

L'action utile est subordonnée aux mêmes conditions que la *procuratio*. Par exemple, l'acheteur qui n'a pas obtenu de terme pour le paiement du prix, n'obtiendra, sans doute, l'action utile, de même qu'il ne serait fondé à exiger la *procuratio*, qu'après avoir satisfait le cédant-vendeur.

Au surplus, nous pensons que l'action utile est, en cette matière, comme toute action du même genre, délivrée après examen, *cognita causa*.

J. E. L.

APPENDICE XII. (N<sup>o</sup> 1408, 1678.)

DE LA SUBROGATION PERSONNELLE.

Deux institutions romaines distinctes, le bénéfice de cession d'actions et la *successio in locum creditoris*, ont contribué à former, en se fondant ensemble et en se communiquant leurs effets, une institution unique que nous nommons subrogation, paiement avec subrogation.

Nous nous proposons de réunir les éléments, épars dans les lois romaines, dont la fusion a créé le principe moderne.

§ I.

Quand une personne est forcée d'acquitter la dette d'autrui, il est juste de lui assurer un recours, aussi efficace que possible, contre celui qui doit, en définitive, supporter le poids de la dette.

Au moment de la naissance d'une obligation contractuelle, le créancier prend ses sûretés; il accumule, s'il peut, sûretés personnelles et sûretés réelles. Le débiteur accessoire, ou le codébiteur qui désintéresse le créancier, aurait grand profit à se servir de ces sûretés pour recourir plus efficacement contre le débiteur principal en totalité, ou contre son codébiteur partiellement. Le créancier n'en ayant plus besoin, puisqu'il est satisfait, n'a aucune raison de refuser de les céder (1); il doit y être contraint. A cette idée générale répond le bénéfice de cession d'actions.

Comment réaliser cette idée? La condition première est que le créancier soit satisfait, c'est-à-dire payé. Le paiement éteint la dette et ses accessoires. Le créancier n'a plus rien qu'il puisse céder. Comment sortir de ce cercle?

Les Romains ont usé d'un expédient. Le créancier sera réputé vendre sa créance, ses droits, ses actions, moyennant une somme

(1) ULP. f. 38. DIG. De evict. 21. 2. Cui non æquum videbitur, vel hoc saltem consequi emptorem (vel debitorem) quod sine dispendio creditoris futurum est. Comp. POTHIER. Oblig. n<sup>o</sup> 520.

égale à celle qui lui est due. Il ne recevra pas le paiement de la dette; mais il sera désintéressé par un prix de vente équivalent. La vente ne lui imposera aucune obligation de garantie. De quoi se plaindrait-il (1)?

Mais enfin, si le créancier refuse de se prêter à cet arrangement, comment l'y contraindre? Le débiteur auquel le bénéfice de cession d'actions appartient, refusera de payer, et, contre une demande en justice, il obtiendra du prêteur le secours d'une exception. Le créancier sera donc, si le bénéfice est justement invoqué, dans l'alternative de consentir à vendre sa créance avant la *litis contestatio*, ou de la perdre ensuite par une absolution du débiteur (2).

A quoi cela nous mène-t-il en pratique? A quelque chose de très-simple: avant de compter ce qu'il doit, le débiteur demandera la cession des actions. Le créancier qui aura adhéré à la demande, sera tenu, après paiement, de constituer celui qui en est l'auteur *procurator in rem suam* à l'effet d'exercer les actions du créancier. Si, après avoir consenti, le créancier ne donne pas mandat, pouvoir d'agir, des actions utiles, modelées sur celles qui devaient être cédées, seront accordées au débiteur qui s'est libéré sous cette équitable condition (3).

Voilà le procédé. On aurait tort de critiquer comme étrange cet expédient d'une vente entre personnes qui n'ont certes, ni l'une ni l'autre, l'intention sérieuse de vendre ni d'acheter. Notre législateur va plus directement au but, mais il tombe dans une autre étrangeté. Le créancier reçoit son paiement, le paiement de ce qui lui est dû, et ce paiement n'est pas extinctif. On dit en général que c'est un acte à double face: paiement pour le créancier, cession pour le coobligé qui paie sauf recours. Cela est subtil. Cette matière est, dans toutes les législations, aussi remar-

