

mettent d'y recourir. C'est ce que nous allons examiner en étudiant la jurisprudence.

Un arrêt constate en fait que le demandeur ne prouvait sa propriété ni par titres ni par prescription; le défendeur de son côté n'avait pas une possession véritable, suffisante pour conduire à la prescription. Dans cette position, dit la cour de cassation, la cour d'appel a dû nécessairement rechercher, dans les faits et circonstances du procès, des indices de propriété et des éléments de décision qu'il lui était impossible de rencontrer ailleurs. L'arrêt contre lequel il y avait un pourvoi se fonde sur ce que la possession du demandeur en revendication était mieux caractérisée que celle du défendeur, celle-ci étant incertaine, équivoque et clandestine; l'arrêt invoque encore les énonciations du cadastre, le paiement de l'impôt, les déclarations des témoins, la topographie des lieux et le plan de l'expert. Que dit la cour de cassation? « Que la cour de Nîmes n'a fait qu'apprécier des présomptions abandonnées par le législateur aux lumières et à la prudence du magistrat (1). » Nous ne connaissons qu'un seul texte qui permette au juge de se décider par des présomptions abandonnées à son appréciation, c'est l'article 1353; mais le code limite formellement cette disposition au cas où la preuve testimoniale est admissible, donc au cas où la valeur pécuniaire du litige ne dépasse pas cinquante francs. Ni l'arrêt de la cour d'appel, ni celui de la cour de cassation ne constatent que, dans l'espèce, il en fût ainsi; les considérants sont conçus dans les termes les plus généraux, ainsi que la règle que les auteurs ont déduite de la jurisprudence. Ainsi formulée, la doctrine est en opposition avec le texte même sur lequel elle repose. Restent les exigences pratiques, c'est-à-dire l'équité. Ceci nous ramène à la publicienne, qui n'existe plus en droit moderne, et que du reste les tribunaux n'invoquent point (2).

(1) Arrêts de rejet du 16 avril 1860 (Daloz, 1860, 1, 251) et du 11 novembre 1861 (Daloz, 1862, 1, 94).

(2) Il y a des arrêts de la cour de Bruxelles qui paraissent conformes à notre opinion (arrêts du 3 juillet 1822 et du 27 novembre 1823, dans la *Pasicrisie*, 1822, p. 197, et 1823, p. 546).

N° 3. EFFETS DE LA REVENDICATION.

173. La revendication a pour objet la restitution de la chose revendiquée : tel est l'objet principal de l'action, tel en est aussi l'effet. Il s'est présenté une singulière difficulté dans l'application de ce principe. Les jurisconsultes romains déjà ont prévu le cas où le défendeur serait possesseur fictif; ils supposaient qu'il n'avait réellement pas la possession, mais qu'il se défendait comme s'il possédait, et ils décidaient que ce possesseur fictif pouvait être condamné, non pas à restituer ce qu'il ne possédait pas, mais à des dommages-intérêts (1). Voici l'espèce jugée par la cour de cassation. Une personne se rend adjudicataire de différentes propriétés. Le vendeur revendique contre elle un terrain qu'il dit être resté en dehors de l'adjudication, et que l'acquéreur avait eu le tort d'occuper. Celui-ci soutient que le terrain litigieux est compris dans son adjudication, et de plus il dénie la propriété du demandeur : il est condamné à délaisser la parcelle revendiquée. Le jugement passe en force de chose jugée. Quand il s'agit de l'exécuter, la partie condamnée prétend que c'est par erreur qu'elle s'était crue propriétaire, qu'elle avait abandonné le terrain à un voisin qui, à vrai dire, en avait toujours eu la propriété et même la possession. Ces prétentions furent accueillies par la cour de Paris; mais sur le pourvoi, l'arrêt fut cassé par des motifs péremptoires. Le jugement qui condamnait le défendeur à restituer le terrain litigieux avait acquis l'autorité de la chose jugée; il devait donc recevoir son exécution. Vainement le défendeur disait-il qu'il n'était pas propriétaire; s'il était dans l'impossibilité de restituer, il devait payer des dommages-intérêts (2).

174. Que faut-il décider si le possesseur injuste a vendu la chose, et si l'acheteur a acquis la propriété par la prescription? Il est certain que l'ancien propriétaire ne peut

(1) L. 25, D., *de hereditatis petitione* (V, 3). L. 5, 6 et 7, D., *de rei vindicatione* (VI, 1). Merlin, *Répertoire*, au mot *Revendication*, n° 4, et au mot *Enregistrement*, § 3.

