

Cette opinion est aussi celle de Loyseau (1) et de Perezus (2). Cependant j'aurais de la peine à l'adopter, car aucune loi ne parle de ce privilège. La loi *Procurat.* § *Plané*, D. de Trib. act., paraît au contraire l'exclure formellement. « *Licèt merces quæ extant ex unius cre-*  
» *ditoris pecuniâ sint comparatæ, dicendum erit omnes*  
» *in tributum venire* (3). » A la vérité, la loi *Quod quis*, citée ci-dessus, n° 181, et loi 26 D. *De reb. auct.*, portaient que celui qui avait prêté de l'argent pour l'achat d'un vaisseau avait un privilège personnel. Mais des auteurs très-graves remarquaient que c'était une exception introduite *favore navigationis* (4).

228. Mais revenons à l'hypothèque privilégiée du bailleur de fonds. C'était une grande difficulté de savoir si, pour s'en prévaloir, il était nécessaire que l'acte contînt, outre la stipulation d'hypothèque, la mention que l'argent était prêté pour opérer l'achat, ou s'il suffisait que par le résultat il fût prouvé que l'argent y avait été réellement employé. Notre vieux commentateur *Faber* soutenait (5) que la clause de *destination* n'était pas nécessaire, et qu'il suffisait de l'événement. Cette opinion, adoptée par plusieurs jurisconsultes, ne paraît pas contraire au texte précis de la loi *Licèt*.

Mais je préfère l'opinion de Loyseau, qui ne veut pas que la loi *Licèt* soit prise isolément, et qui la combine avec la Nouvelle 97, chap. 4, où il est dit : « *si EXPRESSIM*  
» *SCRIPTUM SIT in instrumento, creditum fuisse aurum oc-*  
» *casione militiæ* (6). »

On conçoit d'ailleurs facilement la raison de cette exigence. Il ne fallait pas qu'un prêt hypothécaire fait

(1) Off., liv. 3, ch. 8, n° 31.

(2) Cod., lib. 8, t. 18, n° 19.

(3) Pothier, Pand., t. 1, p. 410, n° 9.

(4) Favre, Cod., lib. 8, t. 8, déf. 10, note 2. Conjectur., lib. 8, cap. 11 et 12.

(5) Sur la loi *Licèt*.

(6) Offic., liv. 3, ch. 8, n° 29 et suiv.

purement et simplement, et sans vouloir que les fonds fussent employés à un achat, acquit un privilège *ex post facto*, par des circonstances non prévues et étrangères à la volonté du prêteur.

Ainsi, la destination devait être expressément convenue.

D'un autre côté, j'ai montré ci-dessus (1), par le texte de la loi *Licèt*, qu'il fallait rapporter la preuve de l'emploi. « *Cujus pecuniâ prædium comparatum probatur* (2). »

Tels étaient les principes du droit romain sur cette matière, qui présentait de grandes difficultés d'interprétation, mais que les efforts des commentateurs étaient parvenus à éclaircir et à systématiser. Je m'y suis arrêté trop longtemps, peut-être, au gré de quelques lecteurs, et cependant je n'ai fait que toucher les sommités, et faire ressortir les résultats.

229. En passant dans notre ancien droit français, le droit du bailleur de fonds subit d'importantes modifications (3).

On sait que nos contrats authentiques emportaient avec eux une hypothèque sans stipulation. Il ne fut donc plus nécessaire que celui qui prêtait son argent à un acheteur par acte devant notaire stipulât une hypothèque.

D'un autre côté, on maintint avec sévérité l'usage de la condition prescrite par la Nouvelle 97, chap. 4, savoir, qu'il résultât d'une clause expresse de l'acte que le prêt était fait pour acheter (4).

(1) N° 227.

(2) V. aussi la loi dernière, C. *De pignor.* Loyseau, Off., liv. 3, chap. 5, n° 11, 12, 13, 14, 15, a parfaitement expliqué cette matière, en réfutant toutes les objections et en conciliant tous les textes qui paraissent contraires.

