

Aux termes de l'article 1251, 3°, « la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». Or, tout tiers détenteur est tenu pour le débiteur principal, en ce sens que, si le débiteur ne paye pas, le tiers détenteur sera contraint de payer. Il payera directement si, sur la sommation qui lui est faite de délaisser ou de payer, il se décide à payer les dettes hypothécaires; il les paye pour le débiteur, il est intéressé à payer afin de conserver la propriété de l'immeuble; partant, il peut invoquer la subrogation légale. Si, au lieu de payer, il délaisse, l'expropriation continue, l'immeuble hypothéqué sera vendu sur le curateur et le prix distribué aux créanciers inscrits; or, ce prix appartient au tiers détenteur, c'est lui qui paye les créanciers, donc il est subrogé à leurs droits. Il en est de même s'il ne délaisse point: il est directement exproprié, et le prix de sa chose servant à payer ces créanciers, il leur est subrogé.

Quel est l'effet de la subrogation? Sur ce point, nous renvoyons au titre des *Obligations*, qui est le siège de la matière (1).

## CHAPITRE VII.

### DE LA TRANSMISSION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

#### § I<sup>er</sup>. *Notions générales.*

**322.** Les privilèges et hypothèques sont des accessoires de la créance au paiement de laquelle ils sont affectés. Ils se transmettent avec la créance à tous ceux qui ont le

(1) Duranton, t. XX, p. 480, nos 283-286. Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 677, nos 1661-1663. Comparez le t. XVIII de mes *Principes*, nos 109-129.

droit d'exercer la créance, soit comme successeurs universels, soit comme successeurs à titre particulier: c'est l'application du principe élémentaire que l'accessoire suit le principal. L'article 1692 porte que la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, *privilège et hypothèque*. Et, aux termes de l'article 1250, la subrogation conventionnelle a pour effet de subroger le tiers qui paye aux droits, actions, *privilèges ou hypothèques* du créancier contre le débiteur. La subrogation légale a le même effet.

**323.** Il se présente des difficultés sérieuses sur le rang des cessionnaires lorsque le créancier ne cède qu'une partie de sa créance, ou qu'il la cède par actes distincts à plusieurs cessionnaires. Un premier point nous paraît certain, c'est que l'article 1252, relatif à la subrogation, n'est pas applicable à la cession; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 132). Si donc le créancier cède une partie de sa créance, et si le prix de l'immeuble hypothéqué ne suffit point pour le paiement intégral du cédant et du cessionnaire, ils viendront par contribution. Cela suppose que le cessionnaire, de son côté, n'a point de préférence à l'égard du cédant. La raison en est qu'il n'y a pas de préférence entre créanciers; il faut une cause légale, et, dans l'espèce, il n'y en a point. Le créancier cède une partie de sa créance; les deux fractions sont d'une nature identique, leur condition doit donc être la même. Troplong invoque la bonne foi, c'est-à-dire l'équité, en faveur du cessionnaire. Supposons que l'équité soit pour lui; est-ce que l'équité est une cause de préférence entre créanciers? La question est une hérésie juridique. Il n'est pas même exact de dire que l'équité soit pour le cessionnaire; le cédant lui transporte une fraction de la créance avec la garantie hypothécaire qui y est attachée, il ne renonce pas au rang que lui donne son hypothèque; il ne doit donc rien au cessionnaire (1).

Le principe reçoit exception quand le cédant a expressé-

(1) C'est l'opinion généralement suivie. Pont, t. I, p. 231, n° 239. Aubry et Rau, t. IV, p. 445, n° 359 bis, note 79.

ment transporté au cessionnaire la priorité; cette convention, comme toute autre, fait la loi des parties. On demande si la cession peut être tacite. Voici l'espèce. Le cédant s'engage à payer à défaut du débiteur cédé, ou il garantit la solvabilité actuelle et future du débiteur. On admet que cette clause emporte cession virtuelle de la priorité. Entre les parties, le cédant et le cessionnaire, cela peut se soutenir. La clause revient à dire que le cédant garantit au cessionnaire son paiement; or, ils se trouvent en concours sur l'immeuble hypothéqué au moment où le prix va se distribuer entre eux; c'est à ce moment que le cédant doit remplir son engagement, et la manière la plus naturelle de le remplir est que le cessionnaire soit payé avant le cédant. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1). Quand y a-t-il garantie de solvabilité actuelle et future? C'est une question d'intention, donc de fait; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de la *Vente*.

