

quittance comme s'il venait de recevoir son paiement. Par cette convention frauduleuse avec le premier créancier, je fais revivre sa créance et je l'éteins fictivement moyennant le nouvel emprunt. Cette fraude serait facile si les actes pouvaient se faire sous seing privé, car on postdate aussi facilement que l'on antedate. La fraude devient plus difficile quand la subrogation doit se faire par-devant notaires. Mon ancien créancier aurait pu me donner une quittance nouvelle, à la légère, sans comprendre mon intention frauduleuse; il reculera quand il apprendra de quoi il s'agit. Puis, comme nous venons de le dire, on se décide plus facilement à jouer le rôle de prête-nom en secret qu'en public. Toujours est-il que si la fraude est rendue plus difficile, il est impossible de l'empêcher quand il se trouve des fraudeurs décidés à tout braver.

44. Maintenant que nous connaissons le but des formes prescrites par l'article 1250, il reste à en déterminer le caractère juridique. On a écrit que la subrogation consentie par le débiteur est un acte *solennel* (1). Les actes solennels sont ceux pour l'existence desquels certaines formes doivent être observées : telle est la donation. Veut-on dire que la subrogation sera inexistante si l'acte d'emprunt et la quittance ne sont pas dressés dans les formes exigées par la loi? A notre avis, la subrogation n'est pas un acte solennel en ce sens. Les solennités requises pour l'existence d'un acte juridique sont celles qui tiennent au consentement; le consentement est censé ne pas exister quand il n'est pas exprimé dans les formes solennelles. Or, les formalités de l'article 1250 n'ont rien de commun avec le consentement des parties contractantes, il n'y a donc pas lieu de les considérer comme substantielles. Mais elles sont nécessaires pour la validité de la subrogation. Il ne suffit pas que l'emprunt et le paiement moyennant les deniers empruntés soient constants pour que le prêteur soit subrogé, il faut un acte authentique d'emprunt et une

(1) Mourlon, *De la subrogation*, p. 318: Comparez Demolombe, t. XXVII, p. 381, n° 434.

quittance authentique contenant les indications requises par la loi (1).

De ce que les formalités sont requises seulement pour la validité et non pour l'existence de la subrogation, faut-il conclure que la nullité pourrait être couverte par la confirmation expresse ou tacite des parties intéressées? Il est vrai que les actes nuls sont susceptibles de confirmation, tandis qu'on ne confirme pas les actes inexistant; mais il y a un autre principe qui s'oppose à ce que l'on confirme la subrogation irrégulière, c'est que les formes sont prescrites dans l'intérêt des tiers pour prévenir la fraude, elles sont donc d'intérêt général; or, les nullités d'ordre public ne peuvent pas se couvrir par la confirmation; confirmer, c'est renoncer au droit que l'on a de demander la nullité; les parties intéressées peuvent bien renoncer à un droit qui est établi en leur faveur, elles ne peuvent pas renoncer à ce qui est d'intérêt général. Cela est décisif.

45. Il faut un acte d'emprunt authentique et une quittance authentique. De là suit qu'il n'y aurait pas de subrogation s'il n'y avait pas d'acte d'emprunt, quand même la quittance porterait que la dette a été payée moyennant des deniers empruntés. En effet, rien ne constaterait l'origine et la destination de ces deniers (2). La subrogation serait encore nulle si l'emprunt et le paiement s'étaient faits sans actes et qu'ensuite les parties se fussent présentées chez un notaire pour constater authentiquement l'emprunt et le paiement. Cela a été décidé ainsi par la cour de Rouen. Aucun acte, dit l'arrêt, ne constatait quel jour le débiteur avait fait l'emprunt, ni quel jour il avait remboursé son créancier, ni si, en empruntant, il avait déclaré que son intention était de faire avec l'argent prêté le remboursement de sa dette, ni si, en payant, il avait déclaré réaliser cette intention. A la vérité, le prêteur et l'emprunteur s'étaient présentés postérieurement devant un notaire et avaient déclaré, l'un qu'il avait prêté antérieurement au débiteur une somme que celui-ci reconnais-

(1) Rejet, 14 novembre 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1874, 1°).
(2) Orléans, 4 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1884).

sait avoir reçue pour servir au remboursement de la rente due à son créancier, l'autre qu'il avait employé cette somme à faire le paiement; enfin le créancier reconnaissait qu'il avait reçu antérieurement le remboursement de la rente. La cour décida que les déclarations des parties devant le notaire de ce qu'elles avaient fait arriéré de lui ne pouvaient suppléer aux actes que l'article 1250 leur impose la nécessité de passer devant lui : une pareille manière de procéder favoriserait les fraudes que le but de la loi a été précisément d'empêcher (1). Nous croyons que cette décision est fondée sur la rigueur des principes, bien qu'il y ait des arrêts moins sévères, comme nous le dirons plus loin.

