» rale pouvaient épuiser la totalité du prix de l'un » des biens dont *l'ordre serait ouvert le premier*, » il en résulterait que les hypothèques spéciales » données sur le même bien deviendraient illu- » soires et sans effet, tandis que les biens situés dans » d'autres départemens se trouveraient libérés des » hypothèques légales, ce qui serait contraire à » l'équité. » En conséquence, la cour ne maintint la collocation de la dame Boucot que pour ses reprises, elle la renvoya à se faire colloquer pour son douaire sur la maison située à Paris (1).

Je ne crois pas que cet arrêt puisse faire autorité : la dame Boucot ayant une hypohtèque générale indivisible, ne pouvait être forcée par un créancier postérieur à elle, à la réduire et à la diviser. C'était suspendre arbitrairement un droit qui ne pouvait éprouver de retards.

Aussi la cour de Paris paraît-elle en être revenue aux véritables principes dans un incident de cette même affaire. En effet, la dame Boucot, étant venue se faire colloquer sur la maison située à Paris, le sieur Boisselin, voyant que les fonds manquaient sur lui, fit tierce opposition à l'arrêt du 5 avril 1811, et demanda que la dame Boucot fût colloquée sur chacun des immeubles proportionnellement au marc le franc de la créance. Ainsi, l'on voit que chacun repoussait la dame Boucot par un système de division différent, et que, créancière antérieure en date, elle ne pouvait

(1) Sirey. 14. 2. 343.

se faire colloquer nulle part. Ce résultat était bien la meilleure preuve du vice des doctrines consacrées par le premier arrêt de la cour de Paris. Mais, par arrêt du 14 novembre 1814, le système du sieur Boisselin fut-il rejeté par ces motifs extrêmement remarquables. « Attendu que le créan- » cier ayant hypothèque sur plusieurs immeubles, » peut *à son gré* exercer la totalité de son droit *sur* » *un seul d'entr'eux*, ou diviser son action de la » manière qui lui conviendra davantage, sans que » le créancier postérieur puisse le contraindre à » agir autrement (1). »

Il faut donc tenir pour constant que Secundus ne pourra dans mon exemple obliger Primus à diviser son hypothèque.

755. Quel moyen lui sera donc ouvert pour faire en sorte que la perte ne retombe pas sur lui seul? Deuxième difficulté.

Je parlais tout-à-l'heure de la voie du paiement avec subrogation. M. Grenier pense que ce moyen est très-efficace (2), et cette opinion est incontestable. Voici ce qui en résulterait. Secundus, payant à Primus les 100,000 francs qui lui sont dus, serait subrogé à son hypothèque générale : alors, faisant ce que Primus n'aurait pas voulu faire parce qu'il n'y avait pas d'intérêt, mais ce que lui, Secundus, aura un grand avantage à pratiquer, il divisera l'hypothèque générale dont il est devenu

(1) Sirey. 14. 2. 343. Dal., Hyp., p. 415.
(2) T. 1, p. 369. *Junge* Dalloz, Hyp., p. 399 et 400.

le maître, et en fera la répartition de la manière suivante : 60,000 francs seraient portés sur l'immeuble A., il resterait de libre 50,000 francs que Secundus prendrait pour sa créance personnelle; puis il ferait porter les 40,000 francs restans de la créance de Primus, sur l'immeuble B. De là il résulterait que Tertius perdrait 40,000 francs; mais il ne pourrait s'en plaindre. Il est le dernier en hypothèque. En prêtant ses fonds, il a dû savoir que la fortune de son débiteur était hypothécairement grevée d'une dette de 150,000 francs; il n'a pu s'attendre à ce que son hypothèque lui procurât quelque chose de plus que le paiement effectif de 60,000 francs.

756. Cependant M. Tarrible, qui a adopté sur cette matière un système à lui, assure que le paiement fait à Primus, avec la subrogation légale, serait pour Secundus, *vain et illusoire*. Voici comment il raisonne.

