

pas le n° 1, puisque le créancier ne paye pas un créancier qui lui est préférable à raison de ses *privileges* ou *hypothèques*, car le vendeur n'exerce pas son privilège, il agit en résolution. Donc le créancier ne peut invoquer aucun texte, et il n'y a pas de subrogation légale sans loi.

113. Un prêt est fait avec hypothèque. Le créancier n'étant pas présent, le notaire déclara que l'obligation était acceptée par lui au nom du créancier. Cette hypothèque était nulle, parce que l'acte notarié était nul, le notaire qui l'avait reçu y ayant figuré personnellement comme mandataire de l'une des parties. Plus tard le débiteur fit un emprunt pour payer sa dette, il subrogea le nouveau prêteur à ses droits. On opposa au subrogé la nullité de l'hypothèque. Alors s'éleva la question de savoir si le subrogé pouvait exercer contre le notaire coupable d'une faute lourde l'action en responsabilité qui appartenait au subrogeant; ce sont les termes de l'arrêt. L'affirmative n'est pas douteuse si l'on admet le principe tel que nous venons de le poser (n° 111). C'est ce qu'a fait la cour de cassation. La subrogation, dit-elle, en substituant un créancier à un autre, laisse subsister la dette primitive avec tous ses accessoires; dès lors le recours en garantie contre le notaire, à raison du dommage résultant de la faute lourde par lui commise dans la rédaction de l'acte, appartenait au subrogé, comme il avait appartenu, dans le principe, au créancier subrogeant (2).

114. Le subrogé succède à tous les droits du subrogeant, mais il doit naturellement prendre les choses dans l'état où elles avaient été mises par celui-ci. C'est la remarque de la cour de cassation, et elle est évidente : le créancier ne peut pas céder des droits auxquels il a renoncé. Si donc il a donné mainlevée de l'inscription prise pour la conservation de l'hypothèque, il ne peut plus transmettre au subrogé un droit hypothécaire qui est éteint et qu'il ne lui appartient pas de faire revivre; la

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

subrogation donne au subrogé tous les droits du subrogeant, mais elle ne peut pas lui donner des droits que le subrogeant n'a plus (1).

La difficulté est de savoir quand le droit hypothécaire est éteint. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, l'inscription n'avait pas été radiée. Nous dirons, au titre des *Hypothèques*, que la mainlevée d'une inscription produit ses effets du moment qu'elle a été régulièrement consentie, alors même que la radiation n'aurait pas été faite. Cela suppose que la mainlevée implique renonciation à l'hypothèque. La cour d'Aix avait jugé que le créancier qui consent à la mainlevée d'une inscription renonce à son rang hypothécaire à l'égard de tous. Cette décision, trop absolue, a été cassée. Le créancier avait consenti à la mainlevée de l'inscription au profit de l'acquéreur dont il recevait son paiement, le but était d'affranchir le tiers acquéreur de tout droit de suite; la renonciation ne profitait donc qu'à lui. La cour de cassation en conclut que le débiteur ne pouvait l'invoquer, ni les créanciers postérieurs : c'est l'application du principe élémentaire que les conventions ne nuisent pas aux tiers et ne leur profitent pas, par suite ils ne peuvent pas s'en prévaloir (art. 1165). Il faut donc voir si, dans l'intention des parties, l'hypothèque subsiste ou si elle est éteinte; si elle est éteinte, l'inscription sera radiée et l'extinction pourra être invoquée par les tiers; si elle n'est pas éteinte, l'inscription subsistera et, par suite, le subrogé pourra exercer le droit qui y est attaché (2).

II. Exceptions.

115. Les effets de la subrogation, tels que nous venons de les déterminer s'appliquent-ils à la subrogation légale? En principe, oui. Il n'y a qu'une subrogation, en ce sens que peu importe d'où elle procède, c'est toujours le même fait juridique, une cession fictive; que la cession

(1) Cassation, 29 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 1, 172).

(2) Cassation, 20 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 254).

soit faite par la convention ou par la loi, son effet est de transmettre au subrogé la créance même et les actions du créancier. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation (1). La décision est fondée sur le texte de la loi. D'après l'article 1249, la subrogation est conventionnelle ou légale et, dans l'un et l'autre cas, le tiers qui paye le créancier est subrogé à *ses droits*. Il suffit donc qu'il y ait subrogation en vertu de la loi pour que le subrogé exerce tous les droits du subrogeant.

