

tions erronées, comme l'a prouvé M. Toullier (1); propositions qui sont du reste contraires à ce que Renusson enseigne dans le corps de son ouvrage. On sait que c'est un défaut ordinaire des parallèles, de tenir beaucoup moins à la vérité des choses qu'aux aperçus ingénieux.

La subrogation a souvent été confondue avec la cession ou le transport. C'est cette erreur des formalistes qui a beaucoup contribué à brouiller cette matière difficile.

La cession est une véritable vente. Son objet principal et direct est de transporter une créance sur la tête de quelqu'un qui l'achète. Au contraire la subrogation n'est jamais que l'accessoire d'un paiement fait pour libérer un débiteur et éteindre une obligation. Elle adhère toujours à une résolution de contrat, « *est potius distractus quam contractus* (2). »

Dans la cession, la commune intention est d'aliéner et d'acquérir. Au contraire, lorsqu'il se fait un paiement avec subrogation, le créancier qui cède ses droits n'a nullement l'intention de vendre. Son objet est de se faire payer ce qui lui est dû. Aussi a-t-on dit avec raison de la subrogation : « *non est vera cessio, sed successio in locum alterius* » (3).

Mais ces différences entre la cession et la subrogation sont bien plus sensibles lorsque la subrogation, au lieu d'être consentie par le créancier, émane du débiteur, ou même de la loi, comme on le verra *infra*.

Car alors la subrogation se fait *etiam invito creditore*, tandis que la cession doit être nécessairement l'ouvrage du créancier.

M. Merlin a dit (4) que la cession transfère la dette même, tandis que la subrogation n'en transmet que quelques prérogatives.

Mais cette proposition, vraie dans certains cas, est

(1) T. 7, n° 119, p. 140 et suiv.

(2) Renusson, ch. 2, n° 22.

(3) Renusson, ch. 2, n° 14.

(4) Rép., Subrog., p. 25.

fausse dans sa généralité. Il arrive souvent que le subrogé est investi, non-seulement du privilège et de l'hypothèque du créancier primitif, mais encore de la créance elle-même. Par exemple, la caution du débiteur d'une rente paye le capital et les arrérages de cette rente au créancier et stipule la subrogation dans icelle. Dans ce cas, suivant Dumoulin (1) et Renusson (2), la caution deviendra créancière de la rente, qui continuera à avoir cours à son profit. La créance est donc réellement transférée.

De même, lorsqu'un créancier postérieur paye un créancier antérieur, et qu'il lui est subrogé de plein droit, ce créancier postérieur a, dit Renusson, *la même action* qu'avait l'ancien, et *le même droit*, la même hypothèque. La loi 3, C. *De his qui in prior. loc. succed.*, dit positivement « *in jus eorum successisti* (3). » Tel est aussi l'avis de M. Toullier (4).

Enfin Pothier (5), après avoir montré que par le droit romain celui qui fournissait ses deniers au débiteur pour payer le créancier n'acquerrait pas la créance du créancier, laquelle était éteinte par le paiement, mais n'acquerrait que l'hypothèque, établit qu'il n'en est pas de même par le droit français, et que le subrogé acquiert non-seulement l'hypothèque, mais encore *la créance elle-même* et les actions qui en dépendent.

Aussi la cour d'Amiens a-t-elle décidé, je crois avec raison, que la caution de l'acquéreur qui paye le vendeur succède non-seulement à son privilège, mais encore à son droit de demander la résolution du contrat (6).

350. La subrogation diffère aussi de la délégation. Car

(1) *De usuris*, quæst. 89.

(2) Ch. 2, n° 24 et 25.

(3) Ch. 4, n° 24.

(4) T. 7, p. 143 et suiv.

(5) Orléans, tit. 20, n° 80.

(6) 9 nov. 1825. D. 26, 2, 456. V. aussi Paris, 8 mars 1843 (*J. du Pal.*, 1843, t. 1, p. 574).

celle-ci a toujours lieu entre trois personnes, et la subrogation entre deux ; quelquefois même c'est la loi qui l'accorde.