Secundus, muni de la subrogation, a deux droits distincts : son droit originaire, et celui de Primus. Mais lorsqu'on fera la distribution du prix de l'immeuble A., il ne pourra s'empêcher de prendre en 1^er^ ordre 100,000 francs comme représentant Primus, son subrogeant; que lui resterait-il donc pour son droit originaire? 10,000 francs, de même que s'il n'y avait pas eu de subrogation à son profit; car il ne pourra pas agir sur l'immeuble B., comme représentant Primus; puisqu'au moyen de la collocation de 100,000 francs à lui accordée en cette qualité, l'hypothèque de Primus a été éteinte. Ainsi, tout l'effet de la subrogation se bornera à recouvrer d'une main les 100,000 francs, qu'il aura payés de l'autre pour acquérir la subrogation (1).

On voit que M. Tarrible raisonne comme si Secundus était assez mal avisé pour ne pas diviser l'hypothèque qu'il tient de Primus, et n'en pas reporter une portion sur l'immeuble B. Mais comme c'est précisément pour pouvoir opérer cette division que Secundus s'est fait accorder une subrogation, nul doute qu'il ne fasse une opération qui seule peut le mettre à couvert, et dont Tertius n'a pas à se plaindre.

757. Mais il faut prendre garde que le moyen de la subrogation ne soit mis habilement en œuvre pour placer en tête de la collocation un créancier postérieur en rang. La fraude est industrieuse; on l'a vue mettre à profit une combinaison fondée sur la justice pour faire triompher des droits inférieurs en rang et éconduire des créanciers plus favorables.

Voici comment cela peut arriver. Je raisonne dans l'hypothèse que je m'étais proposée tout-à-l'heure, et je prends les domaines A. et B. hypothéqués à Primus, Tertius et Secundus, dans l'ordre dont j'ai parlé.

Supposons donc qu'au lieu de faire saisir le domaine A., Primus, en vertu de son hypothèque générale, fasse saisir le domaine B., qui est adjugé pour une somme de 100,000 francs; Tertius, qui

(1) Rép., Transcript., p. 128, col. 2.

voit que cette somme va être absorbée par Primus, paie à Primus ce qui lui est dû, et se fait subroger dans son hypothèque générale. Alors il reporte l'hypothèque de Primus sur le domaine A.; puis, après avoir pris en extinction de son droit originaire les 100,000 francs provenant du prix de l'immeuble B., il demande à être colloqué sur l'immeuble A. pour les 100,000 francs montant de la somme pour laquelle Primus a eu hypothèque générale. Il résulte de là que Secundus ne touche que les 10,000 francs restans, et que Tertius, prêteur qui lui est postérieur, a reçu l'intégralité de sa créance de 100,000 francs.

Si la doctrine que je défendais tout-à-l'heure amenait à ce résultat, elle serait vicieuse, il faudrait la rejeter. Mais il n'en est pas ainsi, et Tertius se trompe ou veut tromper la justice par un calcul astucieux.

Quels que soient les arrrangemens de Tertius avec Primus, il ne peut améliorer son droit aux dépens de Secundus, et toucher la totalité de la créance dernière en rang, au préjudice d'un créancier qui lui est antérieur en hypothèque. Quand Tertius a contracté avec le débiteur commun, il n'a pu compter, déduction faite des charges hypothécaires, que sur 60,000 francs de biens libres. Vainement essaie-t-il d'arriver à un résultat différent en déplaçant à son gré l'hypothèque générale dont il s'est rendu maître. Le juge devra exiger que l'hypothèque générale soit répartie de manière que les hypothèques spéciales conservent leur effet suivant l'ordre des inscriptions, et que les fonds

ne viennent à manquer que sur les hypothèques dernières inscrites (1).

Ainsi Secundus, qui a prêté 50,000 francs à une époque où le débiteur, propriétaire d'une fortune de 210,000 francs, ne devait que 100,000 fr., a eu la certitude qu'il serait payé de son dû. Il faut donc diviser cette hypothèque générale que Tertius a acquise, de manière que Secundus touche ses 50,000 francs. Le bénéfice de la subrogation ne produira à Tertius que l'avantage d'être payé de 60,000 francs, qu'il aurait perdus sans elle. On voit donc que, si elle n'est pas aussi efficace que le voudrait Tertius, elle produit, même dans ce cas, une utilité réelle.

