

quand un débiteur délègue au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier.

§ 1^{er}. *Conditions générales requises pour toute novation.*

N^o 1. UNE PREMIÈRE OBLIGATION.

243. La novation a pour objet d'éteindre une première obligation, en lui substituant une obligation nouvelle. De là suit que toute novation implique l'existence d'une première obligation. On ne peut éteindre une obligation qui n'existe pas ; et s'il n'y a pas d'obligation première, il ne saurait être question de lui en substituer une nouvelle ; car dans la novation la nouvelle obligation n'a d'autre cause que l'extinction de l'obligation primitive ; s'il n'y avait pas de première obligation, la nouvelle serait sans cause, partant inexistante. Il n'y aurait rien, ni première obligation, ni novation. Le principe est d'évidence ; nous allons voir les conséquences qui en résultent, elles ne sont pas sans difficulté.

I. *De l'obligation inexistante.*

244. Si l'obligation est inexistante, la novation aussi sera inexistante. Quand on admet la théorie des obligations inexistantes, la conséquence est évidente, et on peut s'en prévaloir à l'appui de la théorie généralement enseignée. La première obligation est inexistante pour défaut de cause ou pour cause illicite ; conçoit-on qu'une obligation à laquelle la loi refuse tout effet (art. 1131) devienne efficace parce que les parties contractantes lui substituent une obligation nouvelle ? Ce serait une confirmation ; or, confirme-t-on le néant ? Le texte même du code s'y oppose. Une donation est nulle en la forme : pourra-t-elle être novée, c'est-à-dire confirmée ? Non, car l'article 1339 dit qu'une donation nulle en la forme, c'est-à-dire, dans notre théorie, un contrat inexistant, ne peut être confirmée par aucun acte : nulle en la forme, dit la loi, elle doit être refaite dans la forme légale. Ce que la loi dit de la dona-

tion inexistante, quand les solennités n'ont pas été observées, est vrai de toute obligation qui n'existe pas, parce qu'il n'y a pas de consentement, pas d'objet ou pas de cause.

La doctrine est en ce sens⁽¹⁾, ainsi que la jurisprudence ; mais la théorie des actes inexistantes n'étant pas nettement formulée par la loi, les interprètes se trompent parfois dans l'application. Il n'y a pas de doute lorsque la cause de la première obligation est illicite : nous venons de citer l'article 1131 et l'article 1339 qui s'opposent à la confirmation d'une obligation à laquelle la loi refuse tout effet. Il est de jurisprudence que les traités secrets, par lesquels on stipule un supplément de prix pour une vente d'office, sont frappés de nullité radicale ; la cour de Paris a jugé, comme conséquence de ce principe, qu'un traité pareil ne pourrait être l'objet d'une novation. Une nullité de cette nature, dit l'arrêt, ne peut être couverte ni par le paiement de la somme déguisée, ni par tout autre moyen. Plus loin, la cour dit quelle est la vraie raison de décider. Pour qu'il y ait novation, il faut qu'il y ait dette ; or, dans l'espèce, la dette n'existait point. Voilà la théorie des actes inexistantes appliquée en matière de novation, et la décision n'est point douteuse⁽²⁾.

245. Dans notre opinion, la théorie doit aussi être appliquée aux obligations naturelles. Ces dettes n'existent pas aux yeux de la loi, puisqu'elle leur refuse toute action. Or, la novation suppose, avant tout, une dette, comme le dit la cour de Paris, ce qui est décisif (t. XVII, n^o 29). Nous avons dit ailleurs que la doctrine contraire est généralement suivie. On y fait cependant exception pour les dettes de jeu qui, d'après le code, doivent être rangées parmi les dettes naturelles. La jurisprudence décide que les dettes de jeu ne peuvent être novées⁽³⁾. On donne comme raison que la cause de ces dettes est illicite. Cela n'est pas exact. La cour de Limoges dit que

(1) Duranton, t. XII, p. 409, n^o 295.

(2) Paris, 28 mars 1846 (Daloz, 1846, 4, 382).

