

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).

et ne peut en avoir aucun, dit l'article 1131. Une obligation est donc inexistante de plein droit, tandis qu'il n'y a pas de nullité de plein droit.

Mais que devient la novation quand l'obligation nouvelle est annulée? Faut-il appliquer le principe que l'acte annulé est censé n'avoir jamais existé, ce qui entraînerait la nullité de la novation? La question présente de grandes difficultés; les meilleurs auteurs hésitent; MM. Aubry et Rau ont abandonné, dans une dernière édition, l'opinion qu'ils avaient enseignée dans leurs éditions précédentes. Il faut distinguer les diverses espèces de novation, comme nous l'avons fait pour la première obligation (n° 248).

La novation s'opère par changement d'objet, c'est le même débiteur qui contracte la nouvelle obligation, il en demande l'annulation : la novation tombera-t-elle avec l'obligation nouvelle qui devait remplacer l'ancienne? On pourrait croire que la novation subsiste, parce que toute novation implique une renonciation; or, la renonciation est pure et simple, elle n'est pas subordonnée à la validité de la nouvelle obligation; donc, peut-on dire, la renonciation et par suite la novation subsistent, malgré l'annulation de la nouvelle obligation. Cette argumentation est trop absolue. Sans doute, le créancier qui consent à nover sa créance y renonce; mais cette renonciation est-elle pure et simple? Si elle était pure et simple, ce serait une remise, une libéralité, tandis que la novation est un acte à titre onéreux; si le créancier renonce à sa première obligation, c'est moyennant la nouvelle obligation qui lui est substituée. Toute novation implique donc une condition : la première dette n'est éteinte qu'à la condition d'être remplacée par une seconde. Reste à savoir si l'on peut admettre que le créancier renonce à une obligation valable pour y substituer une obligation nulle. Ceci est une question d'intention, comme toute renonciation. Il n'y a pas de renonciation sans volonté de renoncer. Pour que l'on admette que le créancier ait renoncé à une obligation valable moyennant une obligation nulle, il faut, avant tout, que le créancier connaisse le vice qui infecte la seconde obligation. S'il l'ignore, on ne peut pas,

en général du moins, dire qu'il a eu l'intention de renoncer. Il y a un vice dans sa renonciation, elle est entachée d'erreur; il pourra donc demander la nullité de la renonciation, et par suite de la novation, en prouvant qu'il a consenti à la novation par erreur, qu'il ne l'aurait pas faite s'il avait connu le vice qui annule la nouvelle obligation.

Il se présente encore une difficulté de fait. S'il est prouvé que le créancier connaissait, lors de la novation, les vices de la nouvelle obligation, la novation sera valable, parce que le créancier a renoncé en connaissance de cause; il ne peut pas attaquer la renonciation, car elle n'est pas viciée; de sorte que la novation subsistera, alors même que la seconde obligation serait annulée. La question est oiseuse, dira-t-on : où est le créancier qui renoncera à une obligation valable pour y substituer une obligation nulle? Il est vrai que cela ne se conçoit guère dans la novation objective. Cela peut arriver quand il y a novation par substitution d'un nouveau débiteur lequel se trouve être incapable; le créancier connaissait son incapacité; mais le premier débiteur était insolvable, tandis que le second est solvable; le créancier a intérêt, en ce cas, à nover une obligation valable contre une obligation nulle, il aura au moins une chance d'être payé si le nouveau débiteur ne demande pas la nullité de son obligation.

Laissons là cette hypothèse, elle se présentera toujours très-rarement. Si la nouvelle obligation est nulle, d'ordinaire le créancier aura nové dans l'ignorance de la nullité. Le créancier pourra, en ce cas, soutenir que la novation est nulle. Mais que devra-t-il prouver? Ici est le véritable nœud de la difficulté. Dans l'opinion générale on dit : il suffit que la seconde obligation soit nulle pour qu'elle entraîne la nullité de la novation, en supposant que le créancier ait ignoré la cause de nullité. On présume, dans cette opinion, que le créancier n'a consenti à la novation que parce qu'il ignorait le vice qui annule la nouvelle obligation; il n'a donc rien à prouver. Dans notre opinion, le créancier qui demande la nullité