46. Il ne faut pas conclure de là qu'il faille nécessairement rédiger deux actes authentiques, le premier pour constater l'emprunt et la destination des deniers prêtés, le second pour constater le paiement fait avec les deniers empruntés. Il suffit de dresser un seul écrit qui constate tout ensemble le prêt et le paiement, avec la double mention que les fonds ont été prêtés pour payer le créancier et que le paiement a été effectué avec les fonds provenant de l'emprunt. D'après le texte de la loi, il semble que deux actes soient nécessaires, mais il ne faut pas isoler, en cette matière, le texte de la tradition; or, la tradition est constante, elle admettait qu'un seul acte suffisait. Ce n'est point par un relâchement qui serait une déviation de la rigueur du droit, c'est, au contraire, parce qu'un pareil procédé remplit mieux le vœu de la loi. D'abord l'acte unique, nous le supposons, contient toutes les déclarations que la loi exige; quant à l'origine, à la destination et à l'emploi des deniers, il constate les faits juridiques qui constituent la subrogation. Ne serait-il pas frustratoire et presque puéril d'exiger que le notaire rédigeât deux actes pour constater des faits qui se passent simultanément en sa présence et qu'il peut constater par un seul et même acte? Pourquoi la loi exige-t-elle des actes authentiques contenant les mentions qu'elle prescrit?

(1) Rouen, 21 mai 1852 (Daloz, 1853, 2, 113).

Pour avoir la certitude que les fonds empruntés ont été employés au paiement de la créance à laquelle le prêteur est subrogé. Or, la certitude est complète quand le notaire constate par un seul et même acte que le débiteur a emprunté des deniers à Pierre pour désintéresser Paul et le subroger aux droits du créancier payé avec les deniers empruntés (1).

47. L'article 1250 veut que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement. Nous en avons dit la raison : l'origine et la destination des deniers doivent être constatées authentiquement afin que l'on ait la certitude que l'opération a eu pour but de subroger le prêteur au créancier qui sera payé avec les deniers prêtés. On demande s'il faut déclarer la dette qui doit être payée moyennant l'emprunt. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Mourlon (2). Il y a un motif de douter très-sérieux en cette matière, qui est de droit étroit, c'est que la loi n'exige pas formellement l'indication de la dette. Toutefois nous croyons que la nécessité de cette indication résulte du texte et de l'esprit de l'article 1250. La loi commence par dire qu'il y a subrogation quand le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer *sa dette*, donc une dette déterminée, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier, c'est-à-dire du créancier de cette dette. Puis vient la condition de forme, l'acte d'emprunt où il est déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement : le paiement de quoi? De la dette qui doit être acquittée avec les deniers prêtés, donc de la créance déterminée dont parle le commencement de l'article. Concevrait-on la subrogation à une créance indéterminée, le prêteur mis en lieu et place d'un créancier que l'on ne désigne pas, et exerçant des droits que l'on ne connaît pas? Inutile d'insister.

48. La quittance doit contenir la déclaration que le

(1) Renusson, p. 277, chap. X, n° 13. Mourlon, p. 294; Aubry et Rau, t. IV, p. 179, note 39, § 321. Orléans, 19 décembre 1863, et Rejet, 14 février 1865 (Daloz, 1865, 1, 255).

