

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.

256. Quelle capacité faut-il pour nover? Le code répond : la capacité de contracter. Cela est trop vague. La situation du créancier n'est pas la même que celle du débiteur; il faut donc distinguer. Le créancier de la première obligation y renonce moyennant la substitution d'une nouvelle obligation; renoncer, c'est aliéner; il faut donc que le créancier ait la capacité de disposer du droit qu'il avait en vertu de l'obligation primitive. Le principe est incontestable, mais il nous semble que les auteurs en dévient dans l'application.

Le tuteur peut-il nover? Non, à notre avis; car le tuteur n'a pas le droit de disposer des biens de son pupille; dans notre opinion, il n'a pas même le pouvoir de disposer de ses droits mobiliers, ce qui est décisif. On enseigne généralement le contraire. Le tuteur, dit Duranton, représente le mineur dans tous les actes civils. Sans doute, mais tantôt il le représente avec l'autorisation du conseil de famille, tantôt il lui faut, outre cette autorisation, l'homologation du tribunal. Ce n'est donc pas l'article 450 qui décide la question. Le tuteur a le droit de faire seul les actes d'administration; la question est donc de savoir si la novation est un acte d'administration. Duranton l'assimile à un paiement; c'est revenir au principe de Pothier que le code a abandonné. On ajoute que la loi n'interdit pas au tuteur de faire une novation de sa propre autorité. Eh qu'importe? Elle le lui défend, par cela même qu'elle ne lui permet pas de disposer des biens de son pupille (1).

D'autres auteurs distinguent : ils admettent que le tuteur ne peut consentir la novation d'une obligation garantie par une hypothèque ou par un cautionnement, à moins que l'hypothèque ne soit réservée ou que la caution n'accède au nouvel engagement; mais si la créance est simplement chirographaire; le tuteur, dit-on, pourrait faire novation sous sa responsabilité (2). La distinction nous paraît peu juridique. En effet, la novation est

(1) Duranton, t. XII, p. 396, n° 279. Comparez Larombière, t. III, p. 522, n° 4 de l'article 1272 (Ed. B., t. II, p. 319).

(2) Aubry et Rau t. IV, p. 214, notes 20 et 21, et les auteurs qu'ils citent.

toujours un acte de disposition, qu'elle soit ou non garantie par des sûretés spéciales; est-ce que le tuteur compromet moins les intérêts du mineur quand il substitue à une créance certaine un droit conditionnel qui n'est qu'une chance, que lorsqu'il renonce à un gage ou à une hypothèque, garanties qui peuvent être inutiles si le nouveau débiteur est solvable? Après tout il ne s'agit point de l'intérêt du pupille, il s'agit des droits du tuteur.

Nous appliquons le même principe aux créanciers solidaires, comme nous l'avons déjà dit en traitant de la solidarité (t. XVII, n° 269). Cela prouve que la capacité de recevoir un paiement ne donne pas la capacité de nover. Les créanciers solidaires ont certainement le droit de recevoir le paiement de la dette; pourquoi leur refuse-t-on le droit de nover? Parce qu'ils n'ont pas le pouvoir de disposer de la créance; le tuteur l'a moins encore, puisqu'il n'est qu'un simple administrateur.

257. Le débiteur qui contracte la nouvelle obligation doit être capable de s'obliger. D'après l'article 1272, cette capacité est requise pour la validité de la novation. Cela veut-il dire que la novation est nulle par cela seul que le débiteur qui contracte la seconde obligation est incapable? Personne ne donne ce sens absolu à la loi. Le débiteur peut demander la nullité de la nouvelle obligation qu'il a contractée. Quelle influence cette annulation aurait-elle sur la novation? Nous avons répondu que c'est une question d'intention (n° 253). Le créancier a connaissance de l'incapacité du débiteur, il nove malgré cela; il renonce donc à sa première obligation en courant la chance de voir annuler la seconde. Si telle est son intention, la novation sera définitive. Mais s'il ignorait l'incapacité de celui avec lequel il nove, l'ignorance où il est ne permet pas de supposer qu'il a renoncé à la première obligation, malgré le vice de la seconde. Il pourra donc demander la nullité de la novation en prouvant que la renonciation qu'il a faite à la première obligation est viciée par l'erreur. Dira-t-on que nous introduisons dans la loi une distinction qui n'y est pas? Nous répondons que dans toutes les opinions on distingue, ce qui prouve que la rédaction de