758. Lorsque les créanciers postérieurs en hypothèque spéciale, n'ont pas pris la précaution de se faire subroger par le paiement effectué entre les mains du créancier antérieur muni d'une hypothèque générale, il faut décider sans hésiter que, si cette hypothèque générale absorbe le prix et que les fonds viennent à manquer sur eux, ils sont tout-à-fait sans droits à faire valoir sur les autres biens du débiteur.

Ainsi, si l'hypothèque générale est portée sur l'immeuble A., et que Secundus omette de prendre la voie de la subrogation pour succéder à Primus et attaquer l'immeuble B., il se plaindra

(1) Ainsi jugé par arrêt de la cour de Paris du 28 août 1816, dans une espèce qui mérite d'être consultée si l'on veut voir un exemple des subtilités que suggère l'intérêt privé. Dal., Hyp., p. 415, 416.

vainement que les fonds viennent à manquer sur lui.

M. Tarrible pense cependant que la subrogation doit avoir lieu de plein droit (1).

Mais il a été fort bien refuté par M. Grenier (2). M. Tarrible crée en effet ici une sorte de subrogation légale dont il n'est pas question dans la loi. On ne conçoit donc pas comment elle pourrait avoir lieu, car les subrogations ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre. Le créancier à hypothèque générale qui a été payé doit donner main levée de son inscription. Son hypothèque n'existe plus. Comment pourrait-on être subrogé à ce qui n'existe pas? dit M. Grenier.

Je dois avouer néanmoins que le système de M. Tarrible a été adopté par un arrêt de la cour de Rouen du 14 mars 1826 (3); la cour convient que la subrogation qu'elle admet n'est pas précisément dans les termes du § 1er de l'art 2151 du Code civil; mais elle ajoute qu'elle est éminemment dans son esprit. Car le créancier à hypothèque générale se remplissant de sa créance intégrale sur le prix d'une portion des immeubles affectés à une hypothèque spéciale (postérieure), il est vrai de dire que par une fiction de droit, le créancier spécial est réputé avoir payé de ses deniers. En d'autres termes, *il paie en moins prenant*, comme disait M. Lepetit, avocat général, dans ses conclusions conformes à l'arrêt.

(1) Répert., Transcript., p. 128 et 129.

(2) T. 1, p. 365, n° 179. V. aussi Delvincourt, t. 3, n° 9, p. 163, et Dal., Hyp., p. 399.

(3) Dal., 27, 2, 7.

J'avoue qu'il m'est impossible de concevoir que le créancier postérieur puisse payer avec des deniers qui ne lui appartiennent pas, qu'il n'a pas le droit de toucher, qui sont acquis par première hypothèque au créancier antérieur. De bonne foi, est-ce là interpréter franchement la loi? N'est-ce pas lui faire violence par des subtilités frivoles?

La cour de Rouen ajoute que le système contraire ouvrirait la porte à la plus grave des déceptions, en donnant à un créancier par hypothèque générale le moyen de sacrifier l'hypothèque spéciale la plus ancienne, à l'hypothèque la plus récente. Mais il me semble que la cour royale se trompe encore ici. Que le créancier dont l'hypothèque spéciale se trouve menacée par le concours de l'hypothèque générale, paie conformément à l'art. 1251 du Code civil, et l'on verra s'il y a possibilité de sacrifier qui que ce soit. Au reste, l'arrêt de la cour de Rouen que je viens de citer me paraît devoir faire d'autant moins d'impression, qu'il a été rendu dans une espèce où la personne qui contestait la subrogation était sans intérêt, comme la cour le remarque elle-même.

On doit préférer, à mon avis, un arrêt de la cour de Poitiers du 22 avril 1825, qui a jugé que la subrogation légale ne pouvait avoir lieu au profit du créancier, qui, primé par une hypothèque générale de nature à absorber la tota-

lité du prix, ne se plaçait pas dans le cas prévu par l'art. 1251, n° 1, du Code civil. Quelle que soit la répugnance qu'on puisse avoir à prononcer une déchéance sévère, il faut s'y résigner pour sauver les principes, dont il n'est pas permis de s'écarter en droit, sans ouvrir la porte au plus violent arbitraire. Pourquoi d'ailleurs le créancier a-t-il été assez négligent pour ne pas user des ressources que la loi mettait à sa disposition (1)?

