

celui qui les a données offrirait de les perdre. Comme aussi celui qui les a reçues ne sera pas fondé à vouloir discéder de la convention en restituant le double.

ARTICLE 1717.

Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite.

Elle peut être interdite pour le tout ou partie.

Cette clause est toujours de rigueur.

SOMMAIRE.

126. Le droit à un bail est cessible de sa nature; seulement le preneur ne peut le céder à quelqu'un qui userait de la chose d'une manière dommageable.
127. Il ne le peut quand même le propriétaire l'aurait autorisé à sous-louer à qui bon lui semble.
128. La sous-location ne rompt pas les engagements du preneur et du bailleur, à moins d'une évidente novation; elle ajoute de plus un sous-débiteur au débiteur principal.
129. Il y a une différence entre sous-louer et céder son bail.
130. Quoique la faculté de sous-louer soit de droit, elle a été refusée au colon partiaire (art. 1763).
131. Arrêt de la Cour de Paris, qui la refuse au bailliste d'une carrière.
132. Interdiction de sous-louer stipulée dans le contrat. Ancien droit.

jurisconsulte avait défendus. M. Duvergier a pu voir d'ailleurs que si je conclus comme Pothier, c'est par des raisons bien différentes; ce qui me donne occasion de dire en terminant que M. Duvergier se laisse aller à une grande distraction quand il m'oppose les objections avec lesquelles il a cherché à réfuter Pothier. Entre Pothier et mon système, il y a toute la distance qui sépare la vente de l'ancien droit d'avec la vente du Code Napoléon. Que me fait donc à moi la lutte de M. Duvergier contre l'interprète d'une théorie qui n'est plus la nôtre? Pour m'attaquer sur mon terrain, il aurait fallu que cet auteur me prouvât que je me trompais en soutenant que le déplacement virtuel de la propriété empêche que les choses ne soient entières, ou bien que, quoique le contrat ait engendré ses principaux effets, on peut soutenir néanmoins, malgré les idées reçues de tout temps, qu'il est conforme à la vraisemblance et à la logique, de supposer que les parties ont entendu par la dation d'arrhes pouvoir revenir sur ce qui était consommé et faire au gré d'un seul une vente nouvelle et rétrotranslative. Mais cette démonstration n'est pas encore faite, et, franchement, je la crois difficile.

Droit nouveau. Inconvénients de la rigueur du Code. Abus que des propriétaires de mauvaise foi font de la clause prohibitive de la sous-location.

133. La défense de sous-louer entraîne-t-elle la défense de céder son bail? Rés. affirmat.
134. La défense de céder son bail entraîne-t-elle celle de sous-louer? Rés. affirmat.
135. La prohibition de sous-louer en totalité entraîne celle de sous-louer en partie.
136. La défense de sous-louer n'empêche pas de faire occuper les lieux par un ami ou par un domestique.
137. Cas singulier où s'évanouit la prohibition de sous-louer.
138. Conséquences de la clause prohibitive.
139. Comment elle opère?
140. Suite.
141. Des fins de non-recevoir contre la demande en restitution fondée sur la violation de la clause prohibitive.

COMMENTAIRE.

126. Le droit de jouissance que le bail fait passer sur la tête du locataire n'est pas un droit exclusivement attaché à sa personne. Loin de là, il est par sa nature transmissible à ses héritiers (1); il est même cessible, et peut faire l'objet d'une cession à un tiers (2).

Mais il faut que le sous-locataire, que le preneur se substitue, jouisse de la même manière que ce dernier l'aurait fait lui-même, c'est-à-dire qu'il n'emploie pas la chose à un usage contraire à sa destination, et qu'il s'en serve en bon père de famille (3). C'est faute d'avoir fait attention à cette obligation que MM. Pelet et Lacuée, conseillers d'Etat, trouvaient que le droit de sous-louer ne se conciliait pas avec l'intérêt de la propriété et avec le respect qui lui est dû. Mais MM. Bigot et Cambacérès ayant fait observer que le sous-bailleur reste responsable de l'usage de la chose, et que l'article 1728 autorise le propriétaire à faire résilier le bail, si le preneur emploie la chose à un usage dommagea-

(1) Pothier, *Louage*, n° 280.

(2) L. 6, C. *De locat.* (Alexandre). L. 11 § 3, D. *De pignor. act.* l. 7. et 24, § 1, D. *Loc. cond.* Pothier. *Pand.*, t. 1, p. 540, n° 43, et *Louage, loc. cit.* Voet. *Loc. cond.*, n° 5.

