

art. 5). Nous reviendrons sur cette innovation au titre des *Hypothèques*.

59. L'article 1250 dit, à la fin : « Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier. » C'est la conséquence du principe sur lequel la subrogation est fondée dans le cas prévu par le n° 2; elle est consentie par le débiteur, le créancier y reste étranger. Il faut cependant que le créancier reçoive son paiement, ce qui est la condition de toute subrogation; et il faut de plus qu'il donne quittance, et que dans cette quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers prêtés par le nouveau créancier. Qu'arrivera-t-il si le créancier refuse de recevoir le paiement, s'il ne veut pas donner quittance, ou s'il s'oppose à ce que l'on insère dans la quittance la déclaration prescrite par la loi? On peut supposer ce mauvais vouloir au créancier, puisque c'est le refus des créanciers qui a donné lieu à l'édit de 1609. Il va sans dire que la résistance du créancier ne peut pas devenir un obstacle à l'exercice d'une faculté légale; mais comment la brisera-t-on? Le débiteur fera des offres réelles et consignera la somme due. Cela ne suffit point, il faut encore une déclaration reçue par un officier public; or, l'huissier qui fait les offres a qualité pour offrir, il n'a pas qualité pour recevoir une déclaration. C'est d'ailleurs lors de la consignation que la déclaration doit se faire, puisque c'est la consignation qui tient lieu de quittance. Il suit de là que c'est le fonctionnaire public chargé de recevoir les consignations qui constatera la déclaration du débiteur. L'ordonnance française du 3 juillet 1816, relative aux attributions de la caisse des dépôts et consignations, en contient une disposition formelle. « Dans le cas où les deniers consignés proviendraient d'un emprunt et qu'il y aurait lieu à opérer une consignation en faveur du prêteur, il sera fait mention expresse de la déclaration faite par le déposant conformément à l'article 1250 du code civil, laquelle produira le même effet de subrogation que si elle était passée par-devant notaire (1) » (art. 12).

(1) Demolombe, t. XXVII, p. 378, n° 429 et tous les auteurs.

60. Au lieu de refuser, le créancier intervient dans l'opération; y aura-t-il en ce cas subrogation en vertu du n° 1 ou du n° 2 de l'article 1250? La validité de la subrogation peut dépendre de la solution que l'on donne à la question : la subrogation est, à la vérité, conventionnelle dans les deux cas, mais celle du n° 2 est hérissée de formalités dont l'inobservation entraîne la nullité, tandis que celle du n° 1 n'est assujettie à aucune forme. De plus l'emprunt, base de la subrogation consentie par le débiteur, peut être nul comme ayant été fait à un incapable, et sans emprunt il ne peut y avoir de subrogation en vertu du n° 2, tandis que la subrogation serait valable si elle était consentie en vertu du n° 1. La question est de fait, puisque tout dépend de la volonté des parties intéressées. Il faut donc voir ce qui s'est passé. Il ne suffit pas que le créancier intervienne pour qu'il y ait subrogation conventionnelle du n° 1, il doit intervenir alors même que le débiteur subroge, puisqu'il reçoit le paiement et en donne quittance (1). Mais s'il fait plus, s'il consent la subrogation, alors on n'est plus dans le n° 2, on rentre dans le n° 1. Il a été jugé que, dans cette hypothèse, la subrogation était valable, bien que l'emprunt fût nul (2).

§ III. De la subrogation légale.

N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

61. La subrogation a lieu de plein droit, en vertu de la loi, dans les quatre cas prévus par l'article 1251. Pourquoi la subrogation est-elle conventionnelle dans deux cas, c'est-à-dire subordonnée au consentement des parties intéressées, et pourquoi est-elle légale dans les cas de l'article 1251, c'est-à-dire indépendante de leur consentement? La subrogation légale ne diffère pas, dans son essence, de la subrogation conventionnelle, elle est aussi fondée sur un paiement; celui qui paye est subrogé au

(1) Nîmes, 29 janvier 1861 (Dalloz, 1863, 2, 21).

