

recours, 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 à 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).

d'autres, payent parce qu'ils ont intérêt à payer (1); c'est la subrogation qui se rapproche le plus de l'obligation conventionnelle. A notre avis, il faut généraliser le principe et décider que tout droit naissant de la subrogation peut être transmis par voie de cession. Tel est le droit commun, et la loi n'y déroge pas.

N° 2. EFFET DE LA SUBROGATION A L'ÉGARD DU CRÉANCIER.

**131.** L'article 1252 pose le principe que la subrogation ne peut nuire au créancier. Nous avons dit plus haut (n°s 15 et 11) que ce principe découle de la nature même de la subrogation : c'est un paiement, et le paiement ne peut certes pas nuire au créancier. Quant à la fiction qui accompagne le paiement, celle d'une cession, elle n'a été imaginée que dans l'intérêt du subrogé, elle est étrangère au créancier, donc on ne peut la tourner contre lui.

L'article 1252 applique le principe au cas où le créancier ne reçoit qu'un paiement partiel : « 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 préférence a été vivement critiquée. Larombière dit que la disposition de l'article 1252, quoique fondée sur une antique tradition, lui paraît injuste et irréfléchie; selon lui, elle tient à cette idée éminemment fautive que le subrogé n'est, à l'égard du subrogeant, qu'un gérant d'affaires, n'ayant de recours qu'à ce titre. Cela n'est pas exact. Peu importe au subrogeant en quelle qualité le subrogé agit, il reçoit ce qui lui est dû, que le subrogé soit mandataire ou gérant d'affaires, et alors même qu'il n'y aurait ni gestion d'affaires ni mandat; cela ne regarde que les rapports du subrogé avec le débiteur. Le créancier qui reçoit un paiement partiel reste créancier, et exerce tous les droits attachés à sa créance : voilà tout ce que dit l'article 1252. On objecte que le créancier et le subrogé ont des droits identiques, fractionnés, d'une

(1) Bourges, 31 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1975).

seule et même créance : en divisant sa créance, dit-on, le créancier admet le concours de celui qu'il subroge, parce que les droits qu'il transfère sont identiques à ceux qu'il garde (1). Ce raisonnement est une nouvelle méprise, il confond la subrogation avec la cession. Non, le créancier ne transfère pas des droits identiques à ceux qu'il garde, par la raison très-simple qu'il ne cède rien. Si la loi feint qu'il cède, cette fiction lui est étrangère; à son égard, il n'y a rien de fictif, il reçoit le paiement réel de ce qui lui est dû. Puisque la cession n'est que fictive, il faut voir dans quel but et à l'égard de qui la fiction a été introduite. Elle concerne uniquement les rapports du subrogé et du débiteur; le créancier peut donc, à bon droit, repousser une fiction qui lui est complètement étrangère. Etendre la fiction aux rapports du subrogé avec le subrogeant, c'est créer une fiction nouvelle, et ce droit n'appartient qu'au législateur.

Nous ne répondons pas aux autres objections que l'on a adressées à l'article 1252 (2); on y a répondu et le débat est vidé.

**132.** L'article 1252 s'applique-t-il à la cession? Nous avons déjà décidé la question négativement (n° 5). Il nous faut ici répondre un mot à Troplong qui professe une opinion différente. Tous les auteurs enseignent que le cessionnaire et le cédant, ayant un droit identique, doivent venir par contribution, si le prix de l'immeuble hypothéqué à la créance ne suffit point pour l'acquitter tout entière. Troplong va plus loin; il donne au cessionnaire la priorité sur le cédant. Et le motif? Il est plus singulier encore que la décision : c'est que le cédant doit, comme vendeur, faire jouir son cessionnaire de la portion de créance qu'il lui a vendue; or, cette obligation de garantie emporte celle de lui céder son droit de préférence. Ainsi le veulent les principes, dit Troplong. On a eu raison de répondre que les principes sont purement

(1) Larombière, t. III, p. 400, n° 25 de l'article 1252 (Ed. B., t. II, p. 270). Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 387, n° 197 bis XIV.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 191, note 89, § 321. Comparez Demolombe t. XXVII, p. 606, n°s 662, 663.