Il existe dans le sens de ce dernier arrêt de la cour de Poitiers, un arrêt de la cour de Riom du 2 décembre 1819 (2), et un arrêt de la cour de Toulouse du 15 juin 1827 (3). Enfin c'est cette opinion que la cour de cassation a fait triompher par arrêt du 17 avril 1830 (4), en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Lyon du 27 avril 1828.

759. Jusqu'à présent j'ai raisonné dans le cas où une portion seulement des biens hypothéqués était vendue, et où les autres n'étaient pas attaqués. J'ai montré que le créancier ayant hypothèque générale ne pouvait être contraint par des créanciers postérieurs à la morceler et à la diviser; que ces derniers devaient veiller à leurs intérêts par le paiement avec subrogation, afin de faire par eux-mêmes des diligences et discussions qui eussent lésé les intérêts d'un créancier

(1) Dal., 25, 2, 169.
(2) Dal., Hyp., p. 417, no 5.
(3) Dal., 28, 2, 23.
(4) Idem, 30, 1, 306. Voyez sur tout ceci préface, p. lxxvj.

premier en rang et dont les droits ne doivent souffrir ni division ni retard.

Je viens maintenant au cas où tous les biens du débiteur sont mis en vente, mais où l'on procède à des ordres dans des tribunaux différens. Les principes sont les mêmes à cet égard que pour le cas précédent; car le créancier à hypothèque générale, première en date, souffrirait d'un renvoi à un ordre dont l'issue peut être longue, et qui se fait dans un tribunal éloigné de son domicile.

760. Mais lorsque tous les biens grevés de l'hypothèque générale ne donnent lieu qu'à un ordre unique, alors il est plus facile de concilier tous les droits, par une division de l'hypothèque générale qui ne nuit pas à celui à qui elle appartient. On peut même dire que ce n'est pas une division de l'hypothèque, mais une division de collocation, qui n'altère pas le grand principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.

La seule difficulté qu'on puisse agiter serait de savoir si l'hypothèque générale doit être répartie sur tous les immeubles vendus au marc le franc de leur valeur, ou si, au contraire, la division doit se faire en ayant égard à l'antériorité des droits acquis, et en cherchant à les conserver intacts autant que possible.

M. Tarrible veut que la division se fasse au marc le franc (1); suivant M. Grenier, au con-

(1) Rép., Transcript., p. 129, col. 2.

traire, on doit faire la collocation de manière à ce que les créanciers les plus anciens dans leurs hypothèques spéciales soient payés par préférence (1). Tel est aussi le sentiment que j'émettais tout-à-l'heure (2). Il a été consacré par arrêt de la cour de cassation, du 16 juillet 1821 (3). Je vais en retracer l'espèce, en évitant les longueurs et les circonstances inutiles dans mon objet actuel.

En 1816, vente des biens appartenant au sieur Solignac et situés dans l'arrondissement de Mende. Ils sont divisés en quatre lots formés ainsi qu'il suit:

1^er^ *lot.* Maison d'habitation et pré de Ville-Rousset, 45,000 francs.

2^e^ *lot.* Domaine de Ramades, 50,000 francs.

3^e^ *lot.* Maison et enclos des Cordeliers, 10,200 fr.

4^e^ *lot.* Pré à la Champ. 1,050 francs.

Voici le nombre et le rang des créanciers du sieur Solignac.

1° La dame Solignac pour sa dot, montant à 37,525 francs.

2° Broussous, créancier de 28,000 francs, et inscrit à la date du 9 décembre 1814, *sur la maison et le pré de Ville-Roussel.*

3° Divers autres créanciers ayant hypothèque spéciale sur chacun des biens de Solignac, excepté néanmoins ceux hypothéqués à Broussous.

(1) T. 1, p. 383.
(2) N° 757.
(3) Sirey. 21. 1. 360. Dal., Hyp., p. 413.

4° Ignon, créancier de 13,253 francs ayant hypothèque spéciale sur tous les biens situés dans l'arrondissement de Mende.

Un ordre s'ouvre pour le prix total de ces immeubles vendus 106,750 francs.

Le juge commissaire colloqua en premier ordre la dame Solignac pour le montant de sa dot. Il décida que la somme serait prise, savoir, 8,260 francs sur le premier lot, 19,549 francs sur le second lot, 1042 francs sur le quatrième lot. Le surplus sur le troisième.