(3) Rejet, 30 novembre 1826 (Daloz, au mot *Jeu*, n^o 36, 1^o). Paris, 5 février 1834 (Daloz, au mot *Obligations*, n^o 2363).

la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu (article 1965); elle en conclut que l'obligation consentie pour une dette de jeu a une cause illicite (1). L'erreur nous paraît évidente. Toutes les dettes naturelles sont dénuées d'action; est-ce à dire qu'elles soient viciées par une cause illicite? Si réellement la cause des dettes de jeu était illicite, elles ne produiraient aucun effet, comme le dit énergiquement l'article 1131; cependant l'article 1967 dit que dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé; la loi donne donc un effet aux dettes naturelles: preuve que la cause n'en est pas illicite. Si elles ne peuvent être novées, c'est parce que les dettes naturelles, quoique munies d'une exception, n'existent pas, en ce sens que la loi n'accorde aucune action au créancier; et là où il n'y a point de dette, la novation est impossible. Elle est encore impossible parce que nover, c'est confirmer; or, on ne confirme pas les obligations naturelles, puisque ce serait leur accorder l'action que le législateur leur refuse.

246. Une dette prescrite peut-elle être novée? Merlin répond que toutes sortes d'obligations peuvent être novées, n'importe qu'elles soient calquées sur les règles du droit civil ou qu'elles tirent seulement leur force du droit naturel. Nos principes, ajoute-t-il, sont ici d'accord, à peu de chose près, avec ceux du droit romain. Ainsi, lorsqu'une obligation est anéantie civilement par quelque prescription que ce soit, elle peut néanmoins servir de base à un nouvel engagement qu'on y substitue par la novation, parce que la prescription, en éteignant l'action civile, n'ôte point l'obligation naturelle qui résultait du premier engagement (2).

La doctrine de Merlin repose sur un fondement peu solide; la tradition romaine doit être entièrement écartée dans la matière des dettes naturelles, car les obligations naturelles du droit français n'ont rien de commun avec les dettes naturelles du droit romain. A notre avis, les

(1) Limoges, 8 janvier 1824 (Daloz, au mot *Jeu*, n° 50, 1°).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Novation*, § III (t. XXI, p. 375). Comparez Troplong, *De la prescription*, n° 84.

dettes prescrites sont plus que des dettes naturelles, ce sont des dettes civiles auxquelles le débiteur peut opposer une exception; quand il renonce à l'exception, la dette reste ce qu'elle était, c'est-à-dire civile. Dès lors rien n'empêche de nover une dette prescrite: c'est une manière de renoncer à la prescription, ce que la loi permet (art. 1220).

II. De l'obligation annulable.

247. A la différence de l'obligation inexistante, l'obligation annulable existe; le créancier a une action, l'obligation produit tous ses effets jusqu'à ce que le débiteur en ait obtenu l'annulation, et la nullité doit être demandée dans les dix ans, sinon l'obligation nulle est confirmée et elle devient pleinement valable, comme si elle n'avait jamais été entachée d'un vice. Il suit de là que l'obligation nulle peut être novée (1).

248. Mais que deviendra la novation si la première obligation est annulée? L'obligation annulée est censée n'avoir jamais existé, il n'y a donc pas eu d'obligation première; et sans dette la novation est impossible.

L'application de ces principes soulève une difficulté. La novation implique une renonciation, le créancier renonce à la première obligation moyennant la substitution d'une dette nouvelle. Quant au débiteur qui consent à nover une dette annulable, ne renonce-t-il pas, de son côté, à se prévaloir de la nullité qui entachait la première obligation? La novation, dans ce cas, serait donc une confirmation, et rien n'empêche les parties intéressées de confirmer une obligation nulle.