Lorsqu'il y a concours entre des cessionnaires successifs de portions d'une même créance, il faut distinguer. Si les diverses cessions ont été faites sans aucune clause de transport de priorité, tous les cessionnaires seront sur la même ligne: il n'y a entre eux aucune cause légale de préférence, donc, en cas d'insuffisance du prix, ils viendront par contribution. Cela est si évident, qu'il est inutile de citer des autorités (2). L'opinion contraire de Zachariae est restée isolée; elle a été répudiée par ses éditeurs.

On admet généralement une exception dans le cas où le cédant a, expressément ou virtuellement, accordé à un ou plusieurs des cessionnaires successifs la priorité sur lui-même. Pour justifier cette exception, on dit que les cessionnaires doivent jouir, à l'égard des tiers, du même droit qu'ils exerceraient contre le cédant, par application de l'adage que personne ne peut transférer à d'autres plus de droits qu'il n'en a lui-même. Nous admettons l'adage et l'application que l'on en fait à l'espèce quand il y a transport d'un droit réel: telle serait la clause par laquelle le

(1) Pont, t. I, p. 231, n° 239. Aubry et Rau, t. IV, p. 445, et note 80, § 359 bis.

(2) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. IV, p. 446, § 359 bis, note 81.

cédant transmet à l'un des cessionnaires le rang de priorité. Ce rang est un effet de l'hypothèque, donc un droit réel; la convention donne au cessionnaire un droit acquis dans la chose, droit dont le cédant ne peut plus le dépouiller en faisant de nouvelles cessions; les cessionnaires postérieurs reçoivent un droit réel, limité par le transport du rang de priorité; c'est dire qu'ils seront primés par les cessionnaires auxquels la priorité a été transmise. Mais si le cédant s'est seulement obligé de payer le cessionnaire à défaut du débiteur cédé, cette garantie ne donne pas au cessionnaire un droit réel; c'est un simple engagement personnel qui lie le cédant, mais qui n'oblige pas ses ayants cause à titre particulier. Nous avons déjà rencontré la difficulté, elle tient à l'interprétation de l'article 1743. Nous renvoyons au titre du *Bail* (1).

**324.** Les privilèges et hypothèques peuvent-ils aussi se transmettre séparément sans les créances, dont elles sont un accessoire? La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative, en consacrant la validité de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, expression qui comprend des faits juridiques très-divers, et notamment la cession de l'hypothèque de la femme, indépendamment de la créance à laquelle elle est attachée. En théorie, la validité d'une pareille transmission nous paraît très-douteuse. Nous ne comprenons pas comment on peut détacher un droit accessoire que la loi ou la volonté des parties a créé pour la garantie d'une créance principale. L'accessoire, dans l'espèce, est inséparable du principal. Concevrait-on que le créancier transportât à une créance étrangère le cautionnement stipulé pour la garantie de sa créance? Cela est impossible; la caution s'est obligée pour la dette à laquelle elle a accédé; on ne peut pas détacher son obligation de l'obligation principale. Sur ce point, il n'y a aucun doute; il en doit être de même des hypothèques et privilèges. On dira qu'il y a une différence: la caution est obligée par un lien personnel, et elle ne peut pas, sans sa volonté, être

(1) La question est controversée. Voyez les auteurs et les arrêts cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 446, § 359 bis, note 82.

tenue de payer une dette à laquelle elle n'a pas accédé. Cela est très-vrai, mais l'hypothèque aussi naît d'une convention par laquelle les parties ont affecté une garantie pour le paiement d'une dette déterminée : le créancier peut-il, sans un nouveau concours de volontés, détacher l'hypothèque de la créance pour l'attacher à une autre créance ? Pour le privilège, il y a un motif particulier de douter. C'est une préférence qui dépend de la *qualité* de la créance : peut-on transporter une *qualité*, qui tient à l'essence de la créance, à une autre créance qui n'a point cette qualité ? Cela reviendrait à dire que les parties peuvent créer des privilèges, tandis que la loi seule a ce pouvoir. L'impossibilité est moindre pour les hypothèques conventionnelles, mais elle est tout aussi grande pour les hypothèques légales ; et, au point de vue pratique, la question ne se présente que pour les hypothèques légales. Le législateur accorde une hypothèque de plein droit aux incapables ; voilà certes un droit essentiellement personnel : peut-on le détacher de la personne incapable pour l'attacher à des personnes capables ? Ce serait défaire ce que la loi a fait.