(1) PAUL. f. 36. DIG. De fidej. 46. 1. MARCI. f. 5. § 2. DIG. Quib. mod. pign. solv. 20. 6. — (2) PAPIN. f. 65. DIG. De evict. 21. 2. Remedio locus... ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit prestarentur. — (3) MODEST. f. 76. DIG. De solut. 46. 3. Si celui qui a le droit de requérir la cession des actions n'en a point parlé avant le paiement, peut-il, après coup, invoquer le bénéfice qu'il a par erreur négligé? La question est controversée. Plusieurs interprètes distinguent si le débiteur a payé spontanément ou sur une condamnation et soutiennent que des actions utiles lui sont accordées au second cas et refusées au premier. Ils prétendent concilier ainsi des textes en apparence contradictoires. MODEST. f. 76. DIG. De solut. 46. 3. DIACL. et M. 1. 2. Cod. De duobus reis. 8. 40. ULP. f. 1. § 13. DIG. De tut. act. 27. 3.

Nous sommes plus disposé à dire que celui qui a fait un paiement pur et simple n'a plus le droit d'exiger ni même le moyen d'obtenir, en droit civil, la cession d'actions qui sont éteintes; mais que cela ne fait pas obstacle à l'octroi par le prêteur, après examen et selon le caractère favorable des circonstances, d'actions utiles semblables à celles dont la cession pouvait être demandée. Pourquoi le prêteur n'aurait-il pas usé d'un pouvoir qui lui appartient pour atteindre ce résultat très-équitable? MODESTIN (f. 76. D. 46. 3) exprime que le créancier ne peut plus céder des actions éteintes *jure civili*; mais il ne s'explique pas sur l'intervention et le secours *extra ordinem* du prêteur.

quable par l'équité des résultats que par la subtilité des moyens.  
Parcourons la liste des personnes à qui est concédé le bénéfice de cession d'actions.

a) D'abord le débiteur accessoire, fidéjusseur, *mandator pecuniæ credendæ*, débiteur accessoire obligé par constitut.

La règle très-simple et d'une logique nécessaire, qui veut que la cession des droits soit demandée avant qu'ils soient éteints, entraînait, à l'époque du droit classique, des différences entre *fidejussores* et *mandatores pecuniæ credendæ*, quant à la durée du bénéfice.

Le fidéjusseur qui laissait la litiscontestation s'engager entre lui et le créancier ne pouvait plus demander la cession des actions personnelles contre le débiteur principal et contre les autres fidéjusseurs libérés par la litiscontestation. Mais il pouvait encore requérir la cession des actions hypothécaires si des biens avaient été affectés à la dette, car la litiscontestation par laquelle le droit de créance avait été déduit en justice et consommé, laissait subsister les hypothèques (1).

Le *mandator* pouvait, même après la litiscontestation, jusqu'au paiement, demander cession des actions contre ses *comandatores*; il pouvait même, après un paiement pur et simple, exiger la cession des actions contre le débiteur principal, parce que, d'une part, les obligations du débiteur principal et du *mandator* étaient réputées tellement distinctes que le paiement de l'une n'ôteignait pas l'autre; d'autre part, une action existait, l'*actio mandati contraria*, pour contraindre le créancier à opérer la cession de ses droits contre le débiteur principal. Faisons observer que les droits du créancier contre le débiteur principal sont, après le remboursement obtenu du *mandator pecuniæ credendæ*, paralysés entre ses mains par une exception de dol; il a reçu l'équivalent d'un paiement direct; il a obtenu satisfaction. Ces mêmes droits reprennent vigueur chez le cessionnaire, parce que celui-ci ne redoute pas la même exception; celui-ci a fait un déboursé pour autrui; il ne commet pas un dol en se servant de tous moyens propres à le rendre indemne. On voit nettement dans cet exemple le parti que les Romains tiraient de la distinction entre l'extinction *ipso jure* et l'invalidité *ope exceptionis* (2).

L'une des différences signalées a disparu par la réforme de Justinien qui a modifié l'effet consommatoire de la litiscontestation.

Si l'on s'attache à la règle : « la cession peut être demandée aussi longtemps que les droits subsistent, par celui qui a un moyen de contrainte, soit refus de paiement, soit action », les nuances, qui au premier abord paraissent compliquées, deviennent simples parce qu'elles sont logiques.

