

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.

obligation nouvelle : est-ce que les obligations se présument ?

L'article 1273 ajoute que la volonté d'opérer novation doit résulter clairement de l'acte. Qu'entend-on par le mot *acte* ? En général, ce mot est employé pour désigner l'écrit authentique ou sous seing privé que les parties dressent pour constater leurs conventions, dans le but de s'en procurer une preuve littérale. C'est dans ce sens que le mot *acte* est pris dans le chapitre VI de notre titre qui traite de la preuve des obligations. Quelquefois l'acte est requis pour l'existence du contrat : il en est ainsi de la donation. Est-ce que dans l'article 1273 le mot *acte* signifie un écrit, et est-ce qu'un écrit est nécessaire pour l'existence ou pour la validité de la novation ? Non, le mot *acte* signifie ici ce qui se passe entre les parties : *id quod agitur*. C'est une acception peu usitée ; il faut donc prouver que tel est le sens du mot dans l'article 1273.

La preuve est très-facile si l'on raisonne d'après les principes généraux de droit. Il n'y a point de différence entre la novation et les autres modes d'extinction des obligations ; aucun n'est un acte solennel, aucun n'exige même un écrit pour la preuve ; le paiement peut s'établir par témoins, la compensation se fait de plein droit, ce qui exclut toute convention et, à plus forte raison, toute solennité, tout écrit. Quand la loi veut un écrit, elle le dit : elle l'exige en matière de subrogation conventionnelle lorsque c'est le débiteur qui la consent (art. 1250, 2^o). Y avait-il une raison de l'exiger pour la novation ? Non, car de quoi s'agit-il ? De renoncer à une obligation et de contracter une obligation nouvelle. Or, la renonciation peut être tacite, comme toute manifestation de volonté, et l'on peut aussi s'obliger tacitement. Dès lors la novation doit rester sous l'empire du droit commun.

Si tel est le sens de l'article 1273, dira-t-on, il est inutile, car le droit commun est la règle ; il n'est pas nécessaire de dire que la règle s'applique à tous les cas où il n'y est point dérogé, cela va sans dire. Effectivement, l'article 1273 ne s'explique que par la tradition. Dans l'ancien droit romain, les jurisconsultes admettaient des

présomptions pour établir la novation, ce qui était très-logique, puisque la preuve testimoniale était admise sans restriction. Mais de simples présomptions fondées sur des probabilités sont de leur nature très-incertaines ; de là des contestations nombreuses sur la question de savoir s'il y avait ou non volonté de nover. Pour prévenir ces contestations, Justinien disposa que la volonté de faire novation devait être expresse, et qu'on ne pouvait l'admettre que si les contractants avaient fait remise de la précédente obligation, en déclarant formellement qu'ils substituaient la dernière à la première. Dans cet ordre d'idées, le nouvel engagement était censé contracté plutôt pour confirmer le premier et pour y accéder que pour l'éteindre. Pothier dit que la jurisprudence française ne s'était pas attachée à la lettre de cette constitution : elle n'exigeait point que le créancier déclarât en termes précis et formels qu'il entendait faire novation ; il suffisait que, de quelque manière que ce fût, la volonté de faire novation fût si évidente, qu'elle ne pût être révoquée en doute. Cette jurisprudence est très-ancienne, d'Argentré en parle dans son commentaire sur la coutume de Bretagne. Mais Pothier ajoute que la novation ne se présume jamais (1).

Les auteurs du code ont formulé la tradition française dans l'article 1273. C'est en ce sens que l'orateur du gouvernement explique cette disposition : « Toute novation étant un nouveau contrat substitué à l'ancien, il faut que la volonté de former ce contrat résulte clairement de l'acte. La renonciation aux droits que donnait la première obligation ne doit pas dépendre d'une présomption, et si l'on n'exige pas une déclaration en termes précis et formels, il faut au moins que l'intention ne puisse être révoquée en doute. » Le rapporteur du Tribunat dit formellement que les auteurs du code ont entendu s'écarter de la constitution de Justinien. « Faut-il que les parties déclarent explicitement qu'elles veulent faire novation ? Une des dernières lois romaines l'avait ainsi prescrit. Il nous semble que

(1) Pothier, *Des obligations*, n^o 594.

notre projet a adopté une disposition judiciaire, en exigeant seulement que la volonté d'opérer la novation résulte clairement de l'acte. La loi ne pouvait consacrer une formule. Il ne serait pas raisonnable que l'absence d'un mot pût empêcher les juges de déclarer qu'il y a eu novation dans un acte, lors même que toutes les clauses de l'acte auraient fait éclater la volonté que les parties avaient eue de faire novation (1) ».

