

22687

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE

LA CESSION D' ACTIONS NÉCESSAIRE

EN DROIT ROMAIN

ET DE

LA SUBROGATION LÉGALE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Toulouse

PAR

**M. RAYMOND LEBBÉ,**

AVOCAT,

Né à Condom (Gers).



TOULOUSE

IMPRIMERIE J.-M. PINEL, PLACE LAFAYETTE.

1876



FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

---

- MM. DUFOUR ✱, Doyen, professeur de Droit Commercial.  
MOLINIER ✱, professeur de Droit Criminel.  
BRESSOLLES ✱, professeur de Code Civil.  
MASSOL ✱, professeur de Droit Romain.  
GINOULHIAC, professeur de Droit Français, étudié dans  
ses origines féodales et coutumières.  
HUC ✱, professeur de Code Civil.  
HUMBERT, professeur de Droit Romain, en congé.  
POUBELLE, professeur de Code Civil.  
ROZY, professeur de Droit Administratif.  
BONFILS, professeur de Procédure Civile.  
ARNAULT, professeur d'Économie politique.  
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.  
LAURENS, agrégé, chargé d'un cours de Droit Romain.  
PAGET, agrégé.  
CAMPISTRON, agrégé, délégué à la Faculté de Douai.  
M. DARRENOUGÉ, Officier de l'Instruction publique.  
Secrétaire, Agent comptable.

PRÉSIDENT DE LA THÈSE : M. HUC.

SUFFRAGANTS :

MM. Molinier.  
Ginoulbiac.  
Bonfils.  
Arnault.  
Deloume

---

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

MM. DUCOURT, Doyen, professeur de Droit Commercial.  
MOLIER, professeur de Droit Criminel.  
PRESOLLES, professeur de Code Civil.  
MASSOL, professeur de Droit Romain.  
GINOUILHAT, professeur de Droit Français, étudié dans

A LA MÉMOIRE

DE MON GRAND-PÈRE ET DE MON ONCLE

HUC, professeur de Code Civil.  
HUMBERT, professeur de Droit Romain, en cours.  
TOUBELLE, professeur de Code Civil.  
ROY, professeur de Droit Administratif.  
BOYER, professeur de Droit Romain.  
ARNAUD, professeur d'Économie Politique.  
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.  
LAURENS, agrégé, chargé d'un cours de Droit Romain.  
FAGET, agrégé.

A MON PÈRE, A MA MÈRE

CAMPSTROY, la Faculté de Droit.  
M. DARRÉNOUË, Officier de l'Instruction publique.  
Secrétaire: Agent comptable.

A MA MARRAINE

Président de la Faculté de Droit.  
A MON FRÈRE

MM. Molinier,  
Géorgelin,  
Roussin,  
Arnaud.

SECRÉTAIRES :

A MES PARENTS, A MES AMIS

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions  
particulières du candidat.

# INTRODUCTION

Il s'agit de la loi sur les obligations, et de la manière dont elle est appliquée. La loi sur les obligations est une loi qui régit les relations entre les personnes. Elle est divisée en deux parties : la première partie traite des obligations en général, et la deuxième partie traite des obligations particulières. La loi sur les obligations est une loi qui régit les relations entre les personnes. Elle est divisée en deux parties : la première partie traite des obligations en général, et la deuxième partie traite des obligations particulières. La loi sur les obligations est une loi qui régit les relations entre les personnes. Elle est divisée en deux parties : la première partie traite des obligations en général, et la deuxième partie traite des obligations particulières.

## INTRODUCTION.

---

En droit absolu, une dette constitue un rapport entre deux personnes déterminées, le créancier et le débiteur. Si l'une d'elles disparaît, ce rapport est anéanti. Si une personne étrangère remplace l'une des deux, un rapport nouveau est créé. Mais, en principe, que la prestation formant l'objet de l'obligation soit accomplie par le débiteur ou par un tiers, le paiement produit toujours ses effets extinctifs, le but final de tout droit de créance est atteint, *tollitur omnis obligatio solutione ejus quod debetur*.

Dans le cas où un tiers opère la libération du débiteur, une obligation nouvelle est engendrée par le paiement, obligation pure et simple, sans garanties. En effet, si nous exceptons le cas où le tiers *solvens* intervient *animo donandi*, nous reconnaissons la nécessité d'un recours. Le tiers a-t-il payé en vertu d'un mandat que lui a donné le débiteur, il invoquera l'action

*mandati*? A-t-il agi comme gérant d'affaires, il aura l'action *negotiorum gestorum*? Enfin, aurait-il même payé la dette malgré les protestations de celui qu'il a libéré, dans l'intérêt évident de celui-ci, le principe que *nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui* lui fera accorder l'action *de in rem verso*. Dans toutes ces hypothèses, il aura, pour obtenir son remboursement, une action nouvelle, mais dépourvue de garanties.

Cependant le législateur ne devait-il point considérer avec une faveur spéciale l'entremise du tiers pour le paiement d'une dette qui n'est pas la sienne et conséquemment un résultat si avantageux pour tous? Par cette opération, en effet, le créancier a reçu la prestation sur laquelle il comptait, il est rentré dans ses fonds, il est pleinement désintéressé. D'un autre côté, le débiteur s'est vu libéré à l'égard d'un créancier incommode et rigoureux et placé désormais à l'abri des menaces, des poursuites, de la vente inopportune de son patrimoine, sous l'égide d'une bienfaisance presque oublieuse de ses intérêts. Le tiers seul, qui a eu pour but un bon office, l'utilité de tous, doit-il demeurer exposé à de nombreuses chances de perte, courir les risques de l'insolvabilité du débiteur? En effet, laissé avec ses seules ressources, l'action *negotiorum gestorum*, *mandati* ou *de in rem verso*, il n'a le plus souvent qu'une garantie insuffisante pour obtenir le remboursement de ses avances. Il était donc juste que le législateur se préoccupât de chercher les moyens d'assurer son recours efficace et de le rendre indemne. Aussi, par une fiction de la loi, la créance originaire, que le

paiement en théorie absolue devait éteindre, est conservée au profit du tiers qui a payé la dette, elle lui est acquise avec tous les droits accessoires qui lui font cortège et qui la garantissent. Cette transmission des droits et actions de l'ancien créancier au nouveau qui l'a payé est la *subrogation*.

Il faut le reconnaître, cette disposition est aussi utile que juste, personne ne peut s'en plaindre, nul ne se trouve lésé par elle. Il était logique, d'ailleurs, puisque le législateur consacrait dans ses lois toute une série de sûretés accessoires, cautionnement, solidarité, hypothèque, etc., et accordait aux créanciers et à leurs ayants-cause le droit de les réunir autour d'une créance dès lors rendue très avantageuse, de permettre aux tiers de recevoir cette créance et ces droits accessoires ainsi cumulés. C'était là le plus sérieux encouragement donné aux capitalistes de placer sûrement leurs fonds et de payer les dettes des autres. En un mot, le législateur créait ainsi un puissant levier de crédit social.

Mais si le remboursement du tiers devait être assuré par la loi dans le cas où celui-ci désintéresse le créancier volontairement, il n'était pas moins équitable de mettre aux lieu et place du créancier le tiers qui avait été forcé de faire le paiement. C'est pourquoi la subrogation est accordée par la loi dans tous les cas où la dette a été acquittée par un codébiteur, par une caution, par un tiers-détenteur et, en général, par tous ceux qui, étant tenus avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avaient intérêt à l'acquitter.

Ces considérations nous font voir l'utilité *a priori* de la subrogation et, en second lieu, spécialement, de la subrogation légale. L'étude de cette dernière forme l'objet de notre dissertation. Nous allons donc rechercher et analyser les dispositions particulières que lui ont consacré la législation romaine et notre droit français ancien et moderne.

## DROIT ROMAIN.



Ces considérations nous font voir l'utilité de l'étude de ce droit, en second lieu, spécialement, de la subrogation légale. L'étude de cette dernière forme l'objet de notre dissertation. Nous allons donc rechercher et analyser les dispositions particulières que lui ont consacrées la législation romaine et notre droit français ancien et moderne.

## DROIT ROMAIN.

---

*Céder un droit, une créance, une action,* sont des expressions synonymes.

En effet, que servirait d'avoir une créance si, le débiteur refusant d'exécuter, le créancier n'avait aucun moyen de le contraindre à tenir son engagement. Donc, céder une créance, c'est en même temps céder l'action.

Cette observation faite, nous examinerons d'abord comment chez les Romains se passaient les choses quand une personne voulait acquérir d'une autre sa créance.

---

### CHAPITRE I.

#### Aperçu historique sur la cession de créances.

En Droit Romain, la créance est par essence intransmissible. Envisagée comme un rapport mathématique

entre deux personnes, elle s'éteint quand l'un des deux termes du rapport disparaît. Si nous recherchons le motif de cette décision rigoureuse, il nous semble être celui-ci :

*Primus* a vendu une chose à *Secundus*; comme vendeur, il est devenu créancier du prix. Supposons qu'il veuille céder à *Tertius* la créance du prix, est-il vrai que ce dernier soit créancier de *Secundus* à suite d'une vente? Cela n'est pas exact, car *Tertius* n'est pas entré dans les liens d'une vente avec *Secundus*; la fiction ne peut pas l'emporter sur la réalité. Les Romains nous paraissent donc avoir attaché indissolublement l'existence de la créance à sa cause.

On a cependant prétendu que les créances étaient cessibles comme toute chose corporelle; seulement ces droits étant incorporels ne pouvaient être transmis ni par mancipation, ni par tradition. Notre réponse sera celle-ci : la cession de créances est si peu possible, que Gaius, Commentaire II, § 35, déclare que si un héritier *ab intestat* ayant fait adition cède l'hérédité, les créances héréditaires non-seulement ne passent pas sur la tête de l'acheteur, mais ne restent pas dans le patrimoine de l'héritier. *Debita verò pereunt et debitores hereditariū lucrum faciunt*. Cette attestation nous paraît bien formelle.

La suite de cette étude montrera la vérité de notre point de départ, à savoir l'incessibilité des créances.

Frappés des inconvénients de leur principe, s'il était rigoureusement observé, des fâcheuses entraves qu'il apporterait à la liberté des négociations en enlevant

au commerce une classe de biens que les progrès de la civilisation rendaient de jour en jour plus importants, les jurisconsultes romains cherchèrent à concilier par des détours ingénieux leur logique inflexible avec les exigences de la pratique.

Gaius, Comm. II, § 38, après avoir indiqué par quel mode se transmettent les choses corporelles ou se créent certaines choses incorporelles, comme l'usufruit, les servitudes prédiales, ajoute que ces modes ne sont pas applicables aux créances. *Obligations quoquo modo contractæ nihil eorum recipiunt*. Puis il indique immédiatement deux moyens d'arriver à des résultats plus ou moins analogues à ceux que produiraient la mancipation, la tradition ou l'*in jure cessio*. Mais ces deux moyens ne sont que des biais imaginés pour tourner la difficulté.

Le premier mode consistait dans une délégation : *Primus* est créancier de *Secundus*, lequel à son tour l'est de *Tertius* ; si *Secundus* veut céder à *Primus* la créance qu'il a sur *Tertius*, il procédera de la façon suivante : « *Primus*, dira-t-il, stipulez de *Tertius* qu'il vous paiera ce qu'il me doit. » Les choses s'étant ainsi faites, le jurisconsulte ajoute que *Secundus* est libéré envers *Primus*, lequel devient créancier de *Tertius* : l'ancienne créance est éteinte, remplacée par une seconde ; c'est un cas de novation.

Ce procédé avait un double désavantage. 1° Les sûretés, gages, hypothèques garantissant la première créance étaient éteintes par la novation [L. 18, Dig. *De novat. et deleg.* (46, 2)] à moins de réserve expresse

[L. II, § 1, Dig. *De pigner. act.* (13, 7)] *Novata autem debiti obligatio pignus perimit : nisi convenit ut pignus repetatur.* 2° La délégation ne pouvant avoir lieu que du consentement du débiteur, si celui-ci refusait son adhésion, l'opération était entravée. *Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulanti promittente debitore jure perfici non potest.* [C. I, Cod., *De novat. et deleg.* (8, 42)].

La délégation était le seul moyen d'arriver à un semblant de cession de créances dans le système de procédure des actions de la loi, qui dura jusqu'à la loi *Æbutia* et aux deux lois *Juliaë*, ces dernières rendues sous Auguste.

Sous le système formulaire, un second moyen fit son apparition. Il consistait dans un mandat *ad litem* conféré à l'acheteur par le vendeur de la créance, avec dispense de rendre compte; de là l'expression de *procurator in rem suam* donnée à cette sorte de mandataire, qui devait seul profiter de l'exécution du mandat. Cette représentation judiciaire, impraticable sous l'empire des actions de la loi, si ce n'est dans quelques cas exceptionnels [Gaius, *Comm. IV*, § 82 — L. 123, Dig., *De regul. jur.* (50, 17)] devint possible sous le second système, à l'aide d'une modification dans la formule : l'*intentio* en était rédigée au nom du mandant et la *condemnatio* au nom du mandataire. « *Condemnationem in suam personam convertit,* » dit élégamment Gaius, *Comm. IV*, § 86. Par suite, l'*actio judicati* était donnée au mandataire. C'est ce que nous voyons dans le § 317, *Frag. Vatic.*, dont la dernière phrase est ainsi conçue : *Interveniente procuratore, judicati actio ex edicto per-*

*petuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum, competit.* (1)

Ce procédé présentait sur l'ancien ce double avantage de laisser subsister les garanties de la créance cédée et de pouvoir se faire sans la participation du débiteur. [C. 3, Cod. *De hered. vel act. vend.* (4, 39)].

Mais la *procuratio in rem suam* ne conférait qu'un mandat, en sorte que le mandant restait véritablement créancier, d'où les inconvénients suivants : jusqu'à la *litis contestatio* ce mandat est révocable, il s'éteint par la mort du mandant ou du mandataire ; en sorte que le cessionnaire ou ses héritiers se trouvaient réduits à solliciter un nouveau mandat du cédant ou de ses héritiers, et si nul ne se présentait pour recueillir la succession du cédant, le cessionnaire était désarmé. [Gaius, Comm. III, § 160. — Inst. § 10, *De mandato* (3, 26). — C. 1, Cod., *De oblig. et act.* (4, 10)]. Il faut donc, pour que le cessionnaire puisse devenir *dominus litis*, continuer les poursuites malgré la mort du mandant, se substituer un *procurator* et transmettre son droit à ses héritiers, qu'il ait fait *litis contestatio* [C. 23, Cod. *De procurat.* (2, 13) — L. 8, § 3 Dig. *Mand.* (17, 1.) — C. 7, Cod. Theod. *De cognit.*] Nous ne croyons même pas que, le procès étant engagé, le cessionnaire soit désormais à l'abri de tout danger : la créance continue toujours à appartenir au cédant et le

(1) Remarquons que, dans le cas de cession fictive, l'*intentio* est conçue au nom du cessionnaire, il agit *suo nomine* [C. 5 Cod. *Quando fiscus*, (4, 15) — C. 8 Cod. *Mandati* (4, 35)].

mandataire n'est qu'en apparence maître de l'action. Aussi le mandant pourra paralyser l'effet de la cession, soit en poursuivant lui-même le débiteur, soit en transigeant, en novant, en compensant avec lui, en lui faisant une acceptilation ou en recevant le paiement de la créance. Ses créanciers viendront se payer au marc le franc avec le cessionnaire [C. 3, Cod., *De novat. et deleg.* (8, 42) — C. 4, Cod., *Quæ res pign. oblig.* (8, 17)]. En outre le cessionnaire devra donner la caution *de rato*, destinée à garantir le débiteur contre un nouveau procès. Il est d'autant plus douteux que le cédé devenait véritablement le débiteur direct du cédant que, si ce dernier s'avisait de le poursuivre, le défendeur n'avait qu'une exception pour repousser l'action du cédant.

Tels sont les inconvénients des deux moyens employés pour arriver à un résultat analogue à la cession; nous avons donc raison de dire que ces modes étaient des biais pour tourner la difficulté.

Le droit prétorien et les constitutions impériales s'efforcèrent d'obvier à cette situation désavantageuse, mais ils n'y réussirent qu'en partie.

D'après les principes du mandat, il était admis que ce contrat ne pouvait être révoqué qu'autant que les choses étaient encore entières, *rebus integris*. Or, à partir de quel moment les choses ne sont-elles plus entières? Ulpien et Paul [LL. 10, § 2, 11 et 12, Dig., *De pactis*, (2, 14)] déclarent que si un pacte est intervenu entre le *procurator* et le débiteur, l'effet de ce pacte est opposable au créancier à l'aide d'une *exceptio doli*, parce que le cédé peut payer entre les mains du

mandataire : *quia et solvi ei potest*. Dans la loi 16 du même titre, Ulpien accorde la même exception de dol au débiteur contre l'action du vendeur de l'hérédité. Voyez aussi Papinien, loi 17, Dig. *De transact.* (2, 15). Paul, dans la loi 17, § 3, Dig. *De jurejur.* (12, 2), enseigne que le mandant sera lié par le serment extrajudiciaire déféré par le *procurator*, pourvu que ce mandataire ait pouvoir exprès de déférer le serment ou soit *procurator in rem suam*. *Procurator quoque quod (jursurandum) detulit ratum habendum est*. *Procurator*, je défère le serment au débiteur; celui-ci jure qu'il ne doit pas : l'action du mandant sera repoussée par l'*exceptio jurisjurandi*.

En l'année 240, une constitution de l'empereur Gordien réalisa un grand progrès. Ce prince, dans un reserit, fait la réponse suivante à un déléguataire, qui se trouvait dans les embarras de la situation que nous examinons, en face des imperfections toujours nombreuses de la cession d'actions. « *Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.* » [C. 3, Cod. *De novat. et deleg.*, (8, 42)]. Il fut donc décidé que le mandat deviendrait irrévocable à la suite de l'une des trois circonstances que nous indique le texte : 1° la *litis contestatio*, 2° un paiement partiel, 3° ou une *denuntiatio* faite au débiteur cédé.

En quoi consistait cette *denuntiatio*? Cet acte devait émaner du cessionnaire. Mais les textes sont muets sur sa forme. Certains auteurs pensent qu'il s'agit ici de la *denuntiatio litis*, convention par laquelle le défendeur s'engageait envers le demandeur à comparaître devant le magistrat pour obtenir une formule relativement au litige. Marc-Aurèle donna au demandeur le droit de faire une *denuntiatio* sans le consentement de son adversaire, pourvu que cet acte fût constaté par témoins. Sous Constantin, cette *denuntiatio* ou citation devint un acte public constaté par un procès-verbal que dressait un officier public, à la requête du demandeur et avec prière de le faire notifier au défendeur. Est-ce à cette *denuntiatio* que fut attachée par Gordien l'irrévocabilité des droits du cessionnaire dans ses rapports avec le cédé? Cela est admis par la presque unanimité des commentateurs. — Sous Justinien, la *litis denuntiatio* ayant disparu comme mode d'ajournement garda toute son utilité dans le cas de cession,

Cependant la précédente opinion ne nous satisfait pas : puisque l'exploit d'ajournement conserve le droit du cessionnaire, à quoi bon nous dire que le même effet sera attaché à la *litis contestatio*? Il nous semble qu'il est arbitraire de ne pas voir une *denuntiatio*, suivant le sens de la constitution de Gordien, dans tout acte régulier, émané du cessionnaire, ayant pour but de porter la cession à la connaissance du cédé. En effet que se propose cet empereur? Il résout la question suivante : A quel moment les actions passent-elles du délégrant au déléataire? à partir de quel moment celui-ci

peut-il agir et, dans une certaine mesure, devient-il le créancier du délégué? La constitution répond en indiquant trois événements qui supposent incontestablement que le débiteur a eu connaissance de la cession d'actions; ces événements sont, rappelons-le, la *litis contestatio*, le paiement partiel ou la *denuntiatio* faite au débiteur. Cette dernière était donc, suivant le sens que nous indiquons, la déclaration que le créancier cessionnaire faisait au débiteur cédé pour l'informer que le cédant avait remis ses actions au cessionnaire.

La constitution que nous venons d'examiner eut un double avantage. Elle garantissait le cessionnaire contre les fraudes du cédant et contre tout paiement que le cédé aurait pu faire à son préjudice; mais elle ne le prémunissait pas contre l'extinction du mandat par la mort de l'une ou de l'autre des parties avant la *litis contestatio*.

Les actions *utiles* fournirent un remède contre ce danger. Par une constitution du même Gordien, rendue en 243, une action utile est donnée à celui qui avait payé pour un débiteur et auquel les actions ont été cédées par le créancier, mais qui s'est trouvé dans l'impossibilité de les exercer attendu la mort du créancier sans héritiers avant la *litis contestatio* [C. 1 Cod. *De oblig. et act.*, (4, 10)].

Que décider si le cessionnaire meurt avant la poursuite? Le mandat sera-t-il révoqué ou les héritiers auront-ils une *actio utilis*? Dans la Const. 33, au Code, *De donat.* (8, 54), qui est de l'an 528, Justinien nous apprend que le cessionnaire à titre onéreux, mort *ante litem contestatam*, transmettait à ses héritiers le

droit d'agir, et il étend ce même droit aux héritiers du cessionnaire à titre gratuit. *Nam sicut venditionis titulo cessas actiones etiam ante litis contestationem ad heredes transmitti permittitur, simili modo et donatas ad eos transferri volumus : licet nulla contestatio vel facta vel petita sit.*

Les actions utiles jouèrent même dans la matière qui nous occupe un rôle considérable. Nous aurons à en parler spécialement. Mais remarquons que les divers moyens auxquels on eut recours pour améliorer la situation du cessionnaire n'empêchèrent pas de le considérer toujours comme un mandataire du cédant et jamais comme le créancier direct du cédé.

D'où la conséquence que le cédé continue à pouvoir opposer au cessionnaire les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant [LL. 4, 5, Dig. *De hered. vel act. vend.*, (18, 4)].

Tels sont les principes qui dominaient à Rome la théorie de la cession des créances ou actions.

## CHAPITRE II.

### Différentes espèces de cessions d'actions.

Le Droit Romain admettait plusieurs sortes de cessions de créances.

1° La cession est conventionnelle *ex parte creditoris*, lorsque le créancier cède son droit volontairement à une autre personne. Ce fut là, pendant plusieurs siècles, le seul moyen auquel devait recourir le *correus*

*debendi* ou la caution de qui était exigé le paiement, pour conserver un recours contre celui qui devait définitivement supporter la totalité ou une partie de la dette. Deux conditions étaient exigées : 1° demande avant le paiement, *solutio obligationis*, ou la *litis contestatio*, qui opérerait substitution d'une créance à une autre ; 2° consentement du créancier, nul ne pouvant être contraint à céder son droit.

La cession conventionnelle *ex parte debitoris* est admise dans le seul cas où le débiteur emprunte une somme d'argent pour désintéresser le créancier [L. 12, § 8, Dig. *Qui pot. in pign.* (20, 4)]. Le remboursement de celui-ci étant ainsi effectué, le prêteur est subrogé par le débiteur aux actions du créancier, dont le consentement n'est pas nécessaire. Dans aucun autre cas, il n'est permis au débiteur de disposer des droits qui sont en jeu, ceux du créancier.

2° Le magistrat peut forcer le créancier à céder ses actions. Voyez L. 57 *in fine* Dig. *De legatis* 1° et L. 23 *pr.* Dig. *De pecul. leg.* (33, 8). Il en est de même pour le bénéfice *cedendarum actionum*, qui nous apparaît ici sous une de ses transformations : le prêteur accorde l'*exceptio doli* au codébiteur ou à la caution auquel le créancier refuse sans motif de céder ses droits contre les autres obligés principaux ou accessoires.

3° Enfin, dans une foule de cas, la cession des droits et actions du créancier est imposée par la loi, est nécessaire. Nous allons analyser un certain nombre de textes spéciaux. Mais déjà remarquons les expressions de la loi. S'agit-il d'une action ordinaire, pure et simple, ou de plusieurs actions ayant ce même caractère ? alors

la cession s'opère de la manière suivante : le titulaire du droit est dans la nécessité de *mandare, præstare, cedere actiones* à celui qui doit en bénéficier, ou bien il faut que celui-ci recoure à l'*actio utilis*. Nous avons, dans notre aperçu historique, posé les fondements de cette théorie, qui comprendra les trois premières catégories d'hypothèses à étudier. S'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'*in jus pignoris successio* produit des effets équivalents à ceux de la cession, ce que nous examinerons en dernier lieu.

### CHAPITRE III.

#### Cas de cession d'actions nécessaire.

*Première hypothèse.* — Dans le cas de mandat ou de gestion d'affaires, le mandataire et le gérant d'affaires doivent céder au mandant ou au maître les actions qu'ils ont acquises dans l'exercice de leur mandat ou de leur gestion. *Proinde si tibi mandavi ut hominem emeris tuque emisti, teneberis mihi ut restituas. — Si mandatu meo fundum emeris..., ego tecum agere possum, ut præstes mihi empti actionem.* [LL. 8, § 10, 45 pr. Dig. *Mandati* (17, 1)].