(1) MARC. f. 13. § 4. DIG. *De pign. et hyp.* 20. 1. — (2) PAPIN. f. 95. § 10. DIG. *De sol.* 46. 3. PAPIN. f. 52. § 3. DIG. *De fidej.* 46. 1.

Les débiteurs accessoires obligés par constitut ne pouvaient pas, avant Justinien, invoquer le bénéfice de division, parce que le prêteur avait organisé l'action *constitutæ pecuniæ* avec une grande rigueur afin d'assurer l'exécution ponctuelle du paiement convenu. Mais il n'y avait aucun motif de refuser à l'un de ces débiteurs *constitutæ pecuniæ* le bénéfice de cession d'actions, qui, loin de retarder le paiement, le supposait accompli sous forme de prix d'achat.

b) Des débiteurs accessoires, qui ont le droit de recourir pour le tout contre le débiteur principal, passons aux codébiteurs solidaires. La solidarité suppose, en général, une dette dérivant d'une faute commune ou une dette contractée dans un intérêt commun. Le créancier a le droit d'exiger le tout d'un seul des débiteurs; mais il est juste que la charge de la dette se répartisse entre tous les débiteurs coupables d'une faute commune, ou également intéressés dans l'affaire cause de la dette. La cession forcée d'actions trouve sa raison d'être. A-t-elle été admise par le droit romain?

En ce qui concerne les débiteurs tenus *in solidum* à raison d'une faute commune, nous avons des preuves de la concession du bénéfice de cession d'actions, sous une réserve très-importante. Ce bénéfice est refusé à ceux qui sont coupables d'un dol (1). Ces derniers ne méritent aucune faveur. L'éventualité d'un paiement total, sans recours, est comme une peine, de nature à détourner de commettre des fraudes. C'est par les mêmes motifs, semble-t-il, que, dans les affaires qui présentent une égale turpitude de la part des deux parties, *melior est causa possidentis*. La justice sociale n'est pas faite pour résoudre les différends entre personnes se livrant de concert et avec une égale immoralité à une négociation illicite. La menace d'un dépouillement irréparable pour celui qui se trouvera dessaisi des valeurs employées à l'acte illicite, est, d'ailleurs, propre à effrayer ou à punir (2).

Ces règles sont fréquemment appliquées aux cotuteurs, cocrérateurs, aux magistrats chargés indivisément d'un même office.

Lorsque parmi les tuteurs, d'après la décision du magistrat, l'un a géré, tandis que les autres l'ont surveillé, ils peuvent être tous en faute, tous solidairement responsables envers le pupille; le premier pour avoir fait un acte nuisible ou une malversation, les autres pour ne l'avoir pas empêché par une surveillance assez attentive. Ces derniers (qui ont déjà la faculté d'exiger la discussion préalable du tuteur onéraire) ont en outre, grâce à la cession

(1) ULP. f. 1. § 13. DIG. *De tut. act.* 27. 3. PAPIN. f. 38. § 2. DIG. *De adm. tut.* 26. 7. — (2) Comp. anal. PAUL. f. 3. f. 8. DIG. *De cond. ob turp. caus.* 12. 5.

d'actions, le droit de recourir pour le tout contre ce même tuteur dont la faute est principale (1).

Nous devons, par analogie, admettre le bénéfice de cession d'actions au profit des co-commodataires, co-locataires, responsables d'une négligence commune; — et le refuser à ceux qui sont tenus *in solidum* de la réparation d'un dol, d'une menace violente ou d'un vol concertés.

c) Occupons-nous maintenant des codébiteurs qui ont accepté la rigueur accidentelle de la corréalité. Presque toujours ils sont cointéressés dans l'affaire; sans la convention de solidarité, ils seraient débiteurs conjoints. Parfois un seul est intéressé; les autres sont des débiteurs accessoires que le créancier a forcés à subir le lien plus sévère de la corréalité. Dans un cas comme dans l'autre, le recours est équitable, soit pour le tout, soit pour partie. Ces *correi promittendi* jouissent-ils du bénéfice de cession d'actions? Les interprètes sont en dissentiment.

Ont-ils formé entre eux un contrat de société et se sont-ils ménagé, à l'avance, par ce moyen, un droit de recours? Oui, de l'aveu de tous les auteurs, ils ont le droit d'exiger la cession des actions du créancier, lesquelles viendront corroborer le recours préconstitué (2).

Se sont-ils obligés corréalement sans société? — Ici se place la controverse.

