

Le principe même est très-contestable, du moins au point de vue des textes. Or, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit de déroger à la règle générale qui régit l'effet de la subrogation. Peut-on y apporter une exception sans un texte qui l'autorise? Nous avons admis une exception dans le cas prévu par le n° 2 de l'article 1251, mais c'est en prenant appui sur la tradition et sur les principes généraux de droit. Dans l'espèce, la tradition fait défaut. La difficulté consiste à savoir si l'on peut appliquer l'article 2033 à celui qui a hypothéqué son immeuble pour la dette d'un tiers. On dit que c'est une caution réelle; c'est la doctrine qui lui donne ce nom, la loi ne connaît qu'une caution, celle qui s'oblige personnellement; c'est de ces fidejusseurs que parle l'article 2033. Le tiers détenteur n'y est donc pas compris. Reste à savoir si l'article 2033 peut être étendu au tiers détenteur par voie d'analogie. En matière exceptionnelle, l'argumentation analogique n'est pas admise, parce qu'elle aboutirait à faire la loi. En veut-on la preuve dans la question même que nous discutons? D'après l'article 2033, la dette devrait se diviser entre la caution personnelle et le tiers détenteur, caution réelle, à raison de *leur part et portion*, c'est-à-dire par part virile, donc par moitié. Les auteurs n'admettent pas cette interprétation. La caution, disent-ils, s'est obligée pour toute la dette, tandis que le tiers détenteur n'est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble. Soit; il faut donc établir une proportion entre ces deux cautions inégalement tenues. Une dette de 25,000 francs est cautionnée par Pierre et garantie hypothécairement par Paul sur un immeuble qui vaut 12,500 fr. La proportion sera de 2 à 1, de sorte que la caution supportera les deux tiers de la dette et le tiers détenteur un tiers. Ainsi les auteurs s'écartent de l'article 2033 quand il s'agit de fixer la part contributive de la caution personnelle et de la caution réelle, et cependant l'article 2033 est le seul texte sur lequel on puisse se fonder pour déroger au principe de la subrogation (1).

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 385, n° 197 bis XI. Demolombe, t. XXV p. 593, n° 654.

Avouons-le, il y a une lacune dans la loi. La solution que nous combattons est très-juridique, mais elle est à l'adresse du législateur, à qui nous la recommandons; l'interprète ne peut l'accepter. Mais que fera le juge? Il devra maintenir ou le principe général de la subrogation, en subrogeant pour le tout celle des deux cautions qui aura payé la dette, de sorte que l'autre en sera seule tenue; ou il devra donner la préférence à la caution en vertu de l'article 2037, en la subrogeant contre l'acquéreur, tandis que le tiers détenteur ne serait pas subrogé contre la caution. Ce dernier système n'est guère admissible, puisque les motifs qui justifient la préférence donnée à la caution sur le tiers détenteur n'existent pas quand ce tiers détenteur est une caution réelle. Il faudra donc s'en tenir au principe de la subrogation qui, appliqué à l'espèce, est également injuste, car il n'y a aucune raison pour décharger celle des cautions qui paye la première aux dépens de l'autre.

Il y a encore le système de Troplong qui se prononce en faveur du tiers détenteur contre la caution. Nous croyons inutile de le discuter. Mourlon l'a réfuté de manière à lui enlever tout crédit, en supposant qu'il en ait jamais eu (1).

IV. Effet de la subrogation entre les tiers détenteurs.

127. Le débiteur constitue hypothèque sur plusieurs immeubles : il les vend à divers acquéreurs. L'un des tiers détenteurs, poursuivi hypothécairement, paye toute la dette. Sera-t-il subrogé? Oui, cela n'est pas douteux, l'article 1251, n° 3, le dit. Quels seront les effets de cette subrogation? En théorie, la question n'est pas douteuse; nous y avons répondu d'avance en enseignant, et c'est l'opinion générale, que le subrogé peut agir contre les tiers détenteurs des immeubles hypothéqués à la dette. Reste à savoir si un tiers détenteur peut exercer ce droit

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n° 427. Mourlon, *De la subrogation*, p. 426 433; Aubry et Rau, t. IV, p. 189, note 86, § 321.

contre un autre tiers détenteur? La question est très-controversée et très-douteuse; nous commencerons par exposer l'opinion consacrée par la jurisprudence et admise par la plupart des auteurs.