La délégation a pour but de mettre un débiteur à la place d'un autre. *Delegare est vice suâ reum alium dare creditori*, dit la loi romaine citée ci-dessus.

Au contraire, la subrogation met un créancier à la place d'un autre, c'est un moyen par lequel un débiteur cherche à se procurer un créancier plus complaisant. « *Debitoribus autem prodest SUBROGATIO, quò facilius viam inveniant dimittendi acerbiorum creditorem, vel com-modiùs mutuandi.* » Ce sont les paroles de Dumoulin (1).

La délégation éteint la dette et par conséquent les privilèges et hypothèques dont elle jouissait.

Au contraire, la subrogation fait survivre les privilèges et hypothèques à la dette payée par le subrogé, et les transfère en la personne de ce dernier (2).

551. La subrogation n'était pas connue sous ce nom dans le droit romain. Les jurisconsultes l'appelaient « *cessio actionum à lege, beneficium cedendarum actionum, successio, substitutio* (3) » Quelques interprètes du droit romain lui donnent le nom de *subingressio* quand elle s'opère de plein droit (4). Le mot *subrogation*, tel que nous l'employons, nous vient du droit canonique (5).

C'était même quelque chose de fort obscur que tout ce qui se rattachait à la matière des subrogations, comme on peut le voir par ce que dit Loyseau, dans son *Traité des offices* (6), et par le *Traité de Renusson*, sur la subrogation. Mais on sent que ce n'est pas ici le lieu d'approfondir cette matière, qui appartient principalement au titre

(1) *De usuris*, quæst. 57.

(2) Voy. Douai, 7 mai 1842 (*J. du Pal.*, 1842, t. 2, p. 552).

(3) Renusson, ch. 2, n° 14.

(4) Olea, *De cessione jurium*.

(5) Renusson, ch. 1, n° 8.

(6) Liv. 3, ch. 8, n° 57 et suiv.

des obligations, et qui n'est ici qu'un accessoire. Je me bornerai à rappeler quelques détails nécessaires pour se mieux pénétrer des règles consacrées par notre article.

552. La subrogation est *conventionnelle* ou *légale*. La subrogation conventionnelle peut être octroyée, tant par le créancier qui reçoit son paiement d'une tierce personne, que par le débiteur qui emprunte.

553. 1° La subrogation peut être octroyée par le créancier lorsque celui-ci reçoit son paiement d'un tiers. Le créancier désintéressé subroge alors le tiers qui le paye dans ses droits, actions, privilèges et hypothèques. Cette subrogation doit être expresse, et faite en même temps que le paiement. Elle ne peut être faite *ex intervallo*. On en sent la raison ; car le paiement non accompagné d'une *prompte cession d'actions*, comme dit Loyseau, bien loin de transférer la dette ou l'hypothèque, l'éteint et l'amortit tout à fait (1). Je dois dire cependant que les Romains n'exigeaient une convention expresse de subrogation que pour le cas où un tiers payait un créancier *ayant hypothèque*. Mais lorsque ce tiers payait un créancier *privilegié*, il lui était subrogé de plein droit, et sans stipulation, ainsi que le dit Ulpien dans la loi 24, § 11, D., *De reb. auct. jud.* ; il suffisait que l'argent fût parvenu ès mains du créancier privilégié. « *Eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiatos pervenit* (2). » Telle était aussi la jurisprudence française, ainsi que l'attestent Loyseau (3), Brodeau sur Louet (4), d'Olive (5), Renusson (6), Pothier (7) ; et c'est en

(1) Off., liv. 3, ch. 8, n. 67. L. *Solvendo*, D. *De neg. gestis*. D'Olive, liv. 4, ch. 14. Cujas, *Observat.*, liv. 18, c. 40. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 569, n° 7.

(2) Cujas, *Observ.*, l. 18, c. 40, et *Quæst. Pauli*, lib. 3, sur la loi *Aristo*. Renusson, ch. 3, n° 28, 29, 31.

(3) Off., liv. 3, ch. 7, n° 4.

(4) Lettre E, n° 58.