la loi est trop absolue. Dira-t-on que le créancier ne doit pas avoir la capacité de disposer, parce que le texte n'exige que la capacité de contracter? Cela serait contraire à tout principe. Ce sont donc les principes qui nous forcent à distinguer. Eh bien, quel est le principe qui domine la novation? C'est qu'elle implique une renonciation; or, dans toute renonciation, la question d'intention est décisive; c'est donc d'après l'intention du créancier qu'il faut décider si la renonciation est valable ou non, c'est-à-dire si la novation subsistera ou si elle sera annulée (1).

Il y a une autre opinion dans laquelle on admet que la novation doit toujours être validée, malgré l'incapacité du nouveau débiteur. La nouvelle obligation, dit-on, est une dette naturelle; or, on peut nover une dette civile par une dette naturelle. Nous n'hésitons pas à dire que cette doctrine est erronée. Dans l'opinion que nous avons enseignée sur les obligations naturelles, cela est évident. Les obligations consenties par les incapables ne sont pas des obligations naturelles, ce sont des obligations civilement imparfaites; et quand même on admettrait qu'il survit un lien naturel à l'annulation, toujours est-il que ce lien n'est pas reconnu par la loi, qui n'admet l'existence des obligations naturelles que lorsqu'elles sont éteintes par le paiement. Quant à l'autorité du droit romain que l'on invoque, nous l'écartons, les obligations naturelles du droit français n'ayant rien de commun avec les obligations naturelles du droit romain (2).

258. Dans l'application de l'article 1272, il ne faut pas perdre de vue le principe établi par l'article 1125, aux termes duquel le débiteur incapable peut seul invoquer la nullité qui résulte de son incapacité; si donc le créancier qui a consenti à la novation est incapable, la partie qui a contracté avec lui ne peut pas se prévaloir de son incapacité pour demander la nullité de la novation et, par suite, de l'obligation qu'elle a contractée; l'incapable seul

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 215 et suiv., notes 23 et 24.
 (2) Comparez Marcadé, t. IV, p. 573, n° III de l'article 1272.

peut demander la nullité de la novation et, par suite, le maintien de l'obligation primitive. De même, quand c'est le débiteur de la nouvelle dette qui est incapable, lui seul a le droit d'agir en nullité; s'il garde le silence, la nouvelle obligation subsistera et, par suite, la novation sera valable (1).

N° 4. VOLONTÉ DE NOVER.

259. D'après ce que nous venons de dire, il est évident que la volonté de nover est de l'essence de la novation. Le créancier et le débiteur peuvent très-bien apporter des changements à la première obligation sans avoir l'intention de l'éteindre, en lui substituant l'obligation modifiée; il faut donc voir s'ils ont ou non la volonté de nover. De même, dans la novation subjective, il ne suffit pas qu'un nouveau débiteur prenne un engagement envers le créancier pour qu'il y ait novation, il peut accéder à l'ancienne obligation à titre de garantie; dans ce cas, il n'y aura pas de novation, il n'y en aura que si les parties contractantes ont eu l'intention de décharger l'ancien débiteur pour le remplacer par un nouveau. Enfin, si un tiers intervient pour recevoir le paiement de la dette, il faut voir dans quel but cela se fait; les parties ont-elles la volonté de nover, il en résultera qu'un nouveau créancier prendra la place de l'ancien qui renonce à son droit; si, au contraire, les parties ont simplement voulu faciliter le recouvrement de la créance ou le paiement de la dette, l'ancienne obligation subsistera. Il faut donc toujours voir ce qui s'est passé entre les parties pour décider s'il y a ou s'il n'y a pas novation.

260. C'est en ce sens que l'article 1273 dit : « La novation ne se présume pas, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. » Que la novation ne se présume pas, cela va sans dire. De la part du créancier, la novation implique une renonciation : est-ce que la renonciation se présume? Quant au débiteur, il contracte une

(1) Duranton, t. XII, p. 396, n° 279. Colmet de Santerre. t. V, p. 419, n° 220 bis II.