Ici se présente une première question : en droit français, le mandant devient directement créancier et débiteur de celui qui a traité avec le mandataire ; pourquoi n'en est-il pas de même en droit romain ? pour quelle cause le mandant ne peut-il agir contre le tiers qu'en vertu de la cession d'actions faite par le manda-

taire? Cela tenait au principe de la non-représentation dans les actes juridiques. Dans l'origine, la naissance des droits était entourée de formes extérieures, de paroles sacramentelles prononcées par celui qui voulait devenir créancier ou propriétaire. Or, comment admettre que *Primus* remplisse ces formalités matérielles parlant en son nom et que *Secundus*, physiquement étranger à l'acte, en acquière le bénéfice? Dans une législation moins formaliste et plus avancée, on comprend que le mandataire puisse représenter le mandant. On peut dire encore que cette théorie répondait parfaitement au génie égoïste des Romains : que chacun fasse ses affaires. Enfin, la nécessité de la représentation ne s'était pas fait sentir à Rome ; le chef de famille n'avait-il pas autour de lui des mandataires naturels, les fils de famille et ses esclaves? Voilà pourquoi le mandataire, *extranea persona*, qui contractait avec un tiers, devenait seul créancier. [L. 11, Dig., *De oblig. et act.* (44, 7) — L. 49, § 2, Dig., *De adq. vel amitt. poss.* (41, 2)].

Les inconvénients de cette théorie ne tardèrent pas à se manifester dans diverses hypothèses. Un chef de famille a préposé un tiers à la direction d'un commerce terrestre : le préposé a acquis une créance ; mais supposons-le insolvable. Une *actio utilis* sera accordée au préposant contre le débiteur. *Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui institorum præposuit in eos qui cum eo contraxerint. — Eo nomine, quo institor contraxit, si modò aliter rem suam servare non potest.* [LL. 1, 2, Dig. *De instit. act.* (14, 3)]. L'opinion d'Ulpien et de Gaius

est encore confirmée par Paul, L. 5, Dig. *De stipul. prat.*, (46, 5). Il en est de même au cas d'absence du mandataire.

Dans la loi 16, Dig. *De pactis*, (2, 14), Ulpien examine l'hypothèse suivante : Vous avez acheté une hérédité comprenant des obligations ou actions ; le vendeur a rigoureusement le droit de poursuivre les débiteurs ; mais il ajoute qu'en vertu d'un rescrit d'Antonin-le-Pieux l'action du créancier sera repoussée par une exception de dol et que l'acheteur pourra agir en vertu de la seule vente contre les débiteurs, comme s'il en avait reçu le mandat, *actio utilis quasi ex jure cesso*.

Sous Septime-Sévère, l'*actio mandati utilis* paraît avoir été donnée dans tous les cas contre le mandant à raison des obligations contractées en son nom par le mandataire. Papinien, [L. 31, *pra.*, Dig. *De neg. gest.*, (3, 5)], rapporte que si vous chargez un affranchi ou un ami de recevoir à titre de *mutuum* une somme en votre nom, le prêteur pourra vous poursuivre. Cette extension a été faite à l'exemple de l'action institoire, *scilicet ad exemplum institoria actionis*. Ulpien approuve cette même décision dans la loi 10, §. 5, Dig. *Mand.* (17, 16). Ajoutons que le débiteur qui peut être attaqué par cette *actio utilis* repoussera *exceptione doli* l'action du mandataire agissant malgré le mandant. [L. 28, Dig. *De procur. et defens.*, (3, 3)].

Le principe qui régit ces dispositions est facile à reconnaître et à formuler : le droit d'agir *utiliter* contre le débiteur appartiendra toujours à celui qui peut légitimement exiger la cession d'une obligation en

verfu d'un mandat exprès ou tacite, et comme s'il avait obtenu réellement cette cession.

Le caractère d'*utile* donné à l'action n'en modifie point la nature. Les choses se passent comme s'il y avait eu une cession effective; on se borne à la sous-entendre. *Nec refert directio quis an utili actione agat vel conveniatur: cum maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum.* [L. 47, § 1, Dig.; De negotiis gestis, (3, 5)]. Grâce à l'action utile, le droit présumé cédé devient transmissible aux héritiers, indépendant de la vie ou de la mort du cédant. Au cas de conflit entre l'action directe et l'action utile, la préférence est donnée à cette dernière. *Procurator in rem suam dato, dit Ulpien, preferendus non est dominus procuratoris in litem movendam vel pecuniam suscipiendam. Qui enim suo nomine utiles actiones habet rite eas intendit.* [L. 55, Dig.; De procur. et defens. (3, 3)].

Dans le cas de mandat ou de gestion d'affaires, c'est donc par l'*actio utilis* que le droit romain, en dernière analyse, a établi la cession d'actions nécessaire et, par ce moyen, rendu toujours efficace la transmission au mandant ou au maître des actions obtenues par le mandataire ou le gérant d'affaires.

Mais les avantages de cette action utile étaient trop immédiats pour qu'elle ne fût pas généralisée.

Une constitution de Dioclétien, [C. 8, Cod., De hered. vel act. vend., (4, 39)], décide que l'acheteur d'une créance peut intenter toutes les actions qui en résultent, bien qu'il n'y ait pas eu de cession expresse. De même, le créancier peut poursuivre le débiteur des

créances qui se trouvent comprises dans les biens saisis, [LL. 10 et 15 § 8, Dig., *De re judic.*, (42, 1)]. Le mari a le droit de poursuivre les débiteurs des créances qui lui ont été données en dot, [C. 2, Cod., *De oblig. et act.*, (4, 10)]. Celui auquel elles ont été données en paiement peut poursuivre directement les débiteurs de son débiteur, [C. 5, Cod., *Quando fiscus vel priv.*, (4, 15)]. Enfin, il résulte de la Const. 18, Code, *De legatis*, (6, 37), que le légataire d'une créance, *legatarius nominis*, peut agir directement contre le débiteur sans attendre que l'héritier, véritable créancier de la dette, lui ait cédé l'action.

Le principe qui sert de base à toutes ces applications variées et les règles qui les dominent sont, comme nous venons de le voir un peu plus haut, les mêmes que ceux qui régissent les effets, étendus par *l'actio utilis*, de la gestion d'affaires et du mandat.

*Deuxième Hypothèse.* — Lorsque une personne, débitrice d'une chose envers une autre personne, est dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, soit à cause de la perte totale de cette chose, soit à cause de sa détérioration, elle est tenue de faire au créancier la cession des actions qu'elle a pu acquérir à la place de cette chose ou à son occasion.

L'équité sert de base à cette doctrine de la loi romaine. Mais il importe de remarquer qu'ici le débiteur doit toujours être de bonne foi et irréprochable; autrement il n'obtiendrait pas aussi commodément sa libéra-

tion. Alors, en effet, le créancier n'aurait point à recourir à l'action nécessaire pour se procurer l'objet dû, mais il poursuivrait le débiteur pour l'obliger à payer lui-même la valeur intégrale de la chose qu'il doit et ne représente pas.

Ce principe trouve son application dans les hypothèses qui suivent.

Le propriétaire qui s'est obligé à livrer sa chose, par exemple en vertu d'un contrat de vente, et qui, par cas fortuit, est placé dans l'impossibilité d'accomplir cette obligation, s'en trouve libéré. Mais si la chose existe encore, ou si, en sa qualité de propriétaire, il a des actions à exercer par rapport à la chose, il doit en faire la cession à son acheteur.

*Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem: et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id prestare eum emptori oportebit; quae sententia vera est: et ita Julianus.* [L. 14, Dig., *De furtis*, (47,2)]. Voyez pareillement, au Digeste les lois: 35 § 4, *De contrah. empt.*, (18, 1); 13 § 12, et 31, *De act. empti et vend.*, (19, 1); 38, *De evict.*, (21, 2).

La cession d'actions nécessaire a lieu au profit de l'héritier véritable quand le possesseur de bonne foi de l'hérédité, successeur apparent, a disposé de choses héréditaires. Nous admettons que les ventes, faites de bonne foi par le successeur apparent, sont valables.

Cela s'explique par les dispositions du S.-C. au Juventien, rendu sous Marc-Aurèle. Ce S.-C. décide que l'héritier apparent de bonne foi ne doit faire compter à l'héritier véritable que de ce dont il s'est enrichi. Cela

posé, les aliénations qu'il a consenties sont-elles valables ou nulles? Cela dépend des circonstances. Elles ne sont pas valables: 1<sup>o</sup> si l'héritier apparent n'est pas tenu de la garantie, ce qui a lieu quand il est donateur, ou quand il a vendu sans garantie, ou lorsqu'il est mort sans héritiers; 2<sup>o</sup> si le recours en garantie ne doit pas faire condamner l'héritier apparent à une indemnité supérieure au prix qui lui a été versé, à moins qu'il n'ait perdu ou dissipé ce prix; 3<sup>o</sup> s'il est prêt à défendre à la pétition d'hérédité, car sa conduite indique qu'il se soumet à toutes les conséquences résultant de la situation qu'il prétend avoir eue et qu'il veut conserver. Dans tous les cas inverses, les aliénations sont maintenues. Voyez les lois: 5 pr., 13 § 4 et 25 § 17, Dig., *De hered. petit.*, (5, 3), et la loi 13, *in fine*, Dig., *De quæst.* (48, 18).

Au contraire, pour le possesseur de mauvaise foi, les aliénations d'objets héréditaires sont toujours nulles.

Mais lorsque l'héritier véritable doit subir ces aliénations, au moins a-t-il droit au prix de ces choses ou à la cession des actions qui peuvent appartenir à l'héritier apparent de bonne foi: *Bonæ fidei possessor si vendiderit res hereditarias, sive eregit pretium, sive non, quia habet actionem, debet pretium prestare. Sed ubi habet actionem sufficiens eum actiones prestare.* [L. 20 § 17, Dig., *De hered. petit.*, (5, 3)].

D'après la loi 11 § 16, Dig., *Si quadrupes paup. fec. diæ.*, (9, 1), le maître d'un animal qui a causé quelque dommage, *pauperiem*, peut, dans l'hypothèse où cet animal a été tué par un tiers avant le jugement, choisir entre des offres de réparation et dommages-intérêts.

*litis aestimationem*, et la cession de l'action *legis Aquiliae* qu'il a acquise contre celui qui a tué l'animal: *nisi paterius fuerit actionem mandare adversus eum qui occidit*. Nous savons que l'action noxale renfermait toujours une semblable alternative. L'adversaire est forcé d'accepter cette cession qui, d'après la loi, lui tiendra lieu de réparation.

Le même exemple nous est offert dans le § 3, *in fine*, Inst. *De temp. et vend.* (3, 23). Le vendeur d'un esclave, d'un animal ou d'un autre objet, *lecterorumque rerum*, qui a promis la *custodia* jusqu'à la *traditionem*, répond à l'acheteur de la fuite, de l'éviction, des détériorations, en un mot de tous les accidents qui peuvent atteindre l'objet vendu et non encore livré. Mais si l'acheteur n'a pas exigé la *custodia*, il peut seulement réclamer au vendeur des actions qui lui appartiennent et qui, dans une certaine mesure, sont en elles-mêmes la représentation de la chose: par éviction, *condictio furtiva*, action *furti*, action *damni injuria*.

Si le débiteur de la chose perdue ou dépréciée par sa faute est contraint d'en payer la valeur, la cession à son profit des actions du propriétaire est de droit.

Le possesseur qui s'est mis, par sa négligence, dans l'impossibilité de restituer la chose au propriétaire revendiquant, a le droit d'exiger, avant de payer l'*aestimatio litis*, que le propriétaire lui cède son action. Voici en effet ce que nous dit Papinien dans la loi 63, Dig. *De rei vindic.* (6, 1). *Si culpâ non fraude, quis possessionem amiserit, quoniam opatis debet aestimationem, au-*

*diendus erit à judice, si desideret, ut adversarius actione suâ cedat.* Le possesseur est tenu d'indemniser le propriétaire jusqu'à concurrence de la valeur de l'objet qu'il ne peut lui rendre. Ce dernier, après son désintéressement, devait-il conserver la revendication? Non, évidemment, car il aurait pu de la sorte en recouvrer plus tard la possession, il aurait ainsi obtenu à la fois et la chose et le prix. L'équité aurait été blessée par cette solution. C'est pourquoi le législateur, ayant reconnu qu'il serait injuste d'admettre que le débiteur ne pût, dans l'espèce, réclamer au propriétaire son action en revendication, lui accorde le droit de l'exiger.

On a soutenu que le possesseur de mauvaise foi n'avait jamais droit à cette cession légale. Cependant le texte de Papinien que nous venons de citer ne fait aucune distinction. Pourquoi d'ailleurs la cession d'action nécessaire est-elle fondée dans cette hypothèse? N'est-ce point à cause de ce principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui? Cette considération d'équité et le texte que nous venons de citer nous permettent donc de rejeter toute distinction et d'accorder pareillement le bénéfice de la loi au possesseur de bonne ou de mauvaise foi. En outre, la loi 37, Dig., *De rei vindic.*, (6, 1), nous fournit un troisième argument : celui qui bâtit sur un fonds, dont il sait ne pas être propriétaire, a le droit d'enlever ses matériaux. Ici encore l'équité et la loi sont d'accord pour ne pas établir de différence au point de vue qui nous occupe entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

Peu importe donc le titre et la qualité du possesseur.

Mais si, dans l'acte qui le soumet à une indemnité, le dol, la mauvaise foi, la méchanceté ont été son mobile, l'action en revendication sera donnée contre lui, mais elle sera purement pénale, tendant à le faire condamner à une somme d'argent qui sera fixée par le serment du demandeur, *jusjurandum in litem*. Et même, ce qui est encore plus rigoureux, c'est que le possesseur sera contraint de payer sans pouvoir exiger du demandeur soit la conservation de ses droits et actions, soit leur cession. En effet, Paul, dans la loi 69, Dig., *De rei vindic.*, (6, 1), nous atteste cela formellement. *Is, qui dolo fecit quominus possideret, hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet actiones, quas ejus rei nomine habeat, se ei prastaturum*. Voir aussi la loi 70, de Pomponius. La loi 1 § 14, Dig., *De tut. et rat. distr.*, (27, 3), nous montre encore que le dol exclut le bénéfice de cession d'actions et même tout recours.

Enfin au principe qui domine les hypothèses que nous venons d'analyser se rattachent les textes suivants.

*Rem commodatam perdidit et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit: Labeo ait, contrario judicio aut rem mihi prastare te debere aut quod à me accepisti reddere*. [L. 17 § 5, Dig., *Commodati*, (13, 6)].

En matière de dépôt, citons la loi 16, d'African, Dig., *Depositum*, (16, 3). Votre dépositaire, qui ne peut vous restituer la chose que vous aviez confiée à ses soins, est tenu de vous céder les actions qu'il peut avoir pour en reprendre la possession et, dans l'espèce que nous rapporte le jurisconsulte, qu'il a le droit d'exercer lui-même contre le second dépositaire, *apud quem postea sit depositum*.

Pareillement, si *fullo aut sarcinator vestimentis perdidit*, et que noinine domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et condictionem cedere. [L. 28 § 18, Digo, *Loco cond.* (19, 2)]

Enfin, dans la loi 6 § 4, Digo, *Navis et culp. et lib. larii*, (4, 9), le jurisconsulte Paul déclare qu'il est permis à raison du vol ou de la détérioration d'une chose qui est dans le navire, de poursuivre soit le matelot auteur du délit, si soit l'exercitor, mais que la poursuite de l'un empêche celle de l'autre. Si nous poursuivons l'exercitor, nous devons lui céder nos actions à l'occasion de la chose furtive ou détériorée. *Possimus autem furti vel damni injuriæ actione uti cum navitis, uti certi hominis factum arguamus, sed utrius contentis esse debemus: et si cum exercitore egerimus, prestare ei debemus actiones nostras, quamvis ex conducto actio adversus eos competat exercitori.*

Troisième hypothèse. — La cession nécessaire a lieu au profit de ceux qui étant tenus avec d'autres ou pour d'autres, ont payé la dette. Il était juste, en effet, de leur permettre de se faire subroger par le créancier dans tous ses droits. Ces personnes peuvent exiger la cession avant de désintéresser le créancier et elles acquièrent les actions telles qu'elles se trouvent au moment de cette transmission.

Elle est d'abord accordée au codébiteur solidaire qui paie la totalité de la dette, *correus debendi*. La solidarité est une modalité de l'obligation, consistant dans la pluralité des sujets actifs ou passifs, avec

unité d'objet dû, sous l'alternative, *à tous ou par tous*, mais *une seule fois*. De cette définition il résulte que la solidarité est active et passive.

La solidarité passive se subdivise en 1<sup>o</sup> corréalité et 2<sup>o</sup> solidarité. On définit la corréalité passive, une modalité consistant dans la pluralité provisoire de sujets passifs, de débiteurs, avec unité d'objet dû à tous ou par tous, mais une seule fois.

Dans la solidarité, au contraire, il y a autant de dettes, de liens définitifs que de débiteurs; mais comme le même objet est dû par tous ces débiteurs une seule fois, le paiement fait par l'un d'eux libère les autres. Ainsi, au cas de corréalité passive, unité de dette; dans la solidarité, pluralité de dettes. D'où la conséquence que la poursuite dirigée par le créancier contre l'un des *correi* libère les autres, d'après ce vieux principe : *non bis in idem*. Les *correi* sont en effet tenus en vertu d'un acte qui présente un certain caractère d'unité; ils ont promis la même chose; tandis que les débiteurs solidaires, tenus par suite d'un acte qui ne présente pas ce même caractère, cette rigueur de formes, peuvent être poursuivis les uns après les autres jusqu'à parfait paiement; chacun est tenu par un lien entièrement distinct de celui de son codébiteur. En un mot, dans la corréalité, les débiteurs sont libérés *electione*, par la poursuite; dans la solidarité *solutione*, par le paiement.

Les juriconsultes romains distinguaient s'il y avait entre les copromettants, *correi debendi*, une communauté d'intérêts, une société, *si socii sint*. Quand une rela-

tion quelconque de droit de cette nature les obligeait à mettre en commun le résultat de l'affaire ou à s'en rendre compte les uns aux autres, par exemple, dans l'hypothèse de plusieurs banquiers (*argentarii*) faisant l'un pour l'autre une avance de fonds, le copromettant *solvens* pouvait actionner ses coobligés pour que les effets de l'opération se produisissent à l'égard de chacun. L'action qu'il intentait pour atteindre ce résultat était l'action *mandati* ou l'action *pro socio*, suivant le lien qui unissait les coobligés solidaires.

Lors au contraire qu'aucune association d'intérêts n'existait entre les copromettants, les règles strictes et rigoureuses de la corréalité étaient appliquées, c'est-à-dire que le codébiteur qui avait payé le tout n'avait rien à répéter de ses coobligés, puisqu'il avait payé sa dette, et non celle des autres. C'est ce que nous dit formellement la loi 62, Dig., *Ad legem Falcid.*, (35, 2). Tous étaient menacés, un seul était atteint : *in pendenti esse in utriusque bonis computari oporteat id quod debetur, vel ex cuius bonis detrahi*. Voyez pareillement les L. 31 § 1, Dig., *De nov. et deleg.*, (46, 2), L. 39, Dig., *De fid.*, (46, 1), et C. 2, Cod., *De duob. reis*, (8, 4). Cette règle rigoureuse, résultant de la nature même de la stipulation, était généralisée et étendue à une foule de cas.

Cependant, même dans cette seconde hypothèse, *quod si societas inter eos nulla fuisset*, les prudents intervinrent en faveur du codébiteur de qui le paiement était réclamé et lui accordèrent la garantie du *beneficium cedendarum actionum*. [L. 65, Dig., *De evict.*,

(21, 2)]. C'est le seul texte qui parle de ce bénéfice accordé aux *correi debendi*. Dès lors, tout codébiteur solidaire, par sa demande directe, ou par une *exceptio*, était subrogé aux droits et actions du créancier contre les autres coobligés. [L. 17, Dig., *De fidej.*, (46, 1)]: Nous ferons remarquer que le débiteur qui a obtenu ce bénéfice ne peut recourir contre ses collègues que déduction faite de sa part et pour leur part effective.

A quel moment doit être réclamée la cession d'actions ? Il résulte des principes que ce bénéfice doit être demandé avant le paiement, car comment céder une créance éteinte ? Le *correus debendi* était censé remettre les fonds moins pour éteindre l'obligation que pour l'acheter. Le prêteur aurait refusé l'action au créancier s'il se fût refusé à la cession, [arg. L. 17, Dig., *De fidejus.*, (46, 1)]. En effet, ou le paiement fait par l'un des débiteurs solidaires est volontaire, et alors celui-ci n'a droit à la cession qu'autant qu'il a fait ses réserves expresses, ou bien il a payé contraint et forcé, par exemple, après jugement. Dans ce cas, il a droit à la cession, car, payant contraint et forcé, il ne peut être censé avoir volontairement renoncé à un recours efficace; on lui accorde même une *actio utilis*. Voyez du reste les lois 65, Dig., *De eviction.*, (21, 2), et 25 § 15, Dig., *Famil. ercisc.*, (10, 2).

Le créancier doit aussi faire la cession de ses droits et actions à la caution.

Les avantages qui s'attachaient à la fidéjussion firent préférer cette sorte de cautionnement à tout autre. Bien longtemps avant Justinien, il n'est plus question, dans

la pratique des affaires, que des *fidejussores*, (Nov. 4, Chap. I et 2). Voici en effet les considérations qui faisaient préférer au créancier leur garantie. (1) S'ils étaient plusieurs pour une même créance, tous placés sous la règle de droit commun des stipulations, le résultat naturel de leur réponse: *Idem fidejubes? Idem fidejubeo*, les obligeait chacun pour la totalité, *singuli in solidum*. Il n'était même pas nécessaire que cela eût été exprimé, *nam et cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur*. [C. 3, Cod., *De fidej. et mandat.* (8, 41)]. La loi établissait ses présomptions rigoureuses contre eux; il fallait donc, si chacun ne voulait être obligé que pour partie, qu'ils fissent séparément une promesse formelle pour cette partie. [L., 51 *pr.*, Dig., *De fidej.* (46, 1)]. Autrement le créancier était libre d'agir *in solidum* contre l'un d'eux, à son choix. Un rescrit de l'empereur Adrien, (*epistola divi Hadriani*), vint au secours des fidéjusseurs, (Gaius, Comm. III, §§ 121 et 122). Il leur fut permis désormais d'exiger du créancier la division de son action entre tous les cofidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*. Dès lors, des cofidéjusseurs ne sont plus tenus solidairement comme les *correi debendi*, mais leur obligation est solidaire avec faculté d'opposer le bénéfice de division. Le fidéjusseur, poursuivi par le créancier, peut donc ne payer que sa part, la dette est aussitôt éteinte pour partie. Mais si le fidéjusseur, au lieu d'exiger la division de la dette, poursuit le créancier, quoique le créancier ne soit pas éteint, la dette est aussitôt éteinte pour partie. (1) Voir Gaius, Comm. III, §§ 110 et suiv.

l'action, veut payer au créancier le total de la dette, il a le droit de le faire. Supposons, en effet, qu'au moment où le créancier veut être payé de ce qui lui est dû, plusieurs coobligés sont dans une situation pécuniaire embarrassée; ou encore, supposons que la *venditio honorum* de certaines cautions produise une somme inférieure à la valeur réelle de leur patrimoine, parce que le créancier agit dans un moment inopportun pour la vente; on conçoit que, dans de pareils cas, le cofidéjusseur poursuivi soit disposé à payer au créancier le montant de la dette commune. Le désintéressement du créancier suivant les principes et les règles de droit, produisait tous les effets d'un paiement, *solutio*; la dette se trouvait éteinte, tous les coobligés étaient donc libérés. Le fidéjusseur, à l'égard du débiteur principal, avait bien l'action *mandati*, pour paiement forcé, ou *negotiorum gestorum*, après paiement volontaire; mais, à l'encontre de ses cofidéjusseurs, la loi ne lui accordait aucun recours. Cette injustice fit permettre, comme nous l'avons dit plus haut, au fidéjusseur d'obtenir la créance intacte, au moyen d'une fiction, ou d'en exiger la vente de la part du créancier. *Fidejussoribus succurri solet*, dit Julien, *ut stipulator* (le créancier) *compellatur ei qui solidum solvere paratus est vendere ceterorum nomina*. [L. 17, Dig., *De fidej.*, (46, 1)] Paul, qui examine cette opération accomplie, nous dit, la créance n'est pas éteinte, quoique le créancier en ait reçu le montant: *non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit*. [L. 36, Dig., *De fidej.*, (46, 1)].

Nous savons que le *beneficium cedendarum actionum*,

qui devait être demandé avant que la *litis contestatio* ne fût opérée, n'était point pour le *solvens* irrévocablement perdu s'il avait négligé de le réclamer : le prêteur y suppléait en lui accordant une *actio utilis*.

Le bénéficiaire de cette cession fictive exercera les droits du créancier à l'encontre du débiteur principal et de ses cofidésseurs. La créance est transportée au *solvens* par une *procuratio in rem suam*, dont nous avons déjà analysé les effets ; elle demeure entourée de toutes les sûretés accessoires, privilèges, hypothèques, gages qui la rendaient plus avantageuse quand son exercice appartenait encore au créancier, qui désormais est pleinement désintéressé.