(3) M. Dalloz dit que la loi *Licèt* prescrivait les mêmes formalités que l'art. 2103, n° 2, du Code Napoléon (V. Hyp., p. 51, n° 15). On se convaincra aisément par ce qui suit que cette assertion manque d'exactitude.

(4) Louet, lettre H, som. 21.

On alla même plus loin afin d'éviter les fraudes, et l'on exigea qu'indépendamment de la mention contenue dans le contrat de prêt sur la destination, l'emploi de l'argent prêté fût prouvé par l'acte d'achat, dans lequel il fallut insérer la clause *que le paiement du prix de l'immeuble avait été fait avec l'argent prêté*, chose que le droit romain n'exigeait pas, car il se contentait d'une preuve quelconque de l'emploi (1). Cette jurisprudence se maintint jusqu'aux derniers temps ; on peut en suivre les progrès ultérieurs dans Basnage (2).

A ces conditions, le prêteur de fonds avait un *privilege* de plein droit, qui répondait à l'*hypothèque privilégiée*, qui chez les Romains ne résultait que d'une convention formelle.

230. C'est sous les mêmes conditions que le Code Napoléon accorde un *privilege* à celui qui a prêté de l'argent pour l'acquisition d'un immeuble (3).

Il faut d'abord qu'il soit *authentiquement* constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi.

Il faut ensuite que la quittance donnée à l'acquéreur de l'immeuble par le vendeur porte que le paiement a été fait des deniers empruntés.

La disposition du Code qui impose ces conditions au prêteur jaloux de s'assurer un *privilege*, revient à celle qui est renfermée dans l'art. 1250, n° 2.

« Lorsque le débiteur, dit ce dernier article, emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier, il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires ; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quit-

(1) Idem, Loyseau, Offices, liv. 3, ch. 8, n° 44.

(2) Hyp., ch. 14.

(3) *Infrà*, n° 354.

» tance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours du nouveau créancier. »

Celui qui emprunte pour acheter subroge, en effet, de plein droit, le prêteur au *privilege* du vendeur, et le cas dont parle notre article n'est qu'une espèce particulière de l'art. 1250, n° 2 (1).

231. Le mot *authentiquement* dont se sert notre article doit être remarqué. En le rapprochant de l'art. 1250,

(1) Notre article, en exigeant « qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi (à l'acquisition d'un immeuble), et, par la quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés », se réfère, en effet, à ce n° 2 de l'art. 1250, dont il reproduit les conditions. Mais on s'est demandé souvent, dans la pratique, si la forme indiquée par le n° 1 du même article ne suffirait pas pour conférer le *privilege* ; en d'autres termes, si le prêteur qui paye en se faisant subroger par quittance authentique n'a pas droit au *privilege* aussi bien que celui qui prête par acte authentique et fait déclarer l'origine des deniers dans la quittance ? L'Assemblée nationale avait tranché cette question en supprimant le n° 2 de l'art. 2103, et en renvoyant, d'une manière générale, à l'art. 1250 pour les formes de la subrogation (V. la dernière rédaction de l'art. 2103). La résolution me paraît juste : il n'y a pas, en effet, de motif plausible pour refuser la subrogation et le *privilege* dans une forme plutôt que dans l'autre. — La Cour de cassation, sans qu'elle ait eu à statuer directement sur la question, paraît n'avoir pas considéré comme exclusive la forme du n° 2 de l'art. 1250, dans une espèce où elle a jugé qu'il ne suffit pas pour être subrogé au *privilege* du vendeur, d'avoir prêté ou employé des deniers pour l'acquisition d'un immeuble, mais qu'il faut que le *contrat renferme à la fois* la preuve que cet emploi a réellement eu lieu, la stipulation de la cause et la reconnaissance du vendeur qu'il a été désintéressé avec les deniers empruntés. Arrêt du 26 avril 1827 (Sirey, 27, 1, 400). Dans l'espèce, il n'y avait qu'un seul acte, et non pas un acte d'emprunt d'abord et ensuite une quittance indicative de l'origine des deniers ; et si le *privilege* fut refusé, ce ne fut pas par ce motif, car la difficulté ne fut pas même soulevée, mais par d'autres circonstances qui ne touchent pas à la question.

