'ils auraient été complices de la fraude (4); et, d'autre part,

(1) Ulpian., L. 25, pr., ff., de *Oblig. et actionib.*

(2) Ulpian., L. 3, §§ 3 et 15, ff., ad *exhib.*

(3) § 5, Instit., de *Noxal. actionib.* — Ulpian., L. L. 7; Paul., L. 8; et Javolen., L. 14, ff., de *Interrog.*

(4) Paul., L. 9; Ulpian., L. 10, §§ 2 et 5, ff., *Quæ in fraud.* — Diocl. et Max., L. 5, C., de *Revoc. his.*

l'action réelle, l'action en revendication elle-même s'exerce quelquefois contre celui qui a cessé de posséder (1); il en faut dire autant de l'action paulienne, qui se donne contre les complices de la fraude, alors même qu'ils ne possèdent pas (2). — Quant au texte d'Ulpien, qu'on a faussé en le généralisant, il ne s'applique, dans la pensée du jurisconsulte, qu'à la revendication proprement dite (*vindicatio rei corporalis*), et signifie seulement que le rôle de défendeur pendant le litige appartient à celle des parties que le préteur a constituée en possession.

§ 274. — Rapports de cette cinquième division des actions avec celle des droits en *jura in re* et *jura ad rem*.

La division des actions *in rem* et *in personam* semble devoir cadrer avec la division des droits en droits réels (*jura in re*) et droits personnels (*jura ad rem*) : il semble que toute action fondée sur un *jus in re* devrait être *in rem*, et que toute action fondée sur un *jus ad rem* devrait être *in personam* (3). Sous certains rapports, ce point de vue est vrai; toutefois, pour ne rien laisser d'obscur sur une matière de cette importance, il faut

(1) Paul., L. 16; L. 27, pr. § 3; — Ulpian., L. 25, ff., de *Rei vind.*

(2) Paul., L. 9, ff., *Quæ in fraud.*

(3) Ce parallélisme entre les droits et les actions qui les sanctionnent a paru si complet que quelques auteurs, notamment Heineccius, n'ont pas hésité à définir le *jus in re* le droit qui donne naissance à l'action *in rem*.

d'abord constater quelles idées les Romains se faisaient des *jura in re* et des *jura ad rem*; et rechercher quelle influence les habitudes du langage ont pu exercer tant sur cette division des droits que sur la division des actions qui y correspond (1).

I. La distinction des *jura in re* et des *jura ad rem* n'est point particulière au droit romain : on la retrouve, au contraire, avec des caractères généraux à peu près semblables dans toutes les législations anciennes et modernes. De là, déjà, on peut conclure que cette distinction n'est point arbitraire, et qu'elle répond à des différences existant réellement dans la nature des choses; et cela est vrai.

Tout droit confère à celui qui en est investi une faculté, c'est-à-dire, un *pouvoir*; mais la portée et l'étendue de ce pouvoir ne sont pas toujours les mêmes.

1° *Jura in re*. — Quelquefois ce pouvoir peut s'exercer envers et contre tous, *adversus omnes*; mais alors il n'impose aux autres hommes que le devoir purement négatif de ne rien faire qui trouble l'ayant droit dans la jouissance des avantages que la chose est susceptible de procurer : *jus ne alius impediatur quominus commodum quoddam ex re capiam*. Quoique, en général, on ne puisse con-

(1) Sur cette matière, il faut consulter deux articles dans lesquels M. Blondeau a analysé la dissertation de Duroi. (Thémis, tom. VIII, pag. 1 à 32, et tom. IX, pag. 34 à 62.)

cevoir un *droit* sans une *obligation* correspondante, ici, néanmoins, l'obligation est de telle nature que, pesant également sur tous les hommes et n'astreignant nul d'entre eux en particulier à aucune prestation active quelconque, on peut, jusqu'à un certain point, faire abstraction des obligés pour ne considérer que la *chose* et l'*ayant-droit*.