Une doctrine répond: N'ayant pas de recours à exercer de leur chef, ils n'ont pas droit à la cession des actions du créancier. Aussi, dans ce cas, on ne peut savoir, à l'avance, sur qui pèsera le poids entier de la dette. Ce sera l'un ou l'autre, au choix du créancier; jusqu'à la poursuite, tout est en suspens. C'est, en effet, ce qu'un jurisconsulte paraît attester pour en tirer une conséquence au sujet du calcul de la Falcidie (3).

D'autres auteurs soutiennent que le bénéfice de cession d'actions appartient à tous les *correi promittendi*, sans distinction, qu'ils se soient ou non associés. Ce moyen de recours est plus nécessaire et n'est pas moins équitable pour ceux qui ne se sont pas associés (4).

Mais il faut bien faire attention que les actions cédées fournissent un moyen de recours dont le cessionnaire ne peut jamais se servir que conformément à l'équité.

Prenons un exemple dans la matière des dettes accessoires. Une personne se porte *fidejussor* dans une affaire où elle est le principal intéressé, affaire que le débiteur principal a gérée pour compte d'autrui, donc *fidejussor in rem suam*. Un tel obligé, qui n'est débiteur accessoire qu'en apparence, ne pourra certaine-

(1) ULP. f. 1. § 13. DIG. *De tut. act.* 27. 3. — (2) PAPIN. f. 65. DIG. *De evict.* 21. 2. — (3) ULP. f. 62. DIG. *Ad leg. Falc.* 35. 2. — (4) Loi précitée de Pap. f. 65. DIG. 21. 2.

ment pas abuser de la cession d'actions au point de recourir contre le débiteur principal apparent, qui est son mandataire.

Il en est de même en ce qui concerne le *correus promittendi* débiteur principal et seul intéressé. Le recours ouvert par la cession d'actions dépend de la réalité et de l'étendue des intérêts qui ont motivé la création de la dette corréale.

Eclaircissons ce point par deux exemples.

1° Deux banquiers s'engagent corréalement à prêter une somme d'argent. Ils ont des comptoirs en différents lieux. Le stipulant ne sait pas encore en quel lieu il aura besoin de la somme promise. Il est entendu que celui des banquiers qui fournira la somme aura seul le bénéfice du prêt. Voilà une dette corréale flottante dont l'exécution intégrale par l'une des parties ne motivera aucun recours, même par la voie des actions cédées.

2° Une personne emprunte une somme d'argent. Elle fournit des garants désintéressés dans l'affaire. Le créancier exige que ces garants se portent avec l'emprunteur *correi promittendi*. Il augmente ainsi la facilité des poursuites; il échappe notamment au bénéfice de division (1). L'un des *correi promittendi*, débiteur principal en apparence, simple garant au fond, est forcé de payer. Il peut, nous le croyons, se faire céder les actions du créancier, nonobstant l'absence d'une société. Grâce aux actions cédées, il exercera un recours pour le tout contre l'unique emprunteur, et, ce qui est plus important, en cas d'insolvabilité de l'emprunteur, il aura un recours divisé contre les autres garants, quoique, de son chef, il n'ait aucune action contre eux.

Ces résultats ne sont-ils pas très-équitable? Faut-il croire que les Romains ne les aient point admis?

Une seule objection est embarrassante.

Comment expliquer, dans cette opinion, le texte relatif à la Falcidie? D'une façon assez simple. Ce texte prouve qu'à défaut de société la distribution de la dette entre les *correi promittendi* est incertaine. Il n'exclut pas le bénéfice de cession d'actions dont le résultat est lui-même incertain. En effet, les actions cédées seront-elles efficaces? on l'ignore; car le créancier n'est tenu que de céder ses actions telles quelles, et peut-être les aura-t-il invalidées, énervées par un *pactum de non petendo*. En outre, le débiteur corréal, ou prétendu tel, croira peut-être de son intérêt de contester la prétention du créancier, et après la litis-contestation, en droit classique, la cession d'actions paraît impossible. Il y a d'autres causes d'incertitude. — Le premier calcul de la Falcidie n'admet que des éléments certains. La société contractée entre les *correi promittendi* fournit une certitude que ne donne pas de même l'espoir de la cession d'actions plus ou moins efficaces (2).