Abstraction faite de ces considérations, particulières aux privilèges et aux hypothèques légales, la transmission d'un droit accessoire établi pour la garantie d'un droit principal nous paraît juridiquement impossible. L'esprit de notre législation s'y oppose. Pourquoi la loi a-t-elle créé la fiction de la subrogation ? Pour faire passer au subrogé les garanties affectées à la créance qu'il a payée. Le moyen le plus simple d'atteindre ce but était certainement de transmettre les privilèges, hypothèques, cautionnements à l'action que le subrogé a en vertu du paiement qu'il fait, soit comme mandataire, soit comme gérant d'affaires. Au lieu de prendre cette voie si simple, la loi recourt à une fiction plus compliquée : elle suppose ou elle feint que l'obligation principale est cédée au subrogé, ce qui lui donne droit aux garanties accessoires. Pourquoi la loi prend-elle cette voie détournée ? Ne serait-ce point parce que les accessoires ne se transmettent pas sans le principal ? Voulant transporter les privilèges et les hypothèques au subrogé, la loi n'a trouvé d'autre moyen que de le subroger à la créance

principale. Elle l'a fait pour les droits réels aussi bien que pour le cautionnement. Nous en concluons que, dans l'esprit de la loi, l'accessoire ne peut pas être cédé sans le principal (1).

**325.** Que dit-on en faveur de l'opinion contraire, qui est généralement enseignée ? M. Valette dit que, par la cession ou la subrogation, l'hypothèque est détachée *en quelque sorte* de la créance dont elle était l'accessoire, pour être transférée au nouveau créancier appelé désormais à l'exercer en son propre nom (2). L'auteur, esprit net et précis, n'ose pas dire que l'hypothèque *est détachée* de la créance, il dit qu'elle en est *en quelque sorte détachée*. Ainsi la séparation n'est pas réelle ; elle est donc fictive. Or, les fictions peuvent-elles exister sans loi ? Et où est la loi, où est l'article du code qui consacre cette fiction ? Tout le monde avoue que la subrogation à l'hypothèque légale de la femme n'est pas consacrée par le texte de la loi, qu'elle a été imaginée par les praticiens : est-ce que les interprètes ont le droit de créer des fictions ? Le silence du code est décisif et il répond au seul argument juridique que l'on fait valoir pour justifier la pratique. Aucune loi, dit-on, ne prohibe la cession d'un droit d'hypothèque ; ce droit, purement pécuniaire, ne peut pas être mis hors du commerce ; donc il est transmissible. L'argument serait décisif s'il s'agissait d'un principe de droit commun ; mais quand on commence par avouer que la cession de l'hypothèque sans la créance est une fiction, on n'a plus le droit d'invoquer les principes généraux, car les fictions sont dans le domaine exclusif du législateur. On insiste et l'on dit que c'est le cas d'appliquer l'adage *Qui peut le plus, peut le moins*. Nous rencontrerons cet adage dans tout le cours de ce débat ; on en abuse étrangement. Le propriétaire du fonds au profit duquel une servitude est établie a deux droits, il a la propriété du fonds dominant et il a une servitude ;

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 455, et note 2, § 288, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Valette, *Des privilèges et hypothèques*, p. 210 et suiv., et en ce sens, les auteurs cités par Aubry et Rau (note 2, p. 455) ; il faut ajouter Martou, t. I, p. 191, n° 175, et Pont, *Privilèges et Hypothèques*, n° 334 (t. I, p. 348).

il peut certes disposer du fonds dominant, et s'il l'aliène, il transmet en même temps la servitude que les jurisconsultes romains comparent à une qualité du fonds. Est-ce à dire qu'il peut aussi céder la servitude séparément de l'héritage auquel elle est attachée? Non, certes; donc il peut le *plus* et il ne peut pas le *moins*. La raison en est très-simple : c'est que le *moins*, dans l'espèce, diffère du *plus*. Je puis disposer d'un fonds, mais il m'est impossible de disposer d'une qualité de ce fonds en la vendant séparément. Ne faut-il pas en dire autant des privilèges et hypothèques? La loi dit elle-même que le privilège est une *qualité* de la créance; or, le privilège est une hypothèque privilégiée; on peut dire aussi de l'hypothèque que c'est une qualité que la convention, la loi ou le testament attribuent à une créance: il n'est pas plus possible de détacher d'un droit une qualité conventionnelle qu'une qualité légale.