La règle est certaine, mais elle reçoit des exceptions. Il y en a qui sont écrites dans la loi, d'autres sont contestées. Ce point est un des plus difficiles de notre matière. Malheureusement la doctrine et la jurisprudence n'ont pas la précision que les auteurs et les tribunaux devraient mettre dans une matière hérissée de difficultés.

116. La subrogation du n° 1 de l'article 1251 reste sous l'empire du droit commun, en ce qui concerne les effets qu'elle produit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques. Dans le texte même, il n'y a aucune dérogation à la règle, donc la règle reste applicable, à moins que l'exception ne résulte de la nature même de la disposition. Plusieurs créanciers ont des droits sur un immeuble, soit une hypothèque ou un privilège, soit un droit de gage en vertu des articles 2092 et 2093; le créancier postérieur paye le créancier par lequel il est primé, il est subrogé. La subrogation est-elle limitée à l'immeuble sur lequel les divers créanciers ont des droits? La cour de Paris a jugé que le subrogé obtenait seulement un rang meilleur sur l'immeuble affecté à sa créance, mais qu'il ne succédait pas aux autres droits qui pouvaient appartenir au créancier désintéressé, notamment à l'hypothèque que le subrogeant avait sur un autre immeuble; ce serait, dit la cour, lui donner une hypothèque sur un immeuble qui ne lui était pas hypothéqué (2). Il y a un motif de douter : la

(1) Cassation, 18 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 33).

(2) Paris, 20 février 1868 (Dalloz, 1870, 1, 347). Le pourvoi dirigé contre l'arrêt a été rejeté pour un motif étranger à notre question.

subrogation a un but spécial, c'est d'empêcher le créancier antérieur de poursuivre l'expropriation de l'immeuble au préjudice d'un créancier postérieur; or, ce but est atteint dès que l'on permet au créancier postérieur de prendre son rang sur l'immeuble en le désintéressant. Quand le but est spécial, l'effet aussi ne doit-il pas être spécial? L'opinion contraire est cependant généralement suivie; ce qui nous décide à l'adopter, c'est qu'elle est conforme à la tradition, et elle se justifie par le principe qui est fondamental en cette matière. La loi subroge, parce qu'elle voit le paiement avec faveur; or, pour engager le créancier postérieur à désintéresser le créancier antérieur, il ne suffit pas de lui donner le rang du créancier antérieur, ce rang peut ne pas assurer son remboursement; on doit bien supposer que l'hypothèque ne donnait pas au créancier une garantie complète, puisqu'il en a stipulé une autre; donc, dans l'esprit de la loi, il faut donner au créancier postérieur tous les droits du créancier antérieur (1).

La cour de cassation a appliqué le principe à l'espèce suivante. Le créancier antérieur avait déjà commencé la poursuite en saisie immobilière; le créancier postérieur le paye, sera-t-il substitué dans la poursuite en saisie? La subrogation n'était pas contestée, on demandait seulement si le subrogé pouvait poursuivre la saisie non-seulement pour la créance du saisissant, mais aussi pour sa propre créance. Il a été jugé que le subrogé devient, par l'effet de la subrogation, partie dans l'instance en sa double qualité de subrogé au saisissant et de créancier inscrit, et qu'il peut la continuer, non-seulement pour obtenir le remboursement de ce qu'il a payé au premier saisissant, mais aussi de la créance qui lui est propre. La cour invoque les articles 692 et 693 du code de procédure (2). Comme la difficulté tient à une interprétation du code de procédure, nous nous bornons à constater la décision. Elle est remarquable au point de vue de la su-

(1) Cassation, 7 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409). Demolombe, t. XXVII, p. 448, n° 496.

(2) Rejet, chambre civile, 4 novembre 1863 (Dalloz, 1863, 1, 469).

brogation. La loi l'accorde au créancier postérieur pour empêcher la saisie, et voilà qu'il l'invoque pour la continuer; cela prouve que les effets de la loi dépassent parfois les prévisions du législateur. On ne peut pas dire que la subrogation devient inutile et qu'on l'applique contre le vœu de la loi; il y a toujours une utilité pour le créancier postérieur à écarter le créancier antérieur, puisque cela diminue les frais de l'ordre, et d'ailleurs le subrogé est le maître d'arrêter les poursuites, tandis que sans la subrogation il subirait la saisie, quelque désavantageuse qu'elle lui fût.