Pour quelle part le fidésseur recourra-t-il contre ses cofidésseurs ? Même observation que pour les *correi debendi*.

Remarquons que le créancier n'est pas responsable envers le fidésseur ou le *correus debendi* qui a requis la subrogation, si par le fait ou la faute de ce créancier le recours se trouve inefficace à raison de l'insolvabilité des débiteurs. En effet, les rapports du créancier et du *solvens* étaient régis par le *strictum jus*. Il n'y a d'exception que pour la *fidejussio indemnitis*.

Tout autrement sont réglés les rapports du créancier et du débiteur solidaire. La bonne foi veut que le débiteur solidaire ne puisse pas être poursuivi si, par la négligence du créancier, le recours contre le débiteur principal ou les autres débiteurs est devenu illusoire. Cette règle, étendue au fidésseur par la Nouvelle 4, a passé dans l'article 2037 du Code civil.

Sur le même rang que les *fidejussores*, nous devons placer les *mandatores pecuniæ credendæ*. Les principes suffiraient, à défaut de textes, pour nous faire admettre cette décision.

Le *mandator pecuniæ credendæ* charge le mandataire de prêter de l'argent à un tiers. Si je vous donne mandat de lui prêter *cum usuris*, ce contrat a lieu dans l'intérêt du tiers et de vous mandataire; si je vous charge de prêter *sine usuris*, le mandat intervient dans l'intérêt du tiers seul. Mais, peu importe cette distinction: dans les deux cas, l'obligation se produit dès que les choses ne sont plus entières et une *intercessio* a lieu de la part du mandant. Cette *intercessio* nous présente une grande analogie entre la situation du mandant et celle du fidéjusseur. Voyez la loi 32, Dig., *Mandati*, (17, 1). Le Digeste et le Code nous offrent l'un et l'autre un titre ainsi conçu: *De fidejussoribus et mandatoribus*. Sans doute il ne faut point confondre ces *intercessores*, et les textes suivants nous font connaître les différences qui les séparent: [L. 13, *pr.*, Dig., *De min. XXV ann.* (4, 4) — C. 28, Cod., *De fidejuss. et mand.*, (8, 41) — L. 95 §§ 10 et 11, Dig., *De solut.*, (46, 3).] Mais nous voyons que le *mandator pecuniæ credendæ*, à ce titre, a droit directement à ce que le créancier lui cède ses actions contre le débiteur. *Si mandatu meo Titio decem credideris, et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius, sed ego tibi non aliter condemnari debebo quàm si actiones quas adversus Titium habes mihi præstiteris.* [L. 13, Dig., *De fidej.*, (46, 1) — L. 28, Dig., *Mandati*, (17, 1).]

Ce même bénéfice est accordé aux tiers-détenteurs

d'une chose hypothéquée, à ceux qui font un pacte de constitut *pro alio*, [C. 3, Cod., *De const. pec.*, (4, 18,)] aux cotuteurs, etc. Voyez pour ces derniers les L. 1 §§ 11, 12, 13 et 14; L. 21, Dig., *De tut. et rat.*, (27, 3). *Et si fortè quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est à Divo Pio, et ab imperatore nostro et divo patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.* (L. 1 § 13, Dig., *hoc tit.*)

*Quatrième hypothèse.* — Dans l'étude que nous venons de faire, nous avons analysé divers cas où la cession d'actions est commandée par la loi sans que nécessairement la créance acquise par le cessionnaire soit autre qu'une créance pure et simple. Ici, nous nous occuperons du désintéressement du créancier opéré dans le but d'obtenir le bénéfice d'une obligation entourée par lui de garanties accessoires, privilèges, hypothèques, gages. Y a-t-il ou non cession nécessaire de l'hypothèque et de la créance qu'elle garantissait? Diverses hypothèses peuvent se présenter.

Soit trois créanciers hypothécaires, *Primus*, *Secundus*, et *Tertius*, ainsi désignés d'après leur rang. Un tiers a fourni au débiteur des deniers destinés à désintéresser *Primus*, *ut antecedens dimitteretur*; ce tiers sera subrogé à *Primus* à la condition que les deniers aient été empruntés en vue de payer *Primus*, qu'ils aient reçu cette destination [L. 24 § 3, Dig., *De reb. auct. jud.*, (42, 5)] et que le débiteur ait constitué une hypothèque spéciale au prêteur.

On a prétendu que celui-ci prenait à titre de cessionnaire légal ou fictif le rang de *Primus* ; ou encore, on a dit : en principe, le paiement fait à *Primus* éteint son hypothèque, seulement le débiteur peut, au lieu de profiter de cette extinction, attribuer l'hypothèque au prêteur qui lui a fourni les deniers.

Ces deux explications sont inexactes ; elles tombent en présence de la loi 3, Dig., *Quæ res pign.*, (20, 3), qui est ainsi conçue : *Aristo Neratio Prisco scripsit : Etiam si ita contractum sit ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet nisi convenerit ut sibi eadem res esset obligata ; neque enim in jus primi succedere debet qui ipse nihil convenit de pignore, quo casu emptoris causa melior efficitur.* Ce texte combat l'idée de cession légale, car s'il y a cession de plein droit, à quoi bon exiger une constitution spéciale d'hypothèque ?

Nous trouvons la même solution dans la loi 2, Dig., *De pign. act.*, (13, 7.)

Mais, dira-t-on, comment se fait-il que le prêteur prenne le rang qu'avait le créancier désintéressé ? Son hypothèque étant la dernière en date, (la date de l'hypothèque était celle du pacte), devra venir au dernier rang, et cependant le prêteur sera colloqué au rang qu'occupait le créancier désintéressé par lui. Un principe d'équité résout cette question sous la forme du privilège *propter versionem in rem*, [L. 6 §§ 1 et 2, Dig., *Qui potiores* (20, 4,)] et peut se formuler ainsi : profite de l'extinction de l'hypothèque de *Primus* le créancier hypothécaire dont les fonds ont servi à éteindre cette hypothèque. Voilà pourquoi le texte exige

que le prêteur stipule une hypothèque. La même subrogation, ou succession hypothécaire, s'opèrerait au profit de celui qui aurait déjà une hypothèque sur cette chose. Voyez, au Digeste, L. 12 § 9, *Qui potiores.* (20, 4.)

Mais qu'arriverait-il si le prêteur, au moment où il fournit les deniers n'a pas stipulé l'hypothèque, n'aurait-il aucune ressource? S'il est en possession de la chose, il pourra opposer l'*exceptio doli* à *Secundus* et à *Tertius* qui réclameraient la chose hypothécaire sans vouloir l'indemniser de la dépense qu'il a faite et dont ils profitent. A défaut de possession, il ne vient que comme créancier chirographaire.

Une seconde hypothèse est celle-ci : un créancier hypothécaire désintéresse un autre créancier hypothécaire et exerce le *jus offerendæ pecuniæ*. Y a-t-il cession ou subrogation? Nous nous prononçons pour la subrogation.

On sait qu'à Rome la situation des créanciers hypothécaires était fort précaire. Le créancier le plus ancien seul, *anterior creditor*, avait le droit de faire vendre la chose hypothéquée et de s'en attribuer le prix jusqu'à due concurrence. Ce privilège excessif avait une raison historique. Il était de règle à Rome que les poursuites des créanciers aboutissaient à la vente de l'ensemble des biens du débiteur, *venditio bonorum*. Quand l'hypothèque fut admise, elle eut un double but, garantir la créance par une sûreté réelle, *plûs cautionis in re quàm in personâ*, et permettre de vendre un objet déterminé du patrimoine du débiteur. Au profit de

quelle personne devait avoir lieu cette dérogation aux principes admis jusque-là? Au profit du créancier qui avait le premier fait un pacte d'hypothèque. Ce ne fut que plus tard, par suite d'un progrès à constater dans l'histoire du crédit réel, que ce bénéfice cessa d'être exclusif et fut généralisé; c'est ce qui a lieu de nos jours. Du reste, s'il avait fallu recourir à une procédure d'ordre, quel juge en eût été chargé? Chez nous, on peut sans inconvénient permettre à tout créancier de poursuivre la réalisation du gage. Pour la distribution des deniers, les droits des créanciers, déjà protégés par des mandataires habiles et expérimentés, seront pleinement sauvegardés par la présence de magistrats judiciaires et éclairés qui veillent à tous les intérêts. Sous le système formulaire, qui fut contemporain de l'admission de l'hypothèque à Rome, une collocation d'ordre était impossible; le premier créancier désintéressé distribuait l'excédant aux autres créanciers.

Mais ce créancier, toujours certain d'être payé, pouvait poursuivre l'aliénation de la chose en temps inopportun, et même en sacrifiant les droits des autres créanciers, qui auraient pu être entièrement payés par une vente faite à une époque plus favorable. De là l'intérêt qu'avait le créancier postérieur à rembourser le premier créancier, afin de devenir maître de la situation; de là l'institution du *jus offerendi*. Le créancier postérieur se trouvait ainsi mis à l'abri de l'action ou de l'inaction du premier créancier.

Maintenant supposons que *Secundus* désintéresse *Primus* : que s'est-il passé? *Secundus* est-il cessionnaire

de la créance de *Primus*? Non, répondent les textes, la créance est éteinte, *debitum solvit*. [L. 12 § 6, Dig., *Qui pot.*, (20, 4).] Une nouvelle créance est née, comme lorsqu'un créancier hypothécaire a fait des dépenses nécessaires pour la conservation de la chose hypothéquée, et, pour ces dépenses, *Secundus* sera colloqué au rang de son hypothèque, *propter versionem in rem*, [C. 5, Cod., *Qui pot.*, (8, 18) — C. 22, Cod., *De pignor.*, (8, 14).] Or, nous nous demandons comment une hypothèque, que les textes déclarent éteintes, serait transportée au créancier.

La loi 11 § 4, Dig., *Qui potiores*, (20, 4), fait remarquer que si le créancier refuse de recevoir le paiement, l'action hypothécaire lui sera déniée. Du reste, si le créancier à qui les offres sont faites refuse de les recevoir, il suffit de déposer la somme offerte, et cette consignation produit le même effet que le paiement, [C. 1, Cod., *Qui pot. in pig.*, (8, 18.)]

La Constit. 7 § 3, au Code, *De præscrip. XXX vel XL annis*, (7, 33), nous dit que le *jus offerendi* s'éteignait par le même laps de temps que l'action hypothécaire.

C'est un point controversé entre les commentateurs que celui de savoir si le créancier antérieur peut user du *jus offerendi*. La négative est généralement admise, parce que, dit-on, le créancier antérieur n'a aucun intérêt. Aucun texte du *Corpus juris civilis* ne lui reconnaît expressément ce droit. Cependant un texte des Sentences de Paul, liv. 2, tit. 13, § 8, paraît bien formel en sens contraire.

Examinons une dernière hypothèse : j'achète un

fonds hypothéqué et je conviens avec le vendeur que le prix sera employé à désintéresser *Primus*, créancier hypothécaire. Cette convention est exécutée. Postérieurement, *Secundus* exerce l'action hypothécaire contre le tiers-acquéreur : celui-ci le repoussera par cette exception : le prix de vente a servi à désintéresser *Primus* qui arrivait avant vous. Si *Secundus* est en possession du fond, à la revendication de l'acheteur il opposera le droit de rétention, *exceptio doli*, sous cette forme : si je ne suis pas créancier hypothécaire. Mais l'acheteur à son tour répliquera : je suis au droit de *Primus*. [L. 17, Dig. ; *Qui pot.*, (20, 14) ; — C. 3, Cod., *De his qui in pr.*, (8, 19) — L. 3 § 1 Dig., *De distract. pign.*, (20, 5)].

Dans l'hypothèse que nous analysons il n'est pas possible de parler de cession soit d'action soit d'hypothèque au profit de l'acquéreur. En effet, l'acheteur n'est qu'un débiteur qui paie sa dette ; il n'achète pas la créance de *Primus* et, d'autre part, il ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose. Le prix, il l'a payé pour désintéresser un créancier et fortifier son droit de propriété, comme le dit Paul, loi 3, Dig. : *Quæ res pignori* (20, 3) : *emptoris causa melior efficitur.*

En résumé voici la doctrine qui résulte des textes : extinction pure et simple de l'hypothèque du premier créancier ; attribution de plein droit du bénéfice qui en résulte à l'un de ceux qui ont une hypothèque sur la chose, soit au tiers qui fournit au débiteur les deniers destinés à désintéresser le premier créancier hypothécaire, soit au créancier hypothécaire qui exerce le *jus offerendû*, soit à l'acheteur de la chose hypothéquée.

Les avantages de la cession nécessaire des droits du créancier furent reconnus par notre ancien Droit Français : voyons les principes qu'il admit, d'une manière générale.

## ANCIEN DROIT.

La cession d'actions nécessaire du Droit Romain passa d'abord avec le même titre dans notre vieux Droit Français. Plus tard elle fut désignée sous le nom de *subrogation*, mot emprunté au Droit Canonique et sous lequel elle devait être consacrée par notre législateur.

Cependant, « les principes de notre Droit Français sont à cet égard différents de ceux du Droit Romain, » nous dit Pothier. Cette matière abstraite et difficile fut l'objet des dissertations et des leçons des grands jurisconsultes Dumoulin, Chassanée, Renusson, Loyseau et tant d'autres, mais leurs opinions souvent opposées ne firent qu'entraîner la jurisprudence dans des variations regrettables. Il faut le reconnaître, la théorie de la subrogation légale resta toujours imparfaite et incertaine chez nous avant le Code.

Certains principes généraux furent cependant universellement admis. Ainsi les auteurs s'accordaient, ou à peu près, pour reconnaître à la subrogation conventionnelle, judiciaire ou légale les mêmes effets et les mêmes caractères. Ils admettaient pareillement que la subrogation constitue de la part de celui qui intervient un bon office, n'entraînant jamais la chance de gagner, mais quelquefois celle de perdre. A ces deux points de vue, la subrogation est redevable aux études et aux travaux de l'Ancien Droit des éléments de fixité qui sont au-dessus de tout débat aujourd'hui.

Mais quelles discussions pour établir la nature de cette institution ! cession, suivant les uns, novation, délégation, suivant d'autres ! Cette analyse nous amènerait trop loin ; nous nous contenterons de dire quelques mots sur ce sujet dans les premières pages de notre troisième partie.

Les subrogations conventionnelle *ex parte creditoris* et judiciaire, admises dans le Droit Romain, passèrent d'abord dans les pays de droit écrit, puis pénétrèrent dans les pays de coutumes. La subrogation conventionnelle *ex parte debitoris* n'était pas reconnue valable par un grand nombre de Parlements ; un Edit d'Henri IV, rendu en mai 1609, permit au débiteur de céder les droits, actions, hypothèques, etc. qui le liaient envers son créancier. Malgré cela, les discussions continuèrent et les docteurs, comme la jurisprudence, refusèrent longtemps, au nom des principes, d'accepter ce nouveau moyen de crédit public.

La subrogation légale était de deux sortes. L'une

produisait de plein droit, sans manifestation de la volonté des parties; l'autre, bien qu'accordée par la loi, nécessitait une réquisition faite au créancier. (Pothier, *Introd. au Tit. XX de la Cout. d'Orléans*, Ch. 1, Sect. 5.) Leur application divise sur chaque question les auteurs. La prudence conseillait, devant ces divergences, de recourir à la stipulation pour obtenir une garantie efficace à défaut de laquelle le *solvens* n'avait que l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum*.

Examinons les différentes hypothèses qui peuvent donner lieu à la subrogation légale. Notre méthode consistera à analyser ces divers cas suivant l'ordre que nous devons retrouver dans l'article 1251 du Code civil.

#### Subrogation aux privilèges, hypothèques, etc. d'un créancier désintéressé en faveur du créancier qui le paie.

Ce mot *privilèges* amène d'abord la distinction suivante. L'ancien droit appelait *privilèges personnels* certaines causes de préférence établies au profit d'un créancier contre la personne du débiteur commun, mais sans causer un préjudice aux autres créanciers. Ainsi, certains créanciers avaient le droit de contraindre par corps le débiteur commun, de lui refuser le bénéfice de cession d'actions, etc. Les *privilèges réels*, qui formaient une classe plus nombreuse, étaient des causes de préférence entre créanciers hypothécaires ou privilégiés,

et leur nature était celle d'une hypothèque tacite très favorable.

La subrogation aux *privèges personnels* s'acquerrait-elle de plein droit, ou bien une réquisition était-elle nécessaire? Ce fut là l'objet d'une controverse entre les auteurs; la jurisprudence fut pareillement divisée.

La subrogation de plein droit est consacrée par un arrêt du Parlement de Bordeaux, à la date du 5 décembre 1671, (Brisson, au mot *société*), et par un autre arrêt de la Cour des Aides de Paris, rendu presque en même temps que le premier, le 20 du même mois.

Renusson, (Traité de la Subrogation, Ch. III), après avoir démontré qu'il n'existe pas de subrogation de plein droit aux privilèges personnels, examine l'espèce résolue dans le second arrêt dont nous venons de parler. « La question était de savoir si un traitant, débiteur de deniers royaux qui n'est pas recevable au bénéfice de cession d'actions à l'égard du roi, pouvait demander à être reçu à ce même bénéfice à l'égard de son associé qui avait payé au roi le prix entier du traité commun, *sans avoir requis la subrogation* aux droits du roi lors du paiement; ou si l'associé qui avait payé pouvait prétendre *la subrogation de plein droit* et empêcher que son associé ne fût reçu au bénéfice de cession. » Renusson admet ici la subrogation de plein droit, mais exceptionnellement, parce que « la subrogation n'a son effet que contre la personne du débiteur et qu'elle ne fait aucun préjudice à ses autres créanciers. » Sa doctrine ne nous paraît pas être conforme aux principes.

En effet, suivant le sens des deux arrêts rendus avant

Renusson, le législateur a admis la subrogation de plein droit aux privilèges personnels, qui sont ordinairement ceux du fisc. Une déclaration du 13 juin 1705 porte que « lorsqu'un associé dans *les fermes ou autres affaires et traités* aura été contraint par corps pour le paiement d'une dette de la société, il pourra exercer pour son remboursement la même contrainte contre chacun des associés en particulier, pour leurs parts et portions, après néanmoins qu'il en aura obtenu la permission des juges auxquels il est enjoint de la prononcer, *sans qu'il soit besoin de demander ni d'obtenir aucune subrogation.* »

Passons à la subrogation aux *privilèges réels*, hypothèques, gages.

En droit romain, nous l'avons vu, les choses se passaient comme si le créancier hypothécaire qui paie un autre créancier préférable lui était subrogé. (C. 1, Cod., *Qui pot. in pig.* (8, 18). — C. 22, Cod., *De pignoribus* (8, 14); — C. 4, Cod., *De his qui in priorum credit.*, (8, 19), C'était une conséquence des règles du *jus offerendi*. En effet, dans le principe le premier créancier hypothécaire avait seul le droit de faire vendre le bien hypothéqué [C. 8, Cod., *Qui pot.*, (8, 18)], et paralysait entièrement les hypothèques postérieures, dès lors on avait dû permettre au créancier plus récent de payer la dette du premier créancier et d'exercer à sa place le droit de disposition du bien hypothéqué.

L'ancien droit ne voulut établir aucune différence entre les créanciers hypothécaires. Sans doute, dans la distribution des deniers, chacun d'eux conservera son

rang. Mais, pour le droit de vente, le droit de réalisation du gage, leur situation est égale, ils peuvent tous, quant aux biens qui leur sont affectés en garantie, faire exproprier leur débiteur, par un décret d'hypothèque.

De ce que le *jus offerendi* avait été établi pour contrebalancer le pouvoir discrétionnaire du premier créancier sur le gage, et que désormais le droit de vente appartient également à tous, certains auteurs ont conclu que le *jus offerendi* n'était point maintenu dans la loi.

Ainsi Loyseau, (Traité des Offices, Liv. 3, Ch. 8, n° 66) soutient cette abrogation, « dont la raison est que ce droit d'offrir avait lieu à Rome, à l'occasion de ce que il n'y avait que le premier créancier appelé *potior creditor* qui peut soit demander la détention de l'immeuble, soit le faire vendre : ainsi que le docteur Eschassier a bien prouvé en son petit livre des Hypothèques qu'il fit il y a quatre ou cinq ans débiter dans le Palais. Donc au droit les postérieurs créanciers ne pouvans vendre l'hypothèque, mais n'y ayant que le premier et principal qui le peut faire, afin qu'il ne demeurassent sans le pouvoir faire payer, pouvaient offrir à ce premier créancier de luy payer comptant sa dette, quoy faisant dehors de leur offre réelle, la loi les subrogeait en ses droits. Ce que le docteur Antonius Faber, Cap. 4, lib. 1, *De erroribus pragmat.*, soutient devoir encore être observé. Toutefois nous ne l'observons pas en France. »

A l'opinion du président Fabre, déjà cité dans ce passage, unissons celle de Renusson qui combat aussi la doctrine de Loyseau et signale comme une erreur le principe sur lequel elle s'appuie.

« Quoique par notre usage on ait donné liberté à tous créanciers hypothécaires indirectement de faire saisir et vendre et adjudger par décret, néanmoins cela ne doit pas empêcher que le droit d'offrir ne puisse être exercé. C'est ce que dit Fabre, (Chap. 1, Liv. 1); et notre usage l'a reçu parce qu'il est juste de laisser au créancier postérieur la faculté d'offrir à l'antérieur son paiement pour le bien de la paix, éviter les contestations et les frais qui s'augmentent et multiplient par le nombre des créanciers. » Plus loin, Renusson ajoute : « Il a pareillement été trouvé juste par notre usage, comme par le droit romain, qu'un créancier postérieur qui payait l'antérieur lui succédât de plein droit sans stipulation ni convention. »

Le *jus offerendi* est en effet maintenu dans notre ancien droit comme dans notre droit moderne, et ce dernier le consacre dans les dispositions de l'article 1251 § 1.

## II

**Subrogation au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui paie les créanciers hypothécaires.**

Distinguons : ou l'acheteur est lui-même créancier hypothécaire, ou bien l'acheteur est simplement chirographaire ou étranger.

1° Lorsqu'une personne achète le fonds sur lequel elle a une hypothèque, la subrogation légale lui est

accordée si le prix d'acquisition sert au désintéressement des créanciers antérieurs. Mais quels sont en réalité les effets de cette opération ? Disons-nous, au cas d'éviction, que l'hypothèque de ce dernier persiste, *cessante causa cessant effectus*, et encore, *resoluto jure dantis resolvitur jus concessum* ? ou au contraire que l'acquisition a eu lieu d'une manière absolue et irrévocable, et conséquemment a éteint, confondu les droits réels que le nouveau propriétaire avait sur la chose, en vertu d'une maxime analogue à la règle *nemini res sua servit*. Les deux opinions eurent leurs partisans, et les lumières qui jaillirent de ces controverses auraient dû laisser un reflet sur la rédaction de l'article 2177 du Code civil.

Bartole, dans le *Digestum vetus*, sur la loi *Eleganter, De pign. act.*, soutient qu'au moment de l'acquisition de l'immeuble par l'un des créanciers, celui-ci obtient l'action hypothécaire des créanciers désintéressés mais perd son hypothèque. Celle-ci s'éteint irrévocablement par l'effet de la confusion, *quia tunc pignus extinguitur, quum res irrevocabiliter efficitur accipientis*, et dans le même chapitre il développe cette formule, § 2 : *Re evicta non agitur primâ actione, sed utili ex empto ad interesse, et potest ad compensationem deduci.*

Cette doctrine de Bartole est contraire aux principes.

En effet, si l'on considère la confusion comme une opération *quæ non tùm extinguit obligationem quàm eximit personam*, on peut dire que, par l'effet d'une exception, l'acquisition du *solvens* n'a pu produire ses effets extinctifs. En conséquence, si l'éviction a lieu, les droits paralysés reprennent toute leur vigueur.

A un autre point de vue d'argumentation, c'est un axiôme de dire que les effets se produisent en vertu de leur cause et que la durée des effets est subordonnée à la durée de cette cause. Pour que les droits et actions de l'acquéreur fussent à tout jamais éteints par la confusion, il faudrait que celle-ci eût dans l'espèce une cause perpétuelle et absolue, et non pas momentanée et relative, c'est-à-dire révocable.

Passons à l'opinion qui sait reconnaître qu'il faut donner à l'acquéreur évincé son action hypothécaire primitive, et non pas une *actio utilis ex empto* ou *in factum*.

« *Verum enim est*, nous dit le Président Fabre, *pecuniam, pro qua pignus datum fuerat, nec solutam creditori, nec eo nomine satisfactum unquam fuisse. Quæ res proinde facit ut duret hypotheca, nec tam post extinctionem videatur hoc casu resuscitari, quod esset difficilius, quam, ex post facto, apparere cessare illam antea potius quam extinctam dici debuisse.* » Codex Fabrianus, lib. 8, tit. 15, dec. 8. Il ajoute : « *Si quâ ratione dominium, quod immutabiliter, quæsitum videatur, revocatum sit, non debeat creditori nocere quominus saltem pristinum jus retineat, quod plus juris acquirere sibi voluerit per factam sibi venditionem aut dationem in solutum.* »

Qu'on nous permette de remarquer cette judicieuse interprétation de la volonté des parties, cette force accordée aux présomptions et, tout à la fois, ce respect des principes.