(1) Voy. l'appendice sur les débiteurs accessoires (App. 5, liv. III) et celui sur la solidarité. (App. 4, liv. III.) — (2) MACHÉLARD et LABBÉ. *Dissertations*, 1882, p. 414 et p. 459.

d) Nous avons reconnu l'existence du bénéfice de cession d'actions au profit des débiteurs accessoires et des codébiteurs solidaires, ou, pour nous exprimer comme le Code civil, au profit de ceux qui sont tenus d'une dette pour un autre ou avec un autre. — Le même bénéfice est accordé au tiers détenteur d'un bien hypothéqué.

Cette expression s'applique : 1° au tiers qui a consenti à hypothéquer son bien pour sûreté de la dette d'autrui ; 2° au tiers qui a postérieurement acquis un bien hypothéqué par son auteur, que nous supposons être le débiteur.

Le premier, que nous nommons caution réelle, jouit, il n'en faut pas douter, du bénéfice de cession d'actions. Les jurisconsultes romains, en effet, l'assimilent à un débiteur accessoire (1).

Le second, que nous distinguerons par cette expression tiers acquéreur, a-t-il le même bénéfice ? Oui, à une condition toutefois, c'est qu'il soit *justus possessor*. Un possesseur quelconque poursuivi hypothécairement peut désarmer le créancier en le payant ; mais il n'est point toujours autorisé à exiger de lui la cession de ses actions (2).

Mais que signifient les mots *justus possessor* ? Parmi les interprètes, les uns répondent : celui qui a ignoré, en acquérant, l'existence de l'hypothèque, celui qui serait dans le cas de prescrire contre l'action hypothécaire par une possession de dix à vingt ans.

Nous préférons l'opinion, moins sévère, qui embrasse, dans l'expression *justus possessor*, quiconque est devenu propriétaire en vertu d'un juste titre et serait, au besoin, dans le cas d'usurper la propriété, alors même qu'il aurait eu, au moment de l'acquisition, connaissance de l'hypothèque. Il est digne d'intérêt ; il a dû croire que le débiteur à l'échéance paierait la dette. L'épithète *justus* écarte l'usurpateur (3).

Une nouvelle de Justinien, la nouvelle 4, relative au bénéfice d'ordre, a modifié les effets de la cession d'actions.

D'abord, le débiteur accessoire et le tiers acquéreur peuvent exiger du créancier la discussion préalable, le premier, du débiteur principal ; le second, de tous ceux qui sont personnellement obligés à la dette. Il en résulte que le bénéfice de cession d'actions n'a plus d'application que si cette discussion préalable n'a pas procuré le paiement, — ou si le débiteur accessoire a, en contractant, renoncé au bénéfice d'ordre.

En outre, depuis la nouvelle, par une conséquence implicite, le

(1) MARCEL. f. 38. § 1. DIG. *Mandati*. 17. 1 — (2) SÆVOLA. f. 19. DIG. *Qui potiores*. 20. 4. — (3) Ce dernier peut désarmer le créancier en le payant, mais non exiger la cession des actions. — PAUL. f. 12. § 1. DIG. *Quib. mod. pig. sol.* 20. 6.

débiteur accessoire cessionnaire des droits du créancier ne peut plus agir contre les tiers acquéreurs de biens hypothéqués. La nouvelle avait ainsi réglé le conflit des recours entre les débiteurs accessoires et les tiers acquéreurs de biens affectés, conflit qui aujourd'hui donne lieu à de vives controverses (1).

Nous avons parcouru les cas dans lesquels le créancier est, en droit romain, tenu de céder ses actions à celui qui le désintéresse. En dehors de ces hypothèses, le créancier est maître de refuser, contre paiement, la cession de ses actions. Peut-il, du moins, céder ses actions, sans contracter les obligations d'un vendeur, uniquement pour faciliter ou fortifier le recours du tiers *solvens* contre le débiteur ? Notre droit moderne l'admet et autorise la subrogation consentie par le créancier qui reçoit son paiement. Cette subrogation accessoire à un paiement n'est pas une vente de créance. — En droit romain, le créancier qui, en dehors des cas précités où existe le bénéfice légal de cession d'actions, consent à céder ses actions moyennant une somme égale au montant de sa créance, contracte une véritable vente. Il est donc, à moins de convention contraire expresse, garant de l'existence de la créance et doit à l'acheteur évincé une indemnité complète, plus peut-être que la somme par lui reçue. Le droit romain ne distingue pas, comme le droit français, la vente de créance et la subrogation consentie par le créancier lors du paiement (2).

