

d'hui, il est nécessaire que nous commençons par nous fixer sur la nature du droit de jouissance que le bail procure au preneur. Ce point est très-important et doit soigneusement occuper nos méditations.

Et d'abord, nous ferons remarquer que le bail ne crée pas au profit du preneur un de ces démembrements de la chose qui, comme l'usufruit, l'usage ou la servitude, appauvrissent le propriétaire, et lui enlèvent une portion importante du plein domaine de la chose. Le bail est, au contraire, pour le maître un moyen de tirer parti de l'immeuble, tout en en conservant la substance : c'est une manière de le mettre en rapport et d'en retirer des fruits. Quand un individu passe un bail de ses héritages, il n'est personne qui s'imagine qu'il fractionne et amoindrit son droit de propriété. Mais s'il vient à concéder un usufruit, un droit d'usage, une servitude, tout le monde comprend au premier coup d'œil que son domaine sera désormais moins plein et moins absolu (1).

La raison en est que le fermier n'a qu'une possession d'emprunt, et que, même dans le droit qui lui est attribué, il reconnaît qu'il n'est pour ainsi dire qu'un procureur jouissant pour le maître, cultivant pour lui et percevant les fruits, pour les partager dans la juste mesure qui appartient d'une part au travail et de l'autre au droit prééminent de propriété (2). J'accorde qu'il possède, mais il ne possède pas *animo domini*; il est dominé par la pensée du droit d'autrui qui s'attache à tous ses actes et les pénètre d'un élément de précarité (3).

Prenez, au contraire, un usufruitier, et un tout autre aspect frappera vos regards. Demandez-lui, par exemple, si, lorsqu'il cultive, lorsqu'il récolte, il se considère comme le procureur, le représentant du nu-propriétaire. Voici ce que dans son bon sens instinctif il vous répondra, sans avoir besoin de consulter les lois :

(1) Mon Comm. de la *Prescription*, t. 1, n° 367.

(2) C'est pourquoi le président Favre dit très-bien : « *Præstat pensionem domino, qui per eam pensionis perceptionem non tantum rei suæ possessionem retinere, sed etiam re suâ ipsâ frui intellegitur*, l. 38, D. De usuf. (De error. pragmat. » Decad., 100, error 5, *infr.*, n° 271).

(3) Mon Comm. de la *Prescription*, n° 239.

sans doute, ma possession tient lieu de celle du propriétaire, contre tous ceux qui voudraient lui ravir la nue propriété; sans doute à l'égard des tiers, la nue propriété et l'usufruit sont censés se réunir et se coaliser pour repousser toutes les prétentions qui tenteraient de tirer parti de leur division accidentelle. En un mot, ces deux droits ne font qu'un et ils sont en quelque sorte solidaires l'un de l'autre pour écarter les tiers. Mais quand le débat demeure circonscrit entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, il n'en est plus ainsi. L'usufruitier possède un démembrement distinct de la chose; il la possède comme maître et non pour autrui. Dans sa sphère, il peut braver le nu-propriétaire, se poser en rival, et lui dire : je ne vous dois rien.

... Illâ se jactet in aulâ.

En est-il de même du fermier? Non sans doute! Il a beau s'exalter sur la nature de son droit!! son sort est lié à celui du propriétaire; il travaille pour lui mettre son revenu dans la main; il est son intermédiaire entre sa terre et lui; il est son ouvrier de même que le locataire est son collecteur.

5. Toutefois reconnaissons une chose : c'est que, quoique le propriétaire possède l'immeuble loué, il impose cependant une sorte de restriction à son droit d'user et d'abuser. Ainsi, par exemple, il s'interdit d'occuper par lui-même la maison ou l'appartement loué pendant toute la durée du bail; il lui est défendu de toucher aux fruits naturels de la ferme; le locataire seul a le droit de jouir de la maison ou de l'appartement; le fermier seul peut recueillir les fruits en nature. Cette limitation du droit de propriété, que Connanus appelait *patientia locatoris* (1), est certainement une charge. A la vérité, cette charge est dans l'intérêt de la chose; le plus souvent elle lui est avantageuse;