Les deux tiers détenteurs, dit la cour de Paris, doivent être assimilés à des cautions solidaires, dont l'une aurait été contrainte de payer la totalité de la dette; dès lors ils doivent y contribuer chacun en proportion du prix de son acquisition. De là suit que celui qui a payé toute la dette, sur la poursuite du créancier hypothécaire, ne peut réclamer, contre l'autre débiteur, en vertu de la subrogation, que la part divisée que celui-ci y doit supporter (1). Cette opinion a pour elle une grande autorité, celle de Pothier; il décide que le tiers détenteur n'a qu'un recours divisé contre les autres détenteurs d'héritages hypothéqués à la dette qu'il a payée. Il ne peut, dit-il, agir contre eux pour le tout, car il se ferait un circuit d'actions; le détenteur qui payerait toute la dette au détenteur subrogé serait à son tour subrogé aux droits et aux actions du créancier et, par suite, il pourrait réclamer comme subrogé ce qu'il a payé au détenteur subrogé comme lui. Il n'y a qu'un moyen d'éviter ce circuit vicieux, c'est de diviser le recours. Le code a-t-il admis cette opinion qui était loin d'être générale? La question était controversée dans l'ancien droit et l'est encore (2).

De texte formel il n'y en a pas; mais on ne peut pas nier que tel soit l'esprit du code. Quand plusieurs personnes sont obligées solidairement à une même dette et que l'un des débiteurs doit payer toute la dette, il est subrogé aux droits du créancier. Quel est l'effet de cette subrogation? Le subrogé a-t-il un recours pour le tout? Non, il ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux (art. 1214). Quand un héritier, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part d'une

(1) Paris, 19 décembre 1835 (Daloz, au mot *Hypothèques*, n° 1973, 2°). Toulouse, 19 février 1827; Douai, 27 mai 1840; Angers, 10 mars 1841 (Daloz, *ibid.*, n° 1980).

(2) Voyez les diverses opinions soutenues dans l'ancien droit, dans Demolombe, t. XXVII, p. 598, n° 697.

dette héréditaire, il est subrogé aux droits du créancier contre ses cohéritiers. Peut-il exercer ce recours pour le tout, déduction faite de sa part? Non, il n'a de recours que pour la part que chacun des autres successeurs doit personnellement en supporter; la loi ajoute qu'il en serait ainsi même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers; preuve que, dans l'esprit de la loi, le recours en vertu de la subrogation doit toujours se diviser lorsque celui qui l'exerce est tenu de la dette au même titre que ceux contre lesquels il agit. L'article 2033 applique le même principe aux cofidéjusseurs. Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. Cette dernière disposition paraît décisive en ce qui concerne les divers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette; ils sont aussi cautions, sinon personnelles, du moins réelles, donc on doit leur appliquer le principe du recours divisé (1).

128. L'argumentation serait péremptoire si l'on pouvait décider la question par voie d'analogie. Mais il ne faut pas oublier quel est l'objet du débat. Il s'agit de savoir si le principe général qui régit les effets de la subrogation reçoit exception dans le cas où il y a plusieurs tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette; or, les exceptions ne s'étendent pas par voie d'analogie, surtout dans une matière qui est essentiellement de droit étroit, telle que la subrogation. Encore peut-on contester les raisons que l'on donne à l'appui de l'opinion générale. Le circuit d'actions, invoqué par Pothier, n'existe réellement pas; quand le détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette a payé, la dette est éteinte à son égard, il est impossible qu'il soit encore assujéti à une action

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 188, note 83, § 321, et la plupart des auteurs. Mourlon, Troplong, Larombière, Colmet de Santerre. Demolombe a un autre système; il donne un recours pour le tout au tiers détenteur qui a payé, déduction faite de la valeur de l'immeuble qu'il détient (t. XXVII, p. 600, n° 658): c'est un amendement législatif.