(3) Art. 1728. Voet, *loc. cit.* Pothier, n° 280.

ble, M. Lacuée se déclara satisfait, et l'article fut adopté (1).

Ainsi, il est bien entendu que le droit de sous-location n'autorise pas le locataire à changer la destination ou à se substituer des personnes exerçant des professions incommodes (2) ou déshonnêtes (3). Le preneur ne saurait aggraver la condition du propriétaire (4).

127. Cette obligation du sous-locataire ne serait pas moins impérative s'il avait été convenu dans le bail primitif que le preneur pourrait sous-louer à *qui bon lui semblerait*; car l'objet de cette clause serait (et rien de plus) de marquer l'intention du propriétaire, soit de ne pas s'enquérir de la personne du cessionnaire, soit de fortifier le droit de sous-location du preneur. Mais si le sous-locataire abusait de l'immeuble, s'il transformait la maison en une auberge, en un cabaret, etc., etc.; ces innovations, préjudiciables au propriétaire, ne sauraient se défendre par la clause dont il s'agit; car l'obligation, écrite dans l'art. 1728, est de la nature du louage, et l'on ne suppose pas facilement qu'on y a dérogé. On doit plutôt penser que le bailleur a voulu accorder à son preneur le droit de choisir, sans contrôle, la personne qui se présentera entre celles qui useront de la chose suivant les errements primitifs, qui ne la feront pas servir à des usages préjudiciables et contraires à sa destination originaire (5).

Au surplus, les circonstances de fait auront une grande influence, et pourront faire modifier cette présomption.

128. La sous-location et la cession du bail ne rompent pas les relations du propriétaire avec le preneur ;

(1) Fenet, t. 14, p. 236.

(2) Des forgerons.

(3) Des filles de mauvaise vie.

(4) Godefroy, sur la loi 6. C. De loc. cond. Arrêt de la cour d'Aix du 31 janvier 1853 (J. Palais, t. 23, p. 111. Sirey, 33, 2, 486. Dall., 33, 2, 163).

(5) Pothier, Louage, n° 280. Secus, M. Duvergier, t. 1, n° 392.

cette vérité a été rappelée par le jurisconsulte Paul (1), et par les empereurs Gratien et Valens (2); elle ressort, du reste, du rapprochement de l'art. 1753 (3). Elle fléchirait cependant s'il résultait des circonstances que le bailleur, voulant faire une novation, avait consenti à n'avoir plus pour obligé que le sous-preneur. Mais on sait que la novation ne se présume pas.

Puisque le preneur reste sous le lien de l'obligation qu'il a contractée, il suit que, s'il avait sous-loué à un taux plus élevé que le prix principal (ce qui arrive assez souvent dans les sous-locations en détail), le bailleur ne serait pas fondé à le rechercher pour cet excédant, qui est en dehors de leurs conventions. C'est là un bénéfice qui ne doit pas lui être envié, à lui sur qui pèse le péril de la sous-location. Cujas a développé cette idée avec une remarquable élégance dans son commentaire de la loi 47, au D. De jure fisci.

Non-seulement le preneur reste engagé envers le bailleur, mais de plus le sous-locataire ou cessionnaire du bail contracte envers celui-ci l'obligation de lui payer le prix jusqu'à concurrence de ce que lui doit le premier preneur (4). Le principe de cette obligation du sous-locataire est dans l'occupation de la chose appartenant au propriétaire (5). J'aurai occasion de développer plus tard cette vérité, et d'en tirer des conséquences importantes (6).

129. Si nous mettons le preneur en regard de celui avec qui il a traité, nous trouverons une différence marquée entre le cas où le premier sous-louerait au second, et le cas où il lui céderait son bail (7). Ainsi, par exemple, le sous-bail oblige le premier preneur à

(1) L. 47, D. De jure fisci.

(2) L. 3, C. De fund. rei privatae.

(3) V. *infra*, n° 537 et suivants. Junge Pothier, n° 282. M. Duvergier, t. 1, n° 380.

(4) Art. 1733. C. c. Art. 820 C. pr. c. *Infra*, n° 538. M. Curasson, p. 284, n° 23.

(5) Ferrière, sur Paris, art. 171. glose 2, n° 22. *Infra*, n° 538.