(1) P. 134, col. 2, Paul avait dit : *Patientia fruendi*, l. 24, § 4, D. *Loc. cond.*

elle compense largement l'interdiction peu importante à laquelle le propriétaire s'est soumis, non pour s'appauvrir, mais pour s'enrichir. Charge productive, on ne peut dire qu'elle contienne aliénation réelle d'un fragment du domaine (1). Mais enfin elle impose une souffrance au maître, et il n'est même pas impossible qu'elle devienne accidentellement gênante; par exemple, si les baux sont anciens et que la valeur des immeubles ait augmenté; dans ce cas, il faut que le propriétaire attende la fin du bail pour se débarrasser des locataires et des fermiers qui occupent les lieux et pour leur substituer des baillistes qui payent plus cher. C'est là un empêchement que le propriétaire doit nécessairement subir; empêchement qui affecte la chose et qui, la suivant en quelques mains qu'elle passe, semble constituer, d'après le droit nouveau, un droit réel pour le fermier, c'est-à-dire un droit absolu et non pas seulement un rapport particulier entre le bailleur et le preneur (2).

6. Ceci posé, on me dira peut-être qu'il y a contradiction entre ce droit réel que j'attribue au bail, et cette proposition que j'ai émise ailleurs, savoir : que le fermier n'est propriétaire d'aucun démembrement de la chose (3). Mais voici ma réponse.

Pour juger de la nature d'un contrat, il ne faut pas se laisser influencer par quelques particularités secondaires et quelques inconvénients qui, loin d'être dans sa nature, ne sont que de rares accidents. Or, en thèse générale, le bail, appliqué à une chose, est un mode très-utile d'exploitation bien plus qu'un démembrement de la propriété; c'est un moyen de recueillir les fruits par une combinaison presque toujours avanta-

(1) La cour de cassation a cependant avancé, dans un considérant d'un arrêt du 16 novembre 1825, « que la location d'une auberge doit être considérée comme une aliénation temporaire qui la rend étrangère au propriétaire pendant la durée du bail. » (J. Palais, t. 19, p. 951. Dall., 25, 1, 436.) Ces expressions manquent de mesure.

(2) V. la Préface de mon Comm. de la Vente, n° 1, p. 6.

(3) Prescription, t. 1, n° 366.

geuse. Il suit de là que cette combinaison ne crée pas une propriété distincte, prise sur la propriété même, à son préjudice et à son détriment. Je compare le bail à un élément étranger qui s'incorpore à la chose pour en faire sortir les produits, à peu près comme un réservoir qu'on applique à une lampe pour lui fournir l'aliment qui entretient la lumière. Donc, par cela même qu'il s'y ajoute, il ne le démembre pas; il le met en état de rapport au lieu de le fractionner; il rend la propriété féconde au lieu d'en retrancher aucune de ses parties utiles.

Il est vrai que ce mode d'exploitation attribue un droit au bailliste qui en est l'agent : à savoir, d'en rester détenteur pendant toute la durée du bail, et de conduire à fin l'exploitation convenue. D'ou il suit que son industrie et son occupation accompagnent l'immeuble en quelque main qu'il passe, et que les tiers sont tenus de plein droit de prendre la chose avec ce procédé particulier de mise en rapport. Voilà pourquoi j'ai cru pouvoir avancer que le droit du bailliste est un droit réel. Car le droit réel est défini par les docteurs : *facultas hominis in rem competens, sine respectu ad certam personam* (1). Tout droit absolu est un droit réel, et celui dont nous parlons a ce caractère. Mais si, après cela, on veut prétendre que ce droit réel démembre le domaine de la chose louée, mon esprit répugnera à cette assertion. Le fermier ne prend d'une main que pour rendre de l'autre; ce qu'il recueille en nature, il le restitue en fruits civils. Son droit ne s'assoit sur la chose que pour qu'elle ne soit pas stérile pour le maître. Il est puissance auxiliaire et non puissance rivale. On ne saurait donc donner au bail le nom de démembrement, comme à l'usufruit et à la servitude.