Il résulte tout naturellement de là, qu'un *jus in re* peut et doit, en général, s'énoncer comme un assujettissement de la chose à la personne (*quasi rei subjectio*); sans faire mention des rapports que ce droit établit entre celui qui en est investi et les autres hommes. Ainsi, quand je dis : *Cette maison est à moi; j'ai un droit d'usufruit, de passage, d'hypothèque sur ce fonds*, j'exprime une idée complète, une idée à laquelle rien ne manque; parce qu'il est sous-entendu que ce droit de propriété, d'usufruit, de passage, d'hypothèque, je puis m'en prévaloir envers et contre tous. Et de même que la propriété nous apparaît nécessairement comme un *jus adversus omnes*, parce que, s'il y avait une seule personne qui ne fût pas tenue de le respecter, ce droit serait précaire et illusoire; de même nous sommes conduits à dire que l'obligation correspondante à ce droit doit être purement négative : car, puisqu'elle pèse également et indistinctement sur tous, on ne comprendrait pas que tous fussent tenus envers un seul à un service *actif* quelconque.

L'idée de ce devoir négatif que le *jus in re* impose aux autres hommes est si peu nécessaire à

la notion exacte et complète du droit lui-même, que les jurisconsultes romains classiques ne voyaient pas même dans ce devoir une *obligation* proprement dite : aussi disaient-ils, en parlant de celui qui est actionné comme *détenteur* du bien d'autrui, qu'il n'est nullement obligé envers le propriétaire : *nullo jure ei obligatus est*; ce qui est faux, si on prend le mot obligation dans le sens philosophique et moral; mais ce qui est vrai si on prend ce mot dans le sens technique qu'il a dans la science du droit (1).

2° *Jura ad rem*. — Quelquefois, au contraire, le pouvoir qui résulte d'un droit ne peut être exercé que contre une ou quelques personnes déterminées, *adversus certam personam*. Les droits de cette nature consistent en un lien de droit (*vincu-*

(1) «... Aut cum eo agit qui *nullo jure ei obligatus est*, «moveret tamen de aliqua re controversiam...» (Justinian., § 1, *Instit., de Actionib.*)—Notre code civil ne s'est pas toujours exprimé avec cette précision de langage. Dans les articles 639, 651, 652, il appelle formellement *obligation* le devoir correspondant à des servitudes réelles, c'est-à-dire à des *jura in re*; mais ce n'est là qu'une inexactitude de mots; car, au fond, non-seulement le code civil admet, comme le droit romain, que la servitude n'astreint personne à des prestations actives; mais il ne permet même pas les conventions qui imposeraient une telle obligation à la personne du propriétaire du fonds servant (art. 686); voyez cependant les articles 605 et 663, dans lesquels quelques auteurs ont voulu voir, mais à tort selon moi, une exception à ce principe.

*lum juris*), qui met une personne déterminée (*débiteur*) dans la nécessité de donner, de faire, ou de ne pas faire quelque chose au profit d'une autre personne (*créancier*). Ce lien spécial c'est l'*obligation* proprement dite, expression qui, d'ailleurs, s'applique aussi bien au point de vue actif qu'au point de vue passif du lien.

Il est évident qu'un droit de cette nature ne serait pas énoncé d'une manière complète, si on ne mentionnait pas le nom de la personne obligée: car, de cette personne, de sa solvabilité, de sa fidélité à remplir ses engagements, souvent même de son existence, dépend toute la valeur pratique du *jus ad rem*. Ainsi je ne donnerais pas une notion suffisante de mon droit, en disant : *Il m'est dû telle maison, telle somme d'argent*; il faut dire aussi *quelle personne* me doit cette maison ou cette somme.

Aussi, de même que la nature des choses avait conduit les jurisconsultes romains à énoncer les *jura in re* comme un assujettissement de la chose à la personne (*subjectio rei*), elle les avait conduits à exprimer le *jus ad rem*, comme un devoir de la personne envers la personne (*officium personæ*).

II. Abstraction faite des formes de langage si différentes, par lesquelles sont désignés soit les *jura in re*, soit les *jura ad rem*, il est aisé de voir combien ces deux classes de droits diffèrent profondément entre elles.