(2) Arrêt de cassation du 14 février 1860 (Daloz, 1860, 1, 108).

pas revendiquer contre celui qui est devenu propriétaire par la prescription. Il n'a pas non plus l'action en revendication contre l'auteur de celui-ci, car il a cessé de posséder. Mais n'a-t-il aucune action contre lui? Il faut distinguer : si, en supposant que le possesseur injuste n'eût pas vendu, il avait prescrit la propriété de la chose litigieuse, il sera à l'abri de toute action. Mais si le temps requis pour la prescription n'est pas écoulé, il reste tenu d'indemniser le propriétaire du préjudice qu'il a causé en vendant une chose qui ne lui appartenait point. La jurisprudence est en ce sens, et il n'y a aucun doute au point de vue des principes (1).

175. Le défendeur peut encore être dans l'impossibilité de restituer la chose, si elle a péri en tout ou en partie. Sera-t-il tenu des dommages-intérêts? Les jurisconsultes romains distinguaient entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Le premier n'est jamais tenu du cas fortuit, car en principe personne n'est tenu du cas fortuit; il n'en est pas de même du possesseur de mauvaise foi, il répond du cas fortuit quand il est en demeure; or, il est mis en demeure par la demande (2). On pourrait croire que le possesseur de bonne foi est aussi mis en demeure par la demande; mais la demande seule ne le constitue pas en demeure; malgré l'action intentée contre lui, il peut conserver sa bonne foi; or, il n'y a aucune faute à se défendre de bonne foi (3). En droit romain, on admettait que le possesseur violent était en demeure de plein droit, de même que le voleur (4). Il n'en est pas de même en droit français : la demeure de plein droit ne peut exister qu'en vertu de la loi; or, le code ne l'établit que contre le voleur; quant au possesseur violent, il n'y a pas de texte, ce qui décide la question.

Si la chose a péri par la faute du défendeur, il faut encore distinguer entre le possesseur de bonne foi et le possesseur

(1) Bruxelles, 9 mai 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 170). Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 23 janvier 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 124). Liège, 11 janvier 1845 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 351).

(2) L. 15, § 3, D., VI, 1 (*de rei vindicatione*).

(3) L. 40, pr., D., V, 3 (*de hereditatis petitione*).

(4) L. 8, § 1, D., XIII, 1 (*de conduct. furt.*). L. 19, D., XLIII, 16 (*de vi*).

de mauvaise foi. Il va sans dire que celui-ci répond toujours de sa faute. Mais avant la demande, on ne peut pas dire que le possesseur de bonne foi soit en faute; il croit que la chose lui appartient; or, il n'y a pas de faute à reprocher au propriétaire qui laisse dépérir la chose (1). Toutefois après la demande, le possesseur, fût-il de bonne foi, est tenu de sa faute. Cela n'est pas en contradiction avec ce que nous venons de dire du cas fortuit. Il n'y a que celui qui est en demeure qui soit tenu du cas fortuit; tandis que pour être tenu de sa faute, il suffit que le possesseur soit obligé de conserver la chose avec les soins d'un bon père de famille. Or, dès qu'une action en revendication est intentée contre lui, il doit s'attendre, malgré sa bonne foi, à devoir restituer, car tout plaideur peut perdre son procès. Donc il doit conserver et, par suite, il répond de sa négligence (2).

176. L'obligation de restituer la chose revendiquée comprend aussi les accessoires. Quant aux fruits, nous en traiterons au chapitre de l'*Accession*, en suivant l'ordre du code civil; c'est aussi là que la loi s'occupe des constructions et plantations faites par le possesseur. Restent les impenses. On entend par là les travaux faits par le possesseur de l'héritage pour conserver, améliorer ou embellir l'immeuble, sans qu'il y ait de nouvelles constructions, celles-ci étant réglées par une disposition spéciale du code. De là la distinction des impenses en nécessaires, utiles ou voluptuaires.