7. Objectera-t-on qu'il n'y a pas de droit réel sans un démembrement du domaine? M. Delvincourt n'était pas de ce sentiment puisqu'il disait : « L'hypothèque, quoique droit réel, n'est pas un démembrement de la

(1) Huberus, sur les Institutes. *De rer. div.*

*propriété* (1). » J'ajouterai qu'en supposant que l'idée par laquelle on m'arrête fût vraie dans l'ancien droit, ce ne serait pas une raison pour l'importer sans modification dans le nouveau. Jadis, le bail était fort différent de ce que le Code Napoléon l'a fait pour nous; il ne suivait pas la chose, il périssait avec l'aliénation de l'immeuble; il ne donnait qu'un droit relatif. Aujourd'hui il affecte la chose, il demeure imprimé sur elle, malgré les sous-aliénations; le voilà donc qui s'élève malgré tous les précédents connus, dans la classe des droits réels. Mais est-ce notre faute, à nous interprètes du Code Napoléon, qui devons constater les innovations de la loi actuelle, et non les répudier, est-ce notre faute si ce nouveau droit réel, créé en faveur du bailliste, ne dérive pas de la même source que ceux que l'ancienne jurisprudence comprenait dans ses catégories? Est-il en notre pouvoir d'empêcher que le Code Napoléon ait rendu absolu, de relatif qu'il était auparavant, un droit imposé sur la chose pour l'utiliser dans l'intérêt du maître, bien plutôt que pour le démembrer? Pouvons-nous faire qu'un droit qui met une chose en valeur dans l'intérêt du propriétaire, et lui assure le moyen d'en percevoir les fruits, soit un véritable démembrement de la chose dans le sens qui, jusqu'à ce jour, a été attribué à ce mot? Pouvons-nous faire, d'un autre côté, qu'un droit que les tiers sont obligés de respecter, ne soit pas un droit absolu, ou, en d'autres termes, un droit réel?

8. Je sais que je suis le premier écrivain qui ait soutenu que le bail est, sous le Code Napoléon, la source d'un droit réel. Je l'avouerai sans peine: cette doctrine n'a pas encore pour elle la sanction de la jurisprudence, et je ne pourrais invoquer à son aide qu'un arrêt de la cour de Dijon du 21 avril 1827 (2) vivement combattu par les auteurs (3) et un arrêt de la cour de

(1) T. 3, p. 293, notes n° 4.

(2) J. Palais, t. 21, p. 367. Sirey, 27, 2, 116. D., 27, 2, 119.

(3) V. *infr.*, sur l'art. 1743, la défense de cet arrêt.

Paris dn 16 février 1808, qui n'a pas excité moins de clameurs (1)!!

MM. Delvincourt (2), Proudhon (3), Duranton (4), Toullier (5), se sont même élevés avec force contre toute idée de droit réel appliquée au contrat de louage. Mais malgré toute l'autorité qui s'attache aux opinions réunies de ces savants auteurs, je n'en persiste pas moins à penser que mes assertions n'ont rien de téméraire, et qu'elles trouvent dans l'art. 1743 un fondement inébranlable. J'ai même été engagé à les soutenir par des personnes savantes et expérimentées, qui y ont vu l'occasion d'une discussion profitable à l'étude du droit.

9. Voyons les principales objections, et commençons par M. Proudhon. Si, dit-il, le bail n'est pas résolu aujourd'hui, comme il l'était anciennement par la vente du fonds, ce n'est pas que le preneur ait véritablement un droit réel, en vertu duquel il puisse suivre la chose comme sienne sous le rapport du domaine utile et la revendiquer entre les mains du tiers acquéreur; c'est seulement parce que les auteurs de l'art. 1743 ont voulu que l'aliénation du fonds affermé ne fût consentie *ou censée consentie* que sous la condition que le tiers acquéreur y stipulât, ou fût *censé y avoir stipulé*, l'obligation personnelle d'entretenir le bail, ce qui donne bien au fermier un droit de rétention sur la jouissance, mais non un droit réel.

(1) *Infr.*, n° 317.

(2) T. 3, p. 183 (note 2), 188 (note 5), 198 (note 5).

(3) *Usufruit*, t. 1, n° 102.

(4) T. 4, n° 73, et t. 17, n° 139.

(5) T. 3, n° 388 — A ces autorités j'en dois ajouter d'autres qui depuis ont soutenu que le droit résultant du bail est personnel et mobilier. V. MM. Poncet, des *Actions*, n° 124; Ducauroy, *Thémis*, t. 4; Dalloz, du *Louage*, nos 5 et suiv.; Curasson, p. 330 (2<sup>e</sup> édit.); Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3032; Ferry, *Rev. étr. et fr.*, 1841 et 1842, p. 123; Toullier, t. 6, p. 210-214; Valette, *Priv. et hyp.*, p. 195; Marcadé, art. 526, n° 5; 578, n° 2; 595, n° 1; 1743, n° 1; Paul Pont, des *Priv. et hyp.*, n° 385. V. aussi: Rég., 14 nov. 1832, et Caen, 24 janv. 1848 (J. P., 1850, t. 1, p. 166). Mais mon opinion a été énergiquement défendue par MM. de Fréminville, de la *Min.*, t. 1, n° 528, et Bélime, n° 309.