(6) *Infra*, n° 578, et surtout 547.

(7) *Supra*, n° 22. V. le texte positif de l'art. 1717.

toutes les obligations qui pèsent sur le propriétaire bailleur ; en sorte que si la moitié de la récolte vient à périr par cas fortuit, il doit à son sous-preneur une indemnité ou une diminution du prix du bail, quand même il aurait renoncé dans son contrat avec le propriétaire à être indemnisé des cas fortuits. Mais si le premier preneur a vendu son bail à forfait, son locataire ne pourra rien exiger de lui ; seulement par une cession d'action qui se suppose facilement, et qui même est de droit dans la jurisprudence française, le sous-preneur pourra exercer contre le propriétaire l'action en diminution de canon ou en indemnité, que son cédant avait contre ce dernier. Notons, toutefois, que si le bail original portait que le fermier serait chargé des cas fortuits, le sous-fermier ne pourrait rien réclamer contre le propriétaire (1).

130. La faculté de sous-louer ou de céder son bail, quoique de droit commun, n'appartient pas au colon partiaire, qui est lié au bailleur par une sorte de société. « Nisi conductor primus agri, dit Voët, sit colonus « partarius, quippe qui fructus cum domino dividens « quodam societatis jure, alium domino socium, quem is « elegit, obrudere non potest (2). » L'art. 1763 érige cette opinion en loi.

131. On a même jugé à la Cour impériale de Paris (3) que la faculté de sous-louer n'appartient pas au bailliste d'une carrière de plâtre, et voici comment on a motivé cette opinion. L'exploitation d'une carrière ne s'accorde par le propriétaire qu'en considération de la connaissance qu'il a de la capacité et de l'aptitude du preneur pour ce genre d'industrie. En effet, les règlements rendent le propriétaire responsable des accidents de toute espèce qui peuvent être le résultat de l'impéritie, de l'imprudence ou de la négligence des ouvriers

(1) M. Duranton, t. 17, n° 90. M. Merlin, Répert., *Sous-location*. M. Durvergier, t. 1, n° 379.

(2) *Locat. cond.*, n° 5. Arg. des lois 25, § 6, D. *Loc. cond.* L. 19 et 65, § 11. *Pro socio. Infra*, n° 642.

(3) Arrêt du 28 juillet 1825 (J. Palais, t. 19, p. 747).

du fermier ; ils privent même le propriétaire de son droit d'exploiter la carrière lorsque l'autorité s'est trouvée dans le cas de constater à plusieurs reprises des contraventions commises dans la direction des travaux.

D'ailleurs, le propriétaire a le plus grand intérêt à ce que les travaux soient entrepris, dirigés et mis à fin de manière à ménager la richesse de la carrière, à en assurer partout la solidité et la salubrité, à rendre partout accessibles les puits et les tranchées d'exploitation. Un bail de cette nature est donc personnel et exclusif, et il ne peut être cédé.

Quelle que soit la force avec laquelle cet arrêt est motivé, j'y vois cependant des difficultés. La Cour semble transformer le bail d'une carrière en un louage d'ouvrage. Il faudra donc dire qu'il est dissous par la mort du bailliste (art. 1795). Il faudra dire que, puisqu'il est personnel, il ne passe pas à son héritier ! Mais cette conclusion n'est-elle pas en contradiction avec le but que les parties se sont proposé ? Ne grève-t-elle pas singulièrement le bailliste à qui il importe que son droit passe à son héritier, surtout à raison des avances qu'il a pu faire ? Et s'il est transmissible, c'est-à-dire non personnel, pourquoi ne serait-il pas cessible dans l'absence de toute convention et de toute loi contraire ?

132. La faculté de sous-louer cesse aussi quand elle a été interdite par le contrat (1).

Elle peut être interdite en tout ou en partie, et notre article veut que la clause qui la prohibe soit toujours de rigueur.

Dans l'ancienne jurisprudence, on ne l'interprétait pas toujours avec la même sévérité ; on ne l'observait même scrupuleusement que pour les sous-baux de biens ruraux, parce que, les fermiers ne cultivant pas tous également bien, il était de l'intérêt du propriétaire de ne pas perdre celui qui méritait sa confiance. Mais, dans les baux de maisons, on était beaucoup moins sévère ;

(1) Texte de notre article.

et Denizart (1) et Bourjon (2) nous apprennent que, suivant l'usage du Châtelet de Paris, le locateur n'était admis à se plaindre de la contravention, et à demander en conséquence la résolution du bail, que lorsque le locataire sous-baillait la maison en entier, et non lorsque, pour se décharger, il en sous-louait seulement une partie. On décidait aussi que lorsqu'il était convenu que le locataire ne pourrait sous-bailler *sans le consentement du propriétaire*, celui-ci ne pouvait refuser son assentiment quand un sous-locataire *æque idoneum* lui était présenté (3).