(5) D'Olive, liv. 4, ch. 14.

(6) Ch. 3, *loc. cit.*

(7) *Oblig.*, n° 521.

quoi M. Toullier a commis une erreur lorsqu'il a dit (1) qu'il n'y avait pas de différence par le droit romain entre la transmission de l'hypothèque et celle du privilège, par voie de subrogation, lorsque cette transmission était consentie par le créancier. Il est certain que dans un cas il fallait une stipulation, et que dans l'autre la transmission s'opérait de plein droit. Mais par le Code Napoléon, cette différence, dont il n'y a pas de motifs plausibles, n'existe plus; car l'art. 1250, n° 1, exige une clause expresse, soit pour le privilège, soit pour l'hypothèque.

Du reste, il faut remarquer que le créancier n'est pas obligé de donner la subrogation (2). Il peut s'y refuser, ne fût-ce que dans l'intérêt du débiteur, afin de ne pas l'exposer à tomber entre les mains d'un créancier avaro.

Néanmoins, comme ce refus pourrait souvent être capricieux, on a évité cet inconvénient en permettant que la subrogation se fit par le débiteur. C'est la deuxième manière dont s'opère la subrogation conventionnelle. J'en parlerai tout à l'heure (3).

353 bis. De tous les genres de subrogation, la subrogation octroyée par le créancier est celle qui a le plus de rapport avec la cession. C'est même en l'assimilant à la vente que les jurisconsultes l'introduisirent dans le droit sous le titre de *Beneficium cedendarum actionum*. En effet, le paiement éteint la dette et toutes ses garanties. Comment donc le créancier qui reçoit son paiement peut-il céder des droits qui cessent de subsister au moment même où le paiement est effectué? Pour éluder cette difficulté, les jurisconsultes romains imaginèrent de dire que la somme donnée en paiement au créancier était moins un paiement, que le prix de la cession des actions faite par le même créancier. « Non enim in solutum ac-

(1) T. 7, n° 158.

(2) L. *Nulla*, C. *De solut.* Basnage, Hyp., ch. 15, Loyseau, l. 3, ch. 8, n° 27. D'Olive, liv. 4, ch. 14.

(3) *Infra*, n° 354.

» cepit (dit Paul) (1), sed quodammodo nomen debitoris » vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id » ipsum ut præstet actiones. » C'est aussi ce que dit Modestin dans la loi 76 *De solut.* (2).

M. Toullier a conclu de ces textes que le créancier qui consent à une subrogation est obligé à la garantie, de même que dans la cession (3). Mais c'est une erreur réfutée d'avance par Renusson, Dumoulin et Pothier. Dumoulin dit en effet : « *Creditor non tenetur cedere actiones » cum hoc onere ut sint efficaces, sed simpliciter quales » habet* (4). » — « Le créancier qui a consenti la subrogation, dit Renusson, n'est obligé à aucune garantie : *suum recepit*. Le consentement qu'il donne à la subrogation ne l'oblige (5). » Et ailleurs : « La simple cession d'actions, que nous appelons subrogation, a bien quelque effet semblable à la vente et à la cession et transport, mais non pas tous leurs effets... Car le créancier qui aura consenti la subrogation ne sera pas garant; la rente sera éteinte à son égard (6). »

En effet, ce n'est que par une fiction que celui qui est subrogé au créancier est censé avoir plutôt acheté de lui la créance que l'avoir payée (7). Aussi Paul dit-il : « *Quodammodo vendidit.* » Remarquez, toutefois, que si le créancier payé et subrogeant n'était pas créancier, soit parce qu'il aurait déjà été payé, soit parce que son titre n'était pas véritable, il y aurait lieu à recourir contre lui; mais ce ne serait pas, à proprement parler, par l'action en garantie, ce serait plutôt par la *condictio indebiti*. Car il aurait reçu ce qui ne lui était pas dû (8).

(1) L. 36, D. *De fidejussor.* Pothier, Pand., t. 3, p. 337, n° 46.

(2) Cojas, sur cette loi. Pothier, Pand., t. 3, p. 337, note c, et 318.