Cette objection n'est-elle pas entachée tout d'abord d'une faiblesse radicale? Avec le raisonnement de M. Proudhon, je vais prouver que le droit de servitude, le droit d'hypothèque, le droit de résolution ne sont pas des droits réels; il me suffira de dire qu'on ne peut les exercer contre tous que parce que la loi présume que les sous-acquéreurs sont censés avoir consenti à les respecter. Passez-moi ce sous-entendu, et j'effacerai même de nos Codes tous les droits réels; je n'aurai besoin que de supposer un engagement tacite (1) !!!

Mais il ne saurait en être ainsi!!

Voulez-vous savoir la véritable raison de cette obligation qui vient se présenter à tous les tiers détenteurs comme une loi inévitable? Voulez-vous savoir pourquoi le Code Napoléon l'imprime par une force tacite sur la tête des sous-acquéreurs? C'est que l'art. 1743 a fait du bail un droit réel; car une obligation n'est si généralement, si invariablement sous-entendue, que lorsque le droit auquel elle correspond est absolu; or, s'il est absolu, il est réel (2), il n'y a pas de milieu.

10. M. Proudhon voudrait ensuite qualifier le droit du fermier de droit de rétention sur la jouissance; mais c'est trop peu dire; nous verrons, en commentant l'art. 1743, que le fermier peut revendiquer son droit alors même qu'il n'a pas encore été mis en possession (3). D'ailleurs, le droit de rétention est autre chose que ce que M. Proudhon le fait ici; il n'est qu'une exceptoin bonne à opposer au débiteur ou au propriétaire de mauvaise foi qui veut reprendre sa chose sans payer ce qu'il doit (4). Est-ce là la position du fermier et du sous-acquéreur?

Et puis, quelle contradiction de la part de notre auteur!! Si le tiers détenteur est obligé par une convention tacite à entretenir le bail, est-ce qu'il est néces-

(1) V. mon Comm. de la Vente, t. 2, n° 629. J'y combats un argument semblable de M. Poncet sur une question analogue.

(2) M. Blondeau, *Chrest.*, t. 1, p. 187.

(3) V. *inf.*, n° 493.

(4) Mon Comm. des Hypothèques, t. 1, n° 256 et suiv.

saire de recourir au droit de rétention pour expliquer la persistance du bail? ou bien, si le bailliste n'a qu'un droit de rétention, n'est-ce pas reconnaître que le tiers acquéreur n'est pas tacitement obligé de le faire jouir du bénéfice de son contrat?

11. M. Proudhon ajoute enfin que, dans l'ancienne jurisprudence, l'acquéreur d'un bien appartenant au fisc était tenu de plein droit de l'entretien du bail ou des indemnités du fermier s'il voulait le faire sortir, et que cependant jamais il n'était venu dans la pensée de personne de considérer le droit du bailliste comme réel (1).

Mais la loi 50, D. *De jure fisci*, qui a fourni à M. Proudhon cette objection, me paraît porter avec elle-même les moyens de la réfuter. Elle contient une décision de l'empereur Antonin Caracalla sur un cas privilégié, et cette décision, quoique rendue d'après le conseil de Papinien, n'était, au jugement de Cujas, qu'un acte de faveur au profit du fisc, *nova et inaudita sententia* (2). Voulant, en effet, que le fisc ne fût pas exposé à un recours en dommages et intérêts de la part du fermier expulsé, la loi 50, au D. *De jure fisci*, suppose qu'il est intervenu entre le fisc et son acquéreur une convention tacite de ne pas expulser le fermier (3). Mais quoi de plus contraire à la vérité des faits et à la nature du contrat de bail dans le droit romain, que cette supposition gratuite? Aussi Cujas dit-il que l'empereur, adoptant cette invention de Papinien (4), ne fit qu'agir dans un esprit de faveur pour son propre fisc, *et ita fisco suo favit*. On peut bien penser que ce précédent ne fut pas perdu pour les partisans du fisc, et que désormais les acquéreurs des domaines fiscaux furent tacitement grevés de la charge d'entretenir les baux; mais ce n'était qu'une exception, et M. Proudhon conviendra

(1) V. Despeisses, t. 1, p. 69. *sexto*.