Renusson, (Ch. V, n° 41), du même avis que l'auteur précédent, pense « que la quittance, qui aurait été donnée

par le créancier au débiteur principal duquel il aurait pris des héritages en paiement de sa dette, contenait la condition tacite au cas qu'il ne fût pas évincé de son acquisition; de sorte que s'il vient à être évincé de l'héritage, il ne faut plus considérer l'acquisition qui ne subsiste plus, ni sa quittance: *solutum enim non videtur quod solutum non durat*.... Le créancier rentre dans ses droits et dans ses hypothèques qu'il avait avant son acquisition. »

Cette doctrine est confirmée par l'art. 15 de l'Ordonnance de 1441, relative au rachat des rentes foncières sur les maisons de Paris, et elle est reconnue par la jurisprudence des arrêts.

2° L'acquisition de l'immeuble hypothéqué est-elle faite par un créancier chirographaire ou par un tiers? Renusson et Basnage admettent la subrogation de plein droit, comme quand l'acquéreur est créancier hypothécaire. Ils s'appuient sur la loi 17, Dig., *Qui potiores*, (20, 4), et la const. 3, Cod., *De his qui in prior*, (8, 19). En outre, l'acquéreur « n'ayant fait le paiement, nous dit Renusson, Ch. V, n° 3, que pour se conserver la possession de la chose par lui acquise, il est juste qu'en quittant la possession de la chose acquise il ne soit pas frustré de ce qu'il aurait payé et qu'il soit mis en ordre sur le prix de la chose acquise suivant l'hypothèque du créancier qu'il a payé. »

Cette opinion avait été consacrée par des Arrêts des Parlements de Normandie et de Provence, de Paris et de Toulouse.

Quelques Arrêts moins nombreux, notamment un Arrêt

du Sénat de Chambéry, 2 décembre 1595, formaient une jurisprudence contraire et exigeaient une réquisition de subrogation.

L'art. 1251 du Code Civil subroge de plein droit l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition à payer les créanciers hypothécaires.

### III

**De la subrogation que peut acquérir un codébiteur solidaire ou une caution en payant pour le créancier commun ou pour le débiteur principal.**

Dumoulin, dans sa première leçon de Dôle, a soutenu que le paiement fait par un codébiteur solidaire de ce qu'il doit avec d'autres ou pour d'autres le subroge de plein droit aux privilèges et hypothèques du créancier « *Sed quotiens qui solvit est obligatus ; sive æquè principaliter, sive accessorie, sive dispariter, sive impariter : tamen eo ipso quod habet jus petendi cessionem actionum primitivarum, vel de hoc excipiendi, solvendo simpliciter, censetur tacite pacisci de omni alio jure suo reservando seu sine præjudicio juris sui in aliis ; id est reservato jure cessionis, et hic semper inest tacitum pactum, cum hoc sit de natura actûs : cui nunquam etiam per expressas generales renuntiationes censetur renuntiari : tantum valet tacitum pactum quantum expressum* » N° 23. Cette opinion, suivie par Bourjon, Raviot et quelques autres

auteurs, est fondée sur la loi 1 § 13, Dig., *De tut. et rat. distr.*, (27,3). Ce texte, que nous avons vu plus haut, parle d'après Dumoulin, de l'action *tutelæ directa* que le mineur a contre un cotuteur et qui appartiendra à celui-ci *utilitate ita suadente*, à défaut d'une cession nécessaire formellement exprimée par la loi.

Mais « cette opinion de Dumoulin n'a pas prévalu », nous dit Pothier, n° 280, des Oblig., « et l'on a constitué d'enseigner dans les Ecoles et de pratiquer au Barreau qu'un codébiteur solidaire, de même que les cautions, et tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient avec d'autres ou pour d'autres n'étaient subrogés aux actions du créancier que lorsqu'ils avaient requis la subrogation. » Pothier répond à Dumoulin par deux arguments. D'abord, le principe : *non transeunt actiones nisi in casibus jure expressis*, reconnu par Dumoulin lui-même, empêche que, devant le silence des textes on admette ici une subrogation de plein droit. En second lieu, la loi 1 § 13, Dig., *De tut. et rat. distr.* (27, 3), au lieu de s'entendre dans le sens d'une *actio tutelæ utilis* parle plutôt d'une *actio utilis negotiorum gestorum*, car le tuteur, qui a payé en son propre nom et pour son propre compte, *non contutoris sed magis proprium negotium gessisse videtur*. Cette interprétation était admise par la généralité des commentateurs.

Renusson soutient aussi cette doctrine. Il examine en outre quelle part définitive chacun des coobligés doit supporter dans la dette. « Quand plusieurs se sont obligés de payer une même somme pour une même cause, s'ils se sont obligés solidairement les uns pour

les autres, chacun des coobligés est contraint de payer le tout ; mais chacun n'est débiteur principal que pour sa part et est caution des autres pour leurs parts ; l'un payant la somme entière volontairement ou par contrainte, il doit stipuler la subrogation : autrement il n'a que l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum*, pour répéter des autres ce qu'il a payé pour eux. » Ch. 7, n° 68. Voyez, de même, Rousseau de Lacombe.

La jurisprudence était en faveur de cette opinion. Un Arrêt du Parlement de Paris, du 26 août 1706, cité dans le Journal des Audiences, nous dit qu'il n'y a point ici de subrogation de plein droit. Cependant on a soutenu que cet arrêt était étranger à la question. Mais indiquons un arrêt du Parlement de Toulouse, rapporté par Cambolas, liv. 3, ch. 16. Pareillement, un arrêt du Sénat de Chambéry, 1<sup>er</sup> février 1603, admet le recours privilégié après réquisition : *nulla cessio fieri potest correo debendi qui totum solvit*, nous dit le Président Fabre, *nisi fiat in ipsa solutione, aut præcedente pacto cedendarum actionum*.

Il faut, sur cette question, admettre que l'ancien droit exigeait une stipulation, une réquisition, de la part du codébiteur solidaire ou de la caution qui voulait en acquittant la dette se conserver les hypothèques qui y étaient attachées.

Mais le Code Civil, au lieu d'obéir aux textes, pouvait, dans la réalisation de ses progrès, en établir de nouveaux. L'enseignement de Dumoulin à Dôle n'était pas perdu et l'opinion que le grand jurisconsulte national avait soutenue contre l'avis unanime de ses con-

temporaires devait être accueillie avec empressement et consacrée deux siècles et demi plus tard par notre législateur, (art. 1251, § 3, C. C.)

IV

**Subrogation au profit de l'héritier bénéficiaire.**

Renusson accorde la subrogation de plein droit à l'héritier bénéficiaire, Ch. 7, n° 76. « Car quand il paie une dette de l'hérédité, il ne fait pas le paiement pour lui, il ne doit rien de son chef, il fait le paiement pour l'hérédité, l'hérédité demeure également débitrice, de même qu'elle était auparavant le paiement. »

« Ce qui est dit de l'héritier par bénéfice d'inventaire se doit dire pareillement du curateur d'une succession vacante, qui paie les dettes de l'hérédité. Il y a même raison. » N° 77.

Cette doctrine, qui n'a pas été le sujet de controverses dans l'ancien droit, a été admise par le Code pour l'héritier bénéficiaire, mais non pour le curateur à une succession vacante, comme nous le verrons plus loin.

# DROIT FRANÇAIS

## CHAPITRE I.

### Définition de la Subrogation

Dans un sens général, la *subrogation* est la substitution d'une chose à une autre chose, ou d'une personne à une autre personne; on en distingue donc deux espèces.

Dans la subrogation *réelle*, par l'effet des dispositions de la loi, une chose est réputée avoir la même nature et les mêmes qualités juridiques qu'une autre chose dont elle prend la place : *subrogatum capit substantiam subrogati*. Ainsi le droit de retour, (art. 747, C. C.), nous offre un exemple de subrogation réelle : l'ascendant succède au prix qui peut être dû de la chose donnée par lui; le prix est considéré comme la représentation de la chose, il en revêt tous les caractères juridiques. De

même, en matière de communauté, quand un immeuble est échangé contre un autre immeuble, celui qui est nouvellement acquis remplace identiquement, aux yeux de la loi, celui contre lequel il a été échangé. Ce bénéfice est restreint aux cas spéciaux établis par les textes, (C. Civ., art. 132; 351, 352; 747; 766; 1065-1069; 1407; 1434, 1435; 1553 et 1559.)

La subrogation *personnelle*, dans le sens le plus large, est la substitution d'un tiers à un créancier, dont les droits et actions sont transmis par une cause juridique quelconque à ce tiers, qui peut les exercer en totalité ou en partie dans son intérêt personnel: *transfusio unius creditoris in alium*. Dans cette acception rentrent les hypothèses suivantes: tout changement opéré dans la personne du créancier, que cette mutation s'opère par *succession, donation, legs*, etc. (C. Civ., art. 711, 724, 893, 1009, 1012, 1220); la faculté accordée au créancier par l'article 1166 d'exercer tous les droits pécuniaires de son débiteur; l'effet de la *cession de créance*, qui confère au cessionnaire les droits du cédant avec leurs garanties accessoires, (C. Civ., art. 1689 et suivants); l'obligation nouvelle substituée à une ancienne obligation qui se trouve éteinte par les effets de la *novation*, (C. Civ. art. 1271), et plus spécialement de la *délégation*, (C. Civ. art. 1275); enfin la *subrogation* qui résulte du paiement et à laquelle se réfèrent d'une manière toute particulière la dénomination technique et les dispositions législatives du Code Civil, dans les art. 1249-1252. C'est de cette dernière que nous avons à nous occuper. Elle peut être *conventionnelle*, (C. Civ., art. 1249, 1250, 1252), *légale*,

(C. Civ., art. 1249, 1251, 1252), ou *judiciaire*, mais le silence du Code à l'égard de cette dernière nous fait décider qu'elle est aujourd'hui abrogée. Malgré la distinction que nous venons d'établir, il faut reconnaître que la nature de la subrogation légale ou conventionnelle est la même et qu'à ce point de vue le Code n'établit aucune différence. (C. Civ., art. 1249, 1252).

La théorie de la subrogation a donné lieu à de vives controverses entre les jurisconsultes sous l'empire du Code Civil comme sous les précédentes législations. Plusieurs systèmes ont été présentés. Nous pensons qu'il faut donner de la subrogation, telle qu'elle est établie dans notre Code, la définition suivante. C'est une fiction de la loi, par l'effet de laquelle une obligation, éteinte par le paiement émané d'un tiers, est néanmoins censée continuer de vivre au profit de ce même tiers, avec tous les accessoires qui en assurent le paiement. (MM. Zachariæ, Aubry et Rau; M. Huc, à son cours).

Un tiers paie une dette. Ce paiement a pour effet d'anéantir l'obligation principale et de faire disparaître les garanties accessoires, cautions, hypothèques, privilèges, gages, etc. *in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta ad promissores, hypothecæ, pignora.* [L. 43, Dig., *De solut. et lib.*, (46, 3.)] Mais au moment où l'obligation va être acquittée et s'éteindre, la loi intervient; elle déclare que cette créance continuera de vivre au profit du tiers. C'est bien en cela que consiste la fiction de la loi; à l'instant du paiement, la créance elle-même, avec son cortège

de droits et sûretés, est saisie, sauvée du trépas juridique, transmise à celui qui a payé la dette.

Cependant cette interprétation n'est pas adoptée par tous les auteurs. Certains admettent que le paiement a toujours pour conséquence nécessaire l'extinction absolue de l'obligation et, d'après eux, la vérité de cet aperçu ne comporte aucune exception, pas même dans le cas de la subrogation. Comme le premier système, ils reconnaissent l'intervention de la loi, la fiction; mais la loi, disent-ils, ne sauve pas la créance de l'extinction, elle se borne à faire surnager les accessoires qui la garantissent. Le tiers engendre à son profit une créance nouvelle, distincte; sur cette créance la loi transporte les sûretés de la créance éteinte. Le tiers *solvens* invoquera donc : 1<sup>o</sup> la créance résultant du paiement effectué, 2<sup>o</sup> les accessoires qui ont survécu à la créance éteinte.

Dans cette doctrine, très-juridique, il faut le reconnaître, mais inadmissible sous le Code, la définition de la subrogation sera celle-ci : c'est une fiction de la loi par l'effet de laquelle les sûretés et accessoires qui prémunissent une obligation, définitivement éteinte par le paiement émané d'un tiers, survivent à cette extinction et sont transportés à la nouvelle créance que le paiement a engendrée au profit de ce tiers. (Merlin et Grappe).

En résumé donc, dans la première doctrine, le paiement n'éteint ni la créance, ni ses accessoires, tout est conservé au profit du *solvens*; dans la deuxième, la créance est éteinte, les accessoires seuls sont sauvés.

Recherchons les différences pratiques qui séparent les deux doctrines. Dans la première, la subrogation ayant pour effet de conserver, malgré le paiement, la créance et ses garanties, le *solvens* peut invoquer tous les avantages sans exception qui sont de nature à rendre cette créance plus efficace. Dans la seconde interprétation, puisque l'on admet que les sûretés et accessoires de la créance éteinte sont rattachés à la créance nouvelle, il faut reconnaître que cette transmission ne peut avoir lieu pour tous les accessoires indistinctement. Cela est possible pour les sûretés de droit commun, cautionnement, solidarité, gages, privilèges, hypothèques, qui peuvent être le cortège d'une créance quelconque. Mais certains droits particuliers, intimement liés à la créance éteinte, disparaissent avec elle. Ainsi le créancier primitif pouvait poursuivre l'exécution forcée de sa créance constatée par un titre authentique; il pouvait invoquer la contrainte par corps (1); une élection de domicile existait à son profit, ou une indication de lieu déterminé pour le paiement; sa créance était commerciale; etc. D'après la deuxième doctrine, le transfert des sûretés de droit commun aura seul son effet; quelque sérieux avantages que constituent les sûretés particulières, telles que la force exécutoire du titre, l'élection de domicile, etc., en un mot toutes les garanties que le créan-

(1) La loi du 22 juillet 1867 maintient la contrainte par corps pour les arrêts et jugements contenant condamnation à des restitutions et dommages au profit des particuliers, en matière criminelle, correctionnelle et de police.

eier avait stipulé dans son intérêt personnel, elles disparaissent avec la créance éteinte. Cela forme entre les deux doctrines, au point de vue pratique, une différence importante; elle nous fait aussi préférer la doctrine qui au lieu de conserver une partie des droits accessoires de la créance les conserve tous, en vertu de la règle *accessorium sequitur principale*. (Mourlon, *Traité des Subrogations personnelles*; Gauthier, *Traité des Subrogations de personne*.)

Mais voyons quels arguments nous présentent les défenseurs de chacune de ces deux interprétations.

La deuxième opinion invoque la nature du paiement. Elle dit: c'est sous la rubrique générale: *l'extinction des obligations*, que la loi s'occupe de ce cas. Donc le paiement, quoique accompagné de subrogation, est toujours un mode d'extinction des obligations.

Mais n'y a-t-il pas exception aux effets extinctifs du paiement, quand il s'agit de subrogation? N'est-il pas exact de dire que le Code établit un paiement pur et simple toujours extinctif et, tout à côté, un paiement avec subrogation qui est non-extinctif, conservateur de la créance elle-même et de tous ses accessoires? C'est ce que nous admettons avec la première doctrine.

1<sup>o</sup> Voici d'abord un argument historique de la plus grande valeur: Les rédacteurs du Code Civil ont puisé les règles de la subrogation à leur source ordinaire, dans les œuvres de Pothier. Or, ce jurisconsulte n'a pu leur inspirer une doctrine qu'il ne consacre dans aucune partie de ses ouvrages, mais plutôt celle qui est indiquée

et formulée par lui et que nous trouvons signalée par les premiers commentateurs du Code. Ce n'est qu'après la rédaction de celui-ci qu'est apparue la doctrine du professeur Grappe et de Merlin. Nous pouvons dire que la tradition la combat.

2° Est-il un texte qui établisse aucune distinction entre les sûretés et accessoires qui accompagnent l'obligation? S'il en est un, qu'on nous l'indique. Mais au contraire, voici les expressions de la loi : *tous droits, actions, privilèges*, (1250). Il n'y a donc pas de division admissible entre les sûretés ou de droit commun ou personnelles qui se rattachent à la créance. Soutenir le système qui admet forcément cette distinction, c'est admettre le contraire de la loi.

3° L'article 1236 prévoit expressément cette difficulté. Une obligation peut être *acquittée*, c'est-à-dire *éteinte*, par un tiers qui n'y est point intéressé, *pourvu que ce tiers agissant en son propre nom ne soit pas subrogé aux droits du créancier*. Donc le paiement, ici comme partout ailleurs, est extinctif, mais s'il est accompagné de subrogation, il cesse de l'être. Ce texte est formel, décisif. L'article 1236 dit en quelque sorte : le paiement est non-extinctif de l'obligation, quand le tiers *solvens* est subrogé aux droits du créancier.

4° Enfin si la deuxième doctrine est la vraie, le *solvens* devra demander au débiteur le remboursement de ce qu'il a payé pour lui, son action étant garantie par les accessoires détachés de l'action primitive. Tandis que, dans le premier système, il invoquera le titre authentique du créancier.

On le voit, il ne faudrait, pour admettre la deuxième opinion, rien moins que refaire la loi.

Nous connaissons maintenant l'interprétation véritable des textes relatifs à la subrogation et la doctrine qu'il faut admettre.

Quelques auteurs ont le tort de considérer la subrogation comme constituant une *cession fictive*. Un individu est créancier. Il transmet sa créance moyennant un prix offert par un tiers. Celui-ci est investi du droit de poursuivre le paiement de la créance. Certains auteurs disent que c'est là une cession faite par la loi de la créance payée au profit de celui qui a effectué le paiement. Cela mènerait à confondre la subrogation et la cession.

1<sup>o</sup> La subrogation est une disposition de la loi qui met une personne à la place d'une autre. La loi règle elle-même les effets de cette substitution, indépendamment de la volonté des parties. Dans la cession, le créancier se donne volontairement un successeur particulier.

2<sup>o</sup> La cession est une vente. La théorie de la subrogation se rattache à celle du paiement. Les effets extinctifs du paiement sont ici suspendus au regard du débiteur, mais, sauf cette paralysie en quelque sorte, les autres effets du paiement se produisent.

3<sup>o</sup> Le cédant garantit, tout comme le vendeur, l'existence de la créance; si elle n'existe pas, il devra rembourser le prix de la cession avec les frais et loyaux-coûts. Au contraire, le subrogeant se borne à recevoir le

paiement : il ne vend rien, il ne garantit rien. Si, en fait, la créance payée par le tiers n'existait pas, il est passible de la *condictio indebiti*. Mais il ne devra que ce qu'il a reçu, sans les frais et loyaux-coûts.

4° Le cédant, en vertu des règles de la vente, met l'acquéreur cessionnaire en possession de la créance entière. Le subrogeant ne vend rien, il reçoit le paiement de sa créance des mains du tiers comme si ce dernier était son débiteur. Le tiers, étant subrogé, réclamera jusqu'à concurrence de ce qu'il a payé. Soit une créance de 20,000 fr. ; le créancier la cède pour 10,000 fr. ; il remet le titre nominatif au cessionnaire, qui se trouve dès lors en possession de la créance totale de 20,000 fr. Le subrogé qui a payé 10,000 fr. ne peut au contraire réclamer que ce qu'il a déboursé, c'est pour cette partie-là de la créance seulement qu'il a été mis aux lieu et place du créancier. Cela se produit surtout en vertu de cette idée qu'il faut considérer la cession comme une spéculation, la subrogation comme un bon office. Nous aurons à insister plus tard là-dessus.

5° Si une personne cède la moitié de sa créance et garde l'autre moitié, le droit du cédant et celui du cessionnaire sont égaux. Ainsi, je suis créancier de 30,000 fr. Je vous cède la moitié de ma créance 15,000 fr. Nous poursuivons le débiteur pour obtenir le paiement ; il se trouve 20,000 fr. à partager ; nous venons chacun en concurrence au marc de franc ; et nous obtenons l'un et l'autre séparément 10,000 fr. Dans la subrogation, au contraire, le créancier qui a reçu un paiement partiel ne peut rendre sa condition plus mauvaise. (C. civ. 1601.)

art. 1252). Dans l'espèce, il lui a été payé à la libération de son débiteur 15,000 fr. Le subrogé n'aura à recueillir que 5,000 fr., tandis que le subrogeant, toujours préféré à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel, obtient, par l'effet de cette intervention du tiers, son désintéressement intégral.

Donc, il faut le reconnaître, à quelque point de vue que l'on envisage les différences de la subrogation et de la cession, il est nécessaire d'appliquer à la subrogation les règles du paiement et à la cession celles de la vente.

6° Enfin, remarquons que le cessionnaire a un seul titre, celui du vendeur, l'action du cédant. Dans la subrogation, il existe deux actions au profit du subrogé : 1° un titre personnel, résultant du paiement que le subrogé a effectué de ses deniers ; 2° le titre du créancier désintéressé, lequel lui a transmis ses droits et actions en vertu de la convention, ou par les dispositions de la loi.

Telles sont les différences principales entre la subrogation et la cession ; il importe donc, dans une foule de cas, de ne pas confondre ces deux opérations juridiques.

Il y aurait pareillement à distinguer les effets de la subrogation et de la délégation. Nous ferons seulement les deux observations qui suivent :

1° La délégation est l'indication faite au créancier par le débiteur d'un tiers qui paiera la dette à sa place ; elle se produit par le consentement du débiteur, tandis

que dans la subrogation, autre que celle qui a lieu *ex parte debitoris*, (art. 1250, § 2), sa volonté n'est pas consultée.

2° Lorsque l'opération a produit ses effets, le délégant reste obligé, sauf clause contraire, (art. 1275, 1276.) Dans la subrogation, il n'y a qu'un seul débiteur, le subrogeant n'est jamais tenu de la garantie.

Cette analyse nous a permis de faire ressortir les caractères de la subrogation, telle que l'admet le Code civil. La définition que nous avons donnée peut être appliquée à cette institution, à quelque point de vue qu'on l'envisage. Entrons maintenant dans un cercle plus étroit, l'étude des divers cas de subrogation légale.

## CHAPITRE II.

### Cas de subrogation légale.

Nous avons dit en définissant la subrogation personnelle qu'il n'en existait qu'une seule espèce. Dans les cas où la volonté des parties l'établit, elle se nomme subrogation conventionnelle. Lorsque l'équité la réclame, quand le législateur la reconnaît désirable, il la présume stipulée par les parties et la leur accorde de plein droit. C'est ce qui a lieu dans les hypothèses de l'art. 1251. Il est vrai de dire que la subrogation légale n'est qu'une subrogation conventionnelle tacite.

Ainsi, 1° il est bien évident que le créancier qui paie un autre créancier, préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques, n'a pu avoir d'autre but ni d'autre in-

térêt que de vouloir jouir des avantages de la subrogation, (art. 1251, 1°).

2° De même, l'acquéreur, qui emploie le prix de l'immeuble à payer les créanciers qui ont une hypothèque sur cet immeuble, n'a eu d'autre objet que d'éviter les poursuites en délaissement. Ce serait permettre aux créanciers de faire tourner ce paiement à leur profit par leur mauvaise foi que de ne point accorder la subrogation de plein droit à l'acquéreur, (art. 1251, 2°).

3° Lorsqu'un codébiteur, une caution, un tiers-détenteur, en général tous ceux qui sont tenus avec ou pour d'autres au paiement de la dette, ont intérêt à l'éteindre, il ne doit être permis à personne de se prévaloir de ce qu'ils n'ont point invoqué leur droit à réclamer la subrogation; d'où l'art. 1251, 3°.

4° Enfin, dans le dernier paragraphe du même article, où la subrogation est accordée de plein droit à l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession, n'était-il pas juste de présumer qu'en agissant en cette qualité il avait voulu éviter la confusion de ses droits personnels avec ceux de la succession et employer tous les moyens utiles pour une liquidation prompte et moins onéreuse?

Dans tous ces cas de l'art. 1251, où le paiement est tantôt facultatif, (1°, 4°), tantôt nécessaire, (2°, 3°), l'équité commandait au législateur d'établir la subrogation.

5° L'article 159 du Code de commerce subroge aux droits du porteur d'une lettre de change celui qui la paie par intervention. Cette disposition a pour but d'éviter les inconvénients du non-paiement d'une lettre de change

à l'échéance, ainsi que les poursuites du porteur contre le tireur.

6° Aux termes de l'art. 5 de la loi du 13 brumaire an VII, « *Le conservateur (des hypothèques) sera subrogé de droit aux actions que les créanciers, qu'il aurait été obligé de payer, avaient contre le débiteur originaire.* »

7° D'après les art. 29, 30 et 65 de la loi du 22 frimaire an VII, les officiers publics, tels que les notaires, huissiers, greffiers, etc., sont subrogés légalement dans les droits et privilèges du fisc et de la régie, pour l'avance des droits d'enregistrement *qu'ils ont dû faire.*

Passons à l'étude et à l'analyse des hypothèses de l'art. 1251, C. C.