(3) T. 7, p. 141.

(4) *De usuris*, n° 662 et suiv.

(5) Ch. 2, n° 22.

(6) Ch. 2, n° 25. Pothier, Orléans, t. 20, sec. 5.

(7) Pothier, id., t. 20, sect. 5.

(8) Renusson, ch. 2, n° 22.

D'Olive (1) examine la question de savoir si le créancier qui a reçu son paiement *comme premier créancier* est sujet à garantie, lorsque de fait il n'a pas le premier rang. Il se prononce pour l'affirmative, et s'appuie d'un arrêt du parlement de Toulouse, du 15 juillet 1657.

Je crois cette solution bonne, quand il est bien prouvé que c'est uniquement à cause de son hypothèque, qu'on croyait la première, que le créancier a reçu paiement de quelqu'un qui ne lui devait rien. Mais ce cas ne peut pas favoriser beaucoup le système de M. Toulhier. Car il s'agirait ici d'erreur, et ce serait l'erreur qui ferait annuler le paiement.

On pourrait même dire que l'objet du traité portant principalement sur le rang, le créancier a fait plus que d'agir pour recevoir son paiement, qu'il a encore agi dans l'intention de vendre et d'acquérir. Ce qui nous ramènerait à une cession proprement dite (2), et donnerait ouverture à la garantie. Mais, je le répète, il faudrait que cette intention fût claire. En général, le créancier n'a pour objet principal que de recevoir son paiement, et nullement de vendre.

554. 2° La subrogation peut être octroyée par le débiteur ; comme lorsque, par exemple, Pierre emprunte de l'argent pour payer Jacques, son créancier privilégié, et subroge son prêteur à tous les droits de ce dernier.

Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire ; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement ; et que dans la quittance, il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis par le nouveau créancier. (Article 1250 du Code Napoléon.)

Nous avons déjà vu deux exemples de cette subrogation (3).

(1) Liv. 4, ch. 26.

(2) *Suprà*, n° 349.

(3) V. sur l'art. 2103, § 2 et 5.

Loyseau (1) nous apprend qu'il y avait de son temps des *formalistes* qui ne pouvaient se persuader que le débiteur pût subroger, à la place de l'ancien créancier privilégié, celui qui faisait sa condition meilleure. Il leur paraissait extraordinaire que l'action et le privilège pussent passer d'une personne en une autre, sans transport de celui qui en est investi.

Mais Loyseau répond aux scrupules de ces *modernes praticiens*, d'abord par les lois *Si prior*, § à *Titio D.* ; *Qui potior in pignorib.*, 1 C. ; *De his qui in prior. cred. loc. succed.* 7, § 6, *De reb. eor.* Ensuite, il s'appuie de l'opinion du prince de nos docteurs français, *Dumoulin* (2), dont voici les termes : « Non requiritur istam » cessionem fieri cum primo creditore vel eo sciente, » sed sufficit fieri cum solo debitore vel eum repræsentante. Sicque iste secundus creditor nullam causam » habet à primo, sed solùm causam habet à debitore. Et » tamen succedit in jus primi, *saltem in jus simile et » æquè potens*, etiàm in præjudicium intermediorum » ditorum, quibus tamen non dicitur damnum inferri, » sed lucrum non afferri, quia dantaxat novissimus iste » loco primi subrogatur, eodem aliquo statu remanente. » Ideò hoc *toleratur*, licet non interveniat factum primi. » Et meritò est jure introductum, et moribus confirmatum, quia creditoribus damnum non infert, debitoribus autem prodest quò faciliùs viam invenient dimitendi acerbiorẽ creditorem, vel commodiùs mutandi. » On peut voir aussi d'Olive, liv. 4, chap. 14. Néanmoins, l'autorité du droit romain et des grands jurisconsultes, qui s'en étaient faits les défenseurs, ne purent vaincre tout à fait les préjugés, et il fallut qu'un édit de 1609 établît que le débiteur pouvait subroger sans le concours du créancier (3).

(1) Off., liv. 5, ch. 8.