(2) Sur la loi 50, D. *De jure fisci*, p. 1595; *infr.*, n° 480.

(3) *Atque*, dit-elle, *si hoc ipsum in emendo convenisset*.

(4) *Papinianus hanc novam sententiam EXCOGITAVIT* (Cujas, *loc. cit.*).

avec moi qu'entre un droit absolu comme celui que le Code Napoléon donne au fermier, et le droit relatif accordé par le droit romain en vertu d'un privilège spécial au bailliste du fisc, il y a une immense différence. Supposez, en effet, que l'acquéreur du fisc eût revendu, que serait devenu le bail? n'aurait-il pas été résolu? était-il donc possible de voir un droit réel dans cette position purement relative?

12. Un autre professeur, M. Duranton, a cherché à enlever au bail tout effet réel en comparant les définitions du bail et de l'usufruit données par les art. 1709 et 578. L'usufruit, dit-il, est un *droit de jouir comme le propriétaire lui-même*. Au contraire, le contrat de bail n'oblige le bailleur qu'à *faire jouir* le preneur. L'usufruitier n'a donc pas besoin qu'on *le fasse jouir* comme le fermier. Il jouit de lui-même en vertu de son droit sur le corps de la chose; il jouit comme le propriétaire. Au lieu que l'obligation du bailleur n'est pour le preneur qu'une *créance indéterminée* consistant uniquement dans le droit qu'elle lui donne de le contraindre à le *faire jouir*, à le mettre à même de percevoir les fruits de la chose louée, ou à payer des dommages et intérêts; droit par conséquent mobilier, puisque ces fruits ou ces dommages et intérêts sont des choses mobilières (1).

Mais il me semble que cette argumentation est loin d'être convaincante.

D'abord, M. Duranton n'a vu dans la définition du bail donnée par l'art. 1709, que ce que Pothier apercevait dans la définition conforme qu'on trouve dans ses écrits. Mais pensons-y bien!! l'art. 1743, combiné avec l'art. 1709, ouvre des aperçus tout nouveaux. Il donne au bail des effets ignorés de Pothier. Il abolit un principe fondamental dans l'ancien droit, savoir : que le bail ne liait pas les tiers détenteurs. Or, ce changement est-il si peu de chose qu'il doive passer inaperçu?

(1) T. 4, n° 73.

Pourquoi Pothier réduit-il le droit du fermier à une *simple créance personnelle* (ce sont ses expressions) (1)? Pourquoi le classe-t-il dans une catégorie autre que l'usufruit, l'emphytéose, le bail à longues années? Parce que ces titres créent des droits qu'on peut réclamer en quelques mains que l'héritage passe; tandis que, d'après la fameuse loi *Emptorem*, 9, Cod. de loc. conduct., le tiers détenteur peut expulser le fermier (2).

Mais puisque aujourd'hui le bail suit l'immeuble et ne peut en être détaché, n'est-il pas inexact de réduire le droit du fermier à un droit de créance? Ce droit n'est-il pas devenu quelque chose de plus ferme et de plus stable, et n'est-il pas dangereux de se laisser dominer par les doctrines de l'ancienne jurisprudence?

Nous soutenons donc que l'art. 1709, quoique copié dans Pothier, a, par son rapport avec l'art. 1743, un sens fort différent de celui qui avait frappé l'esprit de ce jurisconsulte. Il faut le lier aux nouveaux principes que le Code Napoléon a consacrés, et c'est le cas d'appliquer ici ce que j'écrivais dans la préface de mon Commentaire de la *Prescription* : « Quand une idée passe du « domaine des opinions dans le domaine de la loi, mille « intérêts imprévus viennent s'y rattacher et s'y con- « fier. . Ils lient les différentes matières traitées suc- « cessivement par le législateur et puisées à des sour- « ces diverses, pour les limiter, les balancer, les mo- « difier les unes par les autres; et bientôt voilà des « systèmes nouveaux et inaperçus qui s'échappent à « l'envi de la formule légale, bien étonnée peut-être de « se trouver si féconde. C'est qu'une opinion, en pas- « sant dans un code, y contracte des alliances intimes « qui développent en elle des germes mystérieux que « l'isolement eût laissés stériles (3). »

Ceci posé, voyons si la différence des art. 578 et 1709 peut influer sur la solution que nous recherchons. Je ne le crois pas!!