(2) Cassation, 9 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 299).

créancier qui reçoit son paiement. Il ne saurait y avoir de subrogation sans paiement, puisque la subrogation n'est autre chose qu'une modalité du paiement. C'est le créancier qui, recevant son paiement, met le tiers qui le paye en son lieu et place; cela se fait, tantôt du consentement du créancier, tantôt du consentement du débiteur, tantôt en vertu de la loi. Pourquoi la loi intervient-elle dans une matière qui est toute d'intérêt privé? Il y a des cas où l'équité exige que celui qui paye le créancier soit subrogé à ses droits : c'est quand le tiers est intéressé à payer pour prendre la place du créancier; on suppose naturellement qu'il ne paye que dans l'intention d'être subrogé. A quoi bon exiger une stipulation alors que la volonté d'être subrogé résulte du fait même du paiement? La loi détermine les cas dans lesquels cette volonté doit être supposée, afin de prévenir la résistance que le créancier pourrait opposer à la subrogation. Régulièrement toute subrogation devrait être conventionnelle, en ce sens qu'elle se ferait par un concours libre de volontés. L'article 1250, n° 2, déroge déjà à ce principe en permettant au débiteur de subroger sans le consentement du créancier, et même malgré lui, ce qui ne veut cependant pas dire que la subrogation se fasse contre le droit du créancier; la loi ne sacrifie jamais le droit de l'une des parties à l'intérêt de l'autre. Il en est de même de la subrogation légale; elle est fondée sur la conciliation des divers intérêts, ce qu'on appelle l'équité (1).

62. Du principe que toute subrogation est fondée sur un paiement suit que celui qui ne paye pas le créancier ne saurait réclamer ce bénéfice. Un ordre s'ouvre pour la distribution du prix d'immeubles vendus sur l'un des débiteurs, sur une caution ou sur le tiers détenteur; quelques-uns des créanciers sont colloqués inutilement, c'est-à-dire que le prix ne suffit point pour qu'ils puissent recevoir ce qui leur est dû : peuvent-ils réclamer le bénéfice de la subrogation légale qui s'est opérée au profit de celui dont les biens ont servi à payer les créanciers utilement collo-

(1) Demante, t. V, p. 370, n° 190. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 618.

qués? La négative est évidente; ces créanciers n'ont pas payé ceux qui étaient inscrits avant eux, c'est le propriétaire des biens saisis et vendus qui les a payés indirectement, lui seul doit donc profiter de la subrogation (1).

63. Suffit-il qu'il y ait paiement fait par celui qui avait intérêt à payer pour qu'il y ait subrogation légale? Non, la subrogation légale est essentiellement de droit étroit, elle l'est à un double titre : toute subrogation est une fiction, et les fictions sont de stricte interprétation; à plus forte raison en est-il ainsi quand le législateur, en se fondant sur l'équité, met un tiers qui paye au lieu et place du créancier. Il n'y a donc pas de subrogation légale sans loi, et les cas dans lesquels la loi l'établit doivent être interprétés restrictivement, en ce sens qu'on ne peut pas les étendre, quand même il y aurait des motifs d'analogie; l'application analogique n'est pas admise dans les matières exceptionnelles, et il n'y en a pas de plus exceptionnelles que les fictions légales. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à proclamer ce principe; il est inutile de citer des autorités, la chose étant d'évidence.

64. La subrogation légale diffère de celle qui est consentie par le débiteur; celle-ci est soumise à des formalités sévères, tandis que la subrogation légale n'est assujettie à aucune forme. Pas d'acte authentique, pas même d'acte sous seing privé ayant date certaine (2). Bien entendu que si le paiement est contesté, l'on en doit faire la preuve d'après le droit commun; mais ce n'est jamais qu'une question de preuve, tandis que la subrogation par le débiteur n'existerait point sans les actes authentiques prescrits par la loi, alors même que le paiement fait avec des deniers empruntés serait constant. La loi ne prescrit aucune précaution contre la fraude, parce que dans les divers cas où la loi établit la subrogation la fraude n'est pas à craindre; s'il y avait fraude, on appliquerait le droit commun, ce serait une fraude à la loi, et tout acte fait en fraude de la loi est nul.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 185, et note 69 du § 321.

(2) Gauthier, *De la subrogation*, p. 336, n° 291.