Le Code Napoléon s'est montré plus sévère par respect pour la force des conventions. Il faut convenir cependant qu'il conduit quelquefois à des résultats qui manquent d'équité. Nous en verrons la preuve dans un moment.

En attendant, nous ferons observer aux locataires qui peuvent prévoir qu'ils seront exposés à des déplacements forcés, qu'il est de leur intérêt de ne pas laisser insérer dans les baux qu'ils consentent la prohibition pure et simple de sous-louer. Elle n'est, pour les propriétaires âpres et sans bonne foi, qu'un moyen de forcer le locataire obligé de quitter avant le temps, à composer par des dommages-intérêts. Ainsi vous, locataire, qui venez d'acheter, pour vous loger, une maison, ou que des raisons impérieuses contraignent à changer de résidence, vous vous imaginez qu'en offrant à votre propriétaire (s'il est du caractère de ceux que j'ai en vue) un autre locataire, aussi bon père de famille que vous, et présentant les mêmes garanties, il va vous donner congé et passer un bail nouveau avec votre successeur. Détrompez-vous! il refusera tout, jusqu'à ce que vous lui ayez payé une somme de dommages et intérêts pour je ne sais quel préjudice qu'il n'éprouve pas. Il vous dira avec dureté : Ou donnez-moi ce que j'exige à titre de dédit, ou bien consentez à me payer

(1) *Bail à loyer*. Pothier, n° 283. M. Merlin, Répert. *Bail*, § 9, n° 6.

(2) T. 2, p. 42.

(3) Pothier et Denizart, *loc. cit.*

tous les loyers jusqu'à la fin de votre location. Tel est le langage qu'il vous tiendra; et, comme vous êtes pressé d'en finir, vous en passerez par ces conditions rigoureuses, et votre homme aura le double avantage d'avoir sa maison louée sans interruption et de profiter du montant de votre composition (1) !!!

133. Voyons maintenant comment s'interprète et s'exécute, sous le Code Napoléon, la prohibition de sous-louer.

Et d'abord nous avons vu, au n° 129, que du sous-bailleur au sous-preneur, il y a une grande différence entre sous-louer et céder son bail. Mais y en a-t-il entre le propriétaire et son locataire, en d'autres termes, la défense de sous-louer entraîne-t-elle la défense de céder son bail, et réciproquement?

La première partie de la question n'est pas difficile à résoudre. Qui défend le moins, défend le plus. Or, céder son bail est une opération plus grave et plus large que sous-louer. Donc le propriétaire qui a interdit la faculté de sous-louer a interdit, à plus forte raison, la faculté de céder son bail (2).

134. Mais on n'est pas d'accord sur la seconde branche de la question, qui consiste à savoir si la prohibition de *céder son bail* comprend celle de *sous-louer*.

Un arrêt de la Cour d'Angers, du 27 mars 1817, a embrassé la négative (3).

Je ne crois pas qu'on puisse opposer comme contraires à cette décision les arrêts qui ont jugé que la défense de *céder son bail en tout ou en partie* comprend la défense de sous-louer (4); car sous-louer, c'est céder

(1) Il y a de fréquents exemples de cette dureté abusive, mais qui trouve son point d'appui, au moins en droit strict, dans notre article (V. *infra*, n° 137).

(2) MM. Duvergier, t. 1, n° 375. Duranton, t. 17, n° 92. Zachariæ, t. 3, p. 353. Curasson, t. 1, p. 356. Marcadé, art. 1717, n° 2.

(3) J. Palais, t. 14, p. 158. Dalloz, *Louage*, p. 923. Sirey, 18, 2, 234.