(1) *Communauté*, n° 71.

(2) Id. V. aussi *Louage*, n° 288.

(3) P. vij.



De ce que les définitions de l'usufruit ne sont pas semblables dans le Code Napoléon, tout ce qu'il faut en conclure c'est que le bail est distinct de l'usufruit, et que l'un ne doit pas être confondu avec l'autre. Mais qui donc songe à les assimiler? est-ce que nous voulons prétendre que le fermier a le droit de jouir comme le propriétaire?

Ensuite, je crains que M. Duranton n'attribue des effets trop magnifiques à ces mots de l'art. 1709, *faire jouir*, opposés à ceux de l'art. 578, *droit de jouir*. Si le bailleur est tenu de faire jouir le preneur, c'est probablement que ce dernier a un droit de jouir, car toute obligation suppose un droit corrélatif. L'art. 1709 n'a pas défini le droit du fermier, il s'est borné à formuler l'obligation du bailleur. Mais spécifier l'obligation, c'est du même coup spécifier le droit, puisque l'obligation n'est que la contre-partie du droit. Je dis donc que, dès l'instant que le bailleur est tenu de faire jouir le fermier, ce dernier a un droit de jouir (1), seulement ce droit n'est pas aussi étendu que celui de l'usufruitier, et en diffère même sous des rapports très-graves. Mais qu'importe à notre question?

Eh bien, ce droit de jouir du bailliste, à quelle classe le rapporterons-nous? Est-il réel, est-il personnel? Sans doute Pothier avait raison d'enseigner de son temps qu'il ne constituait qu'une créance personnelle, parce qu'alors il n'engendrait pas un droit de suite. Mais aujourd'hui les mots *faire jouir* de l'art. 1709 ont une signification beaucoup plus large. Ils ne restreignent pas le droit du baillisté à une simple créance personnelle, puisqu'il a un droit contre les tiers avec lesquels il n'a pas contracté.

M. Duranton insiste beaucoup sur ce que le droit du fermier, étant un droit aux fruits, n'est que mobilier. Accordons-le pour le moment, sauf à discuter plus tard. Mais à mon tour j'objecterai que ce n'est pas une

(1) La clause *promettre de faire jouir* se rencontrait jadis dans tous les baux à rente, qui cependant transféraient la propriété (Rép., v° *Vigne*, p. 380, col. 2).

raison pour dire que le fermier n'a pas un droit réel. Il y a des droits mobiliers qui ont pour plus de garantie un droit de suite qui les accompagne. L'hypothèque, par exemple, est un droit réel attaché à des droits mobiliers pour leur donner sûreté et protection. Le droit de revendiquer un meuble volé entre les mains des sous-acquéreurs est tout à la fois mobilier et réel (1). Enfin, pour citer une autorité non suspecte à M. Duranton, je dirai que M. Proudhon, qui se rencontre avec lui dans le même système, reconnaît cependant que les baux à longues années, quoique ne créant à ses yeux que des droits mobiliers, engendrent cependant un *droit réel acquis pour une garantie plus rigoureuse de l'exécution du bail* (2).

Embarrassé par l'art. 1743 du Code Napoléon, M. Duranton croit échapper à cette disposition si grave, en répondant qu'elle a été introduite en faveur de l'agriculture, mais non pas pour changer les anciens principes sur la nature du louage. Explication insuffisante et vaine! Et que m'importe que ce soit l'intérêt de l'agriculture qui ait dirigé le législateur? Qui m'empêche de dire que c'est dans l'intérêt de l'agriculture qu'il a accordé au bail la puissance toute nouvelle d'engendrer le droit réel? Ensuite, remarquons-le, le bail à loyer est étranger aux intérêts de l'agriculture, et cependant le sous-acquéreur d'une maison est obligé de respecter le bail établi sur la chose!!!

13. Il me reste à parler de l'opinion de M. Toullier, la plus rapprochée de toutes de celle que je soutiens, mais la plus difficile à comprendre cependant; car, après avoir entrevu le grave changement opéré par l'art. 1743, après avoir concédé qu'aujourd'hui le bail a un *droit de suite* et un *caractère de réalité* dont il était dépourvu auparavant, M. Toullier rebrousse brusquement chemin et finit par conclure avec Pothier que ce

(1) Mon Comm. de la *Prescript.*, art. 2279.