n° 2, on voit clairement qu'il est nécessaire que le prêt soit fait *par acte public*. Sans cela, on ne pourrait en tirer une cause de privilège. La raison en est que, les actes sous seing privé se pliant avec une grande facilité aux fraudes que la mauvaise foi veut pratiquer, la loi a dû s'en défier avec soin. Ainsi, par exemple, il serait possible qu'un prêt ayant été fait purement et simplement, l'emprunteur achetât un immeuble avec l'argent prêté, et que le bailleur de fonds, colludant avec son débiteur, profitât de cette circonstance imprévue, et se fit faire, après coup, un acte de prêt sous seing privé pour établir que l'argent avait été originairement confié pour acheter. Cette fraude, très-facile avec le moyen des actes sous seing privé, nuirait gravement aux droits des tiers, et la loi s'est armée de précaution pour la prévenir.

232. On n'était pas d'accord dans l'ancienne jurisprudence sur le temps qui devait s'écouler entre le prêt et l'emploi. La loi 24, § 3, D. *De reb. auct. jud.*, exigeait que le temps fût assez court pour qu'on ne pût supposer que l'acquéreur effectuait le paiement avec d'autres deniers. « *Quod quidem potest benignè dici, si modo, non post aliquod intervallum, id factum sit.* »

Renusson voulait que l'emploi fût fait le même jour que le prêt (1).

Bacquet (2) donnait jusqu'au lendemain, et son opinion avait été confirmée par un arrêt du parlement de Toulouse, du 2 mai 1778, rapporté par Catellan (3).

D'autres auteurs, dont les opinions sont rapportées dans le Répertoire de jurisprudence (4), accordaient un plus long délai : les uns parlaient de trois jours, les autres de dix.

Le Code ne s'exprimant pas à cet égard, il est impos-

(1) Ch. 11, n° 12.

(2) Droits de justice, ch. 2, n° 241.

(3) Liv. 5, ch. 29.

(4) V. Subrogation de personnes, p. 37, col. 2.

sible d'adopter une règle fixe; tout doit dépendre des circonstances; le juge examinera si, d'après les faits, il y a lieu de décider que l'argent n'a pas reçu l'emploi convenu, et si l'achat a été fait avec d'autres fonds. La loi s'en rapporte à sa conscience, qui ne peut recevoir de lumières que des éléments de la cause (1).

233. J'ai dit quelque chose, au n° 78 bis, du rang de celui qui a prêté des fonds pour effectuer un achat.

J'ajoute ici, quoique j'en aie déjà fait l'observation, que, le bailleur de fonds étant un simple subrogé aux droits du vendeur, cette subrogation ne doit point nuire à ce vendeur, et si celui-ci n'a pas été payé de tout ce qui lui était dû pour prix de vente, il pourra recouvrer la portion encore due, par préférence sur le prêteur. *Creditor non videtur cessisse contra se*, dit Dumoulin (2).

Jacques prête à Titius une somme de 50,000 fr. pour acheter la terre de *Rioville*. Titius se rend acquéreur de cette propriété, pour 150,000 francs, et il ne paye au vendeur que 50,000 francs. Il est clair que le vendeur sera privilégié sur l'immeuble pour les 100,000 fr. restant dûs, et qu'il devra en être payé par préférence au bailleur de fonds, lequel ne viendra ensuite pour son prêt que par subrogation aux droits du vendeur, et jusqu'à concurrence de ce dont ses fonds auront contribué à le désintéresser (3).

234. Ils'est présenté, au parlement de Paris, un autre cas où le rang du bailleur de fonds a donné lieu à difficulté. Barillon avait vendu ses terres de Bellair et Soubleproux au sieur de Vignoles pour 87,000 fr., payables à ses créanciers qu'il avait dénommés par le contrat. L'acquéreur paya aux plus anciens créanciers indiqués 57,000 francs qu'il avait empruntés, et *fit subroger les*

(1) Grenier, t. 2, n° 393. Répert., v° Subrogation, p. 38, col. 1, *in princip.* Toullier, t. 7.

(2) *De contract. usur.*, quest. 89. Socin, Conseil 206.

(3) Renusson, Subrogation, ch. 15.