(4) Paris, 28 août 1824 (J. Palais, t. 18, p. 1018. D., *Louage*, p. 925. Sirey, 23, 2, 106). 24 février 1825 (J. Palais, t. 19, p. 222. D., 25, 2, 208). 18 mars 1826 (J. Palais, t. 20, p. 307. D., 27, 2, 34).

une partie de son bail, c'est transporter sur la tête d'autrui une partie du droit qu'il vous accorde; d'où il suit (pour le dire en passant) qu'on ne saurait admettre, avec la Cour d'Amiens, que céder son bail *en tout ou en partie*, n'est pas une clause qui atteigne un sous-bail (1).

Mais ce qui est plus explicite et tout à fait en opposition avec l'arrêt d'Angers, dont je viens de parler, c'est un arrêt de la Cour de Paris du 28 mars 1829, qui décide nettement que « la prohibition de céder son bail entraîne nécessairement celle de sous-louer en tout ou en partie (2). »

Et cette Cour a confirmé sa jurisprudence par un arrêt du 6 mai 1835, rendu en interprétation d'une clause qui prohibait au preneur *de transporter son bail* (3).

Au milieu de ces opinions divergentes, il faut reconnaître que les décisions que rendent les tribunaux sur ces sortes de questions dépendent beaucoup des circonstances et surtout de l'intention présumée des parties, qui a tant de pouvoir pour faire fléchir le sens grammatical des mots.

Toutefois, je dirai qu'en thèse générale la prohibition de sous-louer est renfermée, pour ce cas spécial, dans la défense de céder son bail. Il est vrai que nous avons montré ci-dessus la différence qui existe entre ces deux conventions (4); mais cette différence n'est d'aucune importance à l'égard du bailleur à qui il importe peu que le changement de personne s'obtienne par voie de sous-bail ou par voie de cession. Ce qui est intéressant pour lui, ce qui l'a déterminé à défendre de céder, c'est de ne pas voir les lieux occupés par un autre que le locataire de son choix (5). Cette intention doit donc être respectée.

(1) Arrêt du 24 mai 1817 (J. Palais, t. 14, p. 246. S., 24, 2, 62. D., Louage, p. 923). V. Répert. de M. Merlin, *Sous-location*.

(2) J. Palais, t. 22, p. 860. D., 29, 2, 182.

(3) J. Palais, t. 27, p. 149. S., 35, 2, 305.

(4) N° 129.

(5) *Junge* MM. Duvergier, t. 1, n° 376. *Marcadé, loc. cit. Contrà, M. Daloz, Louage*, p. 926, n. 6. *M. Duranton*, t. 17, n° 93.

135. On a demandé sous le Code Napoléon si la prohibition de sous-louer ou transporter son droit s'oppose à ce que le locataire passe sous-bail d'une partie seulement de la chose. Et, ce qui pourra paraître extraordinaire, la Cour de Bruxelles a décidé qu'une disposition prohibitive à l'égard du tout n'étant pas nécessairement applicable à chacune de ses parties, il y avait lieu de faire jouir le locataire du droit de sous-louer en partie (1). La Cour de Bruxelles n'a pas vu qu'elle en revenait par là à la jurisprudence du Châtelet, dont nous avons parlé au n° 132, et que Pothier n'expliquait que, parce qu'avant le Code, la défense de sous-louer ne s'exécutait pas à la rigueur. Mais comment justifier aujourd'hui une telle doctrine? Comment n'y pas apercevoir une violation hardie de l'art. 1717?

Toutefois, l'opinion adoptée par la Cour de Bruxelles n'est pas restée isolée. La Cour impériale de Paris l'a reproduite dans le considérant d'un de ses arrêts, sans la juger au fond (2), et M. Duvergier, entraîné par l'ancien droit, a cru devoir lui donner son assentiment (3).

136. Mais quelque sévérité que le Code recommande dans l'application de la clause prohibitive de sous-louer, on ne pourrait cependant trouver une convention dans le fait de celui qui, cessant d'occuper personnellement la maison, la ferait habiter par un homme de confiance à ses gages; car il est censé y loger lui-même lorsqu'il n'y tient que des domestiques qui le représentent (4).

Le locataire pourrait même, quoi qu'en dise M. Duvergier (5), prêter son appartement. C'est ce que reconnaissait formellement M. Cambacérès, dans la discus-

(1) Arrêt du 17 juillet 1821 (J. Palais, t. 16, p. 781. D., Louage, p. 923). *Contrà*. Amiens, 22 juin 1822 (J. Palais, t. 17, p. 439. D., Louage, p. 925. S., 24, 2, 44).

(2) 6 mai 1835 (J. Palais, t. 27, p. 149. S., 35, 2, 306).