(2) *Usufruit*, t. 1, n° 102.

droit du fermier n'est pas un droit réel (1). Écoutons-le parler : « Suivant le Code Napoléon il n'en est plus  
« ainsi. Les baux authentiques ont acquis un caractère  
« de RÉALITÉ qu'ils n'avaient pas autrefois, puisqu'ils  
« ne sont pas résolus par le changement de proprié-  
« taires, même à titre singulier; le droit du fermier  
« SUIT l'héritage en quelques mains qu'il passe. — En  
« cela notre nouvelle législation est plus conforme au  
« principe que personne ne peut transférer à autrui  
« plus de droits qu'il n'en a lui-même. Aujourd'hui le  
« fermier, comme l'usufruitier, peut exercer son droit  
« contre tout possesseur de l'héritage, quel qu'il soit :  
« c'est un des caractères du droit réel.

« Néanmoins le droit du fermier n'est pas un droit  
« réel, et en cela il diffère du droit de l'usufruit. »

J'avoue que cette conclusion me confond d'étonnement. Quoi donc !! le bail a acquis un caractère de réalité, et il n'engendre pas le droit réel ! il est armé du droit de suite, l'un des caractères du droit réel, et il n'est pas droit réel !

M. Toullier convient que l'art. 1743 a voulu rester fidèle au principe qu'on ne peut transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même, et en cela il a parfaitement aperçu la raison décisive de cette disposition. Mais c'est ce qui aurait dû lui prouver que sa conclusion est irrationnelle. En effet, l'acquéreur ne succède jamais aux obligations personnelles du vendeur ; il ne succède qu'aux charges réelles. Si donc il est tenu de respecter le bail, c'est sans doute parce qu'entre les mains du vendeur, il est une charge de la propriété et non pas seulement une créance personnelle. Or, s'il est charge de la propriété, il est droit réel. Il n'y a pas moyen d'échapper à cette conséquence.

14. Des adversaires plus récents de mes idées ne doivent pas être passés sous silence, quoique leurs arguments n'offrent rien de bien nouveau.

Je lis d'abord dans un arrêt de la Cour de cassation,

(1) T. 3, n° 388.

du 14 novembre 1832 (1), que « le droit des contrac-  
« tants consiste dans un simple *ius ad rem* ayant pour  
« objet la jouissance des lieux loués; que le droit de  
« l'autre consiste uniquement dans l'exécution de la  
« convention, tant pour le paiement des loyers que  
« pour la sortie des lieux; qu'ainsi l'action résultant  
« du bail n'est pas une action mixte, mais bien une ac-  
« tion purement personnelle. »

Mais comment concilier cette doctrine avec celle d'un arrêt que j'ai déjà cité ci-dessus (2), qui porte que la location d'une auberge doit être considérée comme une ALIÉNATION temporaire, qui la rend étrangère au propriétaire pendant la durée du bail ?

M. Duvergier a aussi traité la question qui nous occupe, et il n'hésite pas à la résoudre comme ses devanciers (3). Bien plus, apercevant dans une phrase de la préface de mon Commentaire de la Vente le germe d'une théorie qui s'écarte de l'opinion commune, il croit qu'après un meilleur examen je reviendrai à d'autres idées (4). Sans doute il serait plus commode pour moi de marcher dans une route déjà frayée. J'y aurais trouvé moins de peine et de travail, et j'eusse évité le reproche de viser à des résultats extraordinaires et hasardés (5). Mais je n'aurais pas été en paix avec moi-même, et ma conscience m'eût reproché d'avoir enseigné, sur la foi d'autrui, une doctrine dont je n'étais pas intimement pénétré. De nouvelles réflexions m'ont donc affermi dans ma conviction; et je la soumets au jugement de ceux qui me lisent. Ils verront si les arguments de l'estimable écrivain que je vais essayer de réfuter sont de nature à me faire désertier mon avis.

M. Duvergier a de la répugnance à admettre que le législateur, voulant opérer une aussi grande innovation que celle que je rattache à l'art. 1743, se fût borné à en proclamer les conséquences et les effets, plutôt que

(1) J. Palais, t. 24, p. 1355. Sirey, 33, 1, 32: Je ne l'ai pas trouvé dans le recueil de M. Dalloz.

(2) *Supr.*, n° 5, en note. Arrêt du 16 novembre 1823.

(3) *Louage*, t. 1, n° 279, 280 et suiv.

(4) N° 282. — (5) P. 253.