(2) Gauthier, *De la subrogation*, p. 98, n° 63 bis. Aubry et Rau, t. IV, p. 177, note 33, § 621. Demolombe, t. XXVII, p. 357, n° 409. En sens contraire, Mourlon, *De la subrogation*, p. 263.

payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. C'est une disposition traditionnelle dont Renusson explique les motifs. La loi ne se contente pas d'une quittance qui constate simplement que la dette a été payée, parce qu'une quittance pure et simple du créancier qui tient quitte son débiteur éteint la dette, et une dette éteinte ne peut plus revivre; cela implique contradiction. En second lieu, on a voulu empêcher les fraudes. Nous rencontrons la fraude à chaque pas en cette matière. Renusson en signale une nouvelle à propos d'une quittance pure et simple. Il arrive souvent, dit-il, que des personnes ayant emprunté des deniers pour acquitter leurs dettes, se font donner des quittances pures et simples, en dressant des actes séparés pour constater la subrogation; par ce moyen elles dissimulent leurs affaires, cachent l'emprunt qu'elles ont été obligées de contracter; les quittances attestant en apparence qu'elles ont payé de leurs propres deniers, elles trouvent facilité pour faire de nouveaux emprunts, parce que les tiers croient leurs affaires en meilleur état qu'elles ne sont; après cela, il se trouve que les biens sont insuffisants pour payer les dettes, et les tiers sont trompés et frustrés de leur dû (1).

49. Qui doit faire les déclarations prescrites par la loi? Sur ce point, l'article 1250 garde le silence, il s'exprime d'une manière indéterminée : *la loi veut qu'il soit déclaré*, elle ne dit pas par qui les déclarations doivent être faites. Cela est décisif. La cour d'Orléans a raison de dire qu'il faut sans doute exiger la réunion de toutes les conditions voulues par la loi, mais que l'on doit aussi se garder, en ajoutant à son texte, de faire périr une subrogation légalement convenue. La cour décide ensuite que la loi ne déterminant pas par qui les déclarations doivent être faites, il suffit qu'elles se fassent par la partie qui comparait devant le notaire. Nous croyons que la décision est bonne, mais il n'en est pas de même des motifs allégués par la cour; et il importe en toute ma-

(1) Renusson, p. 377, chap. XII, n° 35. Toullier, t. IV, l, p. 119, n. 130.

tière, et surtout dans la nôtre, que les juges motivent rigoureusement leurs arrêts, puisqu'ils servent de précédents pour la science du droit. Les actes d'emprunt et de quittance, dit l'arrêt, constatent des conventions unilatérales. Cela n'est pas exact; toute convention exige le concours du consentement des deux parties; il n'y a pas d'emprunt sans le consentement du prêteur et de l'emprunteur, il n'y a pas de payement sans une offre faite par le débiteur et une acceptation du créancier. Nous ne pouvons donc pas admettre que l'acte d'emprunt se fasse sans la présence du prêteur et que la quittance soit dressée sans le concours de volonté du débiteur. Ce qui est vrai, c'est que les parties peuvent indistinctement faire les déclarations qui doivent se trouver dans les actes d'emprunt et de quittance. La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (1).

50. Quand les actes ne contiennent pas les déclarations prescrites par la loi, il n'y a pas de subrogation. La jurisprudence de la cour de cassation est, en général, très-sévère sur ce point, et avec raison, car il s'agit de sauvegarder l'intérêt des tiers, en les mettant à l'abri des fraudes qui abondent en cette matière. Dans un acte d'emprunt il est dit que le débiteur reconnaît devoir telle somme pour prêt, que le prêteur lui a fait *tant précédemment que présentement comptant, à la vue et arrière du notaire*. On ne disait pas quelle était la portion de la somme qui aurait été précédemment payée, ni à quelle époque plus ou moins rapprochée une portion quelconque de cette somme aurait été payée présentement; on ne disait pas même si l'emprunt antérieur avait été fait avec cette destination qu'il serait employé à acquitter les dettes de l'emprunteur. Ainsi une partie inconnue de l'emprunt n'avait point été faite devant notaire; cette partie avait été livrée à l'emprunteur à une époque également inconnue, il n'était pas même articulé que cette partie lui aurait été livrée avec destination d'emploi. La cour de

(1) Orléans, 14 août 1845 (Dalloz, 1846, 2, 72). Gauthier, p. 182, n° 166. Demolombe, t. XXVII, p. 357, n° 410.

Rouen en conclut que la subrogation était nulle et, sur le pourvoi, la cour de cassation décida que l'arrêt attaqué avait fait une juste application de l'article 1250 (1).