(2) *De usuris*, n° 276.

(3) Loyseau, *loc. cit.*

354 bis. Lorsque la subrogation se fait par le débiteur, les Romains faisaient une distinction entre le cas où il s'agissait d'un privilège personnel et celui où il s'agissait d'une hypothèque.

Lorsqu'il s'agissait de subroger à un privilège, la loi n'exigeait qu'une condition, savoir, que l'argent eût été donné avec réserve qu'il serait payé aux créanciers privilégiés, et qu'en effet les créanciers fussent payés; ou bien que, sans convenir que l'argent serait donné aux créanciers, il fût prouvé par l'événement qu'il leur fût parvenu par les mains du débiteur, *si modò non post aliquod intervallum* (1). Je dis que la seconde de ces circonstances suffisait sans l'autre (2), quoique M. Toullier semble croire qu'elles fussent cumulativement obligées. Car le texte de ces deux lois, loin d'exiger leur réunion, présente l'emploi effectif des deniers prêtés comme étant de nature à acquérir de plein droit la subrogation. C'est ainsi, du reste, que les ont entendues la glose (3), Cujas (4), et Pothier (5).

Au contraire, lorsqu'un tiers étranger prêtait au débiteur pour payer un créancier hypothécaire, il n'avait la subrogation qu'autant qu'il la requérait expressément. Vainement eût-il prouvé que l'argent était parvenu dans les mains du créancier hypothécaire (6), ou qu'il n'avait prêté que pour le payer (7). Tout cela était inutile, sans la clause expresse de subrogation (8).

(1) L. 24, § 3, D. *De reb. auct. jud.* L. 2, D. *De cessione bonor.* Pothier, Pand., t. 3, p. 186, n° 33.

(2) T. 7, n° 158.

(3) Sur la loi *Si ventri.*

(4) Observ., l. 18, ch. 4.

(5) T. 3, p. 186, n° 23, Pand.

(6) L. 2, C. *De his qui in prior.* Pothier, Pand., t. 1, p. 569, n° 6.

(7) L. 3, D. *Quæ res pignori.* Pothier, *loc. cit.*

(8) L. 1, C. *De his qui in prior.* L. 3, C. *De privil. fisci.* Cujas, Observ., lib. 18, cap. 40. Renusson et autres, cités *suprà*, n° 353.

Il n'est pas facile d'expliquer pourquoi les Romains avaient établi cette différence entre la transmission par subrogation des *privilèges*, et la transmission par subrogation des *hypothèques*.

Par le Code Napoléon, la même distinction n'existe plus. Soit qu'il s'agisse de privilège, soit qu'il s'agisse d'hypothèque, il suffit que dans l'acte d'emprunt on stipule la destination, et que la quittance donnée par le créancier prouve l'emploi. Alors, il y a subrogation quand même cette subrogation n'aurait pas été expressément stipulée. Car elle sort implicitement du concours de la destination des fonds prêtés et de l'emploi.

355. La subrogation de plein droit a lieu d'après l'article 1251 du Code Napoléon :

1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques.

Par le droit romain, le créancier hypothécaire postérieur, qui payait le créancier premier en hypothèque, était subrogé *de plein droit* à celui-ci, parce qu'il était réputé n'avoir fait ce paiement que pour devenir premier et principal créancier (1). On sait que dans les principes du droit romain, il n'y avait que le premier créancier qui pût faire vendre le gage hypothécaire. Il suivait de là que les créanciers postérieurs étaient souvent exposés à attendre leur paiement, et qu'ils dépendaient du premier créancier, appelé *potior creditor*. Pour remédier à cet inconvénient, les lois accordaient le droit d'offrir (*jus offerendi*), par lequel le créancier postérieur offrait au premier créancier de le payer comptant, et en ce faisant, il était subrogé de plein droit en son lieu et place.