## § 2.

Les autres cas de subrogation que nous trouvons dans le Code civil dérivent d'une autre source romaine, de la *successio in locum creditoris*.

a. La plus large application de la *successio in locum creditoris* résulte du *jus offerendæ pecuniæ* entre créanciers hypothécaires.

Tout créancier hypothécaire a le droit d'offrir paiement, paiement intégral, paiement en temps et lieu opportuns, à tout autre créancier ayant hypothèque sur le même bien. Il en a le droit ; le créancier à qui les offres sont faites est tenu de les accepter ; sinon, la consignation et le dépôt de la somme vaudront paiement. Il en a le droit ; le créancier à qui paiement est offert, n'est pas fondé à le refuser même avec l'assentiment du débiteur (3).

Le paiement entraîne une *successio in locum*. Le créancier déjà hypothécaire, qui a payé, a, pour le recouvrement de la somme déboursée, le rang hypothécaire du créancier désintéressé. Nous avons dit : tout créancier hypothécaire.

(1) M. DEMOLOMBE. *Oblig.* t. IV. n° 605. — (2) C. civ. art. 1250. 1° — (3) GAÏUS. f. 11. § 4. DIG. *Qui potiores*. 20. 4. SEV. ET ANT. l. 1. Cod. *Qui pot.* 8. 18.

Le second créancier a le *jus offerendi* contre le premier, et il devient en réalité premier en rang pour une somme totale composée de ce qu'il a déboursé et de ce qui lui était dû dès l'origine (1).

Le troisième créancier a le *jus offerendi* contre le premier en passant par-dessus le second; il gagne le premier rang pour la somme payée au premier; il demeure au troisième rang pour la somme à lui due dès le principe.

Le premier créancier peut, lui aussi, exercer le *jus offerendi* contre ceux qui le suivent en ordre hypothécaire. Il n'y a pas d'intérêt s'il est poursuivi hypothécairement par les autres créanciers; il arrête leur action par une exception, invoquant sa priorité, sans avoir aucun déboursé à faire (2). Mais l'intérêt se présente pour lui en d'autres circonstances. Il peut, notamment, par ce moyen, repousser, neutraliser les offres que lui adresse un créancier postérieur. Dans ce conflit d'offres réciproques, comme en tout débat entre créanciers hypothécaires, *prior tempore, potior est jure* (3). Son intérêt peut dériver de ce qu'il a un bon placement et veut le conserver, ou de ce qu'il a, en outre, une créance chirographaire pour laquelle il aura le bénéfice du droit de rétention tant qu'il possédera (4).

b. Un débiteur veut se délivrer d'un créancier hypothécaire exigent ou qui a stipulé de forts intérêts. Il emprunte d'un tiers dans le but déclaré de payer le créancier hypothécaire et convient que la même chose sera hypothéquée au profit du prêteur. Le prêt et le paiement avec les deniers empruntés se réalisent. Le prêteur prend, pour l'hypothèque à lui constituée, le rang de l'hypothèque éteinte du créancier désintéressé. La position des créanciers intermédiaires n'est aucunement modifiée (5).

c. Le tiers acquéreur d'un bien hypothéqué, ou impose à son vendeur l'emploi du prix au paiement des plus anciens créanciers ayant hypothèque sur la chose, ou, de son argent, paie les premiers d'entre les créanciers hypothécaires. Il a l'émolument d'une *successio in locum*, en ce sens que, s'il est attaqué par des créanciers postérieurs, il aura pour repousser cette attaque la force dont jouissaient les créanciers payés de ses deniers (6).

Une grande différence existe, à notre avis, entre les effets de la cession d'actions et ceux de la *successio in locum*. Elle a pourtant été contestée. Insistons sur ce point.