Les impenses nécessaires sont celles qui conservent la chose en tout ou en partie; elles sont nécessaires en ce sens que si elles n'étaient pas faites, la chose périrait (3). Il suit de là que le propriétaire aurait dû les faire, à moins de laisser périr sa chose. Donc le possesseur qui les fait enrichit le propriétaire du montant de la dépense; de là l'obligation du propriétaire revendiquant de la restituer au défendeur, car l'équité demande que personne ne s'enri-

(1) L. 25, § 11, D., V, 3 (*de hereditatis petitione*).

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 393 et 394. Pothier, *De la propriété*, n° 332 et suiv.; *De la possession*, n° 336. Merlin, *Répertoire*, au mot *Fruits*, n° 4.

(3) C'est la définition de la loi romaine (L. 79, D., *de verb. signif.*, L, 16).

chisse aux dépens d'autrui. Cela est de droit naturel, disent les lois romaines (1). Que faut-il décider si la chose périt par cas fortuit, après que les impenses ont été faites? Il y a un motif de douter, c'est que le propriétaire ne s'enrichit pas dans ce cas (2). Mais le motif de décider est que le cas fortuit frappe le propriétaire; or, si l'on ne donnait aucune action au possesseur pour des impenses qui ont disparu par un cas fortuit, c'est lui qui supporterait les conséquences du cas fortuit, dont cependant il ne répond pas, ce qui serait contraire à tout principe. Il suit de là que lorsque les impenses nécessaires sont faites par un possesseur de mauvaise foi, il a droit à les répéter contre le propriétaire revendiquant, si elles subsistent, le motif d'équité existant en sa faveur aussi bien qu'en faveur du possesseur de bonne foi; mais si l'impense a disparu par un cas fortuit, il n'y a plus droit, car il répond de sa mauvaise foi; il aurait dû restituer la chose, il est en faute, à moins qu'il ne prouve que la chose eût aussi péri dans les mains du propriétaire (3).

Il y a une exception à ces principes pour les dépenses de simple entretien. Ces dépenses sont à charge de celui qui gagne les fruits, car on n'entend par fruits que ce qui reste, dépenses déduites, et d'un autre côté, les dépenses d'entretien étrangères aux fruits se payent sur les fruits. Il y a un autre motif péremptoire pour le décider ainsi. Si le propriétaire revendiquant doit restituer les impenses nécessaires, c'est qu'il s'en enrichit; or, il ne s'enrichit certes pas des dépenses d'entretien, car ce n'est pas lui qui en profite, c'est le possesseur. Cela suppose que le possesseur est de bonne foi, car lui seul gagne les fruits; le possesseur de mauvaise foi doit les restituer, dès lors l'équité qui domine dans cette matière exige que les dépenses d'entretien lui soient restituées, il en a joui à la vérité; malgré cela, on peut dire que le propriétaire s'en enrichit. Il s'en-

(1) L. 206, D., de regulis juris (L. 17) : « Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento locupletior fieri. »

(2) Demolombe, t. IX, p. 640, n° 687.

(3) L. 38, D., de hereditatis petitione (V, 3). Aubry et Rau, t. II, p. 396 et note 33.

richit en ce sens qu'il gagne les fruits; or, une portion de ces fruits aurait été employée par lui à faire les dépenses d'entretien, dépenses qui, en définitive, profitent aussi au propriétaire, puisqu'elles entretiennent sa chose en bon état et en préviennent ainsi la ruine (1).

177. Les impenses utiles sont celles qui, bien que n'étant pas faites pour la conservation de la chose, ont pour but et pour effet de l'améliorer. Comme le propriétaire revendiquant ne peut jamais s'enrichir aux dépens du possesseur, l'équité exige qu'il restitue ces dépenses au défendeur. Mais quel moment faut-il considérer pour évaluer le montant de la plus-value? On décide que c'est le moment où la restitution se fait, car c'est alors seulement que le propriétaire profite de l'augmentation de valeur; il ne s'enrichit donc réellement que de la plus-value qui existe lorsqu'il rentre en jouissance de sa chose. Vainement le possesseur objecterait-il qu'il sera en perte si, ayant procuré une plus-value de dix mille francs, on ne lui restitue qu'une somme de huit mille, quand la plus-value est réduite à ce chiffre. On lui répond qu'il a fait ces travaux pour son compte, que le propriétaire ne les aurait peut-être pas faits, qu'il serait donc injuste de mettre l'impense à sa charge, au delà de l'utilité réelle qu'il en retire. Ce peut déjà être une charge très-lourde que de payer le montant de la plus-value existante; aussi les jurisconsultes romains admettaient-ils une exception pour le cas où le propriétaire n'aurait pas les moyens de rembourser l'impense faite par le possesseur. Nous n'entrons pas dans l'examen de ces distinctions, la matière étant pour ainsi dire de pure théorie (2).