La cour de cassation a fait l'application de ces principes à une espèce qui n'aurait pas dû être portée jusque devant la cour suprême, tellement la décision était évidente. Il y avait des actes constatant la subrogation légale; on attaqua les énonciations de ces actes en alléguant ce qui aurait été dit en dehors des écrits. C'était méconnaître le principe élémentaire de la foi due aux actes; les parties intéressées n'ont qu'un droit, celui d'attaquer l'acte par l'inscription de faux ou par la preuve contraire, selon qu'elles contestent les faits matériels énoncés à l'acte ou la vérité de ces faits (1).

65. Aux termes de l'article 5 de notre loi hypothécaire, la subrogation à une créance privilégiée ou hypothécaire ne peut être opposée aux tiers si elle n'est rendue publique dans les formes prescrites par la loi. Cette disposition s'applique-t-elle à la subrogation légale? Nous renvoyons la question au titre des *Hypothèques*.

Il va sans dire que le subrogé doit conserver les droits auxquels il succède. C'est pour profiter des privilèges et hypothèques qu'il se décide à payer une dette qui n'est pas la sienne, ou pour laquelle il n'est pas poursuivi; or, les privilèges et hypothèques ne se conservent que par l'inscription. Le subrogé doit donc avoir soin de renouveler l'inscription, sous peine de voir son droit périr. Cela ne fait aucun doute, quoique la question ait été portée devant la cour de cassation; le subrogé ne peut avoir d'autre droit que le subrogeant dont il prend la place, et pour être exercés par le subrogé, les privilèges et hypothèques ne changent pas de nature; l'intérêt des tiers, qui exige la publicité, est toujours le même (2). Inutile d'insister.

66. On a aussi débattu devant la cour de cassation la question de savoir si le subrogé peut renoncer à la subrogation. Nous n'y voyons pas le moindre motif de douter. Qu'importe que la subrogation soit légale? La loi n'impose pas les bénéfices qu'elle accorde. Il y a, à la vérité, des droits légaux auxquels il n'est pas permis de renoncer :

(1) Rejet, 13 mars 1872 (Dalloz, 1872, 1, 255).

(2) Rejet, 25 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 12). Bourges, 30 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 52). Aubry et Rau, t. IV, p. 187, note 77, § 321.

telle est l'hypothèque légale; la loi l'établit au profit des incapables, et il va sans dire que les incapables ni ceux qui sont chargés de défendre leurs intérêts ne peuvent renoncer à des garanties que le législateur établit en faveur de ceux qui ne peuvent pas eux-mêmes veiller à leurs intérêts. La subrogation légale est de pur intérêt privé, il faut donc appliquer le principe que chacun a le droit de renoncer à ce qui est établi en sa faveur (1).

N° 2. SUBROGATION ÉTABLIE PAR LE N° 1 DE L'ARTICLE 1251.

67. L'article 1251, n° 1, porte : « La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques. » Cette subrogation a ceci de singulier, qu'elle ne se fait pas dans l'intérêt du débiteur; celui qui fait le paiement n'est pas débiteur, il est créancier, c'est donc en sa qualité de créancier qu'il doit avoir intérêt à payer. Quel est cet intérêt? Il paye un autre créancier, privilégié ou hypothécaire. Est-ce pour transporter ces garanties réelles à sa créance qui n'est pas garantie ou qui a un rang inférieur en vertu de son inscription? Non, sa créance reste ce qu'elle était, chirographaire si elle était simplement personnelle, et si elle est hypothécaire, elle conserve le rang que l'inscription lui assure. Telle est la conséquence de notre système hypothécaire; chaque créancier a ses droits, son rang, qui ne peuvent pas changer, l'intérêt des autres créanciers s'y oppose : il n'y aurait plus de garantie hypothécaire si le rang des créanciers pouvait être bouleversé par des subrogations.

Si le créancier qui paye un créancier par lequel il est primé conserve son rang et ses droits, quel intérêt a-t-il à payer le créancier antérieur? Il est mis en son lieu et place en le payant, il jouira des garanties hypothécaires attachées à la créance qu'il paye; mais à quoi bon payer 10,000 francs à un créancier privilégié pour rentrer en-

(1) Rejet, 1^{er} juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 438).