Quand la novation est objective, ces principes s'appliquent sans difficulté aucune. Le débiteur reste le même; en contractant une nouvelle obligation qui est substituée à la première, il confirme celle-ci, bien entendu pourvu que les conditions requises pour la confirmation existent. Il faut que le débiteur connaisse le vice et qu'il ait l'intention de le réparer; il faut encore que la confirmation

1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 738, n° 1406.

se fasse à un moment où le vice pouvait être effacé par la confirmation; nous reviendrons plus loin sur ces principes qui ne sont pas douteux; seulement l'article 1338 est très-mal rédigé, parce qu'il semble confondre, avec la confirmation, l'acte confirmatif, c'est-à-dire l'écrit dressé par les parties pour constater la confirmation. Il ne faut pas d'écrit pour la validité de la confirmation; mais si l'on dresse un écrit, il doit être fait dans les formes prescrites par la loi. Ces formes devraient-elles être observées pour la confirmation qui se fait sous forme de novation? Non, l'article 1338 n'est applicable que lorsque les parties ont pour objet principal et unique de confirmer une obligation nulle; tandis que quand elles font novation, elles ont pour objet de substituer une dette nouvelle à une dette ancienne qui est éteinte. Si la novation implique confirmation, c'est une confirmation tacite; ce qui exclut l'application de l'article 1338 en ce qui concerne les formes de l'acte confirmatif (1).

La décision serait la même si la novation se faisait par la substitution d'un nouveau créancier: le débiteur restant le même, il est censé confirmer la première obligation en lui substituant une obligation nouvelle. Quand la novation se fait par la substitution d'un nouveau débiteur, l'application des principes que nous venons d'exposer souffre quelque doute. La plupart des auteurs enseignent que la novation sera valable, pourvu que le nouveau débiteur ait connu, en contractant, les vices qui annuleraient la première obligation (2). C'est dire que le nouveau débiteur confirme l'ancienne obligation en la novant. Mais la confirmation suppose que celui qui confirme avait le droit d'agir en nullité: confirmer n'est autre chose que renoncer à l'action en nullité. Or, qui peut agir? Le débiteur seul a ce droit. En principe, cela est incontestable; un tiers ne peut pas demander la nullité d'une obligation où il n'a pas été partie, donc il ne peut pas la confirmer.

(1) Larombière, t. III, p. 521, n° 11 de l'article 1271 (Ed. B., t. II, p. 318). Colmet de Santerre, t. V, p. 415, n° 219 bis IV. Duranton, t. XII, p. 408, n° 294.

(2) Mourlon, t. II, p. 738, n° 1406. Aubry et Rau, t. IV, p. 213, § 324.

Reste à savoir si le nouveau débiteur est un tiers. Nous reviendrons sur la question en traitant des nullités. On peut soutenir que le débiteur qui fait novation doit être assimilé à la caution, laquelle peut, d'après l'article 2012, invoquer certaines causes de nullité. Si le débiteur qui nove peut demander la nullité, la question de novation est par cela même tranchée: celui qui peut agir en nullité peut aussi confirmer, donc il peut confirmer en novant (1).

Il y a encore une autre opinion; ce qui prouve combien il y a d'incertitude en cette matière. Marcadé dit que la novation est valable dès que le nouveau débiteur agit en connaissance de cause; il sait que la dette est annulable, mais une dette annulable vaut comme obligation naturelle, et une obligation naturelle peut être novée (2). En supposant qu'une dette naturelle puisse être novée, il resterait à prouver qu'une dette annulable est une dette naturelle. Or, la dette annulable est une dette civile, valable, comme telle, aussi longtemps que la nullité n'est pas prononcée: dira-t-on qu'une dette civile est une dette naturelle? Que si la dette est annulée, elle est censée n'avoir jamais existé: est-ce que le néant est une dette naturelle, et le néant peut-il être nové?

III. De la dette conditionnelle.

249. Une dette conditionnelle peut être novée, car elle existe. On dit, à la vérité, que la condition suspend l'existence de l'obligation, mais cela est trop absolu, comme nous l'avons prouvé ailleurs. L'obligation existe, puisque le code reconnaît que le créancier a des droits et qu'il les transmet à ses héritiers (art. 1179 et 1180). Si la condition s'accomplit, elle rétroagit; il en résulte que l'obligation première a existé dès le principe et, par suite, la novation existera également dès l'instant où la dette a été contractée. Que si la condition défaille, il n'y a ja-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 416, n° 219 bis V.