### CHAPITRE III.

Art. 1251. — *La subrogation a lieu de plein droit :*

1° *Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses privilèges et hypothèques.*

Elle existe donc en faveur soit du créancier privilégié ou hypothécaire, soit du créancier chirographaire.

Mais faisons d'abord ressortir son intérêt dans une hypothèse. Un débiteur avait accordé sur son patrimoine plusieurs hypothèques à ses créanciers. Un ordre est ouvert. Les créanciers seront colloqués suivant les dates des inscriptions hypothécaires. Dans l'espèce, il se trouve quatre créances de 25,000 fr. chacune. La vente des biens du débiteur a produit 75,000 fr. Le

juge-commissaire fait la collocation dans l'ordre. Le quatrième créancier se trouve à découvert. Mais il eût évité cette perte si la vente des biens, faite dans un moment de crise, avait eu lieu à une époque plus propice. Alors les biens auraient atteint leur juste valeur et les créanciers qui avaient cru pouvoir prêter au débiteur sur hypothèque jusqu'à concurrence de 100,000 fr. auraient tous été désintéressés. Pour obtenir cet avantage, il fallait que la vente des biens ne dépendît pas du caprice du premier créancier, toujours sûr d'être payé. Il était nécessaire, en outre, de protéger un créancier postérieur plus en péril que les autres de perdre sa créance. La loi met celui-ci aux lieu et place du créancier qu'il aura désintéressé et lui donne la faculté d'attendre le moment favorable pour la vente. Par là on évite aussi que le gage commun ne soit amoindri par les frais de poursuites.

Nous avons vu que, dans le droit romain, le premier créancier avait seul, en principe, le droit de poursuivre la vente de l'immeuble. [L. 6, Code. *Qui pot. in pign.* (8, 18)]. Plus tard seulement, le créancier postérieur peut succéder aux droits du premier créancier par l'introduction du *jus offerendi*. (LL. 1 et 5, Cod., *eod. tit.*)

Notre ancienne jurisprudence permettait de poursuivre la réalisation du gage à tout créancier hypothécaire, indifféremment, en vertu de son droit propre. (Renusson, *Traité des Subr. pers.*, chap. 4).

Le Code civil est allé plus loin; en effet, l'art. 1251 accorde la subrogation au créancier hypothécaire et au créancier chirographaire, puisqu'il n'établit entr'eux

aucune différence. Il suffit, aux termes de cet article, pour acquérir la subrogation, de payer un créancier *préférable*. Du reste, les raisons sont les mêmes pour tous. Ecarter ou prévenir les poursuites; diminuer la masse des frais; simplifier les contestations; faciliter le paiement des dettes, la réalisation et la distribution du gage commun. Plus encore que les créanciers privilégiés ou hypothécaires, les créanciers chirographaires sont intéressés à ce que les biens se vendent à leur plus haute valeur, en temps propice et opportun. (Troplong, *Des hypothèques*, I, 356; — Mourlon, p. 356 et suiv.; — Gauthier, n° 223; — Durantou, XII, 149 et 153; — Aubry et Rau, IV § 321, 3°; — Douai, 29 nov. 1839, Sirey, 49, 2, 214).

Les créanciers postérieurs peuvent-ils exercer le *jus offerendi* envers le créancier hypothécaire antérieur, alors même que celui-ci a acquis la propriété de la chose hypothéquée par une vente ou par une *datio in solutum*?

Développons l'hypothèse. Un débiteur a vendu ou donné en paiement au créancier premier inscrit la chose hypothéquée qui forme le gage commun. Le créancier acquéreur veut consolider sa propriété, il recourt aux formalités de la purge. Son contrat est notifié aux créanciers inscrits. Il attend leur opposition et l'exercice de leur droit d'enchérir. L'expiration du délai légal de quarante jours sera l'équivalent de leur acceptation. Le prix est désormais définitivement fixé pour l'immeuble suivant les termes de l'acte de vente.

Le droit romain, [C. 1, Cod., *Si antiq. cred.*, (8, 20);

— L. 5 § 1, Dig., *De distract. pign.*, (20, 5)], et l'ancienne jurisprudence, (Renusson, Pothier), permettaient au créancier postérieur d'exercer dans ce cas le *jus offerendi*. Le fait de la vente ou de la dation en paiement ne changeait nullement la qualité du premier créancier, toujours préférable à l'égard des autres, et par conséquent soumis au *jus offerendi* indéfiniment.

Chez nous, au contraire, la purge est opposable aux créanciers postérieurs. S'ils en laissent accomplir les formalités, ils seront désormais mal fondés à venir dire à l'acquéreur : comme créancier, vous êtes tenu à vous laisser désintéresser par nous ; nous sommes maîtres de choisir le moment opportun pour la vente de l'immeuble ; la loi qui nous accorde ce droit directement ne peut permettre qu'il nous soit enlevé par un détour. Cela est inexact. Les créanciers postérieurs, après la purge, n'ont aucun droit de surenchère, pas plus à l'égard de leur cocréancier que de tout autre. En effet, la compensation, qui s'est produite au moment de la vente, a éteint la créance et la dette de l'acquéreur qui a ainsi transformé sa qualité de créancier ; le produit de la vente est censé être le prix le plus haut possible, le prix véritable de l'immeuble. De même, le désintéressement du créancier antérieur par une dation en paiement a changé sa qualité de cocréancier en celle d'acquéreur légitime, de propriétaire, il a donc pu également recourir à la purge comme tout tiers-détenteur.

Dans les deux cas cependant, si l'aliénation est frauduleuse, si le débiteur et le créancier acquéreur ont colludé pour compromettre les intérêts des autres créanciers,

il faudra appliquer l'art. 1167. Mais si le créancier qui a racheté ou reçu en paiement du débiteur l'immeuble hypothéqué n'a point recherché une entente frauduleuse, ses cocréanciers n'ont aucun intérêt, partant aucune action.

Comment s'exercera la subrogation légale, si nous supposons un concours d'hypothèques générale et spéciale ? La question, qui au premier abord paraît sérieuse et délicate, est assez simple. Nous savons que l'hypothèque spéciale affecte un objet déterminé dans le patrimoine du débiteur et l'hypothèque générale l'universalité de ses biens. La loi accorde la subrogation dans tous les cas où il existe une cause légitime de préférence, où un intérêt se présente pour l'un des créanciers à désintéresser l'autre. Nous ne nous attacherons à développer que les hypothèses où cet intérêt est le moins facile à concevoir. Supposons une hypothèque spéciale sur un immeuble pour 100,000 fr. à la date du 1<sup>er</sup> janvier. Le 5 janvier, le débiteur est condamné à payer 100,000 fr. à un autre créancier, qui a dès lors une hypothèque judiciaire, c'est-à-dire générale. Le patrimoine du débiteur se compose exclusivement de l'immeuble A, déjà hypothéqué spécialement, qui vaut 120,000 fr. et de l'immeuble B d'une valeur de 80,000 fr. Si les immeubles sont vendus à leur juste prix, des deux créanciers seront payés, mais il se peut que la vente de l'immeuble A, faite dans un moment peu favorable, ne donne que 100,000 fr. Donc

l'intérêt du second créancier, à hypothèque générale, à rembourser le créancier à hypothèque spéciale est ici évident. La loi reconnaissant le premier créancier préférable, accorde au second la subrogation.

2° Supposons maintenant une hypothèque générale, puis une hypothèque spéciale établie plus tard. Comme le créancier général peut faire vendre l'immeuble grevé d'une hypothèque spéciale et ainsi priver le créancier spécial de son gage, ce dernier a intérêt à éteindre la cause de préférence sur cet immeuble, à payer l'autre créancier. Alors il fera vendre l'immeuble spécial.

La pratique des affaires montre tous les jours les avantages de ces derniers cas de subrogation.

*Quid*, lorsqu'un créancier paie un autre créancier postérieur en rang?

Le silence du Code ne peut être suppléé, la subrogation n'est pas accordée dans cette hypothèse.

Certains auteurs approuvent le législateur qui a aboli ce cas de subrogation, admis par l'ancien droit, (Rensson, ch. 4, n° 14). Sans aucun doute, disent-ils, le Code a eu raison d'accorder la subrogation au créancier postérieur et de la refuser au créancier premier inscrit. Le créancier postérieur a intérêt à rembourser le créancier antérieur, pour diminuer les frais et attendre le moment favorable à la vente. Mais le créancier premier inscrit, toujours sûr d'être payé, n'a aucun intérêt à acquérir le gage commun; il veut simplement le conserver pour agir plus rigoureusement contre le débiteur, l'inquiéter par des menaces, diminuer son crédit, c'est là un danger

et pour le débiteur et pour les autres créanciers. Que le créancier antérieur recoure donc à la subrogation conventionnelle. (Mourlon.)

La critique du Code est fondée : en effet, l'intérêt du premier créancier à rembourser le second est souvent identique à celui qu'a le créancier postérieur à payer le créancier antérieur. Ainsi *Primus* a une hypothèque de 100,000 fr. sur un immeuble qui sera vendu en temps opportun 110,000 fr. *Secundus* a une hypothèque de 10,000 fr. sur le même immeuble. Il est à craindre que l'immeuble, vendu à contre-temps et sur les poursuites de *Secundus*, n'atteigne pas 110,000 fr. De cet exemple ressort l'intérêt de *Primus* à écarter *Secundus* et même tout autre créancier chirographaire ; mais la loi n'en a pas tenu compte.

On reconnaît chaque jour qu'une foule de difficultés s'élèvent parce que les créanciers postérieurs sont intéressés par leur position, à lutter pied à pied contre ceux qui les priment. Leur présence augmente les frais, donne lieu à de plus longs débats, diminue le produit des biens du débiteur, au grand préjudice des créanciers premiers en rang. L'exclusion de la subrogation légale dans ce cas est donc regrettable. (Duranton, XII, art. 1251; — Larombière, III, art. 1251; — Aubry et Rau; — Troplong; — Gauthier.)

Un créancier, qui paie un autre créancier placé au même rang, acquiert-il la subrogation ?

Elle lui était accordée dans l'ancien droit. (Renusson.) Mais aucun texte ne l'établit aujourd'hui ; c'est une lacune fâcheuse, (Aubry et Rau). Cependant lorsque deux

créanciers inscrits sur la même ligne, puisque l'un et l'autre peuvent faire vendre l'immeuble, dès que l'un commence les poursuites, l'autre devrait avoir le droit de le désintéresser. Celui-ci trouverait son avantage à attendre un moment plus propice pour la vente. L'autre créancier semble donc être préféré, puisque en faisant vendre quand il lui plaît le gage commun, il peut constituer en perte son cocréancier. On pourrait dire qu'un droit de préférence existe au profit de celui des deux créanciers qui commence les poursuites contre le gré de l'autre. Ce point de vue n'a pas été admis par le législateur. Le silence de la loi ne peut être suppléé.

Lorsque le créancier nanti d'un gage est désintéressé par un autre créancier, celui-ci acquiert de plein droit la subrogation. En effet, en parlant de privilèges ou d'hypothèques, la loi a entendu désigner les causes légitimes de préférence les plus ordinaires, *exempli non limitationis causa*. Le gage produit un véritable privilège, (art. 2102, 2°; — Aubry et Rau; — Marcadé, sur l'art. 1251). Mais il faut nécessairement faire la distinction suivante : cela est vrai, quand le gage se trouve entre les mains d'un tiers choisi par les intéressés, il ne cesse pas alors de former la sureté commune de tous les créanciers, il fait partie intégrante aux yeux de tous du patrimoine du débiteur. Cette solution semble inexacte, lorsque le gage a été remis au créancier lui-même. (Argum. art. 2102, 2°; — Aubry et Rau, § 321, note 48.) Le désintéressement de celui-ci fera rentrer le gage dans le patrimoine du débiteur, qui peut accorder la subrogation conventionnelle.

Le créancier qui désintéresse un créancier antichrésiste n'est pas subrogé. En effet, le privilège et l'hypothèque constituent des causes légitimes de préférence, mais il en est autrement de l'antichrèse, car *exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*. L'antichrèse est véritablement une *datio in solutum* pour le créancier qui a la jouissance de l'immeuble du débiteur et qui annuellement fait une imputation des fruits sur sa créance jusqu'à due concurrence. Nous avons vu que le gage remis entre les mains d'un tiers n'est point pour cela sorti du patrimoine du débiteur et, dans ce cas, tous les créanciers peuvent en poursuivre la vente, puis sur le prix venir chacun à leur rang. Mais au contraire, si le débiteur a consenti le gage à un créancier, le désintéressement de celui-ci n'est pas celui d'un créancier préférable. De même, dans tous les cas, le créancier antichrésiste qui fait vendre l'immeuble renonce nécessairement au droit que le débiteur lui avait conféré et se place au rang des créanciers chirographaires, si d'autre part l'objet de l'antichrèse n'est pas frappé par son hypothèque. Donc pas de subrogation pour celui qui de ses deniers désintéresse le créancier antichrésiste.

Le droit de rétention ne constitue pas non plus un droit de préférence, et le désintéressement du créancier au profit duquel il est établi ne donne pas lieu à la subrogation. Lorsque le créancier fait vendre lui-même la chose qui y est soumise, ce droit disparaît. S'il commence les poursuites en temps inopportun, le détriment qui en

résulte sera subi par lui comme par les autres créanciers ; ce préjudice inévitable est la sauvegarde de tous. (Mourlon ; — Aubry et Rau).

*Quid*, du droit de résolution ? *Primus* vend un immeuble à *Titius* et renonce à toute garantie, sauf son droit de faire résoudre la vente, à défaut de paiement du prix. *Titius* affecte son immeuble hypothécairement à la sûreté de deux créanciers, *Secundus* et *Tertius* ; il ne paie point le vendeur. Celui-ci demande la résolution de la vente. *Secundus* et *Tertius* peuvent-ils le désintéresser et exercer la subrogation ? Non, répondent certains auteurs, car dans l'espèce *Primus* n'est point créancier hypothécaire en premier rang, il n'est pas préférable à ce titre. Donc il faut recourir à la subrogation conventionnelle. (Aubry et Rau).

Cette opinion est combattue par M. Coin-Delisle. Celui-ci émet d'abord une raison grammaticale qui ne doit point nous arrêter. Il fait prévoir que le législateur, employant l'expression *les droits*, au lieu de *tous les droits*, a pu ne pas vouloir comprendre dans cette formule certains droits et, parmi ces droits exclus, l'action résolutoire. Il ajoute que, par ces expressions, l'article 1250 ne s'applique au cessionnaire de la créance du prix de vente que pour des droits « qui lui appartiennent en sa qualité « de créancier et non pas pour ceux qui peuvent lui appartenir quand il veut cesser d'être créancier et « rompre le contrat. » Coin-Delisle, *Revue critique*, 1854, IV, p. 317, n° 6.

Mais le Code, en employant ces mots *les droits*, a voulu

se servir d'une expression générale; nous avons déjà, dans une foule d'applications, reconnu que tels étaient le sens et l'étendue de cette formule. Les rédacteurs du Code ont emprunté à Pothier les termes par lesquels il définit les droits et actions du créancier, sans faire de distinction. Quant au fond, pas de distinction non plus : il faut reconnaître que le droit de résolution qui appartient au vendeur est un droit accessoire, une garantie de la créance et comme toutes les sûretés accessoires passe au subrogé. « Ce n'est rien autre chose qu'un droit sanctionneur de la créance du prix, dont il n'est comme le privilège, comme l'action en dommages-intérêts qu'une garantie, un accessoire qui naît avec elle, dure tant qu'elle dure, se transmet avec elle par cession ou succession et s'éteint par la même cause d'extinction; en un mot il est impossible de le concevoir abstraction faite de la créance. » (Mourlon, p. 37).

Nous admettons donc que la loi accorde la subrogation pour le droit de résolution, comme pour tous les accessoires de la créance.

Quand le subrogeant a plusieurs créances, comment s'opère la subrogation ?

1° *Primus* a sur un débiteur les créances A et C, *Secundus* la créance B; ces créances sont privilégiées ou hypothécaires à un titre quelconque. *Secundus*, primé par la créance A, veut acquérir la subrogation, il paie le montant de cette créance. *Primus* n'a pu refuser le remboursement, puisque la créance A est préférable, et la subrogation se produit de plein droit.

Mais la créance C est primée maintenant par les créances A et B; *Primus* peut donc à son tour se faire subroger et reprendre sa créance. Voilà un circuit de subrogations. Les deux créanciers ayant le même droit peuvent se désintéresser tout à tour, ou plutôt, chacun peut, primant sur un point, primé sur l'autre, refuser les offres qui lui sont faites et rester dans la situation primitive. Il est donc impossible, à cause de la collision de nos droits, que mon cocréancier acquière une subrogation complète, sérieuse, définitive par mon désintéressement partiel; il est obligé de m'offrir un paiement intégral, que je ne pourrai refuser. (Gauthier, n° 256.)

2° Il en est différemment dans le cas où le créancier est tenu (1251, § 3) au paiement de l'une des créances comme codébiteur, caution, tiers-détenteur, en un mot à un titre quelconque comme obligé personnel ou hypothécaire. Dans ce cas, en effet, il acquiert la subrogation à la créance spéciale qu'il paie en sa qualité; c'est une application de la loi, peu importe que par rapport à d'autres créances impayées il prime le créancier, celui-ci ne peut refuser les offres qui lui sont faites en vertu de l'obligation hypothécaire ou personnelle dont on est tenu envers lui. (Gauthier; — Civ. cass., 21 déc. 1836, Sirey, 37, 1, 54).

Mais le paiement partiel ne pourrait être admis si le créancier l'a effectué volontairement. Nous rentrons alors dans l'hypothèse du n° 1, le désintéressement doit être intégral. (Paris 21 déc. 1836, Sirey, 37, 2, 210).

CHAPITRE IV.

Art. 1251. — *La subrogation a lieu de plein droit :*

2° *Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.*

En Droit Romain, l'acquéreur, dont le prix de vente passait aux mains des créanciers hypothécaires, pouvait acquérir la subrogation par une réserve au moment du paiement en prévision du délaissement ou de l'éviction.

Une stipulation de subrogation était pareillement exigée dans notre ancienne jurisprudence. Mais une autre doctrine régnait en même temps dans d'autres pays, où la subrogation de plein droit était accordée à l'acquéreur qui employait le prix de vente à solder les créanciers hypothécaires. (Renusson, ch. 5).

Le Code accorde la subrogation de plein droit à l'acquéreur qui a versé le prix de son acquisition entre les mains des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.

J'achète un immeuble 40,000 fr. Il est grevé de six hypothèques de 10,000 fr. chacune. En désintéressant les créanciers inscrits jusqu'à concurrence de mon prix d'acquisition, je suis subrogé à leur lieu et place pour leurs créances hypothécaires.

J'opposerai cette subrogation au vendeur. Ayant employé le prix de la vente à désintéresser ses créanciers, je me suis libéré à son égard et au besoin je me présenterai à lui investi de leurs droits. Il n'a rien à me réclamer.

J'invoquerai la subrogation contre les créanciers hypothécaires postérieurs. S'ils estiment que le prix de l'immeuble est au-dessous de sa valeur réelle, ils feront la surenchère, du dixième et je serai colloqué au rang des créanciers payés; sinon, ils m'accorderont main-levée de leurs hypothèques, quand j'invoquerai mon titre de subrogé; ou bien, passé les délais, ils seront censés avoir ratifié définitivement l'acquisition et ils auront perdu tout droit.

Il était juste d'admettre qu'un acquéreur, qui n'a payé les créanciers hypothécaires que pour consolider sa propriété, ne pût être condamné à l'éviction sur la poursuite des autres créanciers hypothécaires. Il fallait qu'à l'égard de ceux-ci comme du vendeur il pût se faire colloquer dans tous les cas sur la valeur de la chose au rang des créanciers désintéressés.

La loi ne distingue pas si l'acheteur a payé volontairement ou par contrainte.

La loi accorde-t-elle la subrogation à celui qui désintéresse les créanciers hypothécaires inscrits sur un immeuble, en vue d'une acquisition future de cet immeuble?

La loi vient de nous dire qu'elle subroge l'acquéreur qui emploie son prix à désintéresser les créanciers hy-

pothécaires. La subrogation légale n'existera donc pas au profit de celui qui, ayant le projet d'acheter un immeuble pour un prix convenu avec le vendeur, sur la promesse unilatérale de ce dernier, désintéresse les créanciers hypothécaires jusqu'à concurrence de cette somme. Il y aurait lieu ici à la subrogation conventionnelle. Mais bien différente sera la situation de l'acheteur conditionnel. Sans doute la vente est imparfaite, notamment elle ne peut se réaliser si la chose vendue vient à périr avant l'arrivée de la condition. Mais cette vente existe, et si la condition se réalise, l'acheteur est réputé propriétaire *ab initio*. Si donc il a employé son prix à désintéresser les créanciers, il est placé sous l'application de l'article 1251 2°

Certains auteurs, partant de ce principe que la subrogation est une matière de droit étroit, réglée solennellement, comme il résulte du 2° de l'article 1250, veulent, dans cette hypothèse, que la déclaration du futur acheteur soit accompagnée de certaines formalités. Il faut, disent-ils, qu'un acte authentique établisse sérieusement que le futur acheteur donne à son futur vendeur une somme qui doit être employée à désintéresser les créanciers inscrits; c'est alors seulement que nous aurons le véritable prix d'une vente à parfaire plus tard, si la condition se réalise. (Mourlon, Aubry et Rau).

Nous ne saurions admettre cette solution. En effet, remarquons-le bien, on applique ici arbitrairement le principe de la subrogation conventionnelle, sous le faux prétexte de respecter les règles du droit étroit. L'article 1250, 2°, exige spécialement certaines formalités

rigoureuses dans le cas où le débiteur transmet à une personne les droits du créancier, des avantages qui existent contre lui. Mais n'est-il pas en effet singulier, au premier aspect, qu'un débiteur puisse disposer d'une créance, bien qu'en somme cette transmission ne lèse aucun intérêt et constitue un moyen de crédit? Aussi la loi, dans cette hypothèse, impose-t-elle ses conditions, et la dérogation aux principes n'a lieu qu'à ce prix. Mais ces dispositions sont précises et restreintes, et nous ne saurions admettre qu'on voulût les appliquer dans le cas que nous examinons : une vente conditionnelle n'en est pas moins une vente, et les mêmes règles doivent être toujours appliquées. Si la condition se réalise, si la vente est conclue dans la suite, la subrogation aura lieu dans tous les cas. En effet, l'article 2103, § 2, l'accorde à l'acheteur, l'article 2103, § 1, au prêteur de fonds, sous certaines formalités.

La subrogation est accordée à l'acquéreur pour les sommes payées aux créanciers hypothécaires en sus de son prix d'acquisition.

Ici non plus il ne faut point interpréter d'une manière trop rigoureuse les termes de l'article 2103, § 2; car le législateur a prévu les cas les plus ordinaires sans vouloir donner à sa formule un sens restrictif.

J'achète un immeuble 100,000 fr. Sur cet immeuble se trouvent inscrites cinq créances de 25,000 fr. J'emploie mon prix d'acquisition à désintéresser les quatre premiers créanciers. Je donne volontairement au dernier créancier inscrit 8000 fr. La surenchère est pour

suivie et l'immeuble est vendu 110,000 fr. L'acquéreur doit rentrer dans ses déboursés, il est subrogé pour les 8000 fr. qu'il a payés en sus de son prix d'acquisition. Mais si l'acquéreur avait payé 115,000 fr., il perdrait 5,000 fr. Nous admettons pareillement qu'il serait subrogé pour les sommes qu'il aurait versées aux créanciers après avoir payé son prix au vendeur. (Duran-ton, Aubry et Rau). Pour les intérêts, l'acquéreur sera colloqué conformément aux art. 2151 et 1652 combinés.

La subrogation légale est accordée à l'acquéreur qui a revendu l'immeuble, quand le prix de revente a été employé par le sous-acquéreur à désintéresser les créanciers hypothécaires.

*Primus* vend à *Secundus* un immeuble hypothéqué; *Secundus* revend l'immeuble à *Tertius*, qui emploie le prix de son acquisition à désintéresser quelques-uns des créanciers hypothécaires. Mais les créanciers non désintéressés obligent *Tertius* à délaisser ou n'acceptent pas ses offres à fin de purge. *Tertius* a donc son recours en garantie contre *Secundus*, qui doit lui rembourser au moins le prix de vente de l'immeuble. Mais *Secundus* a droit, pour se récupérer d'un prix qu'il n'a pas touché, puisque ce prix a servi à désintéresser les créanciers hypothécaires de *Primus*, d'être subrogé aux droits des créanciers hypothécaires de son vendeur. (Civ. rej., 29 août 1865, Sir., 65, 1, 433).

Le donataire, tiers-détenteur, qui a payé de ses deniers les créanciers hypothécaires, jouit tout comme

l'acquéreur à titre onéreux du bénéfice de la subrogation.

En effet, la situation du donataire qui emploie ses fonds à payer les créanciers hypothécaires est la même que celle de l'acquéreur qui, ayant payé la totalité de son prix d'acquisition, verse des sommes supplémentaires entre leurs mains.