En France, il était de règle, autrefois comme aujourd'hui, que tous les créanciers indistinctement

(1) C. *De his qui in prior. loc. succed.* Renusson, ch. 4. Pothier, t. 1, p. 570.

pussent faire vendre le gage hypothécaire. C'est sur cette différence du droit français et du droit romain que plusieurs jurisconsultes, d'un très-grand poids, avaient pensé que le droit d'offrir n'avait pas lieu en France, et que si un second créancier en payait un premier, il n'entraît pas dans ses droits, sans cession expresse (1).

Mais l'opinion la plus commune était que, comme dans beaucoup de cas il pouvait être utile au créancier postérieur de payer le premier créancier, il y avait lieu à maintenir la subrogation de plein droit, accordée par les lois romaines (2).

On voit que c'est ce dernier sentiment que le Code a fait prévaloir (3).

356. Mais on demande si sous la législation actuelle le droit d'offrir appartient au créancier chirographaire ou simplement au créancier hypothécaire.

Dans l'ancienne jurisprudence, il était certain que le créancier chirographaire qui payait un créancier privilégié ou hypothécaire ne lui était pas subrogé de plein droit; on considérait le créancier chirographaire comme un créancier étranger, qui aurait payé sans requérir ou stipuler de subrogation (4).

M. Grenier pense dans son *Traité des hypothèques* (5) qu'il doit en être de même sous le Code Napoléon. Mais M. Toullier (6) est d'avis que l'art. 1251 du Code Napoléon

(1) Loyseau, *Offic.*, liv. 3, ch. 8, n° 66.

(2) Favre, *De exorib. pragmat.*, cap. 4, lib. 1. Brodeau sur Louet, l. C, n° 58. Renusson, ch. 4, n° 28. Basnage, *Hyp.*, ch. 15.

(3) V. *infra*, t. 3, p. 752 et suiv., divers exemples de l'utilité de la subrogation légale dans le cas de concours de l'hypothèque générale avec l'hypothèque spéciale.

(4) Leprestre, cent. 1, ch. 69, p. 196. Dumoulin, *De usuris*, n° 176. Corvinus, *Enarrat.*, lib. 8, t. 9. Perezus, *Prælect.*, idem. Basnage, *Hyp.*, ch. 15. Domat., liv. 3, t. 1, sect. 6.

(5) T. 1, n° 91, p. 179.

(6) T. 7, n° 140, p. 185. *Junge* MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1258, Zachariæ § 521, note 27, et un arrêt de la cour de Douai, du 20 nov. 1839 (Sirey, 40. 2, 214).

s'applique dans sa généralité à tout créancier quelconque, quand même il ne serait que créancier personnel. Il suffit, dit-il, qu'il soit créancier.

Je crois que cette dernière opinion est la meilleure. D'abord, dans l'ancienne jurisprudence on pouvait dire avec raison qu'un créancier personnel devait être assimilé à un étranger. Car il n'avait aucun droit sur les biens et il ne pouvait les faire vendre. S'il eût eu un titre authentique, condition nécessaire pour exproprier, il eût eu nécessairement une hypothèque. Mais aujourd'hui on ne peut pas dire d'une manière aussi étendue qu'un créancier personnel n'a aucun droit sur les biens; car s'il est porteur d'un titre authentique, quoique dépourvu d'hypothèque, il peut les faire saisir (art. 2213 du Code Napoléon).

Les biens sont donc son gage, sauf la préférence des privilèges et hypothèques, et ce serait dès lors une grande erreur que d'assimiler le créancier personnel à l'étranger qui paye pour le débiteur.

De plus, quels sont les motifs qui ont fait maintenir en France le droit d'offrir? On a vu que c'étaient des raisons absolument étrangères au droit romain.

Renusson (1) dit que « c'est pour le bien de la paix, » pour éviter les contestations et les frais qui s'accroissent et multiplient par le nombre des créanciers. » Et ailleurs (2) « que le créancier paye pour réunir en sa » personne le droit de l'ancien créancier qui pourrait le » traverser, le troubler, et faire des frais qui consomment » la chose hypothéquée. »

Basnage dit aussi (3) « que c'est pour éviter les frais » que pourrait faire le précédent créancier et qui absorberaient le prix de la chose. »

Ces motifs s'appliquent évidemment au créancier chirographaire, et je pense qu'on ne peut douter que le Code n'ait dérogé à l'ancienne jurisprudence.