Le possesseur de mauvaise foi a-t-il aussi le droit de réclamer les impenses utiles jusqu'à concurrence de l'augmentation de valeur qu'elles ont produite? En droit romain, on refusait une action au possesseur de mauvaise foi, sauf dans le cas de pétition d'hérédité. Cujas soutint, en faisant violence aux textes, que les jurisconsultes n'en-

(1) Pothier, *De la propriété*, n° 344. Arrêt de Paris du 11 juillet 1851 (Dalloz, 1855, 2, 143).

(2) Voyez Pothier, *De la propriété*, nos 346-349.

tendaient parler que de la rigueur du droit; mais que la maxime d'équité qui oblige le propriétaire revendiquant à indemniser le possesseur des impenses dont il profite pouvait être invoquée même par le possesseur de mauvaise foi : l'équité permet-elle de s'enrichir aux dépens de qui que ce soit? A cela on répond que le propriétaire aussi peut invoquer l'équité : permet-elle à un possesseur de mauvaise foi de constituer le propriétaire en dépense malgré lui? Voilà l'équité en conflit avec l'équité. Pothier dit que dans la pratique on laissait au juge à décider, suivant les circonstances, si le propriétaire doit ou non restituer les impenses utiles. Quelles étaient ces circonstances? Le degré de mauvaise foi; la mauvaise foi était-elle inexcusable, on ne montrait aucune indulgence au possesseur, tandis que s'il avait une excuse, on lui tenait compte des améliorations qu'il avait faites à l'héritage (1). Que faut-il décider sous l'empire du code civil? Le code a admis les principes du droit romain pour les constructions nouvelles que ferait un possesseur de mauvaise foi, en ce sens que le propriétaire en peut exiger la démolition (art. 555). Pour les simples impenses, il n'y a pas de texte. Il est difficile d'appliquer par analogie la disposition de l'article 555, puisqu'il suppose que le possesseur peut démolir et enlever les matériaux dont il profite, tandis que les impenses se confondant avec l'héritage amélioré ne s'enlèvent pas. Reste l'équité, que le juge, dans le silence de la loi, peut consulter surtout dans une matière qui est fondée sur une maxime d'équité. Le juge pèsera donc les considérations d'équité que les deux parties feront valoir; l'équité veut que le possesseur soit indemnisé s'il a procuré une plus-value au fonds; l'équité veut aussi que le propriétaire ne soit pas chargé d'une dépense excessive. Le juge appréciera (1).

178 Les impenses voluptuaires sont des travaux d'agrément qui n'augmentent pas la valeur du fonds. Il suit de là que le propriétaire ne s'en enrichit pas, et par suite il ne peut être tenu à aucune indemnité. On demande si le

(1) Pothier, *De la propriété*, n° 350. Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 396 et note 36. Arrêt de rejet du 22 août 1865 (Dalloz, 1865, 1, 358) et Grenoble, 10 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 2, 41).

possesseur peut enlever les choses susceptibles d'enlèvement, et rétablir les lieux dans leur ancien état en détruisant les travaux d'embellissement? Il est difficile de lui refuser la faculté d'enlever ce qui peut être détaché du fonds sans qu'il en résulte aucune détérioration; et en principe le propriétaire n'a pas le droit de se plaindre si on lui rend son héritage non embelli. Cependant, dans une question analogue, les jurisconsultes romains apportaient une restriction à cette décision. Il ne faut pas favoriser la méchanceté des hommes, disent-ils (1); si donc le possesseur agissait sans utilité aucune pour lui, sans autre but que de nuire au propriétaire en le privant d'un agrément, il ne faudrait pas tolérer cette malice, car on n'a jamais le droit de nuire pour le plaisir de nuire. Puisque les juges peuvent et doivent décider ces questions par des motifs d'équité, ils feront bien de suivre les décisions des lois romaines.