**326.** La manière dont s'est introduite la cession de l'hypothèque séparément du fonds confirme nos doutes. Ce n'est pas la doctrine qui a établi cette théorie, c'est la pratique qui l'a imaginée pour échapper aux conséquences funestes de l'hypothèque légale de la femme. Dans le système du code, cette hypothèque frappe tous les biens du mari, présents et futurs, et elle est en même temps indéterminée quant au montant des droits de la femme. Les tiers qui contractent avec le mari, soit comme acheteurs, soit comme créanciers, n'ont aucun moyen de connaître les créances hypothécaires par lesquelles ils sont primés, ou par l'exercice desquelles ils peuvent être évincés. Ce danger arrêta les transactions ou les rendait onéreuses pour le mari; le crédit de celui-ci en souffrait, et, par suite, la propriété de la famille était entravée. Il fallait trouver un moyen de mettre les tiers à l'abri du danger qui les menaçait. On imagina de faire intervenir les femmes dans les contrats où leurs maris figuraient comme vendeurs ou comme débiteurs; la femme renonçait à son hypothèque légale en faveur des tiers qui traitaient avec le mari, ou elle leur cédait ses droits hypothécaires, ou les y subrogeait, ou leur abandonnait son rang de priorité. Ces conventions, très-usitées en France, devinrent une pratique

presque universelle; elle était répandue partout avant que la doctrine s'en occupât. Il y eut d'abord des résistances au nom du droit, mais la force des choses, comme on dit, l'emporta; aujourd'hui toute résistance a cessé. Mais les difficultés subsistent; à chaque pas, la doctrine se heurte contre un principe; il n'y a presque pas un point sur lequel les auteurs soient d'accord. A vrai dire, il n'y a pas de doctrine, les auteurs ont subi la domination des faits. Ceux-là mêmes qui les ont acceptés franchement, et qui cherchent à les expliquer, avouent qu'il s'agit d'un accommodement avec la loi, de même que les théologiens ont imaginé des accommodements avec le ciel.

La subrogation à l'hypothèque légale, dit M. Pont, s'est introduite dans la pratique comme une sorte de *palliatif*, que les prérogatives attachées aux droits et créances des femmes mariées ont rendu nécessaire. Un *palliatif*! Cela suppose que la pratique a cherché à éluder la loi qui la gênait; et éluder la loi, n'est-ce pas la violer? Les conventions de l'espèce, continue M. Pont, ont pour objet de rétablir le crédit du mari qu'une *application rigoureuse* des principes sur l'hypothèque aurait compromis ou anéanti. Ainsi la pratique a trouvé un moyen d'échapper aux inconvénients que présentait l'application *rigoureuse* de la loi! L'aveu condamne d'avance toute la théorie que les auteurs ont essayé de construire. Toute hypothèque légale gêne le débiteur et diminue son crédit; mais si la loi trouve bon d'accorder une hypothèque à la femme, fût-elle générale et occulte, est-ce que cela autorise les interprètes à se mettre au-dessus de la loi (1)?

Martou, l'excellent interprète de notre loi hypothécaire, avoue que les moyens inventés par les praticiens pour garantir les tiers contre l'hypothèque de la femme aboutissaient à annuler en fait les sûretés que le législateur a accordées à la femme. Ainsi le législateur fait, et la pratique défait! Quand la pratique serait universelle, nous ne lui reconnaissons pas ce droit-là, et personne n'oserait soutenir qu'elle ait le pouvoir de corriger la loi et de faire un

(1) Pont, t. II, p. 478, n° 450.

nouveau code civil. Martou avoue encore qu'il y avait quelque contradiction dans un état de choses où l'on voyait les femmes mariées *défaire presque toujours l'œuvre du législateur* (1). Pour le coup, l'aveu témoigne contre la doctrine qui a essayé de légitimer une pratique illégale, car c'est bien une illégalité que de *défaire l'œuvre de la loi*.