(3) T. 1, n° 374.

(4) Bordeaux, 11 janvier 1826 (J. Palais, t. 20, p. 39. D., 26, 2, 161. S., 26, 2, 193). Cet arrêt est rendu sous la présidence de M. Ravez.

(5) T. 1, n° 367.

sion au conseil d'Etat de l'art. 1717 (1), discussion qui a échappé à cet auteur.

137. On doit même aller plus loin, et décider que la prohibition s'évanouit dans le cas prévu par l'art. 2102, et que j'ai développé dans mon Commentaire des *Privilèges et Hypothèques* (2).

138. Puisque la clause prohibitive doit s'exécuter à la rigueur, il s'ensuit :

1° Que le locataire ne peut forcer le propriétaire à résilier le bail en lui offrant des dommages et intérêts (3);

2° Que quand même le locataire offrirait un sous-preneur, père de famille soigneux et solvable, il ne peut obliger le propriétaire à l'agréer, ce dernier ayant un pouvoir de refus purement arbitraire (4).

139. La violation de la prohibition autorise le locateur à poursuivre la résiliation (art. 1741 et 1766); mais elle ne s'opère pas de plein droit, et il faut que la résiliation soit demandée en justice, d'après l'art. 1184 du Code Napoléon (5). Il a même été jugé, par la Cour de cassation (6), que lorsqu'avant la demande, la sous-location avait été résiliée, et les choses remises dans leur premier état, sans que le propriétaire pût articuler aucun préjudice causé par la sous-location, il était non

(1) Fenet, t. 16, p. 236. — V. en ce sens M. Marcadé, art. 1717, n° 2.

(2) T. 1, n° 153. *Junge*, M. Paul Pont, des *Priv. et Hyp.*, n° 128.

(3) Cassat., 26 février 1812 (J. Palais, t. 10, p. 149. D., *Louage*, p. 923. M. Merlin, Répert., v° *Sous-location*. Sirey). Cette espèce se présentait avec des circonstances favorables; le preneur disait au propriétaire : « Relouez • vous-même si vous ne voulez pas que je reloue, et je vous payerai la différence qu'il pourra y avoir entre le prix promis et celui que vous pourrez • retirer de votre nouveau bail. » Il alléguait d'ailleurs des raisons plausibles pour ne pouvoir plus habiter lui-même la maison.

(4) V. ci-dessus l'ancien droit, n° 132. M. Merlin, Répert., v° *Bail*, § 9, n° 6. M. Duvergier, t. 1, n° 369.

(5) Mon Comm. de la *Vente*, t. 1, n° 61. — *Junge* MM. Duvergier, t. 1, n° 370; Marcadé, art. 1717, n° 3.

(6) 13 déc. 1820 (J. Palais, t. 16, p. 237. S., 21, 1, 319. D., *Louage*, p. 924). *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 370.

recevable dans son action en résolution (1), et c'est encore ce que la chambre des requêtes a décidé par un second arrêt du 29 mars 1837 (2).

140. Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de Colmar, du 16 août 1816, semble, au premier abord, contraire notre proposition (3). Mais cette décision peut s'expliquer par la circonstance que la clause résolutoire était expresse, ainsi que cela résulte du motif du jugement du tribunal de première instance de Strasbourg. Or, d'après la théorie que j'ai exposée dans mon Commentaire de la *Vente* (4), on sait qu'il y a une grande différence entre la clause résolutoire expresse et la clause résolutoire tacite; que la première s'opère de plein droit, tandis que la seconde doit être poursuivie en justice.

Je n'ignore pas que la Cour impériale n'a pas motivé son arrêt sur ce point de droit; qu'elle a décidé d'une manière absolue que l'art. 1717 ne peut se concilier avec l'art. 1184, puisque le premier veut que la prohibition s'exécute à la rigueur, tandis que le second tempère la résolution par la faculté donnée au juge d'accorder un délai pour remplir l'obligation. Mais ce sont là de mauvais motifs donnés à l'appui d'un bon arrêt. L'art. 1184 est général, et, de plus, il se combine très-bien avec l'art. 1716; car ce dernier article ne dit pas que la résolution est de rigueur; il dit que la prohibition est de rigueur, ce qui est bien différent. Et, en effet, supposons que le juge accorde un délai pour remplir l'obligation, ne sera-t-il pas vrai de dire que la prohibition de sous-louer sera exécutée suivant sa forme et teneur? Ne sera-ce pas pour en procurer la stricte exécution que le juge aura ajourné un instant la résiliation? Quelle comparaison y a-t-il à faire entre ce respect scrupuleux du juge pour la convention pro-

(1) Arg. des art. 1741 et 1766.