(1) Ch. 4, n° 9.

(2) *Loc. cit.*, n° 13.

(3) Ch. 15.

357. Renusson pensait que le créancier antérieur qui payait le créancier postérieur lui était subrogé de plein droit pour le paiement. « En effet, dit cet auteur, il peut arriver qu'un créancier antérieur, pour ménager le bien du débiteur commun et éviter la contestation, voudra payer le créancier postérieur, et en ce cas il est raisonnable que le créancier antérieur ait pareil avantage que le postérieur, c'est-à-dire qu'il soit pareillement subrogé, de plein droit, au créancier postérieur, par le paiement; et même par le droit romain le créancier antérieur avait *jus offerendi* préférablement au créancier postérieur; il pouvait avoir intérêt de se conserver la chose hypothéquée, et d'exclure le créancier postérieur en lui payant ce qui lui était dû: et cela doit avoir lieu parmi nous encore à plus forte raison, parce que, suivant notre usage, tous créanciers hypothécaires ayant droit de poursuivre leur paiement et de faire vendre le bien de leur débiteur, il pourrait arriver que le bien du créancier, étant de peu de valeur, pourrait être consommé en frais par un créancier postérieur qui le ferait vendre; le créancier antérieur payant le créancier postérieur pour faire cesser la poursuite, et empêcher les frais, il est bien juste que par le paiement il soit subrogé de plein droit (1). »

M. Toullier estime que cette doctrine doit encore être suivie. Mais elle me semble formellement proscrite par le texte même de l'art. 1251, n° 1, qui n'accorde la subrogation légale qu'au créancier qui paye un autre créancier *qui lui est préférable*. M. Grenier (2) est aussi de ce dernier sentiment.

En effet, la subrogation est de droit étroit. Elle ne doit avoir lieu que dans les cas exprimés par la loi ou par la convention (3).

358. 2° La subrogation de plein droit a encore lieu

(1) Ch. 4, n° 14.

(2) T. 1, n° 91, p. 180.

(3) Renusson, ch. 5, n° 18.

au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ou affecté par privilège (art. 1251, n° 2).

Cela est conforme au droit romain (1) et à l'ancienne jurisprudence française (2). Il faut cependant convenir que Pothier, donnant un autre sens aux lois romaines, soutenait que la subrogation n'avait lieu que si elle était stipulée, et qu'en avouant que la jurisprudence inclinait en France pour la subrogation de plein droit, il l'attribuait à des motifs étrangers aux lois romaines (3).

Quoi qu'il en soit, le bénéfice principal de cette subrogation est que, lorsque l'acquéreur a ainsi payé, et qu'il est troublé dans la suite par des créanciers postérieurs aux créanciers indemnisés, il peut se défendre contre eux, en se prévalant des prérogatives du créancier préférable dont il est le subrogé; ou bien que, s'il délaisse l'héritage par lui acquis, pour le laisser vendre par expropriation forcée, il doit être mis en ordre sur le prix, comme subrogé aux droits du créancier qu'il aurait payé (4).

Il était de toute justice d'accorder cette subrogation légale, car l'acquéreur n'ayant payé les créanciers privilégiés ou hypothécaires que pour conserver la possession de la chose par lui acquise, il faut que, s'il vient à quitter cette possession, il ne soit pas frustré de ce qu'il aurait payé, et qu'il soit mis en ordre sur le prix de la chose acquise, suivant l'hypothèque du créancier payé (5).

359. Renusson examine, sur cette espèce de subrogation légale, beaucoup de questions ardues que je né-

(1) L. 17, D. *Qui potior*. L. 5. C. *De his qui in prior. loc.* Cujas, sur ce titre du Code.

(2) Louet, l. C, n° 38. D'Olive, ch. 14, liv. 4. Renusson, ch. 5.

(3) Orléans, t. 20, n° 73.

(4) Renusson, ch. 5, n° 2.

(5) Idem, ch. 5, n° 3.