**327.** Quand la loi est mauvaise, les interprètes ne doivent pas s'ingénier à la tourner et à l'é luder ; qu'ils signalent les défauts de la loi et qu'ils en demandent la révision ! C'est ce qui a été fait en Belgique. La loi hypothécaire a aboli les hypothèques générales, elle a soumis l'hypothèque de la femme à la spécialité et à la publicité. Dès lors les praticiens doivent être satisfaits, et il n'y a plus de raison pour éluder la loi en annulant l'hypothèque de la femme dans l'intérêt du mari. Sans doute l'hypothèque de la femme diminuera toujours le crédit du mari : c'est l'effet de toute hypothèque. Il n'y avait qu'un moyen de laisser au mari tout le crédit que peut lui assurer sa fortune immobilière, c'était d'abolir l'hypothèque légale de la femme ; le législateur a cru devoir la lui conserver, il faut respecter sa volonté. La spécialité et la publicité donnent aux tiers toutes les garanties qu'ils peuvent désirer ; ils ne traiteront plus avec la crainte d'une éviction qui les menace, ou d'une préférence dont ils ne peuvent déterminer l'étendue, l'inscription leur fera connaître le montant des charges qui grèvent les biens du mari, comme elle leur fait connaître la situation hypothécaire de tout propriétaire (2). S'il y a des droits éventuels, les tiers n'en éprouvent aucun préjudice, le montant de ces droits peut être moindre que celui que l'inscription a fixé ; dans ce cas, les tiers en profiteront ; s'il est plus élevé, les tiers n'en souffriront pas, puisqu'on ne peut leur opposer que les droits conservés par l'inscription. Faut-il maintenir, dans ce nouvel ordre de choses, la subrogation à l'hypothèque de la femme, telle que la jurisprudence française l'a consacrée ? A notre avis, la négative est certaine. Il n'y a même plus de prétexte

(1) Martou, t. III, p. 37, n° 930.

(2) Martou, t. III, p. 39, n° 930.

pour éluder la loi : elle a été faite contre les femmes mariées, dans l'intérêt du crédit des maris, et dans l'intérêt des tiers ; aller plus loin, c'est défaire la loi nouvelle. Cependant les interprètes, dominés par la tradition, ont reproduit les principes de la jurisprudence française. C'est une erreur ; car c'est corriger la loi, alors que le législateur a décidé dans quelles limites il convenait de sacrifier l'intérêt des femmes à l'intérêt général ; il n'appartient pas à l'interprète de dépasser ces limites.

Le législateur belge a fait plus. Il a autorisé la femme à renoncer aux inscriptions prises en sa faveur dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le mari (art. 71) ; il a par cela même rejeté tout ce que la jurisprudence française avait toléré, en permettant à la femme de céder son hypothèque, d'y subroger ou d'y renoncer. Nous commencerons par déterminer l'étendue et les effets de la disposition nouvelle, puis nous examinerons si l'on peut aller au delà. En Belgique, les conventions, si usitées en France, sont à peine connues ; la pratique les ignorait sous l'empire du code Napoléon. D'après notre loi nouvelle, elles deviennent à peu près inutiles ; de là la rareté des décisions judiciaires sur une matière qui, en France, a suscité tant de controverses. C'est une raison de plus pour nous en tenir au simple exposé des principes.

## § II. Principe établi par la loi belge.

**328.** L'article 71 porte : « La femme ne pourra renoncer, directement au profit de son mari, aux inscriptions prises en vertu des dispositions précédentes. » Ces dispositions concernent les personnes qui ont le droit ou le devoir de prendre des inscriptions au nom de la femme. L'article 71 est donc applicable dans tous les cas où l'hypothèque de la femme est inscrite, peu importe par qui l'inscription a été requise. Cela est d'évidence. L'inscription conserve l'hypothèque de la femme, en ce sens qu'elle lui assure les droits attachés à l'hypothèque, c'est-à-dire les droits de préférence et de suite. Peut-elle renoncer à