Par le *jus in re*, j'ai sur la chose un pouvoir immédiat et direct dont je puis me prévaloir

contre quiconque mettrait obstacle à l'exercice de mon droit; je suis en quelque sorte en contact avec la chose même. Par le *jus ad rem*, alors même qu'il a aussi une chose pour objet, je n'ai sur la chose aucune puissance directe et immédiate, et je ne puis arriver à elle que par l'intermédiaire du débiteur, qui reste en quelque sorte interposé entre la chose et moi.

Il ne faut donc pas confondre, comme on le fait si souvent, le *jus in re* avec le *jus ad rem* tendant à la délivrance de la chose. Quand j'ai le *jus in re*, je puis réclamer la chose en quelques mains qu'elle soit; c'est le proverbe vulgaire : *je prends mon bien où je le trouve*. Si je n'ai qu'un *jus ad rem*, je pourrai bien exiger que mon débiteur soit contraint à me délivrer la chose s'il la possède; mais si cette chose n'est plus en sa possession, si elle est passée en d'autres mains, je ne pourrai la réclamer de ceux qui la posséderaient; et mon droit à la chose même se convertira en un droit tout différent, celui d'obtenir des dommages-intérêts contre mon débiteur, à raison du préjudice que me fait éprouver le non-accomplissement de son obligation.

Encore une fois, cette division des droits en *jura in re* et *jura ad rem*, n'est point une théorie purement arbitraire; elle ne fait que traduire la diversité qui existe entre les rapports qui, dans tous les temps et dans tous les pays, ont été considérés comme nécessaires à l'existence même des sociétés; elle a été constatée, mais non créée par



les jurisconsultes; et cela est si vrai, qu'elle n'est pas même posée dogmatiquement par les jurisconsultes romains classiques.

Au reste, de ce qu'il existe dans toutes les législations des droits *adversus omnes* et des droits *adversus certam personam*, il ne faut pas en conclure que, chez tous les peuples, le nombre et l'étendue de ces droits soient les mêmes. — Ainsi, pour ne parler que des *jura in re*, les Romains ont, pendant plusieurs siècles, ignoré jusqu'à l'existence du droit hypothécaire (§ 286); l'emphytéose ne fut aussi que fort tard comprise parmi les droits réels (§ 287). Chez nous, on dispute encore pour savoir si le droit de l'antichrésiste et celui du locataire sont des *jura in re* ou seulement des *jura ad rem*. Enfin, la propriété même, cette base nécessaire de toute société humaine, est loin d'avoir dans tous les pays les mêmes caractères et la même étendue.

III. A la distinction des *jura in re* et des *jura ad rem* se rattache aussi, dans presque tous les pays, une autre théorie d'un grand intérêt pratique. On a généralement admis que le *jus ad rem* peut résulter de la seule convention des parties; mais on a exigé quelque chose de plus pour la transmission des *jura in re* d'une personne à une autre (1).

(1) Ce qui suit n'est que le résumé d'une dissertation que j'ai publiée en 1829, et dans laquelle le riche sujet de l'acquisition des droits réels se trouve traité avec des dé-

C'était à Rome un principe constant que : « *Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur* » (1).

Ces principes avaient passé dans notre ancien droit. En pays de droit écrit, et aussi dans la plupart des pays de coutume, on suivait le principe que soit pour les meubles, soit pour les immeubles, la propriété n'est transférée, à l'égard des tiers, que par la *tradition*. Dans quelques coutumes, ce n'était pas la tradition, mais la transcription du contrat d'aliénation au greffe de la justice locale qui consommait le transfert du droit réel (2). — Ce dernier système fut régularisé et étendu à toute la France par la loi du 11 brumaire an VII,

veloppements qui seraient déplacés dans cet ouvrage, où cette matière ne peut figurer qu'incidemment.