179. Si le possesseur est un acquéreur à titre onéreux qui a payé le prix de son acquisition, a-t-il une action de ce chef contre le revendiquant? La négative est évidente. Il n'y a aucun lien de droit entre le possesseur et le propriétaire; si celui-ci est tenu à certaines prestations, c'est uniquement en vertu de la maxime d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, le possesseur n'enrichit pas le propriétaire en payant le prix entre les mains de son vendeur.

Pothier dit que le possesseur a une action du chef des sommes qu'il aurait payées à des créanciers ayant hypothèque sur l'héritage qu'il détient. Au point de vue des principes de droit, la décision est trop absolue. Si c'est comme tiers détenteur que le possesseur a payé, il est subrogé aux droits des créanciers contre le débiteur, et par conséquent contre le propriétaire s'il est débiteur personnel (art. 1251, n° 3). Si le propriétaire n'est pas débiteur, le possesseur ne peut avoir de recours contre lui en vertu des principes qui régissent le payement et la subrogation. A-t-il une action en vertu de l'équité? On peut dire

(1) L. 38, D., *de rei vindic.* (VI, 1). Aubry et Rau, t. II, p. 397 et note 39.

qu'en payant les créanciers inscrits, il a affranchi l'immeuble d'un droit réel, que par suite il a rendu service au propriétaire, qui aurait été obligé de payer les créanciers hypothécaires si le possesseur ne l'avait pas fait. C'est la considération que Pothier fait valoir. Mais le propriétaire ne peut-il pas répondre que si le possesseur a payé sans être poursuivi, il a eu tort, que les créanciers se seraient peut-être adressés au débiteur principal; qu'ayant payé pour le débiteur, le possesseur devait se faire rembourser par celui-ci. Voilà de nouveau l'équité en conflit avec l'équité. Les tribunaux décideront d'après les circonstances; ils jouissent en cette matière d'un pouvoir discrétionnaire (1).

Il y a exception à ces principes dans les cas où le propriétaire d'une chose mobilière volée ou perdue la revendique contre celui qui l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles; dans ces divers cas, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre, dit l'article 2280, qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté. Cette disposition est une exception qui ne peut pas être étendue à la revendication des immeubles, parce que la revendication des objets mobiliers est régie par des principes spéciaux fondés sur l'intérêt du commerce; ces principes sont par cela même étrangers aux immeubles.

180. Le possesseur consent des baux avant la revendication. On demande si le propriétaire doit les respecter. Il a été jugé, et avec raison, que le possesseur n'a aucun droit de donner les biens à bail (2). Ce n'est pas qu'il faille être propriétaire pour consentir des baux, mais il faut au moins avoir un droit quelconque sur la chose; celui qui est sans droit aucun ne peut certes pas donner la chose à bail. Or, quand la revendication est admise, il est prouvé par cela même que le possesseur n'a jamais eu de droit sur la chose. Il a possédé, il est vrai, mais la possession n'est qu'un fait, et un fait ne donne d'autres droits que ceux que la loi y attache. Il faudrait donc un texte pour

(1) Pothier, *De la propriété*, n° 343, et la note de Bugnet.
(2) Bruxelles, 14 mars 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 190).

accorder au possesseur le droit de consentir des baux qui obligent le propriétaire. Le silence de la loi décide la question.

181. Il reste une dernière difficulté sur cette matière trop négligée par les auteurs du code civil. Le possesseur a fait des impenses ou des constructions; il a droit à une indemnité de ce chef contre le propriétaire: jouit-il du droit de rétention comme garantie de son recours? En droit romain, on décidait que le propriétaire ne pouvait, en ce cas, obliger le possesseur à lui délaisser la chose, s'il n'avait remboursé au préalable les sommes qu'il lui devait (1). Les ordonnances des rois de France consacraient formellement ce droit de rétention. Il y avait un danger pour le propriétaire: c'est que le possesseur différât à dessein la liquidation de l'indemnité pour prolonger sa possession; l'ordonnance de 1667 (art. 9) permit au juge de lui imposer un délai, passé lequel le propriétaire pouvait être mis en possession de son héritage, en donnant caution de payer les indemnités (2). Ce droit de rétention existe-t-il encore sous l'empire du code?

La question est controversée et douteuse. Aussi les opinions sont-elles très-partagées. Il y a des auteurs qui n'admettent pas le droit de rétention hors des cas expressément prévus par la loi, et qui par conséquent le refusent au possesseur. D'autres l'accordent au possesseur sans distinguer entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Il y en a qui font cette distinction. Puis viennent des opinions intermédiaires que nous rencontrerons en discutant la question (3). La même difficulté se présente dans d'autres cas. Nos meilleurs auteurs traitent la matière au titre des *Hypothèques*; nous ferons de même. Pour le moment, nous nous bornons à poser le principe général et à l'appliquer au possesseur.