117. La subrogation légale du n° 2 de l'article 1251 donne-t-elle à l'acquéreur qui a employé son prix au paiement des créanciers inscrits sur l'immeuble, tous les droits de ces créanciers, même contre les tiers, ou la subrogation est-elle limitée aux droits de ces créanciers sur l'immeuble acheté par l'acquéreur? C'est la question la plus douteuse qui se présente dans notre matière. Au premier abord, on pourrait croire qu'elle est identique avec celle que nous venons d'examiner au sujet du n° 1 de l'article 1251. Le texte du n° 2 est aussi général que celui du n° 1; il n'y a pas d'exception à la règle; n'en faut-il pas conclure que la règle reste applicable? Si l'on invoque l'objet spécial de la subrogation accordée à l'acquéreur, celui de consolider sa propriété, on peut répondre, comme nous venons de le faire sur le n° 1, que l'esprit de la loi est en faveur du subrogé; elle veut favoriser la stabilité des propriétés, elle doit donc donner à l'acquéreur tous les droits qui appartiennent aux créanciers qu'il a désintéressés; c'est le moyen le plus efficace d'atteindre le but que la loi a en vue.

Il y a cependant une différence entre les deux cas et elle est notable, c'est la tradition. Dans l'ancien droit la subrogation était limitée aux hypothèques établies sur l'immeuble que l'acheteur voulait mettre à l'abri de l'éviction en désintéressant les créanciers inscrits; l'effet était limité, ainsi que le but de la subrogation. Reste à savoir si les auteurs du code ont entendu consacrer la tradition. Les travaux préparatoires sont très-maigres en cette ma-

tière. Bigot Préameneu, dans l'Exposé des motifs, fait entendre clairement que le code reproduit l'ancienne jurisprudence. Il commence par dire que les lois romaines étaient muettes ou obscures. Puis il indique le motif d'équité qui milite en faveur de la subrogation: «L'acquéreur ne peut avoir d'autre but, lorsqu'il paye des créanciers ayant hypothèque sur l'héritage acquis, que celui d'éviter les poursuites en délaissement.» Voilà le but tout spécial de la subrogation invoquée par l'acquéreur. «Sur ce point, continue l'orateur du gouvernement, la justice est si évidente que, nonobstant le défaut de loi expresse, la jurisprudence accordait en ce cas à l'acquéreur les droits de la subrogation, *sinon sur tous les biens du vendeur*, du moins sur l'héritage vendu que l'acquéreur avait eu intérêt de libérer de l'hypothèque. On avait reconnu que les créanciers postérieurs ne pouvaient, sans se rendre coupables de mauvaise foi, prétendre que ce paiement tournât à leur profit.» Bigot-Préameneu ne dit pas que les auteurs du code aient entendu déroger à l'ancien droit en donnant une plus grande extension à la subrogation légale; il n'y a donc aucune trace de l'intention d'innover. N'en faut-il pas conclure que le code a maintenu la subrogation, telle qu'il l'a trouvée établie dans l'ancien droit (1)? Cette interprétation reçoit une singulière confirmation par le témoignage des interprètes qui ont pris part aux travaux préparatoires du code. Maleville, un des membres de la commission qui rédigea le projet du code civil, enseigne que la doctrine de l'ancienne jurisprudence est restée celle de la législation nouvelle. Tel est aussi l'avis de Favard de Langlade, tribun et rapporteur de la loi qui forme le titre des *Obligations* (2). L'esprit de la loi est, en effet, resté le même, et l'esprit interprète le texte dont on ne saurait le séparer. Or, l'esprit de la loi modifie et restreint ce que le

(1) Exposé des motifs, n° 129 (Loché, t. VI, p. 170). Demolombe, t. XXVII, p. 484, n° 543, cite les témoignages de l'ancien droit, ainsi que Gauthier, p. 307, n° 268.