Il est difficile de soutenir que, dans les cas de *successio in locum*, toutes les actions, les actions personnelles, les actions

(1) MARC. f. 5. pr. DIG. De distr. pign. 20. 5. — (2) MARC. f. 12. pr. DIG. Qui potiores. 20. 4. — (3) ARG. PAUL. Sent. lib. 2. tit. 13. § 8. — (4) GORD. l. un. Cod. Etiam ob chirog. 8. 17. — (5) SEV. et ANT. l. 1. Cod. De his qui in prior. 8. 19. — (6) PAUL. f. 17. DIG. Qui potiores. 20. 4. ALEX. l. 3. Cod. De his qui in prior. 8. 19.

contre les débiteurs principaux et accessoires, qui appartenant au créancier payé, passent à l'auteur du paiement; car 1° le paiement qu'on ne prend ici aucun soin de transformer en achat, est absolument extinctif; 2° les textes ne parlent, à propos de la *successio in locum*, ni de *procuratio in rem procuratoris*, ni d'actions données *utilitatis causa*, procédés sans lesquels aucun transport d'action ne se comprend en droit romain (1).

On a soutenu, avec plus de vraisemblance, que celui qui paie dans les cas de *successio in locum*, acquiert le droit d'hypothèque appartenant au créancier payé. Cette opinion s'autorise de plusieurs lois, notamment de lois où il est dit que l'auteur du paiement succède *in jus* et non pas seulement *in locum* (2).

Nous croyons d'une doctrine plus exacte que le créancier au profit duquel se réalise la *successio in locum*, reçoit seulement, pour un droit réel qui lui est propre, l'avantage du rang hypothécaire appartenant au créancier payé; il prend la place laissée vide par l'extinction de l'hypothèque de celui qu'il désintéresse; *succedit in locum*: cette expression la plus usitée est ainsi parfaitement justifiée. La preuve la plus forte à l'appui de cette opinion réside dans ce fait que le prêteur d'une somme destinée à payer un créancier hypothécaire, ne profite de la *successio in locum* que si les mêmes biens lui ont été hypothéqués. De quelle utilité est pour ce prêteur la constitution d'une hypothèque nouvelle, postérieure en date, si l'hypothèque ancienne du créancier *dimissus* lui est transmise? Au contraire, si la *successio in locum* lui procure seulement un rang, on comprend la nécessité de la constitution d'une hypothèque nouvelle, à laquelle ce rang accèdera.

Si le créancier qui exerce le *jus offerendi*, si l'acquéreur dont le prix ou l'argent sert à désintéresser les plus anciens créanciers hypothécaires, n'ont pas besoin d'obtenir une constitution nouvelle d'hypothèque, c'est que sur la chose ils ont déjà un droit réel propre, droit d'hypothèque ou droit de propriété, droit qui est confirmé, corroboré par son extension, son développement au lieu et place de l'hypothèque éteinte. Les autres créanciers sont maintenus à leur rang, à leur degré d'infériorité relative.

Tel est le système qui nous paraît ressortir des monuments du droit romain. Les modernes n'ont pas jugé utile de limiter ou d'étendre plus ou moins, suivant les cas, les effets de la subrogation. Quelle inspiration a dicté aux Romains la distinction entre le bénéfice de cession et la *successio in locum*?

Ils ont judicieusement aperçu le but différent à atteindre dans les diverses hypothèses.

(1) Cependant de Renusson et nos anciens juristes, entraînés vers l'assimilation des bénéfices de cession d'action et de *successio in locum*, l'admettaient. — (2) PAUL. f. 3. DIG. Quæ res pignori. 20. 3. — DIACL. et M. l. 4. Cod. De his qui. 8. 19.

Quand un coobligé, un débiteur accessoire, un tiers détenteur d'un bien hypothéqué, paient une dette qui en totalité ou en partie est celle d'autrui, ils subissent une nécessité; ils supportent une charge; ils n'entreprennent rien par intérêt personnel. Il faut leur procurer un recours aussi énergique, aussi complet que possible. Toutes les sûretés leur sont cédées. Ils s'en servent sans autre limite que celle de l'équité.

Le créancier hypothécaire qui supprime une cause de conflit en payant un créancier ayant hypothèque sur la même chose, le tiers acheteur qui veille à ce que son prix soit employé à éteindre les hypothèques les plus anciennes, le tiers à qui le débiteur emprunte pour payer un créancier hypothécaire menaçant et qui obtient hypothèque sur le même bien, se livrent à une opération que leur intérêt leur suggère. Que veulent-ils? à quoi tendent-ils? Ils veulent confirmer un droit préexistant; ils tendent à améliorer, à consolider leur position hypothécaire par un déboursé ou un emploi utile. Il n'y a aucune raison de leur accorder le moyen de faire retomber le poids de la dette sur une autre personne ou sur un autre bien. Avec le rang hypothécaire du créancier désintéressé, leur but est atteint. — Le créancier hypothécaire qui exerce le *jus offerendi* a reconnu que le bien hypothéqué, vendu en temps opportun, vaudrait plus, ou au moins autant, que la double somme qui lui est due. — Le tiers prêteur a eu confiance dans la garantie hypothécaire qui lui a été offerte, pourvu qu'il obtint la *successio in locum*; il n'a pas exigé plus. Pourquoi lui accorder davantage? — Le tiers acheteur sera satisfait s'il conserve la propriété acquise, malgré les hypothèques qui la grèvent. La *successio in locum* lui donne cette satisfaction.