(2) J. Palais, t. 1, 1837, p. 233. S., 37, 1, 614.

(3) J. Palais, t. 13, p. 589. D., *Louage*, p. 924. S., 19, 2, 27.

(4) *Loc. cit.*

hibitive, avec les détours de l'ancienne jurisprudence qui, on l'a vu (1), subtilisait pour la rendre sans effet et pour forcer le propriétaire à souffrir des sous-locataires!!!

Au reste, je peux opposer à ces motifs de l'arrêt de Colmar un arrêt de la Cour de Lyon, du 16 décembre 1825 (2), motivé avec beaucoup de soin, et qui, nonobstant une demande en résiliation, maintient dans la plénitude de son bail un locataire qui, ayant sous-loué de bonne foi et à la connaissance du propriétaire, quoique toutefois sans son consentement formel, offrait de faire sortir le sous-locataire et d'occuper lui-même les lieux. Cet arrêt, basé tout entier sur l'art. 1184 du Code Napoléon, en fait une application très-équitable et tout à fait juridique.

141. Contre la demande en résiliation, basée sur l'inexécution de la clause prohibitive, le défendeur a une fin de non-recevoir péremptoire dans le consentement que le bailleur aurait donné à la sous-location (3).

Ce consentement peut être antérieur à l'entrée en jouissance du sous-locataire.

Il peut être postérieur et contenir ratification (4).

Il peut être exprès.

Enfin il peut puiser son énergie dans des actes indirects qui le renferment tacitement, mais nécessairement, comme par exemple lorsque le bailleur a reçu du cessionnaire ou sous-locateur le loyer ou le fermage sans réclamation.

Presque toujours la formule prohibitive est ainsi conçue : « *Le preneur ne pourra sous-louer sans le consentement PAR ÉCRIT du bailleur.* » Souvent cette clause a une valeur impérative très-respectable ; mais souvent aussi la condition de l'écriture n'est requise que par

(1) *Suprà*, n° 132.

(2) J. Palais, t. 19, p. 1049. D. 26, 2, 41. S., 26, 2 33.

(3) V. MM. Duvergier, t. 1, n° 372 ; Marcadé, art. 1717, n° 3. — V. aussi Douai, 5 juin 1841 (J. Palais, 1841, t. 2, p. 278).

(4) M. Duranton, t. 17, n° 89 ; M. Duvergier, t. 1, n° 322.

habitude ; et dans plus d'une circonstance, on peut dire avec assurance et sans fausser la volonté des parties, qu'elle n'est pas tellement de rigueur, qu'un consentement verbal prouvé formellement par le preneur, au moyen d'une preuve vocale soutenue d'un commencement de preuve par écrit, ne puisse être déclaré suffisant pour autoriser la sous-location. C'est ce qu'a jugé la Cour d'Amiens, par arrêt du 7 juin 1838, qui a considéré que, dans l'espèce qui lui était soumise, une telle clause n'ajoutait rien à la loi sur la preuve des conventions, et qu'y ayant commencement de preuve par écrit, la preuve orale du consentement était admissible ; le pourvoi contre cette décision a été rejeté, à mon rapport, par arrêt de la chambre des requêtes, du 19 juin 1839, par ce motif, qu'il avait été dans les attributions souveraines de la Cour impériale de décider si, dans la pensée des parties, l'écriture était un élément substantiel du consentement, ou si elle n'avait été exigée que par une clause de *pur style* (1).

Le même arrêt d'Amiens a jugé que, dans ce dernier cas, le consentement peut être établi par tous les moyens de preuve autorisés par la loi, et particulièrement par un interrogatoire sur faits et articles. Cette solution a aussi trouvé l'assentiment de la chambre des requêtes. Mon rapport sur cette affaire est reproduit en grande partie dans les collections du Journal du Palais et de Sirey (2).

ARTICLE 1718.

Les articles du titre du *Contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, relatifs aux baux des biens des femmes mariées, sont applicables aux baux des biens des mineurs.

(1) J. Palais, t. 2, 1839, p. 36. S., 39, 1, 462.

(2) *Loc. cit.*