Il ne faut pas appliquer trop rigoureusement les termes du 2° de cet article. Par ces mots *qui emploie le prix de son acquisition*, la loi a parlé du *prix d'acquisition* comme de *eo quod plerumque fit*; mais elle a aussi entendu par là l'effectuation du paiement par un tiers détenteur quelconque tenu *propter rem*.

D'ailleurs, si on ne veut pas admettre cette interprétation, le donataire, comme l'acquéreur, peut se placer sous la formule de l'article 1251 § 3, puisque l'un et l'autre en qualité de tiers-détenteurs sont, sinon personnellement, du moins hypothécairement tenus pour le débiteur des dettes qui affectent l'immeuble hypothéqué.

La subrogation est accordée à celui qui acquiert un immeuble de bonne foi *à non domino* et qui plus tard est évincé.

*Titus*, qui n'est point propriétaire, m'a vendu un immeuble grevé d'hypothèques par le propriétaire véritable. J'ai juste titre et bonne foi; la prescription court à mon profit. Lorsque j'ai employé mon prix d'acquisition à désintéresser tous les créanciers inscrits, le véritable propriétaire exerce une revendication et m'évincé. Quelle est ma situation ?

J'invoquerai plusieurs actions.

J'ai contre le véritable propriétaire qui m'évince une action *negotiorum gestorum*, alors même que j'ai acheté sciemment à *non domino*, puisque en dégrevant son immeuble j'ai acquitté une obligation qu'il doit supporter définitivement.

J'ai contre mon vendeur l'action en garantie pour cause d'éviction, car je suis acheteur de bonne foi.

J'ai l'action en répétition de l'indu pour réclamer aux créanciers l'argent que j'ai versé entre leurs mains; je croyais en effet acquitter une dette qui n'est point la mienne. Ils recouvreront leurs créances hypothécaires. Mais ici il importe de faire une distinction. Si les créances sont échues, les créanciers ne peuvent refuser le paiement, ou, s'il est déjà fait, ils ne peuvent me forcer à reprendre les sommes que je leur ai payées; d'où que leur vienne le remboursement, ils n'ont rien à réclamer, j'ai voulu gérer l'affaire du débiteur. Si les créances ne sont point échues, alors seulement ils peuvent me rembourser et continuer à profiter d'un placement sûr et productif d'intérêts.

Enfin, je puis renoncer à la *conditio indebiti* et, tenant le paiement que j'ai fait aux créanciers pour valable, invoquer l'art. 1251 2° et les droits privilégiés ou hypothécaires que la subrogation m'attribue pour avoir désintéressés ces créanciers.

Mais, dit-on, l'art. 1251 2° parle d'acquéreur, d'acquisition, en un mot d'acheteur devenu propriétaire, d'une vente à *domino* effective et sérieuse; de plus, en droit français, la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599).

Nous répondons que la loi subroge formellement tout acheteur, devenu propriétaire ou non, qui désintéresse les créanciers hypothécaires : il suffit de lire et d'appliquer les règles de la vente, (art. 1625, 1626, 1630, etc.)

D'ailleurs en vertu de l'art. 1251 3°, la subrogation de plein droit est accordée à tout détenteur d'un immeuble hypothéqué qui paie avec ses deniers les créances inscrites sur l'immeuble qu'il détient.

La subrogation est accordée à celui qui, propriétaire intérimaire, (art. 2177), a désintéressé les créanciers inscrits et est évincé par poursuites en délaissement ou en surenchère.

L'art. 2177 semble renfermer deux dispositions contradictoires. Cependant le législateur ne mérite pas le reproche d'avoir consacré deux principes différents.

1° Un immeuble est affecté par hypothèque au paiement de 20,000 fr. ; 10,000 fr. à *Primus*, 10,000 fr. à *Secundus*. En cet état, *Primus* achète l'immeuble 15,000 fr. A raison de la confusion, il reste devoir de son prix 5,000 fr. à *Secundus*. Celui-ci non désintéressé poursuit le délaissement. L'immeuble est vendu aux enchères pour 15,000 fr. Ce prix se distribue ainsi, 10,000 à *Primus* 5,000 à *Secundus*. Mais dira-t-on la créance de *Primus* n'existait plus à suite de la confusion. Confusion n'équivaut pas à paiement ! La confusion paralyse provisoirement le droit d'agir et cette paralysie vient à cesser dès que *Primus* cesse d'être propriétaire de l'immeuble. Si sa créance ne renaissait pas, nous verrions se pro-

duire un résultat injuste : *Secundus* deviendrait premier en rang, tandis que *Primus* ne serait pas désintéressé, puisqu'il a été évincé de l'immeuble qui lui avait été cédé à titre de *datio in solutum*. Les hypothèques se maintiennent donc au profit de *Primus*, sous la condition qu'il les conserve par un renouvellement d'inscriptions.

2° *Primus*, propriétaire intérimaire, a consenti des droits réels sur l'immeuble. Celui-ci est vendu, après délaissement, pour un prix supérieur au montant des créances inscrites. A qui profitent les sommes restées libres après le désintéressement des créanciers inscrits ? A l'acquéreur ou à ses créanciers. En effet, qu'est-ce que le délaissement ? L'art. 2173 répond implicitement que le délaissement n'est que l'abandon de la possession et non de la propriété de l'immeuble ; en sorte que la vente qui en est faite au profit d'un tiers ne résout pas le *dominium* de l'acquéreur. Elle n'équivaut pas à une condition résolutoire, puisque l'acquéreur n'est pas dépossédé faute par lui d'avoir payé le prix ; mais parce que des créanciers intéressés n'ont pas pensé que le prix fixé à l'amiable entre le vendeur et l'acheteur représentât la véritable valeur de l'immeuble. En résumé, le droit de propriété de l'acquéreur est résolu *ex nunc* et non pas *ex tunc*, par conséquent la loi qui lui accorde l'excédant du prix le reconnaît propriétaire. Il a donc pu consentir des droits réels.

Donc, il n'y a pas de contradiction entre les deux dispositions de l'article 2177, et le propriétaire intérimaire évincé, dans les conditions de cet article, voit renaître sa créance hypothécaire provisoirement éteinte par confusion.

110 Pour que la subrogation de l'article 1251, 2<sup>o</sup> s'applique, est-il nécessaire que l'acquéreur paie lui-même, directement, les créanciers hypothécaires, ou suffit-il que ceux-ci reçoivent le prix d'acquisition, par exemple, par l'intermédiaire du vendeur, chargé dans le contrat d'acquitter les créances inscrites?

111 C'est notre avis; le vendeur n'est ici qu'un mandataire de l'acquéreur, et pourvu qu'il soit constant qu'il a fidèlement rempli le mandat reçu, nous admettons la subrogation.

112 Cette opinion n'est pas celle de tous. Certains auteurs exigent trois éléments: d'abord l'authenticité de l'acte de vente portant la clause que le prix sera employé par le vendeur à payer les créanciers inscrits; un paiement effectué à une époque rapprochée du jour où le vendeur a touché le prix; enfin l'authenticité de la quittance délivrée par les créanciers, avec indication de l'origine des deniers qui les ont désintéressés. Si ces trois conditions sont réunies, la subrogation aura lieu; à défaut, elle est impossible, puisqu'au lieu de payer aux créanciers inscrits, l'acquéreur est présumé invinciblement avoir payé au vendeur. (Mourlon, p. 385; — Gauthier, n<sup>o</sup> 290.)

113 Nous disons qu'il n'y a point eu paiement au vendeur; ce dernier est le mandataire de l'acheteur. (Arrêt de Colmar, 17 déc. 1825, Sirey, 27, 12, 190.) Il faudra recourir à la preuve pour reconnaître si le vendeur a fidèlement rempli son mandat, ou s'il a payé les créanciers avec des deniers provenant soit de l'acquéreur, soit d'une autre source. Pourquoi vouloir introduire

venu d'une délégation

ici arbitrairement les règles spéciales de la subrogation conventionnelle *ex parte debitoris*. Nous reconnaissons toutefois que cette matière est soumise à l'appréciation des juges. (Larombière, III, art. 1251; Aubry et Rau, IV, § 321.)

La subrogation légale est-elle accordée à l'acquéreur qui paie les créanciers hypothécaires en vertu d'une délégation contenue dans son contrat d'acquisition?

La Cour d'Amiens, dans un Arrêt confirmé par la Cour de Cassation (13 août 1834; Siry, 54, 1, 715), a décidé que la subrogation n'a point lieu de plein droit au profit de l'acquéreur *qui s'est engagé à payer les créanciers inscrits*, parce que, dans l'espèce, *il ne fait que payer sa propre dette*. Mais la jurisprudence est bientôt revenue de son errement (Civ. Cass., 28 déc. 1853; Siry, 54, 1, 19; Civ. Cass., 27 nov. 1854; Siry, 54, 1, 715.) En effet, pourquoi faire une distinction qui n'est pas dans la loi? Celle-ci subroge l'acquéreur qui paie son prix aux créanciers inscrits, qu'il se soit engagé ou non à faire ce paiement. Il paie toujours sa propre dette dans le but de conserver l'immeuble. S'il n'est pas délégué, les créanciers n'ont contre lui que l'action hypothécaire. S'il est délégué, ils ont, 1<sup>o</sup> l'action hypothécaire, 2<sup>o</sup> une action personnelle du chef du vendeur, dont ils ont exercé les droits, (1166). Il est donc plus énergiquement tenu de payer quand il y a délégation de paiement que quand celle-ci n'existe pas. Donc si la subrogation légale est acquise à l'acquéreur, *à fortiori* doit-elle être accordée à l'acheteur qui paie en vertu d'une délégation.

CHAPITRE V.  
Art. 1251. — *La subrogation a lieu de plein droit :*

3° *Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres, au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter.*

Etre tenu avec un autre, c'est être obligé de payer la totalité d'une dette, qui nous intéresse en même temps qu'une autre personne, et de laquelle nous devons supporter une part définitivement et sans recours. Tel est le cas de celui qui emprunte solidairement une somme dont il prend sa part.

Etre tenu pour un autre, c'est être dans la nécessité de payer une dette qui doit être supportée par une autre personne contre laquelle on a le droit de recourir pour la totalité, après avoir payé pour elle. Ainsi la caution est tenue pour le débiteur.

Le Droit Romain, dans le principe, n'accordait à celui qui était tenu avec ou pour d'autres qu'une simple action *mandati* ou *negotiorum gestorum*; plus tard celui-ci pouvait obtenir le bénéfice *cedendarum actionum*, qui finit par lui être accordé de plein droit.

Pareillement, dans l'ancien droit, cette subrogation a été successivement : conventionnelle, celui qui paie, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres, peut l'exiger comme condition de paiement ; judiciaire, sur le refus du créancier, la justice consentira, pour lui, en sa pré-

sence; enfin légale, c'est ce qui avait lieu dans les derniers temps, rapprochés de Pothier. La loi l'opère sur la simple réquisition qui en est faite, mais la réquisition est nécessaire.

Dumoulin avait enseigné à Dôle que le codébiteur solidaire, par le seul effet du paiement, était subrogé au créancier *ipso jure*; on ne pouvait admettre, disait-il, que le codébiteur fût présumé avoir renoncé à la subrogation, alors qu'il pouvait par une stipulation obtenir cet important bénéfice; l'intervention d'un pacte réservant ce droit devait être sous-entendue. Renusson et Pothier combattirent cette doctrine très-rationnelle, mais contraire à la législation existante. Comme nous le savons déjà, le Code a admis la doctrine de Dumoulin, dans l'art. 1251 3°.

Quelles personnes rentrent dans la formule générale de la loi? Ce sont:

1° Le codébiteur d'une obligation solidaire qui a payé la dette de tous. — La subrogation légale est accordée au débiteur solidaire qui a payé la dette pour la totalité ou pour une portion supérieure à celle qu'il doit supporter définitivement. Les mêmes effets se produisent s'il a payé volontairement ou par contrainte; il en est de même si la solidarité est conventionnelle ou légale. Le bénéfice de la loi peut donc être invoqué par:

1° Le débiteur solidaire conventionnel, qui a payé le créancier, (art. 1200).

2° Le cotuteur, qui a payé l'ex-minneur, (art. 395-396.)

3° Le coexécuteur testamentaire, qui a payé l'héritier, (art. 1633).

4° Le tuteur ou le subrogé-tuteur, qui a payé les enfants mineurs d'un époux décédé dans l'hypothèse de l'article 1442.

5° L'un des locataires d'une maison incendiée, qui a payé le propriétaire, (art. 1733, 1734.)

6° L'un de ceux qui ont emprunté conjointement une chose à usage, lorsqu'il a payé le prêteur, (art. 1887.)

7° Le comandant qui a payé le mandataire commun, (art. 2002.)

8° L'associé commercial et responsable, (dans le cas de société en nom collectif), qui a payé un créancier de la société, (art. 22 et 23, C. Comm.)

9° Le tiré ou l'un des endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, qui a payé le propriétaire de la créance ou son mandataire, (art. 118, 140, 187 C. Comm.)

10° L'un des condamnés pour un même crime ou pour un même délit, qui paie la dette de tous, soit à l'Etat, créancier de l'amende, soit à la partie civile, qui a droit à des restitutions ou à des dommages-intérêts, (art. 55, C. Pén.)

On distingue la solidarité active, ou entre créanciers, (art. 1197 à 1199), et la solidarité passive, ou entre débiteurs, (art. 1200 et suiv.) Nous n'avons pas à nous occuper de la première. Quant à la solidarité entre débiteurs, elle donne au créancier le droit d'exiger de l'un quelconque des débiteurs le *solidum*, la prestation totale de l'obligation. Cette modalité résulte de la loi ou de la convention : les cas dans lesquels la loi impose la solidarité ont été précédemment énumérés; nous

n'avons rien à dire de ceux où elle résulte de la convention des parties.

On a prétendu qu'à côté de la solidarité dont les effets sont énumérés par les articles 1200 et suivants, et dont un des principaux est que la poursuite dirigée contre un des débiteurs interrompt la prescription contre les autres, il existe une solidarité imparfaite, ou *obligatio in solidum*, ne donnant au créancier que le droit de poursuivre pour le tout chacun des débiteurs, sans que les autres effets se produisent. Cette distinction, faite depuis longtemps par la jurisprudence et admise par le plus grand nombre des auteurs, est sans doute équitable, mais est-elle légale? C'est une autre question. Or le guide habituel des rédacteurs du Code, Pothier, ne reconnaît qu'une seule espèce de solidarité; il ne parle pas de la solidarité imparfaite. Rien n'indique que cette distinction ait été consacrée, ni les procès-verbaux, ni les discours qui ont précédé le vote du Code Civil. Elle a été faite postérieurement à la rédaction du Code. Nous la repoussons donc et par là nous évitons l'arbitraire dans lequel sont tombés ceux qui la proposent. Nous ne ferions de réserve 1° que pour le cas prévu par l'art. 2025 C. C. et 2° que pour celui visé par l'art. 164 C. Co.

Cela posé, demandons-nous comment le codébiteur qui a payé exerce son recours? Il a deux moyens. Il peut recourir soit par l'action de mandat ou de gestion d'affaires, soit par l'action primitive en vertu de la subrogation (art. 1251, 3°). S'il exerce l'action de mandat, il lui sera tenu compte de l'intérêt des avances qu'il a

faites, (art. 2001). On sait quels avantages lui donnera l'action à laquelle il est subrogé. S'il exerce cette dernière action, quelle part pourra-t-il demander à ceux dont il a éteint la dette? Il faut remarquer les dispositions de la loi. L'article 2030 donne à la caution qui a garanti la solvabilité de plusieurs débiteurs principaux solidaires le droit de répéter contre chacun d'eux le total de ce qu'elle a payé. L'article 2028 ajoute que ce recours a lieu pour le principal comme pour les intérêts et les frais, que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur. D'un autre côté, aux termes de l'article 2014, 1<sup>o</sup>, le codébiteur solidaire qui a payé en entier ne pourra répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux. Cette solution de la loi n'est pas contradictoire. Ici trouve son application textuelle la distinction entre ceux tenus pour ou avec d'autres; leur recours est différent.

Dans l'hypothèse de plusieurs débiteurs solidaires, que pourra donc réclamer le *solvens*? Supposons trois codébiteurs solidaires empruntant 1500 fr. Cette somme se répartit dans les proportions suivantes: *Primus* prend 300 fr., *Secundus* 200 et *Tertius* 1000. Pour laquelle part le *solvens* aura-t-il recours? Sera-ce pour une part virile, égale pour tous; sera-ce pour une part réelle, dont il aura véritablement profité? Il faut admettre en principe que le recours aura lieu pour une part virile, égale, la loi ne présument pas, ainsi qu'elle le dit dans l'article 1216, que les codébiteurs ont voulu garantir la solvabilité les uns des autres pour un profit supérieur à celui que chacun d'eux

paraît avoir retiré de l'opération. Il est même des cas dans lesquels évidemment le recours serait donné pour une part virile, sans que le *solvens* puisse prouver, ou qu'on puisse prouver contre lui, que le fardeau de la dette doit être inégalement réparti. Voyez par exemple le cas de l'article 1734. Mais si le *solvens*, ou l'un des débiteurs *Primus* ou *Secundus*, dans l'espèce, soutient ne devoir supporter de la dette qu'une portion inférieure à sa part virile, ici 500 fr., il n'a qu'à prouver son allégation.

2° Le codébiteur d'une obligation indivisible, même *solutione tantum*, qui paie la dette commune. — En effet, l'indivisibilité de l'obligation, modalité qui profite au créancier, ne saurait atteindre définitivement celui des codébiteurs qui paie la dette. Un recours aura lieu entre ces derniers et les règles établies précédemment auront ici encore leur application.

3° La subrogation légale a lieu au profit de la caution qui paie la dette en totalité ou en partie seulement. Il importe peu du reste qu'elle paie volontairement ou par contrainte, sur les poursuites du créancier. Il n'est pas non plus nécessaire de distinguer si elle s'est engagée en même temps que le débiteur ou postérieurement. Lorsque la caution paie, elle acquiert deux actions pour obtenir du débiteur principal les sommes qu'elle a déboursées. En effet elle peut invoquer l'article 1251 § 3, qui lui accorde contre le débiteur la subrogation aux droits du créancier dont elle prend la place. Elle

peut en second lieu invoquer l'action de mandat ou de gestion d'affaires, suivant qu'elle a agi par l'ordre ou à l'insu du débiteur. Il lui est permis si d'abord elle a agi par l'une des deux actions de se présenter en invoquant l'autre. Elle choisira l'action qui lui sera la plus avantageuse. Nous verrons plus bas les considérations qui détermineront ce choix ; mais examinons d'abord de quelle manière le paiement a été fait à la décharge du débiteur.

Tout tiers indifféremment peut-il payer une dette ? Le lien juridique qui unit les deux personnes du créancier et du débiteur est-il toujours rompu par le désintéressement du créancier ? Il est nécessaire de faire plusieurs distinctions et de reconnaître de quelles façons diverses un débiteur peut être libéré.

1° Un individu, étranger à la dette, se présente pour effectuer le paiement et remet au créancier le montant des sommes dues, cela malgré les protestations du débiteur. L'acceptation du créancier rend le paiement valable. Quant au recours, plusieurs hypothèses sont à considérer. Le tiers *solvens* a-t-il voulu faire une libéralité ? Comme on ne fait pas à quelqu'un une libéralité malgré lui, le tiers peut retirer ses offres et exercer la *condictio indebiti* contre le créancier. A-t-il agi comme gérant d'affaires ? Mais on ne peut se constituer gérant d'affaires d'une personne malgré elle ; alors pas de recours. Enfin le *solvens* a-t-il entendu faire un placement, dans son intérêt personnel, sans désir aucun de gérer l'affaire du débiteur ? Ici même résultat, les protestations du débiteur empêchent que le *solvens* puisse

se constituer créancier. Du reste ce tiers aura toujours l'action *de in rem verso*, jusqu'à concurrence du profit.

2° Mais si le tiers a offert le paiement au su du débiteur et l'a effectué sans aucune protestation de sa part, il peut répéter ce qu'il a payé. Sauf le cas de libéralité, ici parfaitement admissible, le paiement à l'encontre du créancier en déchargeant le débiteur le constitue obligé à l'égard du *solvens*. L'action du *solvens* dépendra seulement de son intention au moment du paiement. A-t-il eu celle de payer au nom et en l'acquit du débiteur, comme gérant d'affaires? il aura l'action *negotiorum gestorum*. S'il a voulu agir dans son intérêt personnel, faire un placement, il aura contre le débiteur l'action *de in rem verso*, en vertu du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Chaque action conduira peut-être au même résultat final, mais il y aura entr'elles plusieurs différences, au point de vue de la prescription, des droits d'enregistrement, etc.

3° Enfin si le tiers a payé sur l'ordre du débiteur, il aura contre celui-ci l'action de mandat.

Les mêmes distinctions doivent être faites pour reconnaître les effets du paiement opéré par la caution et le recours qui doit lui être accordé. Des différences existent suivant que la caution a payé dans l'intérêt du débiteur, ou en dehors de son intérêt.

1° Si l'intervention de la caution a profité au débiteur, la caution, comme les cautions ordinaires, aura droit aux intérêts du jour du paiement, (art. 2001.) Dans l'hypothèse contraire, les intérêts ne seront dûs que du jour de la demande en justice, (art. 1153).

2° Pour la prescription de la dette payée, la loi accorde une action nouvelle au mandataire ou au gérant d'affaires, action qui dure trente ans du jour du paiement. Au contraire, si la caution n'a que l'action *de in rem verso*, elle ne pourra invoquer que l'action primitive; si la prescription était sur le point de s'éteindre, elle devra en subir l'extinction.

Dans les hypothèses où les juges admettront que la caution est intervenue *animo donandi*, il n'y aura donation que lorsque le concours de volontés se sera produit. Mais tant que l'offre de libéralité, consistant dans la volonté manifestée par la caution de garantir et payer la dette, n'aura pas été acceptée, nous savons que la donation ne sera pas formée et que, jusqu'à cette acceptation, celui qui a fait cette offre peut la retirer.

Mais si nous nous plaçons dans les hypothèses qui se présentent le plus fréquemment, en dehors des difficultés d'appréciation, la caution est placée dans l'alternative de choisir, suivant son intérêt, entre l'action de mandat et l'action résultant de la subrogation aux droits du créancier.

1° L'action de mandat peut être exercée contre le débiteur avant tout paiement. C'est du paiement que résulte l'action en subrogation, c'est au moment du paiement qu'elle naît.

2° Par l'action de mandat, la caution obtient tous les intérêts, frais et déboursés. Le contraire a lieu pour la subrogation, qui ne donne pas droit aux intérêts.

3° Enfin, l'action de mandat est spéciale, unique; elle se produit en vertu d'un mandat du créancier. Lors

au contraire que la caution est subrogée, elle profite de l'action hypothécaire que le créancier avait sur les immeubles du débiteur et de toutes les garanties qui appartiennent au créancier.

Telles sont les différences qui séparent ces deux actions et qui, pour les intérêts et pour le moment de l'exercice, rendent préférable l'action de mandat, pour les garanties, l'action en subrogation.

4° Le *cofidéjusseur* qui a acquitté une dette cautionnée conjointement avec d'autres. — Il ne peut exercer la subrogation contre les autres cautions qu'autant qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'opposer utilement au créancier le bénéfice de discussion, au moyen duquel le paiement de la dette aurait été mis à la charge du débiteur.

5° Le *mandator pecuniæ credendæ*. — Celui-ci est aussi caution de la solvabilité du débiteur. Si le débiteur ne payait pas, il serait tenu de payer à cause du mandat qu'il a donné.

6° Le *certificateur de la caution*. — Il n'est tenu de payer que lorsque la caution elle-même ne peut le faire. Il a donc droit à la subrogation de l'article 1251 3°. Son recours demeure intact contre la caution et il l'exercera si plus tard elle redevient solvable. Les mêmes règles sont applicables indifféremment au certificateur de la caution personnelle et réelle.

7° Le tiers qui, propriétaire d'un immeuble, l'a affecté par hypothèque au paiement de la dette, ou qui, propriétaire d'un objet mobilier, l'a remis en gage entre les mains des créanciers et ne le reprend qu'en payant la dette. — Ce tiers est à proprement parler une caution réelle. Mais son engagement est garanti, non *personally*, par une obligation qui affecte son patrimoine, mais *re tantum*, simplement par suite de gage sur un meuble ou d'hypothèque sur un de ses immeubles. Puisqu'il est tenu pour un autre, tenu *re*, la subrogation de l'article 1251 § 3 lui est accordée.

8° Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. — Une personne achète un des immeubles hypothéqués du débiteur ; elle ne sera pas tenue personnellement, mais *propter rem*. Néanmoins ici l'article 1251 § 3 reçoit son application. Rappelons la formule qui fait connaître quelles personnes réunissent les conditions nécessaires pour acquérir la subrogation. « La subrogation est » acquise dans tous les cas où la dette a été payée par » un codébiteur, une caution, et en général tous ceux » qui étant tenus avec d'autres ou pour d'autres au » paiement de la dette avaient intérêt de l'acquitter. » Bigot-Préameneu, Fenet, tome 13, page 269. Ces personnes seront, dans notre hypothèse :

1° Le détenteur d'un immeuble hypothéqué, devenu propriétaire à la suite d'une vente, d'un *datio in solutum*, d'une constitution de dot, d'une transaction, d'une donation, etc.