récursoire, puisqu'à son égard il n'y a plus de dette. Si l'on admet que, malgré le paiement, la créance subsiste, elle ne peut du moins subsister que déduction faite de la part que le tiers détenteur y doit supporter; ce qui conduirait à une division du recours. Quant au principe que l'on déduit des articles 1213, 875 et 2033, est-ce un principe général, en ce sens que la loi l'applique aux divers cas qu'elle prévoit, et que l'interprète puisse aussi appliquer aux cas qu'elle ne prévoit pas? Non, il s'agit d'autant d'exceptions à la règle; ces exceptions se comprennent quand il y a plusieurs personnes obligées à la même dette, tels que les codébiteurs solidaires, les cohéritiers, les cofidéjusseurs. Mais il n'y a pas, légalement parlant, des codétenteurs, car il n'y a aucun lien entre ceux qui sont tenus de la même dette à raison des immeubles qu'ils détiennent; il eût donc fallu une nouvelle exception pour étendre à ceux qui ne sont pas codébiteurs de la dette ce que la loi dit des codébiteurs. Dans le silence de la loi, on reste sous l'empire de la règle; et que dit la règle? Le subrogé a les mêmes droits que le créancier qu'il désintéresse; donc le tiers détenteur qui a payé toute la dette a contre les autres détenteurs les mêmes droits qu'aurait eus le créancier, c'est-à-dire qu'il peut les poursuivre pour le tout, de sorte que le fardeau de la dette sera supporté en entier par celui des tiers détenteurs qui sera actionné le dernier (1).

C'est la conséquence à laquelle arrive Gauthier dont nous venons de résumer les objections. Nous avouons que le résultat ne nous satisfait point. Il est bien vrai qu'au tiers détenteur qui se plaint de l'iniquité de cette décision on peut répondre qu'il ne tenait qu'à lui de remplir les formalités de la purge, ce qui l'aurait mis à l'abri de toute poursuite hypothécaire; mais ne pourrait-il pas objecter que le tiers détenteur qui agit contre lui avait aussi négligé de payer, et quand la condition de tous les tiers détenteurs est la même, leur charge ne devrait-elle pas être identique? L'équité, qui est le fondement de la subroga-

(1) Gauthier, *Le la subrogation*, p. 507-514, nos 469-474.

tion légale, réclame contre une doctrine qui blesse l'égalité, et l'égalité devrait régner entre les détenteurs, comme elle règne entre les codébiteurs. A notre avis, la décision de Gauthier, quoique juridique, constate une lacune dans la loi; nous la signalons au législateur.

129. Reste à savoir comment le recours se divise, si on l'admet. Pothier décidait que chacun des détenteurs est tenu en proportion de la valeur de l'héritage qu'il détient. Ce principe est aussi admis par les auteurs modernes; toutefois les auteurs les plus récents y ont apporté une modification proposée par M. Valette. On maintient le principe de la valeur proportionnelle des immeubles quand chaque immeuble est d'une valeur égale ou inférieure au chiffre de la dette. Mais s'il y a un immeuble d'une valeur supérieure au montant de la dette, on ne peut pas le comprendre dans la répartition pour sa valeur intégrale, car le détenteur n'est pas intéressé au paiement de la dette pour toute la valeur de son immeuble; on doit donc le compter, dans le calcul de répartition, comme si son immeuble avait une valeur égale au chiffre de la dette (1). Cela est équitable, mais est-ce à l'interprète de faire des distinctions qui n'ont aucune base dans la loi? La nécessité de distinguer prouve que l'on se trouve en dehors de la loi.

V. *Le subrogé peut-il céder ses droits?*

130. La subrogation est une cession fictive, le subrogé est donc considéré comme un cessionnaire. Il suit de là que le subrogé peut céder ses droits aussi bien qu'un cessionnaire peut céder les siens. La jurisprudence est en ce sens (2). Cela n'est pas douteux quand il s'agit de la subrogation conventionnelle. En est-il de même de la subrogation légale? L'affirmative a été jugée pour ce qui concerne les droits de ceux qui, étant tenus avec d'autres ou pour

(1) Mourlon, p. 65 et suiv. (d'après Valette). Colmet de Santerre, t. V, p. 382, n° 197 bis VIII.

(2) Paris, 3 prairial an x (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1983).