(1) Diocl. et Max., L. 20, C., *de Pactis*. — La règle établie dans ce texte n'est pas formulée d'une manière assez générale. D'une part, aux mots *traditionibus et usucapionibus*, il aurait fallu ajouter *mancipationibus, in jure cessionibus*, etc. D'autre part, l'expression *nudis pactis* est trop restreinte, puisque les *stipulations* ne sont pas moins impuissantes que les *nuda pacta*, quand il s'agit du transfert de la propriété, soit des servitudes.

(2) C'est ce qu'on appelait les coutumes de *nantissement*. Le nantissement était désigné aussi, selon les localités, par les expressions de *saisine, dessaisine, adhéritance, déshéritance, mise de fait, œuvres de loi, devoir de loi*, etc. Ce régime de publicité, dont l'origine était féodale, était suivi dans quelques-unes de nos provinces du nord et dans une grande partie de l'Europe septentrionale, notamment en Belgique, en Hollande, en Suède, dans une partie de la Prusse, etc.

mais seulement pour deux *jura in re*, la *propriété* et l'*hypothèque*. Sous l'empire de cette loi, la convention ne transférait à l'acquéreur qu'une simple créance (*jus ad rem*), susceptible de se transformer en *jus in re*, opposable à tous, par la transcription ou l'inscription du contrat sur les registres publics : et c'est là ce qu'on appelle *régime de publicité*.

Le Code civil *paratt* s'être écarté du principe de la loi de brumaire; du moins il a été interprété en ce sens, que la vente suffit, indépendamment de toute tradition et de toute transcription, pour rendre immédiatement l'acheteur propriétaire, même à l'égard des tiers (1).

Pendant que nous abandonnions ainsi le principe de la publicité, les autres peuples s'appliquaient, au contraire, à le développer et à l'étendre à tous les autres droits réels. Aujourd'hui, la législation civile en Europe tend évidemment à faire prévaloir ce principe, que nul ne peut prétendre avoir un droit réel (*jus in re*) sur un immeuble, que du moment où il a rendu son contrat public en le faisant transcrire ou inscrire sur les registres hypothécaires (2).

(1) Je dis *paratt*, car je crois avoir démontré, dans la dissertation rappelée plus haut, que le Code civil se prêtait très-bien à une interprétation qui aurait maintenu le principe de la loi de brumaire. Au surplus, le contraire est aujourd'hui chose jugée; on ne saurait plus y revenir que par voie législative.

(2) *Voy.* notamment le Code autrichien de 1812; — Le

Quoi qu'on en ait pu dire (1), le principe qui refuse à la simple convention la vertu de transférer le droit réel à l'égard des tiers, me semble par lui-même très-conforme à la raison et à la nature des choses. Même en laissant de côté les considérations d'économie politique qui militent si puissamment pour le régime de la publicité, on peut justifier ce principe par la nature même des conventions. Il ne me semble pas, en effet, qu'il soit dans la nature des conventions de produire immédiatement des *jura in re*, des droits *adversus omnes*. Si les conventions légalement formées tiennent lieu de loi, c'est seulement *entre les parties* contractantes (Cod. civ., art. 1134). Quant aux *tiers*, dans l'ignorance invincible où ils se trouvent du fait de la convention, on ne saurait équitablement en faire peser sur eux les résultats; en d'autres termes, on ne peut les obliger à reconnaître, comme propriétaire, un acquéreur

Code hypothécaire bavaïse du 1<sup>er</sup> juin 1822; — La loi hypothécaire de Wurtemberg du 25 mars 1825; — Et surtout le projet de Code hypothécaire du canton de Genève, rédigé en 1820 et 1821.

(1) M. Toullier (tom. IV, n° 68), et M. Troplong (Comm. sur la vente, tom. I, pag. 57), pensent qu'en proclamant le principe que la *convention suffit pour transférer la propriété*, les rédacteurs du Code civil ont opéré une réforme salutaire *réclamée par la raison;... que la bonne foi, l'équité et la justice doivent s'en applaudir...* Sur ce point mon opinion est diamétralement opposée à celle de ces deux savants jurisconsultes.