(2) Maleville, t. III, p. 4. Favard de Langlade, *Répertoire*, au mot *Subrogation*, § II, n° 5.

texte a de trop général; il répond à l'objection que l'on tire des articles 1249 et 1251. La loi, dit-on, met la subrogation légale sur la même ligne que la subrogation conventionnelle et elle ne distingue pas entre les divers cas de subrogation légale; or, quand la loi ne distingue pas, l'interprète ne peut pas le faire. Nous répondons que parfois l'interprète doit distinguer, bien que la lettre de la loi ne le fasse point, c'est quand la distinction résulte de l'objet que la loi a en vue. La subrogation du n° 2 de l'article 1251 a-t-elle le même objet que la subrogation en général? Elle a un objet tout spécial que la tradition nous fait connaître et à raison duquel l'ancien droit limitait l'effet de la subrogation; or, le code reproduit la jurisprudence ancienne, il consacre donc implicitement la distinction qu'elle faisait.

118. Si le débat ne portait que sur le n° 2 de l'article 1251, nous croyons que l'autorité de la tradition et l'esprit de la loi l'auraient emporté sur un texte trop laconique pour être décisif. Ce n'est pas la seule matière traditionnelle dans laquelle on admette des distinctions que le texte ne fait point et qui n'ont d'autre fondement que la tradition; nous rappellerons l'article 931 qui semble prescrire la rédaction d'un acte authentique pour l'existence de toute donation entre-vifs, ce qui n'empêche pas la doctrine et la jurisprudence d'admettre la validité des dons manuels en se fondant sur la tradition; nous rappellerons encore l'article 1167, dans lequel on introduit plus d'une distinction, toujours en prenant appui sur la tradition. Pourquoi ne pourrait-on pas en faire autant de la subrogation légale dont la loi ne dit rien dans son lacanisme excessif? Mais le n° 2 de l'article 1251 n'est pas isolé, on ne peut guère le séparer du n° 3, dont il est une application, de l'aveu de tout le monde. Ici est le vrai siège de la difficulté.

Aux termes du n° 3, tout tiers détenteur est subrogé au créancier qu'il paye, lorsqu'il est tenu pour lui au paiement de la dette et qu'il avait intérêt de l'acquitter. Quel est l'effet de la subrogation légale du n° 3? Sur ce point, il n'y a aucun doute; elle produit le même effet

que la subrogation conventionnelle, sauf les exceptions que la loi elle-même a faites à la règle générale, exceptions qui confirment la règle. Si la subrogation du n° 2 rentre dans celle du n° 3, si ce n'est qu'une application de la règle, ne faut-il pas décider que l'effet est identique? Qu'importe que l'effet de la subrogation soit limité lorsqu'on s'en tient au n° 2, puisque en vertu du n° 3 il est illimité? Cela semble décider la question. C'est effectivement cet argument qui a engagé Toullier à rétracter sa première opinion qui était conforme à la tradition (1).

A notre avis, l'argument est loin d'être aussi décisif qu'on le croit. L'article 1251, n° 3, en tant qu'il s'applique au tiers détenteur, suppose que celui qui paye la dette n'était pas débiteur personnel, qu'il n'en était tenu qu'hypothécairement pour le véritable débiteur, tandis que le n° 2 de l'article 1251 suppose un tiers détenteur, l'acquéreur, qui est débiteur personnel, car c'est son prix d'acquisition qu'il emploie au paiement des créanciers inscrits. Voilà, malgré l'analogie des deux dispositions, une différence considérable dont l'interprète doit tenir compte, sous peine de mêler des choses de nature différente et de négliger des nuances qui conduisent à une décision différente. L'acquéreur du n° 2 paye ce qu'il doit, le tiers détenteur du n° 3 paye ce qu'il ne doit pas. La position du tiers détenteur est plus favorable que celle de l'acquéreur; il n'est pas obligé personnellement en payant les créanciers, il paye ce qu'un autre doit, et il le paye de ses deniers. L'acquéreur paye aussi en un certain sens la dette d'un autre, sans cela il ne pourrait pas y avoir de subrogation, mais il paye aussi sa propre dette, ce n'est donc pas de ses deniers qu'il paye, c'est des deniers qu'il est obligé de payer au vendeur; au lieu de les payer au vendeur, il les paye aux créanciers inscrits. Cette différence de position doit conduire à des conséquences différentes. Quand on dit que l'acquéreur du n° 2 est aussi subrogé en vertu du n° 3, cela n'est pas tout à

(1) Toullier, t. IV, 1, n° 145, et la note de la page 132. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 186, note 76, § 321.