La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2). Il y a un arrêt très-bien motivé de la cour de Rouen, rendu sur renvoi, qui résume ce que nous venons de dire. La cour établit, ce qui est le point essentiel, que l'art. 1273, loin de reproduire la constitution de Justinien, a eu pour objet d'y déroger. En disant que la novation ne se présume pas, la loi trace aux juges la règle à suivre dans l'appréciation des faits et des conventions intervenues entre les parties, et leur donne par là implicitement le droit d'apprécier les faits et les circonstances pour décider s'il y a ou non novation. La loi ajoute que la volonté d'opérer la novation doit résulter clairement de l'acte, afin d'écarter les novations conjecturales que l'on admettait dans l'ancien droit romain (3). Bref, en dérogeant à la constitution de Justinien qui établissait une exception au droit commun, le code est revenu au droit commun.

261. On a cependant soutenu devant la cour de cassation que l'article 1273 dérogeait au droit commun en un sens, c'est qu'il ne permettait pas de prouver la novation par de simples présomptions. C'était se prévaloir de la lettre de la loi contre le but que le législateur a eu en vue. Il est vrai que l'article 1273 dit que la novation ne se présume pas, ce qui semble écarter les présomptions; et dire que les présomptions ne sont pas admissibles, c'est rejeter la preuve testimoniale, ce qui aboutit à exiger un écrit pour la preuve de la novation. La cour répond que l'article 1273 n'a pas eu pour objet de décider une ques-

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 146; Jaubert, Rapport, n° 39 (Loché, t. VI, p. 173, 214).

(2) Toullier, t. IV, 1, p. 221, nos 276 et 277, et tous les auteurs.

(3) Rouen, 10 juin 1835 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 2452, 3°).

tion de preuve, qu'il établit uniquement un principe concernant la novation, à savoir qu'il faut la volonté de nover, et que cette volonté doit ressortir clairement de ce qui s'est passé entre les parties. Autre est la question de la preuve. La loi ne dit pas comment la novation sera prouvée; elle s'en réfère par cela même aux règles générales qu'elle trace sur les preuves. Or, le code admet les présomptions dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, donc quand il y a un commencement de preuve par écrit; ce n'est pas là présumer la novation, c'est la prouver d'après un mode légal de preuve (1).

Nous empruntons à la jurisprudence un exemple qui montrera le grave intérêt de cette question souvent débattue devant la cour suprême. Une société commerciale prend fin par l'expiration du terme pour lequel elle avait été contractée. Au moment de la dissolution le demandeur était créancier par compte courant d'une somme de 44,000 à 45,000 fr. L'un des associés reprit les affaires sous une nouvelle raison sociale, pour les mêmes opérations, sur les mêmes bases et dans les mêmes locaux; dans la circulaire qu'il adressa aux créanciers de la société dissoute, il exprimait l'espoir qu'ils continueraient à lui accorder la confiance qu'ils avaient accordée à la société dissoute. Depuis cette époque le demandeur continua ses relations avec la nouvelle maison, sans jamais réclamer la liquidation ni le paiement de sa créance. Mais la nouvelle société ayant fait faillite, le demandeur réclama contre les héritiers d'un des associés solidaires de la première maison le paiement de sa créance, en déduisant ce qu'il avait touché dans la faillite. Le défendeur répondit qu'il y avait eu novation par la substitution d'un nouveau débiteur; il invoqua les faits et les circonstances que nous venons de rapporter. Les juges du fait admirèrent la novation. Après la dissolution de la première société, le demandeur continua à faire des versements sur son compte courant; le compte qu'il recevait chaque semestre

(1) Rejet, 14 mars 1834 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 2501, 2°), et 9 juillet 1834 (*ibid.*, n° 2501, 3°). Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 217, note 29, § 324.