2° L'acquéreur, qui ayant payé son prix au vendeur ou

à quelques créanciers inscrits, désintéresse d'autres créanciers inscrits avec des fonds qu'il ne doit pas. Nous avons déjà vu ce cas sous le 1° de notre article et reconnu que le premier et le troisième paragraphes pouvaient être invoqués par ce tiers-détenteur.

3° L'acquéreur qui, plus tard évincé, a payé les créanciers hypothécaires, pourvu qu'il ait eu soin de conserver les hypothèques ou les privilèges.

4° L'acquéreur sous condition résolutoire ou suspensive, sauf les mêmes formalités.

5° L'acquéreur, non plus d'une pleine propriété, mais d'un démembrement de ce droit, tel que la nue-propriété ou un usufruit. — En effet, dans ces divers cas, la nécessité se présente de délaisser ou de subir l'expropriation, à défaut de paiement intégral de toutes les sommes inscrites sur l'immeuble. Donc il y a lieu d'accorder la subrogation du § 3.

6° Celui qui jouit d'un droit d'usage ou d'habitation, d'une servitude réelle. — Sans doute ces droits ne sont pas susceptibles d'expropriation forcée, mais, faute de paiement, les créanciers peuvent saisir l'immeuble sans tenir compte des droits réels consentis par le débiteur. Ici encore nécessité de délaisser.

7° Les acquéreurs à titre gratuit, successeurs universels ou particuliers.

8° La subrogation peut être invoquée par le preneur. Nous savons en effet que si les baux de plus de dix-huit ans sont transcrits, avant la prise d'inscriptions, ils sont opposables aux créanciers hypothécaires pour tout le temps pour lequel ils ont été faits. S'ils sont transcrits

après l'inscription, même passés avant, ils ne sont opposables que pour un maximum de dix-huit années.

9° Le mandataire ou le gérant d'affaires qui, en contractant au nom de celui qu'il représente, se porte garant de l'engagement qu'il prend pour lui.

10° Le commissionnaire qui, chargé d'acheter des marchandises pour le compte de son commettant, les paie de ses propres deniers.

Il est subrogé de plein droit aux actions du vendeur. (Civ. Cass., 14 nov. 1810, Sirey, 11, 2, 37). Son obligation envers le commettant le place sous l'application de l'article 1251 3°; en effet, il est tenu pour et avec le mandant dès qu'il effectue l'acquisition, puisqu'il avait intérêt à l'opérer. Il faut donc lui accorder la revendication, soit comme subrogé aux droits du vendeur, dans le cas où le commettant ne lui rembourse pas le prix, soit comme subrogé aux droits du commettant, dans la même hypothèse.

La subrogation n'a pas lieu au profit du sous-entrepreneur qui a payé les ouvriers par lui employés, soit quant au privilège que leur accorde dans certains cas (de travaux publics) la loi du 26 pluviôse an II, soit quant à l'action qu'ils auraient contre l'entrepreneur principal à défaut de paiement de leurs salaires. (Civ. rej., 12 février 1866, Sirey, 66, 1, 94).

Le sous-entrepreneur, qui paie sa dette, éteint sa propre obligation; il ne peut donc invoquer le bénéfice

de l'article 1251 3<sup>e</sup>, réservé à celui qui, coobligé à la dette, en effectue le paiement. Le sous-entrepreneur est seul obligé au paiement des salaires à l'égard des ouvriers qu'il a employés. Il ne peut exercer en leur lieu et place une action qui n'est ouverte qu'en leur faveur, (art. 1798), dans le cas de non paiement, ou qui, après le paiement, a cessé d'exister.

Le législateur s'est proposé d'intervenir en faveur de l'ouvrier; il a eu pour but, dans une pensée de protection, dans un intérêt de justice et d'humanité, de garantir son salaire. Le travail de l'ouvrier est la condition même à laquelle est soumise la faveur de la loi, en effet, il a besoin de la rémunération de chaque jour pour entretenir sa famille et faire face à toutes les nécessités de la vie. Il est impossible d'admettre ces considérations pour le sous-entrepreneur, qui participe aux opérations commerciales ou industrielles. C'est un spéculateur qui fait des traités, passe des marchés, engage les ouvriers, il réalise ainsi des bénéfices souvent considérables, il n'a pas besoin de la faveur de la loi. Il n'a donc pas droit à l'action des ouvriers contre l'entrepreneur principal, ni à la subrogation à leur privilège.

#### CHAPITRE VI.

1251. — *La subrogation a lieu de plein droit :*

4<sup>o</sup> *Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.*

Expliquons d'abord ce qu'il faut entendre par le mot *dettes* dont parle notre article. Cette expression est

employée ici, comme dans l'art. 802 n° 1, dans un sens large. Elle s'applique non-seulement au paiement des créanciers, mais aussi au paiement des légataires ; elle comprend en outre les droits de mutation, (art. 32 et 39, loi du 22 frimaire an VII). (Bordeaux, 15 février 1849, Sir., 49, 2, 536. — Paris, 19 janvier 1854, Sir., 54, 2, 752).

L'héritier bénéficiaire, n'est pas tenu de payer de ses deniers les créanciers du défunt. Mais comme la liquidation d'une succession bénéficiaire est d'autant plus compliquée et chargée de frais que le nombre de créanciers est plus grand, l'héritier a intérêt à écarter ces derniers ; après leur désintéressement, la succession lui reste définitivement.

D'ailleurs la subrogation lui permet d'accomplir une foule d'opérations qu'il ne rechercherait pas sans ce bénéfice. Ainsi, supposons que la succession est débitrice d'une créance productive d'intérêts : il y a sans doute des valeurs dans la succession, mais des valeurs à réaliser. Pour ce capital, les intérêts courent. L'héritier en fait l'avance de ses propres deniers à la succession. Il peut se présenter aux lieu et place de ces créanciers, en vertu de l'art. 1251, 4°. On voit les avantages que lui offre la subrogation.

Ainsi donc, l'héritier bénéficiaire est subrogé par la loi à toutes les garanties des créanciers de la succession, à l'hypothèque des légataires et au droit de préférence conféré au trésor public par la loi du 22 frimaire an VII, et comprenant un privilège sur les revenus des biens à déclarer et une hypothèque sur la propriété des mêmes biens.

Le curateur à une succession vacante a-t-il droit à la subrogation ?

Nous avons vu que cette subrogation était admise par l'ancien droit mais aujourd'hui le silence du Code ne peut être suppléé.

Une succession est vacante : 1° quand les délais pour faire inventaire et délibérer sont expirés ; 2° quand il n'y a pas d'héritier connu ou que les héritiers connus ont renoncé ; 3° quand personne, pas même l'Etat, ne se présente pour réclamer la succession. Alors à la requête des créanciers il est nommé un curateur qui prend soin des biens de la succession.

Le curateur est donc administrateur pour le compte d'autrui, (art. 813). Il a intérêt à ne pas engager sa responsabilité par une mauvaise exécution du mandat qu'il a reçu, mais il n'a pas d'intérêt à payer les créanciers. Au contraire, l'héritier bénéficiaire administre dans son intérêt comme dans celui de la masse des créanciers. En outre, le curateur à une succession vacante n'est pas tenu personnellement. Il n'est pas tenu pour ou avec d'autres, (art. 1251 § 3). De ce chef non plus, la subrogation ne lui est pas accordée.

Ces raisons doivent aussi être opposées à ceux qui, après Renusson et Poullain Duparc, lui accordent la subrogation non pour son profit personnel mais, par son intermédiaire, pour l'utilité de ceux qui recueilleront plus tard la succession qu'il administre, soit les héritiers, soit l'Etat.

CHAPITRE VII.  
Effets de la subrogation légale.

Pour que la subrogation légale se produise, il faut qu'un paiement ait eu lieu. Lorsque la loi dit paiement, surtout en cette matière, elle n'exige pas un paiement éventuel, une simple promesse, mais un paiement réel et effectif. Alors elle accorde la subrogation à celui qui paie *de sua pecunia*. Peu importe du reste que le paiement ait été fait spontanément ou sur poursuites, la loi ne distinguant pas, nous n'avons pas à distinguer. (Civ. Rej., 14 juillet 1813, Sir., 14, 1, 38).

Il suffit qu'il ait été effectué, pour servir de base à la subrogation. On peut l'invoquer alors même qu'il n'a point été constaté par acte authentique et même quand il l'est par un acte sous-seing privé, alors que cet acte n'a point acquis date certaine. Mais il est d'un grand intérêt, dans certains cas, pour celui qui veut l'invoquer, d'en établir l'authenticité. En effet, si le paiement n'acquiert qu'une date certaine postérieure à la radiation des hypothèques, la présomption est en faveur du créancier postérieur non désintéressé qui invoque un avancement de rang. Il peut donc arriver que l'acquéreur qui ne produit qu'une quittance ayant acquis date certaine, postérieurement à la radiation, ne puisse faire valoir sa subrogation contre les autres créanciers inscrits; il serait réputé à leur égard simple créancier chirographaire. La prudence lui conseille de faire ac-

quérir au paiement une date certaine, ou de le faire constater par acte authentique. (Aubry et Rau, IV, § 321; — Larombière, III, art. 1251; — Gauthier, n° 291; — Req. rej., 14 juillet 1813, Sir., 14, 1, 38; — Req. rej., 11 août 1852, Sir., 53, 1, 299).

Mais c'est surtout l'intérêt qu'avait le *solvens* à acquérir la subrogation qui sert de fondement à ce bénéfice. Cette considération n'est formellement exprimée que dans le § 3 de l'art. 1251, mais tous les autres cas la consacrent implicitement.

Faut-il étendre ce bénéfice à tout tiers intéressé? Non, au tiers seulement qui se place dans l'un des cas d'application de l'art. 1251. Ceux qui se présentent en dehors des hypothèses prévues par la loi (1) ne peuvent l'invoquer. Donc, il est accordé, d'abord, au créancier qui paie un autre créancier préférable. Nous avons vu notamment dans ce cas que le bénéfice de la subrogation n'était pas applicable au créancier antérieur qui rembourse un créancier postérieur, quel que soit l'intérêt que le créancier premier inscrit avait à écarter celui-ci. Il en était autrement dans l'ancien droit, (Renusson, ch. IV). En outre, la subrogation aura lieu pour l'acquéreur d'un immeuble qui désintéresse les créanciers inscrits; de même, au profit de ceux qui sont tenus avec ou pour d'autres; enfin, il y a aussi intérêt pour l'héritier bénéficiaire, qui emploie ses deniers au paie-

(1) Nous avons examiné, à la page 70, quelques autres cas spéciaux de subrogation légale.

ment des créanciers de la succession. Mais pour les cas auxquels on voudrait étendre les dispositions de la loi, il faut nous rappeler que tout en cette matière est de droit étroit et que *non transeunt actiones nisi in casibus jure expressis*. (Duranton XII, 180 et 181 ; — Marcadé, art. 1251 ; — Aubry et Rau).

Sous les deux conditions dont nous venons de parler, paiement et intérêt, la subrogation légale produit ses entiers effets. Le subrogé acquiert en principe tous les droits et actions du créancier qu'il a désintéressé. Cette investiture complète lui est accordée par les art. 1249 et 1252. La subrogation s'étend aussi bien aux droits du créancier sur l'immeuble acquis, qu'à toutes les sûretés attachées à la créance. Cela est vrai pour les quatre paragraphes de l'art. 1251, qui établit sans distinction une seule espèce de subrogation.

Il n'en est pas différemment pour le § 2 de cet article. Notre ancienne jurisprudence, malgré le défaut d'une loi expresse, avait accordé la subrogation à l'acquéreur ; mais cette subrogation ne dépassait pas les droits du créancier sur l'immeuble acquis. Car, disait l'ancien droit, s'il était juste que le tiers-détenteur fût colloqué au même rang que le créancier dont il avait arrêté les poursuites, cependant comme il n'avait payé que pour conserver la possession de l'immeuble, évitant le délaissement ou l'adjudication, c'était à cet immeuble que devait se borner l'effet de la subrogation : *eo casu, in eâ re emptor... potior erit omnibus creditoribus, si qui sunt*, (Cujas). Cette considération avait pour fon-

dement la loi romaine elle-même, notamment ce texte : C. 3, Cod., *De his qui in prior.*, (8, 19). Le but que se proposait le subrogé était, disait le texte, *possessionem confirmare, justâ defensionis tueri*. Mais aujourd'hui il est impossible d'admettre cette solution en présence de la formule générale des art. 1249 et 1252. L'acheteur succède à tous les droits des créanciers auxquels il est subrogé, aux hypothèques dont l'immeuble acquis était grevé à leur profit et aux hypothèques qu'ils avaient sur d'autres biens, restés en la possession du débiteur, ou possédés par des tiers. D'ailleurs, l'acquéreur, si l'on considère les termes du § 3, étant tenu désormais avec d'autres ou pour d'autres, avait intérêt à acquitter la dette, il peut donc invoquer la subrogation et ses effets généraux. (Troplong; — Aubry et Rau; — Mourlon; — Gauthier).

Les effets de la subrogation à des privilèges ou hypothèques sont soumis à la condition de la conservation de ces droits par le subrogé. Cela est vrai même pour l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui a désintéressé les créanciers hypothécaires premiers en rang. Il peut arriver, en effet, qu'il renonce à ces hypothèques, qu'il les fasse radier, qu'il les laisse s'éteindre par la prescription décennale. Si après cette disparition il est évincé, il ne pourra plus invoquer la subrogation à un droit qui n'existe plus. (Req. rej., 1<sup>er</sup> juillet 1857, Sir., 58, 1, 206.)

Nous avons déjà dit, en traitant des différences entre

la cession et la subrogation, que cette dernière, par sa nature, ne permet au subrogé d'exercer les droits et actions du créancier désintéressé que jusqu'à concurrence de la somme déboursée. (Mourlon, p. 13; — Marcadé, art. 1250; — Req. rej., 21 mars 1810, Sir., 11, 1, 6.)

Si donc, par exemple, le créancier désintéressé par la caution, pour une partie de la dette, remet à celle-ci le titre, avec quittance pour le tout, cette remise du surplus de la dette profitera-t-elle à la caution? Que pourra réclamer celle-ci au débiteur? En fait, les juges auront à apprécier si cette remise doit avoir lieu au profit du débiteur ou de la caution subrogée; mais le principe est que la présomption est favorable au débiteur, puisque nous sommes en matière de subrogation. Il faut donc admettre que la caution ne peut répéter que la somme déboursée, si elle ne prouve point que le créancier a entendu lui faire une libéralité.

En outre, si la créance payée n'est pas productive d'intérêts, le subrogé ne peut faire valoir la subrogation quant aux intérêts de la somme qu'il a payée. Pour qu'il ait droit aux intérêts, il faut sortir des limites de la subrogation légale, il faut qu'à la qualité de subrogé il ajoute celle de mandataire ou de gérant d'affaires, ou bien qu'il choisisse entre cette dernière qualité et la première. Mais si la créance remboursée produit des intérêts, bien qu'éteinte au regard du créancier, elle produit tous ses avantages en faveur du subrogé.

## CHAPITRE VIII.

**La subrogation n'est jamais opposable au créancier.**

(Art. 1252). « La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs ; elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie : en ce cas, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. »

Cette règle s'applique dans tous les cas sans qu'il y ait à distinguer si la subrogation tire son origine de la loi ou de la convention ; nous avons, du reste, reconnu qu'il en existait une seule espèce.

Nous voyons, par ce texte, que la subrogation, opposable aux débiteurs principaux et accessoires, ne l'est jamais au créancier qui n'a reçu qu'un paiement partiel. Les sûretés qui forment le cortège de la créance la garantissent toujours unies comme par une sorte d'indivisibilité. Les personnes qui ont fait au créancier des paiements partiels et qui ont été de plein droit subrogées, (art. 1251), ne peuvent venir en concurrence avec lui pour ce qui lui reste dû, (art. 1252). En effet, la personne qui l'a payé ne doit être, à son égard, considérée que comme ayant voulu acquitter la dette et non comme ayant entendu acquérir un droit contre lui ou en concurrence avec lui. Tel est le point de vue que nous avons déjà signalé en traitant des différences de la subrogation et de la cession.

Le tiers qui a fait de la créance un achat, une spéculation, ne se préoccupe de l'intérêt ni du débiteur ni du créancier, mais du sien propre, il veut retirer de la vente le plus de profit possible. Cependant comme la loi n'a point à sortir des règles ordinaires de protection qu'elle accorde aux débiteurs, le cessionnaire n'acquerra, avec la créance, que les garanties stipulées par lui.

Pour la subrogation, des règles et des motifs différents ont été admis par le législateur. Au cas de paiement total, le nouveau créancier a droit de réclamer tout ce qu'il a déboursé, la subrogation produit ses entiers effets : le débiteur peut se réjouir d'un changement de personne qui lui donne un créancier plus favorable. Au cas de paiement partiel, la subrogation ne peut engendrer immédiatement ses conséquences. En effet, que se passe-t-il ? Un créancier, pressé d'avoir son argent, devient rigoureux, menaçant, à l'égard de son débiteur. Une fraction de la dette est payée, dans la plupart des cas, par un parent, un ami, qui agit non point par intérêt, puisque autrement il dirait au créancier : cédez-moi une partie de la créance, mais par bienveillance. Le créancier, recevant une partie des sommes dont il a besoin, sans que sa situation avantageuse soit amoindrie, devient accommodant et suspend les poursuites. Il y a donc là deux motifs qui ont empêché que la subrogation se produise dans le cas de paiement partiel. Le premier, comme nous le voyons, c'est que si le créancier conserve plus de garanties pour le remboursement d'une somme moindre, il sera plus

bienveillant envers le débiteur. Le second, c'est qu'il est inadmissible qu'une personne, opérant le paiement partiel sans stipuler du créancier désintéressé une partie de ses garanties, veuille faire autre chose que rendre service au débiteur. Si ce tiers n'a point recouru à la cession, c'est qu'il considérait uniquement la personne et l'intérêt du débiteur. Or, ici l'intérêt du débiteur et celui du créancier sont diamétralement contraires. Ces règles, incontestables et faciles à concevoir en matière de subrogation conventionnelle, sont applicables à la subrogation légale qui n'est, comme nous l'avons déjà admis, qu'une subrogation conventionnelle tacite.

Le créancier conserve donc tous les accessoires, hypothèques, privilèges qui garantissent sa créance payée partiellement : *nemo contra se subrogâsse censetur*. Cette règle est formellement consacrée par l'art. 1252.

Cependant la dernière disposition de cet article donne lieu à une critique.

Supposons l'espèce suivante : *Primus*, créancier hypothécaire de 20,000 fr., reçoit la somme de 10,000 fr. de *Secundus* qui est subrogé à ses droits. L'expropriation du débiteur présente 10,000 fr. à distribuer entre le créancier et le subrogé. Comment cette somme sera-t-elle partagée entre eux ? La fin de l'art. 1252 attribue ces 10,000 fr., en totalité, au créancier subrogeant qui, ayant reçu de *Secundus* 10,000 fr. et touchant 10,000 fr. résultat de l'expropriation du débiteur, se trouve pleinement désintéressé. *Secundus*, au contraire, est su-

brogé inutilement et perd la somme payée. Cette conséquence nous paraît injuste.

Cependant, on a prétendu que la créance devant, en principe, être acquittée pour la totalité par le débiteur, on ne devait pas admettre de concours entre *Primus* et *Secundus*; on a dit que ce serait arbitrairement faire subir un préjudice au subrogeant. Mais si le créancier accepte un paiement partiel, (art. 1244), n'est-ce point parce qu'il le croit conforme à ses intérêts? parce qu'il n'a pas l'espoir d'être payé par le débiteur? Il trouve donc dans l'intervention du *solvens* son avantage; il est juste que celui-ci n'effectue pas cette opération en pure perte. La répartition entre le créancier primitif et le subrogé, proportionnellement au montant de leurs créances respectives, de la somme provenant de l'expropriation du débiteur, serait plus équitable, (Duranton; Marcadé; Aubry et Rau). Dans l'espèce, on accorderait au subrogeant comme au subrogé 5000 fr.

## CHAPITRE IX.

### A quelles personnes et pour quelle part la subrogation est opposable.

La subrogation produit ses effets :

1° Contre le débiteur. — Le paiement effectué par le nouveau créancier a pour résultat, comme nous l'avons vu, de mettre celui-ci aux lieu et place du créancier originaire. Rien donc n'est changé dans la situation du

débiteur. Cependant la subrogation étant considérée, en principe, comme un bon office, il se pourra que le débiteur ait désormais pour créancier une personne plus favorable. Mais celle-ci a le droit d'exiger tout ce qu'elle a déboursé pour désintéresser le créancier primitif.

2° Contre les créanciers du débiteur. — Le *solvens* se présentera au même rang que le créancier dont il a pris la place; il exercera le droit de celui-ci jusqu'à concurrence de ce qu'il a versé entre ses mains. Pour cette part, et pour cette part seulement, puisque la subrogation n'est pas une spéculation mais une opération avantageuse au débiteur et à ses ayants-cause, il aura son recours garanti par sa créance hypothécaire, (art. 1166).

3° Contre les codébiteurs d'une obligation conjointe, solidaire ou indivisible. — On admet, par application des principes de la subrogation légale, que le codébiteur d'une obligation indivisible ou solidaire qui a payé la totalité de la dette, ou une part supérieure à celle qu'il doit supporter, peut exercer les droits et actions du créancier désintéressé contre ses coobligés, jusqu'à concurrence de sa part contributoire au paiement de la dette. Nous avons déjà vu que, pour déterminer cette part, le législateur admet la présomption *juris tantum* d'après laquelle chaque codébiteur est censé devoir supporter une part virile; mais la preuve qu'il ne devra payer définitivement qu'une part inférieure, dans un emprunt solidaire par exemple, lui est accordée. C'est donc dans cette mesure que chaque codébiteur exer-

cera son recours contre ses coobligés. Il suffit, pour s'en rendre compte, de lire les articles 875, 1213, 1214, 1<sup>o</sup>.

Disons qu'aux termes de l'article 1214, 2<sup>o</sup>, l'insolvabilité de l'un ou de plusieurs des codébiteurs se répartit entr'eux proportionnellement.

4<sup>o</sup> Contre les cautions. — Pour qu'il en fût différemment, il faudrait que le paiement subrogatoire fût extinctif et que la règle *accessorium sequitur principale* trouvât ici son application. Du reste, la caution a pu s'attendre à changer de débiteur. Sans doute, à Rome et dans l'ancien droit, des cas ont pu se présenter où la caution était libérée par le paiement (1). Mais cette considération n'a pas de valeur ici, puisque l'article 1252 est exprès et formel, la subrogation a lieu : *tant contre les cautions que contre les débiteurs*

Dans le cas de l'insolvabilité du débiteur principal, le recours entre cautions s'exercera, comme dans l'hypothèse précédente, en vertu des art. 875, 1213 et 1214 1<sup>o</sup>. Si à cette insolvabilité se joint celle de l'une des cautions, chacune d'elles en supportera une part proportionnelle, (art. 1214, 2<sup>o</sup>).

5<sup>o</sup> Contre le tiers-détenteur à titre gratuit ou à titre onéreux. — L'un et l'autre, en effet, sont tenus réellement à l'acquittement de l'obligation.

(1) Demangeat, tome II, p. 280; — Observations du Tribunal, (Loché, *Lég.*, XII, p. 274, n<sup>o</sup> 44).

Mais comment les tiers-détenteurs exerceront-ils leurs recours entr'eux?

Prenons d'abord l'hypothèse où, en sa qualité de tiers-détenteur, le cohéritier ou successeur à titre universel paie la dette hypothécaire et acquiert la subrogation légale. L'article 875 du Code Civil ne lui donne d'action contre chacun des copartageants que dans la mesure de sa part contributive.

Les effets de la subrogation légale sont ainsi restreints à cause de l'obligation de garantie entre les divers successeurs. Supposons-en trois, *Primus*, *Secundus* et *Tertius*. Ils ont à payer une dette de 60,000 fr. *Primus* qui l'a acquittée la réclame de *Secundus*, déduction faite de sa part seulement qui est d'un tiers. *Secundus* lui verse 40,000 fr., et à son tour agit contre *Tertius*. Mais *Tertius* est insolvable. *Secundus* seul doit-il en souffrir? Non, évidemment, il est juste que le premier ait la moitié du fardeau, c'est-à-dire que, sur les 40,000 fr. par lui exigés, il doit en rendre 10,000. Voilà encore entre cohéritiers un circuit d'actions que la loi veut éviter. Elle dit à *Primus*: demandez 20,000 fr à *Secundus*, 20,000 fr. à *Tertius*; si celui-ci se trouve insolvable, *Secundus* ajoutera à son tiers 10,000 fr., puisque l'insolvabilité de *Tertius* partage entre vous deux le passif.