Le législateur romain n'intervient d'office que dans la mesure où la justice le demande. A des situations diverses, il adapte des modes de protection différents.

La cession d'actions fournit des moyens d'attaque. Elle convient à celui qui, ayant été forcé de payer la dette d'autrui, a juste sujet de recourir contre ceux qui, plutôt que lui, doivent acquitter la dette.

La *successio in locum* est surtout un moyen de défense et de sécurité, un surcroît de force procuré à celui qui, ayant ou acquérant un droit réel sur un bien, redoute la prééminence d'un droit antérieur, veut être délivré de ce péril. Il paie le créancier muni de ce droit redoutable, et il occupe, pour y asseoir le droit réel dont il est investi, la place qu'il a rendue vacante à ses dépens. La position des tiers reste la même; le paiement conserve ses effets extinctifs.

Une seule des conséquences qui se produisent habituellement à la suite d'un paiement, est supprimée; c'est celle qui, attribuant aux créanciers, dotés d'une hypothèque inférieure à celle du créancier payé, une amélioration de leur situation hypothé-

caire, les fait monter d'un degré. Or, il faut le remarquer, cette conséquence, favorable aux créanciers postérieurs, n'a rien de nécessaire, ni selon les règles du paiement, ni selon les règles du régime hypothécaire. Ces créanciers se sont contentés, en faisant crédit, d'une garantie moindre. Ce que la justice leur doit, c'est que rien ne vienne après coup détruire ou affaiblir la sûreté convenue. Qu'ils obtiennent gratuitement et par accident une sûreté plus forte, la raison ne l'ordonne pas.

Au contraire, il est équitable que le rang devenu vacant profite à celui qui a produit la vacance à ses frais. La loi accorde cet avantage à l'auteur du paiement; mais elle ne lui accorde rien de plus. Celui-ci a pris librement l'initiative du paiement; il a dû en calculer les suites d'après le droit commun. Il ne saurait exiger des garanties autres que celles qu'il s'est fait donner en contractant; il doit être satisfait de voir, ainsi qu'il y a compté, sa sûreté devenir plus grande, sa position devenir plus solide, grâce à l'accession au rang du créancier qu'il élimine par le paiement (1).

J. E. L.

(1) Notre législateur, en assimilant et confondant les cas de cession d'actions nécessaire et les cas de *successio in locum*, a supprimé des nuances justifiables. Il a traité celui qui paie librement un créancier, comme celui qui est forcé de le payer. Il met à la disposition de l'un aussi bien que de l'autre l'arsenal des droits principaux et accessoires du créancier désintéressé. Le subrogé n'en aura pas toujours besoin; il s'en servira selon l'occasion. Parfois, la mesure du juste sera dépassée. Un créancier qui a obtenu et accepté en contractant une hypothèque spéciale primée par une hypothèque générale, pourra, selon notre droit, payer le créancier qui le précède, être subrogé à l'hypothèque générale et rejeter pour le tout la charge de la dette garantie par l'hypothèque générale sur d'autres biens que celui qui lui est spécialement affecté. D'autres créanciers en souffriront. La jurisprudence a de la peine à empêcher les conséquences excessives de ce procédé favorable à ceux qui ont des capitaux disponibles. Voy. *Documents sur la réforme hypothécaire*, t. II, p. 827 et suiv.

Le droit romain, avec la *successio in locum*, ne comporte pas cette lutte et ce trouble apporté à des situations acquises.

Au surplus, nous nous proposons moins de critiquer la subrogation moderne et son unité de principe, que de faire comprendre les motifs qu'a eus le législateur romain d'établir une différence selon les cas entre la cession d'actions déclarée exigible et la simple *successio in locum*.