Dans une autre espèce jugée par la cour de cassation, l'acte litigieux ne constatait ni le prêt actuel des deniers, ni le paiement fait avec ces deniers. L'acte se bornait à rappeler un paiement, par conséquent un emprunt antérieurement fait; il était dit que la somme avait été payée au créancier par le débiteur, qui reconnaissait l'avoir reçue hors de la vue du notaire et des témoins. Deux conséquences nécessaires résultaient de cette énonciation, dit la cour d'Orléans : la première, qu'un paiement avait été fait sans énonciation de l'origine et de l'emploi des deniers; ce paiement avait éteint la créance, et on n'avait pu la faire revivre par une déclaration postérieure, pour céder les privilèges et les hypothèques qui y étaient attachés, mais qui s'étaient éteints avec la créance principale. En admettant donc que les deniers eussent été fournis par un prêteur, celui-ci n'aurait pas pris la précaution prescrite par la loi de faire constater, au moment du prêt, la destination spéciale des deniers prêtés et d'exiger la subrogation dans les droits du créancier qui devait être remboursé avec les deniers prêtés. Sur le pourvoi en cassation, la cour jugea que la créance hypothécaire ayant été éteinte purement et simplement par un paiement fait au créancier, sans déclaration de l'origine et de l'emploi des deniers, la cour d'appel n'avait pu avoir égard à des déclarations tardives faites après coup pour procurer une subrogation dénuée des garanties prescrites par l'article 1250 (2).

51. Les déclarations faites dans les actes d'emprunt et de quittance sont-elles suffisantes ou non? C'est une question d'interprétation que les juges du fait décident souverainement. Nous citerons une espèce dans laquelle la déclaration a été jugée insuffisante, ne fût-ce que pour rappeler aux notaires que la plus simple prudence leur

(1) Rejet, 19 avril 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1378).

(2) Orléans, 4 juillet 1843 et Rejet, 28 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 147).

commande de s'en tenir strictement à la loi. L'acte constatait un prêt avec garantie hypothécaire; il était dit que l'emprunteur promettait d'employer les deniers prêtés à payer le prix encore dû d'un domaine et de subroger le prêteur dans le privilège du vendeur. La cour dit que le prêteur n'accepta pas cette promesse: c'était, dit-elle, suivre la foi de l'emprunteur et se contenter d'une simple *espérance* que la promesse serait remplie, ce qui ne lui donnait aucune action pour le contraindre à l'exécuter (1). A notre avis, cette interprétation est trop rigoureuse et inexacte à force de rigueur. Le mot *promettre* en droit est synonyme de s'obliger; celui qui *promet* de vendre vend s'il y a aussi *promesse* d'acheter (art. 1589). Quant à l'acceptation de la promesse, elle résulte de la signature du prêteur, puisque la loi n'exige pas qu'elle soit faite d'une manière expresse. Il y avait donc plus qu'une simple *espérance*, il y avait engagement de subroger avec indication de l'emploi; donc il était satisfait à l'article 1250 en ce qui concerne l'acte d'emprunt.

52. Faut-il une déclaration expresse de subrogation? La négative est certaine, l'article 1250 n'exige pas de subrogation expresse, et le silence de la loi décide la question, puisqu'il n'appartient pas à l'interprète d'ajouter à la loi en exigeant une condition que le législateur n'a pas prescrite (2). C'est une dérogation à l'ancien droit, et elle n'est pas heureuse. Quand la subrogation est consentie par le créancier, la loi veut qu'elle soit expresse. Pourquoi? Parce que c'est une fiction, donc une disposition exceptionnelle par excellence. Est-ce que la subrogation consentie par le débiteur n'est pas une fiction? C'est plus qu'une fiction, c'est une anomalie, puisque le débiteur cède fictivement une créance qui ne lui appartient pas. Il y avait donc un motif de plus pour exiger que la subrogation fût expresse.

53. Les actes notariés doivent-ils être dressés au moment même de l'emprunt et du paiement? Cette question

(1) Pau, 25 août 1851 (Dalloz, 1851, 2, 248).