Ensuite il colloqua Broussous sur le prix du premier lot pour la totalité de sa créance.

En troisième lieu, différens autres créanciers furent colloqués à leur tour sur les autres biens.

Enfin le sieur Ignon fut colloqué pour ses 13,253 francs. Mais les fonds manquèrent sur lui. Il réclama contre la collocation, soutenant que la créance de la dame Solignac devait être repartie sur tous les lots au marc le franc de leur valeur; que la créance de cette femme formant à peu près le tiers du prix total des biens vendus, elle aurait dû prendre dans le premier lot, le tiers, c'est-à-dire 15,000 francs au lieu de 8,000 francs.

Par cet arrangement, les autres lots se seraient trouvés dégrevés d'une somme de 7000 francs, et Ignon aurait profité de ce dégrèvement, tandis que Broussous aurait vu sa créance amoindrie d'autant. Cette prétention du sieur Ignon fut tour à tour rejetée par le tribunal de première instance de Mende et par la cour de Nîmes.

Sur le pourvoi en cassation, le sieur Ignon

développa le système de M. Tarrible. Mais la cour régulatrice maintint l'arrêt attaqué par décision du 16 juillet 1821, au rapport de M. Trinquelague, et sur les conclusions conformes de M. Jourde.

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, que » l'inscription hypothécaire du sieur Ignon est » postérieure à toutes celles qui ont été colloquées » avant lui dans la distribution du prix; attendu » qu'aucune loi, dans le concours de l'hypothèque » générale avec les hypothèques spéciales, n'im- » pose aux juges de faire sur les biens spéciale- » ment hypothéqués la répartition de l'hypothè- » que générale, au marc le franc de leur valeur; » attendu d'ailleurs qu'une pareille répartition, » si elle était admise en principe, pourrait devenir » pour un débiteur de mauvaise foi qui aurait des » créanciers à hypothèque spéciale, un moyen de » frustrer ceux-ci d'une partie de leurs légitimes » créances, en contractant postérieurement des » dettes simulées, et y affectant les biens qui leur » étaient déjà spécialement hypothéqués;

» Que, s'il est de la nature de l'hypothèque spé- » ciale de restreindre son effet à l'immeuble qui » en est l'objet, il est aussi dans l'esprit général du » système hypothécaire d'avoir égard à l'antério- » rité des droits acquis, parce que le créancier » qui a prêté le dernier a eu bien moins de raison » que tous les autres de croire à la solvabilité du » débiteur commun (1). »

(1) Autre arrêt conforme de la cour de Poitiers du 15 décembre 1829 (Dal., 1830, 2, 125).

La dame Solignac était restée étrangère au débat entre Broussous et Ignon : car peu lui importait que son hypothèque fût divisée sur tel et tel lot. Il lui suffisait de toucher l'intégralité de la créance. Comme tous les biens vendus donnaient lieu à un seul et même ordre, elle n'éprouvait aucun des inconvéniens qu'amène la division, lorsqu'il y a lieu à deux ou plusieurs ordres différens.

Maintenant que devait faire le juge pour opérer une division qui pût concilier tous les droits des créanciers? Il devait considérer, comme il le fit, l'antériorité des droits. Broussous en prêtant 28,000 fr. à un homme possédant 100,000 fr. de biens grevés seulement de 37,000 fr. de créances hypothécaires, a dû compter sur la certitude d'être intégralement payé de son dû. Les hypothèques postérieurement consenties ne peuvent lui nuire. La division de l'hypothèque générale doit s'effectuer de manière à ce que cette attente légitime soit remplie, et que des hypothèques postérieures n'aient pas sur lui un avantage aussi contraire à l'équité, qu'à la commune intention des parties contractantes. On peut voir dans les recueils d'arrêts le développement des moyens proposés par Ignon à l'appui de son pourvoi : ces moyens roulent perpétuellement sur de pures équivoques et de véritables paralogismes.

761. On pourrait cependant croire que la répartition de l'hypothèque générale au marc le franc sur tous les biens qui lui sont soumis a été consacrée par un arrêt de la cour de Paris, du 31 août