de la novation doit prouver que sa renonciation est viciée par l'erreur où il se trouvait; or, il ne suffit point que la seconde obligation soit nulle pour que par cela seul on présume l'erreur. De présomption légale, il n'y en a point, et les présomptions de fait seront rarement admissibles. On reste donc sous l'empire du droit commun quant à la preuve : c'est au créancier qui demande la nullité à prouver que la novation est viciée par l'erreur. Il faut d'abord qu'il prouve qu'il ignorait le vice de la nouvelle obligation, il doit prouver ensuite que cette ignorance a vicié son consentement. La preuve sera plus ou moins difficile suivant la cause de nullité. Nous y reviendrons en ce qui concerne l'incapacité, en traitant de la capacité que la loi requiert pour la validité de la novation. Quant aux vices de consentement qui annulent la seconde obligation, le juge admettra facilement la preuve que le créancier n'aurait pas consenti à la novation s'il les avait connus, car la preuve consiste dans l'intérêt que le créancier peut avoir à nover une obligation valable par une obligation nulle; or, on n'aperçoit pas quel intérêt il pourrait avoir à substituer une obligation nulle à une obligation valable, tandis qu'il pourrait y être intéressé si la nouvelle obligation est nulle pour cause d'incapacité (1).

II. De l'obligation conditionnelle.

254. Si la seconde obligation est conditionnelle, la novation aussi sera conditionnelle. En effet, si la condition défailit, il n'y aura jamais eu d'obligation et partant pas de novation. Il faut faire ici la même restriction que nous avons faite dans le cas où la première obligation est conditionnelle. Le créancier d'une dette pure et simple de 1,000 francs la nover contre une obligation conditionnelle de 5,000 francs; il y a alors contrat aléatoire, la novation subsistera quel que soit l'événement de la

(1) Comparez, en sens divers, Toullier, t. IV, 1, p. 235, nos 298-300; Duranton, t. XII, p. 398, n° 282. Aubry et Rau, t. IV p. 215, note 23. Colmet de Santerre, t. V, p. 416, n° 219 bis VI.

condition, les parties ayant traité sur une chance, peu importe en faveur de qui la chance tourne (1).

Nous n'entrons pas dans le débat que Marcadé a soulevé au sujet de la novation des obligations conditionnelles; le débat est vidé, on a prouvé que sa critique portait à faux (2).

N° 3. CAPACITÉ.

255. Aux termes de l'article 1272, la novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter. Les auteurs du code ont dérogé, en ce point, à l'ancien droit. Pothier enseignait, conformément au droit romain, qu'il fallait, pour faire une novation, la capacité requise pour recevoir un paiement, parce que celui qui nover reçoit comme paiement la nouvelle obligation; il en concluait que celui à qui on peut payer une dette peut aussi faire novation; ainsi le créancier solidaire, le tuteur, le mari pouvaient faire novation (3). Le code n'a point admis cette théorie, et avec raison. Il n'est pas exact de dire que la novation équipolle au paiement; le créancier qui reçoit un paiement, reçoit ce qui lui est dû ou ce qu'il a stipulé, et on ne peut pas le forcer à recevoir autre chose; tandis que le créancier qui fait novation ne reçoit pas ce qu'il avait stipulé; il renonce au bénéfice de sa première obligation; si la seconde obligation est moins favorable, il y perd. Ce peut être une convention aléatoire si l'obligation nouvelle est conditionnelle; certes on ne dira pas dans ce cas que le créancier reçoit son paiement; il lui était dû 1,000 francs, il peut ne rien recevoir du tout en vertu de la nouvelle obligation, il échange un droit certain contre une chance. Il suit de là qu'autre chose est le paiement, autre chose est la novation, c'est-à-dire que pour la novation il faut une autre capacité et une capacité plus étendue que pour le paiement.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 586, et tous les auteurs.

(2) Marcadé, t. IV, p. 577, n° V de l'article 1272. Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 417, n° 219 bis VIII. Aubry et Rau, t. IV, p. 214, note 18, § 324.

(3) Pothier, *Des obligations*, nos 590-592. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 214, note 19, § 324; Duranton, t. XII, p. 396, nos 278, 279.