A notre avis, le droit de rétention n'existe que dans les cas expressément prévus par la loi. Ce principe découle

(1) L. 65, D., *de rei vindic.* (VI, 1).

(2) Pothier, *De la propriété*, nos 344, 345 et 357.

(3) Voyez, sur ces diverses opinions, Aubry et Rau, t. III, p. 114 § 256 bis.

de la nature même du droit de rétention. C'est une garantie pour le possesseur; contre qui peut-il l'invoquer? Sur ce point il y a de nouvelles controverses; nous laissons de côté l'opinion extrême qui fait de la rétention un droit réel et y attache le droit de suite. Il suffit de s'en tenir aux conséquences que la doctrine et la jurisprudence dérivent généralement du droit de rétention pour se convaincre que c'est une espèce de privilège, en ce sens que le possesseur peut opposer la garantie qui en résulte aux tiers, du moins dans une certaine mesure. Ainsi l'on enseigne que le possesseur peut se prévaloir de son droit de rétention contre l'acquéreur et contre les créanciers hypothécaires postérieurs. L'on ajoute que les autres créanciers pourront à la vérité saisir l'immeuble et le faire vendre; mais comme le droit de rétention subsiste, ils seront forcés de consentir au paiement de la créance du possesseur par voie de prélèvement sur le prix d'adjudication (1). Donc le droit de rétention, tout en n'étant pas un privilège, a des effets plus considérables que le privilège, puisqu'il l'emporte même sur les créanciers privilégiés. Cela décide la question. Il n'y a pas de privilège, quelque restreint qu'on le suppose, sans loi, parce que la loi seule a le pouvoir d'accorder à certains créanciers une préférence sur d'autres. Par la même raison, l'on ne peut pas invoquer les articles du code qui accordent le droit de rétention (art. 867, 1612 et 1613, 1673, 1749, 1948); car il est de principe que les causes de préférence établies par la loi sont de stricte interprétation; on ne peut pas même les étendre par voie d'analogie, car ce serait créer des privilèges, et le législateur seul a ce droit. Nous verrons que dans les divers cas où le code établit le droit de rétention, des raisons spéciales, parfois toutes personnelles au créancier, légitiment cette préférence. C'est au législateur à voir s'il y a des motifs suffisants qui le justifient. Nous ne prétendons pas que le possesseur, surtout le possesseur de bonne foi, ne méritait pas cette faveur, mais le législateur ne la

(1) C'est l'opinion d'Aubry et Rau (t. III, p. 119); nous y reviendrons au titre des *Hypothèques*.

lui ayant pas accordée alors qu'il avait sous les yeux les anciennes ordonnances qui la consacraient, il faut conclure qu'il la lui a refusée.

La jurisprudence admet le droit de rétention pour le possesseur de bonne foi, elle ne l'accorde pas au possesseur de mauvaise foi. Cette distinction peut être équitable, mais l'équité suffit-elle pour donner ou refuser une garantie à une seule et même créance, qui a aussi son fondement dans l'équité, alors même que le possesseur est de mauvaise foi? Rien de plus faible que les motifs que l'on trouve dans les arrêts. On lit, non sans étonnement, dans un arrêt de la cour de cassation de France, « que la loi accorde le droit de retenir l'immeuble jusqu'à parfait remboursement des impenses, au seul tiers possesseur évincé dont la bonne foi est présumée seulement jusqu'à preuve du contraire (1). » Si on demandait à la cour où est la loi qui accorde ce droit au possesseur de bonne foi et qui le refuse au possesseur de mauvaise foi? La cour de Montpellier se contente de dire que le droit de rétention est en harmonie avec l'esprit de la législation civile, elle cite les articles qui l'admettent, puis elle ajoute que cela est de doctrine et de jurisprudence (2). Est-ce que l'esprit de la loi peut créer un privilège? est-ce que les auteurs et les tribunaux ont le droit d'établir des privilèges, c'est-à-dire de faire la loi? La cour de Rouen fait appel à l'équité, qui nous dit que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui (3); cependant elle limite le droit de rétention au possesseur de bonne foi, bien que le droit de tout possesseur, fût-il de mauvaise foi, est précisément fondé sur ce principe d'équité: n'est-ce pas une preuve bien évidente que le législateur seul, qui donne un droit égal au possesseur de mauvaise foi et au possesseur de bonne foi, aurait pu accorder à celui-ci une garantie et la refuser à l'autre? La cour de Bastia répond que, hors les cas où la loi accorde expressément ce droit, la condition essentielle de son exercice consiste dans la bonne foi du possesseur. Et la raison? C'est que le posses-

(1) Arrêt de rejet du 25 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 279).