(2) Marcadé, t. IV, p. 580, n° VI de l'article 1272.

mais eu d'obligation, et sans dette il ne saurait y avoir de novation.

La condition qui affecte la première obligation affecte donc aussi la novation; celle-ci est nécessairement conditionnelle. Pothier en conclut que si le corps certain qui faisait l'objet de la dette vient à périr, l'obligation ne pouvant plus se former faute d'objet, il n'y aura pas de novation, alors même que la condition viendrait à s'accomplir (1). C'est la théorie consacrée par le code (art. 1182).

250. Il se peut cependant que la novation subsiste, quand même la condition viendrait à défaillir. L'obligation conditionnelle est de 10,000 francs; les parties conviennent de la remplacer par une obligation pure et simple de 2,000 francs. C'est un contrat aléatoire, chacune des deux parties peut gagner ou perdre, selon que la condition s'accomplit ou défaillit. Elles ont entendu traiter définitivement, et non remplacer une obligation conditionnelle par une autre obligation conditionnelle. Dès que cette intention est constante, la décision n'est pas douteuse. Reste à savoir quelle a été l'intention des parties : ceci est une question de fait (2).

N° 2. UNE DETTE NOUVELLE.

251. Qu'il faille une dette nouvelle pour qu'il y ait novation, cela est d'évidence; c'est de là que la *novation* tire son nom. L'ancienne obligation subsiste si elle n'est pas remplacée par une obligation nouvelle; c'est par la substitution d'une dette nouvelle que la première est éteinte. S'il n'y a pas de dette nouvelle, il n'y a pas de cause d'extinction. Le principe est si simple, que l'on éprouve de la difficulté à le motiver. Mais l'application du principe donne lieu à des questions très-difficiles et très-douteuses.

I. De l'obligation inexistante ou annulable.

252. Quand la seconde obligation est inexistante, il n'y a pas de novation. Il ne peut être question de nover

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 585 et tous les auteurs.
(2) Duranton, t. XII, p. 412, n° 300, et tous les auteurs.

une obligation civile par une dette naturelle; en droit français, cela n'aurait pas de sens, puisque les dettes naturelles n'existent pas aux yeux de la loi. La question peut se présenter quand la seconde obligation a une cause illicite, ou quand le débiteur n'a point consenti. On applique à la seconde obligation ce que nous venons de dire de la première (n° 244).

La cour de Poitiers a appliqué ce principe à une espèce où, à notre avis, la nouvelle obligation n'était pas inexistante; elle avait été souscrite par une personne qui fut plus tard interdite, à une époque où les causes de l'interdiction existaient notoirement. L'arrêt dit que cette obligation est frappée d'une nullité radicale pour défaut de consentement valable (1). Cela n'est pas exact. Il faut absence de consentement pour que l'obligation soit inexistante; et quand peut-on dire que le débiteur aliéné ne consent pas? Lorsque l'on prouve qu'il était en état d'aliénation mentale au moment où il a souscrit la convention. Or, dans l'espèce, on attaquait simplement l'acte comme ayant été fait à une époque où la cause de l'interdiction existait notoirement; la loi le permet, mais ce n'est pas pour absence de consentement; ce qui le prouve, c'est que le juge peut maintenir l'acte, et il ne pourrait certes pas maintenir une prétendue obligation consentie par celui qui n'était pas en état de consentir. Il s'agissait donc, dans l'espèce, d'une obligation simplement annulable, et une obligation pareille peut, en principe, être novée, comme nous allons le dire.

253. Que faut-il décider si la seconde dette est simplement annulable? Une obligation annulable existe, donc il y a novation (n° 247). Si la nullité de la nouvelle obligation n'est pas demandée, il n'y a aucun doute; elle sera pleinement valable, ainsi que la novation. C'est une différence entre la nullité et la non-existence d'un acte; on n'a pas besoin de demander la nullité d'une obligation inexistante, on ne peut pas même la demander, car ce serait demander la nullité du néant; l'obligation n'a pas d'effet,

(1) Poitiers, 7 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 293).