(2) Duranton, t. XII, p. 211, n° 133. Aubry et Rau, t. IV, p. 179, note 37, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 360, n° 413.

est controversée et elle est douteuse. Quand on dit que le notaire doit dresser acte de l'emprunt au moment où il se fait, cela ne veut pas dire que les deniers doivent être remis en sa présence par le prêteur à l'emprunteur; autre chose est la convention d'emprunt, autre chose est la remise des espèces. De même, quand on dit que le notaire doit dresser acte du paiement, c'est-à-dire de la quittance, cela ne veut pas dire que le débiteur doit remettre les deniers au créancier en présence du notaire, les parties intéressées peuvent déclarer au notaire que le paiement vient d'être fait moyennant les deniers empruntés; le versement peut donc précéder l'acte par lequel le créancier reconnaît avoir reçu le paiement fait avec les deniers empruntés. Nous laissons de côté pour le moment le fait matériel de la remise des deniers, pour examiner d'abord la question de savoir si l'acte notarié doit être dressé au moment même où se fait l'emprunt et le paiement.

Il faut préciser le vrai point de la difficulté. Il y a un cas dans lequel il est certain que la subrogation est nulle, c'est lorsque l'acte notarié constate un prêt fait antérieurement, sans indication d'emploi. Les deniers sont devenus, dans ce cas, la propriété de l'emprunteur, il en dispose comme il l'entend; dès lors on ne conçoit point que plus tard l'emprunteur s'oblige à employer ces deniers à acquitter une dette, ce ne sont plus des deniers empruntés, ce sont des deniers devenus la propriété de l'emprunteur; or, ce n'est qu'en cas d'emprunt fait avec une certaine destination que la loi permet la subrogation; donc c'est au moment où l'emprunt se fait que la destination de la somme prêtée doit être stipulée par les parties intéressées. Si elles commencent par consentir purement et simplement un emprunt, tout est consommé, il ne peut plus y avoir de subrogation. Il en est de même si un paiement se fait moyennant des deniers dont l'origine et la destination ne sont pas constatés et sans indication d'emploi, c'est un paiement pur et simple qui éteint la dette; et une fois la dette éteinte, on ne peut plus la ressusciter pour la céder à titre de subrogation. Vainement dresserait-on ensuite un acte notarié où l'on déclarerait qu'il y a eu un emprunt

avec destination des deniers prêtés et un paiement réalisé avec ces deniers; on ne peut pas subroger à une créance qui n'existe plus. La jurisprudence est en ce sens; nous avons cité les arrêts (nos 45, 50). Cela nous paraît incontestable.

Mais voici une autre hypothèse dans laquelle la question devient douteuse. J'ai besoin d'une somme d'argent pour payer immédiatement mon créancier qui me poursuit. Vous me prêtez cette somme, avec stipulation expresse qu'elle servira à éteindre la dette et que je vous subrogerai aux droits du créancier. Je paye la dette avec les deniers empruntés, en faisant la déclaration d'emploi. Aucun acte n'est dressé pour le moment, mais il est entendu que les actes seront dressés plus tard; s'ils le sont et s'ils constatent les faits tels que nous venons de les supposer, y aura-t-il subrogation? Dans cette hypothèse, à la différence de la première, il y a eu une convention de subrogation antérieure aux actes; on ne peut pas dire que les deniers aient été prêtés sans condition d'emploi, la condition a été stipulée; on ne peut pas dire qu'il y ait eu paiement pur et simple, car il a été fait avec condition de subrogation. Si la loi n'exigeait point d'écrit authentique constatant l'emprunt et le paiement, tout serait consommé, la subrogation existerait. Qu'est-ce qui manque donc à la subrogation pour qu'elle soit valable? Que les faits qui se sont passés soient constatés par acte notarié. Quand ces actes sont dressés, les conditions requises par la loi sont remplies, il y a un acte ou des actes authentiques qui constatent que le paiement s'est fait en vue de la subrogation, avec des deniers empruntés à cet effet, et sous cette condition.

On objecte que cette interprétation de l'article 1250 est en opposition avec l'esprit de la loi. Le législateur, dit-on, a voulu empêcher que, par des déclarations inexactes, soit sur la destination de la somme empruntée, soit sur l'origine des deniers employés au paiement, on pût faire une subrogation qui n'aurait pas été convenue au moment de l'emprunt, ou qui serait devenue impossible par un paiement pur et simple; on comprend que ce but serait