(2) Montpellier, 25 novembre 1852 (Dalloz, 1852, 2, 52).

(3) Rouen, 18 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 2, 109).

seur de mauvaise foi doit restituer les fruits et qu'il ne peut pas prescrire (1). Eh! qu'est-ce que les fruits et la prescription ont de commun avec le droit de rétention? La cour de Grenoble décide que ce droit n'appartient qu'au détenteur qui a un juste titre : c'est décider la question par la question. Elle appelle ce droit un *privilege* : est-ce qu'un *privilege* se crée par voie de raisonnement (2)?

Les auteurs y ont mis plus de rigueur, mais leur doctrine est tout aussi arbitraire. M. Demolombe exige deux conditions pour qu'il y ait lieu au droit de rétention : d'abord la réciprocité de deux obligations relatives à une même chose, puis une origine commune et une même cause d'où dérivent également ces deux obligations. Il reconnaît que cette dernière condition manque au possesseur; néanmoins il lui accorde le droit de rétention, fût-il de mauvaise foi; il finit par s'en rapporter au pouvoir discrétionnaire du juge. Nous demanderons si un droit qui dépend du pouvoir discrétionnaire du juge est un droit? Et pourquoi le juge a-t-il ce pouvoir exorbitant qui est tout à fait contraire à l'esprit de notre législation civile? Parce que, dit-on, « ce pouvoir appartient, en général, aux magistrats pour tout ce qui concerne le règlement des mesures provisoires et conservatoires (3)! »

Aubry et Rau ont un autre principe : ils exigent que la détention du possesseur se rattache à une convention, ou tout au moins à un quasi-contrat, et que la dette, connexe à la chose détenue, ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat. Rien de mieux. Mais quel est le fondement de ce principe? ne faut-il pas un texte pour restreindre ainsi le droit de rétention? Car, en vertu de leur principe, ces excellents jurisconsultes décident comme si leur principe était une loi; ils accordent ou refusent le droit de rétention, et quand ils l'accordent, il leur arrive de le donner pour les impenses nécessaires et de le refuser pour les impenses utiles. N'est-ce pas l'arbi-

(1) Bastia, 9 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 2, 262).
 (2) Grenoble, 10 juillet 1860 (Dalloz, 1862, 2, 41). Comparez les arrêts plus anciens cités dans Dalloz, au mot *Propriété*, n° 435.
 (3) Demolombe, t. IX, p. 635 637, n° 682.

traire en plein? Nous leur demandons un texte, ils citent l'article 1134, qui porte que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Les auteurs du code civil auraient été bien étonnés si on leur avait appris qu'en formulant un principe d'équité, ils fondaient un *privilege*! Nous comprenons le *privilege*, mais nous demandons qu'il soit réglé par la loi. Aubry et Rau se font législateurs. Ils décident, par application de leur principe, que le possesseur n'a pas le droit de rétention; puis ils imaginent un moyen qui permet au juge de lui accorder indirectement ce que le principe ne permet pas de lui donner directement : si le propriétaire, disent-ils, ne présente pas de garanties suffisantes de solvabilité, le juge peut subordonner l'exécution de la condamnation en délaissement au paiement des sommes qui seraient dues au possesseur (1). Les deux opinions que nous venons d'exposer reviennent à dire, celle de M. Demolombe : le possesseur a le droit de rétention, mais le juge peut le lui enlever; celle de MM. Aubry et Rau : le possesseur n'a pas le droit de rétention, mais le juge peut le lui donner. Toujours le pouvoir discrétionnaire du juge! Nous n'admettons ce pouvoir que lorsque la loi le consacre.

(1) Aubry et Rau, t. 111, p. 45 et note 5, p. 118 et note 18.