L'article 875, qui formule cette règle, prévoit en outre le cas où l'héritier bénéficiaire paie la dette hypothécaire. Comme il n'est tenu du passif que dans la mesure de son émoulement, au-delà sa position est celle

d'un étranger, aussi il conserve « la faculté de réclamer le paiement de sa créance personnelle comme « tout autre créancier. » Mais quant à la dette hypothécaire qu'il aurait payée avec les deniers de la succession, en sus de sa part contributive, nous admettons qu'il ne peut exercer son action récursoire qu'en la divisant. Dans notre espèce, si *Primus* est héritier bénéficiaire, son émoulement est un immeuble de 60,000 fr., hypothéqué pour pareille somme. Il paie le créancier. Sa part contributive est de 20,000 fr., Peut-il réclamer de *Secundus* les deux autres parts? Nous nous prononcerions affirmativement si nous admettions l'opinion qui considère l'héritier bénéficiaire comme ayant, au point de vue passif, un patrimoine distinct de celui du défunt et qui lui accorde la subrogation selon les règles du droit commun. Mais nous admettons la négative, parce que l'héritier bénéficiaire, quoique tenu seulement dans la mesure de son émoulement, a les obligations d'un héritier pur et simple. Or l'obligation de garantie, imposée à tout héritier, nécessite la division de l'action récursoire.

Le recours serait encore divisé par l'obligation de garantie, si au lieu d'une dette hypothécaire il s'agissait d'une dette indivisible; les mêmes effets se produiraient entre les héritiers.

Que décider dans le cas où l'héritier paie la part contributive de deux ou plusieurs légataires à titre universel, dans une dette chirographaire et divisible? Au point de vue de la contribution, les héritiers et les légataires sont également traités par la loi (art. 802, 870-876, 1214.)

Comment s'opèreront les effets de la subrogation entre tiers-détenteurs à titre onéreux? Cette hypothèse n'est pas réglée par le Code. *Titius* a emprunté une somme de 100,000 fr., qu'il a garantie par hypothèque sur trois immeubles, vendus plus tard, l'un à *Primus*, l'autre à *Secundus*, le troisième à *Tertius*. *Primus*, poursuivi par le créancier hypothécaire, le désintéresse.

Dans une certaine mesure, ils sont tenus entre eux en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque; *Primus* a payé pour lui-même, sans aucun doute, mais aussi il a payé la dette de *Secundus* et de *Tertius*. Il ne faut point lui refuser tout recours.

Nous ne pouvons lui accorder un recours intégral contre *Secundus* et *Tertius*, sans tenir compte de sa part. Ce serait admettre que le plus empressé de payer, ou le premier poursuivi par le créancier hypothécaire, au caprice de celui-ci, fera supporter à ses coobligés réellement une part de dette qu'il doit lui-même subir.

Il faut donc écarter ces deux partis extrêmes.

Nous pensons que *Primus*, *Secundus* et *Tertius* doivent supporter une part proportionnelle à la valeur comparée de leurs immeubles. Cette solution est assurément la plus juridique.

Supposons donc que les immeubles des tiers-détenteurs *in specie* aient la valeur respective suivante: celui de *Primus* 60,000 fr., celui de *Secundus* 100,000 fr. et l'immeuble de *Tertius* 40,000 fr., l'intérêt de ces tiers-acquéreurs au paiement de la dette de 100,000 fr. sera en rapport de la valeur de ces immeubles. Si *Primus*, sur la sommation en délaissement du créancier, a

payé la dette, il pourra recourir, en vertu de la subrogation, contre *Secundus* pour 50,000 fr., et pour 20,000 fr. contre *Tertius*.

La caution est-elle subrogée contre le tiers-détenteur ? Cette situation n'a pas été prévue non plus par le législateur.

Mettons de côté une difficulté qui se présente dès l'abord de la discussion. Le tiers-détenteur peut avoir acquis le fonds déjà hypothéqué ; ou l'avoir grevé lui-même comme caution réelle. Remarquons que celui qui a hypothéqué son immeuble à une créance, sans s'obliger personnellement, offre le caractère à la fois de tiers-détenteur et de caution ; il faut savoir si nous lui appliquerons les règles de l'un ou de l'autre.

D'après certains, la caution réelle n'est autre chose qu'un tiers-détenteur. Ce n'est pas celui-ci qui est tenu de payer, c'est son immeuble. Et M. Troplong, qui admet cette opinion, lui permet, restant fidèle au système que nous allons examiner, de renvoyer le créancier à la discussion de la caution personnelle contre laquelle le tiers-détenteur a droit, d'après lui, à la subrogation.

Nous admettons, au contraire, que la caution réelle présente le caractère dominant de caution. En effet, aux termes de l'article 2011, la caution est une personne qui s'engage à satisfaire à l'obligation née au profit du créancier, dans le cas où le débiteur n'y satisfait point lui-même. L'art. 2011 n'exige point autre chose. On ob-

jecte que la caution réelle peut, en vertu de l'art. 2170, renvoyer le créancier à la discussion de la caution personnelle, qui est un obligé principal. Nous combattons plus longuement tout-à-l'heure cette interprétation; nous répondons déjà qu'il importe peu de distinguer entre l'obligation de la caution personnelle sur tous ses biens et celle de la caution réelle sur quelques-uns ou sur un seul. Cette dernière est tenue, et cela nous suffit.

Reprenons donc notre hypothèse. La caution est-elle subrogée au tiers-détenteur? Cette question, dans l'ancien droit comme de nos jours, a soulevé de vives discussions et passionné les auteurs.

Une dette de 100,000 fr. est garantie par une caution et par une hypothèque sur un immeuble que plus tard le débiteur a vendu. Le créancier demande le paiement à la caution, qui l'effectue et acquiert la subrogation, aux termes de l'art. 1251, 3°. Si le créancier poursuit le tiers-détenteur, la subrogation est pareillement accordée à celui-ci. A qui ce bénéfice profitera-t-il donc, au plus prompt à payer? Non évidemment, on ne saurait admettre comme doctrine juridique que la loi devînt le prix de la course! Il faut régler les rapports de l'un et de l'autre, et cela par l'une des deux solutions suivantes. On peut répartir entr'eux le fardeau de la dette, ce qui paraît très-équitable, ou accorder dans sa plénitude le bénéfice de la subrogation à l'un des deux. Nous verrons par l'étude des textes que c'est ce dernier parti qu'il faut prendre, parce qu'aux yeux du

législateur, leur position n'est pas égale, l'un des deux est plus favorable.

Un premier système accorde la faveur de la loi au tiers-détenteur. M. Troplong, qui de nos jours a été le défenseur éminent de cette doctrine, dans de longues et savantes dissertations, invoque d'abord la tradition.

Le chapitre II de la Nouvelle IV est ainsi conçu : *ut res apud alium constitutæ non possint vindicari, priusquam personalis actio exercentur*, ce qui nous indique déjà la préférence accordée au tiers-détenteur. Justinien nous dit : *Sed neque ad res debitorum, quæ ab aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores, et fidejussores, et sponsores : sicque ad res veniens principalis debitoris, sive ab alio detineantur, et detinentes eas conveniens, si neque indè habuerit satisfactionem*. Cette Nouvelle défend donc au créancier de poursuivre le tiers-détenteur avant la discussion du débiteur principal, de la caution, du *mandator pecuniæ credendæ*, etc.

La même doctrine avait pu s'introduire dans l'ancien droit, et Pothier la consacre dans son *Introduction au Titre XX de la Coutume d'Orléans*.

Enfin le plus sérieux argument de ce système consiste dans l'interprétation de l'art. 2170. La loi permet au tiers-détenteur d'un immeuble frappé d'une hypothèque générale, quand ce tiers est poursuivi, de contraindre le créancier à discuter les biens hypothéqués à la même dette, qui sont demeurés en la possession soit du débiteur principal, soit de la caution. Ces mots : *du principal ou des principaux obligés*, dont se sert l'article,

désignent le débiteur et la caution. Donc, le droit de discussion est accordé au tiers-détenteur contre la caution, sauf son recours contre le débiteur. (Troplong, *Des hypothèques*, III, 800; — *Du cautionnement*, n° 29.)

L'opinion contraire raisonne de la manière suivante.

La doctrine précédente, dont parle Pothier dans son *Introduction*, a pu avoir dans l'ancien droit des partisans. Elle a même dû être en vigueur dans certains pays de droit écrit, puisqu'elle venait du droit romain, du droit du Bas-Empire, mais nos anciennes coutumes ne l'ont consacrée nulle part.

Pothier n'en parle qu'accidentellement, et comme en passant, dans l'ouvrage que nous avons cité; mais dans son *Traité des Obligations*, art. : *de l'exception de discussion*, où il examine la question *ex professo*, il se rétracte.

Enfin si nous prenons le Code, nous devons reconnaître que le tiers-détenteur avait un moyen bien simple pour éviter d'être inquiété, c'était de purger son immeuble. S'il ne l'a point employé, qu'il déplore le résultat de sa négligence. Voici ce que disent à ce sujet MM. Aubry et Rau.

« La question pouvait être douteuse sous notre ancienne législation, qui admettait les hypothèques occultes; mais elle ne nous paraît plus susceptible de difficultés dans le système actuel de législation, fondé sur le principe de la publicité des hypothèques. Le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, qui paie le prix de son acquisition sans recourir aux formalités de la purge, commet une imprudence, dont il

» doit supporter les conséquences, sans pouvoir s'en « rédimier au détriment de la caution. D'ailleurs, « celle-ci n'ayant aucun moyen de s'opposer à l'alié-  
« tion des immeubles hypothéqués, il ne serait pas  
« juste que sa position pût être détériorée par le fait de  
« cette aliénation.» (Tome IV, § 321, note 84). Ces derniers mots font allusion à l'art. 2037 qui garantit le recours de la caution.

En outre, l'interprétation que donne le précédent système de l'article 2170 est inexacte. Le sens ordinaire des mots *principal ou principaux obligés* désigne le débiteur ou les débiteurs principaux. La caution et le tiers-détenteurs ne sont obligés que pour la dette d'autrui et d'une manière accessoire. Il faudrait donc changer la signification des mots, ou lire dans le texte : *obligés accessoires*, pour en tirer argument. Mais si nous donnons aux expressions de l'art. 2170, leur valeur habituelle, il faut admettre que le tiers-détenteur n'a pas droit au bénéfice de discussion contre ceux qui ont cautionné la dette. (Mourlon, p. 84; — Gauthier, n° 456.)

L'article 2037, qui promet à la caution la conservation de toutes les sûretés accessoires de la créance à son profit, devient naïf et le législateur paraît se couvrir de ridicule si l'on admet que l'art. 2170 abroge ainsi l'art. 2037. Celui-ci refuse au tiers-détenteur le droit de discuter la caution; l'autre lui permettrait de recourir contre elle; mieux vaudrait d'emblée lui permettre la discussion. « Le législateur aurait pour ainsi « dire caché ses dispositions à ceux qui ont tant d'in-

« téré à les connaître. Une personne, sollicitée d'inter-  
« venir comme caution, ouvre le Code, au titre du  
« Cautionnement : l'article 2037 lui offre une garantie  
« des plus solides, elle intervient. Au jour du paie-  
« ment, on lui oppose l'article 2170; on lui montre  
« qu'elle s'est trompée; on lui retire la garantie qui de-  
« vait la protéger, (art. 2037) on la rend victime de la  
« confiance qu'elle a eu dans la loi du cautionnement ! »  
(Mourlon). Cela est inadmissible.

Enfin voici un dernier argument.

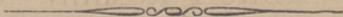
Ceux qui prétendent que la faveur de la loi s'applique au tiers-détenteur, contre la caution, devraient au moins faire la distinction suivante. Sans doute, il pourrait être établi, dans une législation, que le tiers-acquéreur, à titre onéreux, a ce recours. Mais les tiers acquéreurs, à titre gratuit, héritiers, légataires, donataires, ne pourraient jamais invoquer ce bénéfice. Ils sont représentants du défunt, obligés comme lui, d'abord sur tous les biens de la succession, et puis sur tout leur patrimoine. Comme obligés personnels, ils ne pourront donc pas invoquer une disposition de la loi, la subrogation, laquelle doit avoir tous ses effets contre eux.

La caution est subrogée contre le tiers-détenteur. Elle ne s'est engagée qu'en vue des garanties de l'art. 2037, qui lui promet la conservation par le créancier des sûretés, même postérieures au contrat, ou, à défaut, la libère envers lui, suivant la règle : *fidem frangenti fides frangitur*. L'intérêt général gagne à ce recours de la caution qui, différemment, n'interviendrait qu'en stipulant des garanties spéciales.

Tels sont les effets de la subrogation légale, dans les hypothèses où celui qu'actionne le subrogé doit supporter en totalité ou en partie le fardeau de la dette.

Nous avons examiné les principes de la matière et analysé les hypothèses importantes : terminons ici notre dissertation universitaire.

POSITIONS



## POSITIONS

---

### DROIT ROMAIN

I. — L'opinion de Nératius, dans la loi 31 § 2, Dig., *De act. empti et vend.* (19, 1), ne peut être conciliée avec celle de Julien et Ulpien, loi 9 § 4, Dig., *De public. in rem actione* (6, 2); cette dernière est préférable.

II. — L'esclave peut devenir créancier naturel.

III. — Le second chef de la loi Aquilia, tombé en désuétude, avait été édicté pour aggraver la responsabilité de l'*adstipulator* qui faisait *acceptilatio*.

IV. — Dans l'action négatoire, le *dominus* doit prouver non-seulement son droit de propriété, mais encore l'existence de la servitude.

V. — L'engagement du *sponsor* était nul et non pas seulement réductible quand il excédait le *quantum* de la dette principale.

## ANCIEN DROIT

I. — Le *Pseudo-Isidorus* doit être attribué à Benoît Lévite.

II. — Les *antiqua* qui se trouvent dans la loi des Wisigoths sont l'œuvre de Récarède I<sup>er</sup>.

III. — La Loi Salique fut d'abord orale; les textes où se trouvent des *gloses malbergiques* sont antérieurs à ceux qui ne sont pas glosés.

IV. — La saisine vient de la copropriété de famille qui existait dans le droit germanique.

V. — La maxime *nulle terre sans seigneur* a eu successivement deux sens: le premier féodal, le second royal et unitaire.

VI. — Les actions possessoires n'ont pas une origine romaine.

## DROIT CIVIL

I. — Dans certains cas, un créancier privilégié ou hypothécaire, dont la créance est remboursable, peut être contraint de recevoir, lorsqu'un autre créancier, qui lui est préférable, offre de le désintéresser.

II. — L'action *negotiorum gestorum* que l'acquéreur à *non domino* évincé par le véritable propriétaire peut exercer contre celui-ci est garantie par un droit de rétention, *exceptio doli* des Romains.

III. — La caution qui paie le créancier est subrogée à son droit d'hypothèque contre un tiers-détenteur, alors même que l'hypothèque est postérieure au cautionnement.

IV. — Le bénéfice de l'article 2037 est applicable à la caution réelle.

V. — L'expression *dettes* de l'article 1251, 4<sup>e</sup>, comprend les charges de l'hérédité, notamment les droits de mutation.

VI. — La subrogation transfère la créance elle-même et ses accessoires.

VII. — Dans la subrogation, le créancier n'a droit qu'aux intérêts qu'aurait pu réclamer le créancier désintéressé.

VIII. — Une femme française séparée de corps ne peut, en pays étranger, se faire naturaliser sans l'autorisation maritale et contracter un second mariage valable.

IX. — L'usufruit légal rentre dans le statut personnel et par suite nos tribunaux peuvent le reconnaître au père français sur les biens de son fils situés à l'étranger.

X. — Les jugements prononcés par des juges étrangers même contre un français ont entre parties l'autorité de la chose jugée, mais ils ne sont exécutoires qu'après une révision de la forme faite par un tribunal français.

XI. — Le mariage contracté par un interdit dans un moment lucide est valable.

PROCÉDURE CIVILE

I. — Ce n'est pas le chiffre de la condamnation, mais le montant de la demande qui détermine si le jugement est en premier ou en dernier ressort.

II. — La femme autorisée à plaider en première instance ne peut sans autorisation plaider en appel.

III. — On peut se pourvoir par voie de requête civile contre les jugements des juges de paix et des tribunaux de commerce.

DROIT COMMERCIAL

I. — On peut négocier une lettre de change même après son échéance.

II. — On peut assurer la vie et la liberté.

III. — Le protêt n'est pas un commencement de poursuites, il n'est que la constatation d'un refus de paiement.

DROIT CRIMINEL

I. — Les décimes qui s'ajoutent au principal de l'amende doivent être considérés comme un impôt et non comme une aggravation pénale; ils n'ont donc pas d'influence sur la théorie du dernier ressort.

II. — Celui qui accepte d'un autre la mission de le tuer est passible des peines du meurtre.

### DROIT ADMINISTRATIF

I. — L'arrêté du maire qui défend aux citoyens d'aller sur les routes attendre et acheter les provisions arrivant sur le marché est illégal comme portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie.

II. — Les difficultés qui s'élèvent à l'occasion de la propriété des alluvions pour les cours d'eau navigables ou flottables doivent être portées devant la juridiction civile.

III. — Quand on fait opposition à une concession d'usine ou de prise d'eau, en se fondant sur la violation de droits acquis, la circonstance d'une instruction préalable et contradictoire ne saurait avoir pour effet de rendre les tiers opposants non recevables à agir par la voie contentieuse.

### DROIT DES GENS

I. — Le principe d'extraterritorialité exempte de la juridiction locale les navires de guerre dans les ports étrangers ; il en exempte aussi les navires marchands en tant qu'il s'agit de faits accomplis à bord et de discipline intérieure.

II. Il ne faut pas confondre la franchise de l'hôtel d'un ministre accrédité auprès d'une puissance étrangère avec le droit d'asile.

III. — Le droit du vainqueur dérive non du fait brutal de la conquête, mais de la cession consentie par l'état vaincu.

## ÉCONOMIE POLITIQUE

I. — Le système du libre échange est préférable au système de protection.

II. — En matière de monnaie, l'Etat ne peut que garantir le poids et le titre; toute fixation de valeur est arbitraire.

*Le Président de la Thèse.*

Th. HUC.

*Le Doyen de la Faculté.*

DUFOUR.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Ch. DREYSS.

TABLE ANALYTIQUE.

INTRODUCTION. . . . . 5

DROIT ROMAIN.

Chapitre I. — Aperçu historique sur la cession de créances :

Incessibilité des créances; — *delegatio*; — mandat *ad litem* ou *procuratio in rem suam*; — dérogation aux règles ordinaires du mandat; — actions *utiles*. 9

Chapitre II. — Différentes espèces de cessions d'actions :

Cession conventionnelle *ex parte creditoris*; — *ex parte debitoris*; — cession judiciaire; — cession nécessaire; — *beneficium cedendarum actionum*; — *jus offerendæ pecuniæ*; — *in jus pignoris successio*. 18

Chapitre III. — Cas de cession d'actions nécessaire :

Première hypothèse. — De la part du mandataire et du gérant d'affaires, au profit du mandant et du maître; — actions *utiles*. . . . . 20

Deuxième hypothèse. — De la part de celui qui, tenu d'une obligation de chose, ne peut se libérer par la prestation due, au profit du propriétaire ou du créancier. . . . . 24

Troisième hypothèse. — De la part du créancier désintéressé, au profit de ceux qui, étant tenus avec d'autres ou pour d'autres, ont payé la dette: *correi debendi*, — cautions, — *mandatores pecuniæ credendæ*, — tiers-détenteurs, — constituants *pro*

*alio*, — cotuteurs; — *beneficium cedendarum actionum*. 30  
Quatrième hypothèse — Du *jus offerendæ pecuniæ*  
et de l'*in jus pignoris successio*. 38

ANCIEN DROIT.

Théorie incertaine de la subrogation; — controverses  
entre les jurisconsultes; — subrogation convention-  
nelle, judiciaire et légale. 45  
I. — Subrogation de plein droit aux privilèges, hypo-  
thèques, etc., d'un créancier désintéressé en faveur  
du créancier qui le paie. — Privilèges personnels  
et réels. — *Jus offerendi*. 47  
II. — Subrogation de plein droit au profit de l'acquéreur  
d'un immeuble qui paie les créanciers hypothécaires.  
— Erreur de Bartole. 51  
III. — Subrogation que peuvent acquérir un codébiteur  
solidaire, une caution, etc., en payant pour le créan-  
cier commun ou pour le débiteur principal.  
Doctrines de Dumoulin. 55  
IV. — Subrogation de plein droit au profit de l'héritier  
bénéficiaire et du curateur à une succession vacante. 58

DROIT FRANÇAIS.

Chapitre I. — Définition de la subrogation :

Subrogation réelle; — subrogation personnelle; —  
théorie admise par le Code; — doctrine de Grappe  
et de Merlin; — différences pratiques entre les deux  
systèmes; — arguments de chaque opinion; —  
différences entre la subrogation et la cession; —  
différences entre la subrogation et la délégation. 59

**Chapitre II.** — Cas de subrogation légale :

Article 1251 du Code civil ; — article 159 du Code de Commerce ; — article 5 de la loi du 19 brumaire an VII ; — articles 29, 30 et 65 de la loi du 22 frimaire an VII. . . . . 69

**Chapitre III.** — Article 1251. — La subrogation légale a-t-elle lieu ?

Au profit du créancier privilégié, hypothécaire ou chirographaire, qui paie un créancier préférable? 71

Du créancier postérieur, qui veut exercer le *jus offerendi* à l'égard du créancier antérieur, lorsque celui-ci a acquis la chose hypothéquée par une vente ou par une dation en paiement? 73

Lorsqu'il y a concours d'hypothèques générale et spéciale. . . . . 75

Lorsqu'un créancier paie un autre créancier postérieur en rang. . . . . 76

Quand un créancier paie un autre créancier placé au même rang. . . . . 77

Au profit d'un créancier qui désintéresse un créancier nanti d'un gage. . . . . 78

Au profit d'un créancier qui désintéresse un créancier antichrésiste. . . . . 79

En faveur d'un créancier payant un autre créancier qui a un droit de rétention. . . . . 79

Au profit du créancier qui désintéresse un autre créancier en faveur duquel existe un droit de résolution. . . . . 80

Comment s'opère-t-elle quand le subrogeant a plusieurs créances. . . . . 81

**Chapitre IV.** — La subrogation de plein droit a lieu :

Au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué. . . . . 83

En faveur de celui qui désintéresse les créanciers hy-

pothécaires, en vue d'une acquisition future de l'immeuble. . . . .	84
En faveur de l'acquéreur pour les sommes payées, en sus du prix d'acquisition, aux créanciers hypothécaires ou au vendeur. . . . .	86
• Au profit de l'acquéreur qui a revendu l'immeuble, quand le prix d'acquisition a été employé par le sous-acquéreur à payer les créanciers hypothécaires. . . . .	87
En faveur du donataire qui a payé de ses deniers les créanciers hypothécaires. . . . .	87
Au profit de celui qui ayant acquis un immeuble de bonne foi à <i>non domino</i> est plus tard évincé. . . . .	88
Au profit du propriétaire intérimaire qui est évincé par poursuites en délaissement ou en surenchère. . . . .	90
Au profit de l'acquéreur, lorsque le prix d'acquisition a été payé aux créanciers par un mandataire. . . . .	92
En faveur de l'acquéreur qui paie les créanciers hypothécaires en vertu d'une délégation contenue dans le contrat d'acquisition. . . . .	93
<b>Chapitre V. — La subrogation légale a-t-elle lieu au profit ?</b>	
Du débiteur d'une obligation solidaire qui a payé la dette de tous. . . . .	95
Du codébiteur d'une obligation indivisible. . . . .	99
De la caution. . . . .	99
Du cofidélusseur qui a acquitté une dette cautionnée conjointement avec d'autres. . . . .	103
Du <i>mandator pecuniæ credendæ</i> . . . . .	103
Du certificateur de la caution. . . . .	103
De la caution réelle. . . . .	104
Du tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué. . . . .	104
Du mandataire ou du gérant d'affaires qui s'est porté garant de l'engagement pris pour celui qu'il représente. . . . .	106
Du commissionnaire qui, chargé d'acheter des mar-	

chandises, pour le compte de son commettant, les paie de ses deniers. . . . .	106
Du sous-entrepreneur qui a payé les ouvriers. . . . .	106
<b>Chapitre VI.</b> — La subrogation de plein droit a-t-elle lieu ?	
Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession. . . . .	107
Du curateur à une succession vacante. . . . .	109
<b>Chapitre VII.</b> — Effets de la subrogation légale :	
Conditions : paiement, — intérêt, — conservation des droits. — Effets. . . . .	110
<b>Chapitre VIII.</b> — La subrogation n'est jamais opposable au créancier :	
Article 1252 ; — différences rationnelles entre la su- brogation et la cession ; — critique de l'art. 1252. . . . .	115
<b>Chapitre IX.</b> — A quelles personnes et pour quelle part la subrogation est opposable :	
Débiteur ; — créanciers du débiteur ; — codébiteurs d'une obligation conjointe, solidaire, indivisible, — cautions ; — tiers-détenteurs. . . . .	118
Recours entre tiers-détenteurs. . . . .	121
Effets de la subrogation entre cautions et tiers-dé- tenteurs. . . . .	124
Positions. . . . .	131