

Faculté de Droit de Toulouse.

21136

DE LA NOVATION

SUIVANT LES

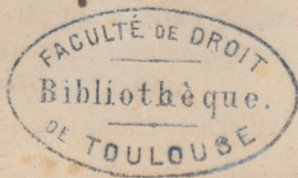
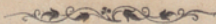
PRINCIPES DU DROIT ROMAIN ET DU DROIT FRANÇAIS

DISSERTATION POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR JOSEPH D'ALBIS DE GISSAC

AVOCAT.



TOULOUSE

TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC

RUE SAINT-ROME, 46.

—
1857.



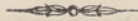
DE LA NOTAIRES

A. M. D'ALBIS DU SALZE

ANCIEN PROCUREUR DU ROI, ANCIEN REPRÉSENTANT DU PEUPLE.

Hommage affectueux de respect et de dévouement.

DROIT ROMAIN.



De la Novation.

On distingue en droit romain deux grandes classes de modes d'extinction des obligations : les modes *ipso jure*, les modes *exceptionis ope*.

Les premiers, tirés du droit civil, mettent l'obligation à néant, c'est comme si elle n'avait jamais existé ; en dehors de ces cas prévus et déterminés, le lien de droit subsiste toujours.

Le droit prétorien et la jurisprudence, corrigeant cette rigueur excessive, introduisirent les seconds qui, basés sur l'équité, arrivent à résoudre, au moyen d'exceptions, des obligations subsistant encore aux yeux du droit strict.

En d'autres termes, le lien civil ne peut être brisé que conformément au droit civil ; mais, alors même qu'il n'aura point été rompu, le droit honoraire pourra fournir des défenses pour en paralyser l'action.

Occupons-nous seulement d'un des modes d'extinction *ipso jure*, la NOVATION.

1. La novation est définie : « *Prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem transfusio atque translatio.* » (Ulpien l. 1, Dig. de novat.) Ce qui a lieu, ajoute le texte, lorsque, au lieu d'une cause précédente, on en établit une nouvelle, tellement

que la première soit anéantie. Car novation dérive de nouveau et de nouvelle obligation.

D'après son étymologie elle-même, nous voyons en quoi consiste la novation. Elle est à la fois extinctive et productrice d'obligations; on la reconnaît à ce caractère essentiel qu'il y a toujours deux obligations: l'une qui s'éteint, l'autre qui naît pour se mettre à sa place.

Toute sorte d'obligation peut être novée; peu importe de quelle qualité est celle qui précède: naturelle, civile ou honoraire; verbale, littérale, réelle ou consensuelle. Quelle que soit donc l'obligation qui a précédé, elle peut se nover par stipulation, pourvu seulement que l'obligation suivante tienne civilement ou naturellement (Ulpien l. 1, § 1, Dig. de novat.) Et plus bas: « Omnes res transire in novationem possunt. »

Ce phénomène d'une obligation éteinte sans paiement ne peut s'opérer par toute espèce de moyens. Ulpien ne mentionne à cet effet que la stipulation; il pouvait cependant avoir lieu de plusieurs manières.

2. On a divisé la novation en novation volontaire et novation nécessaire, suivant qu'elle résulte d'un accord entre les parties ou de la *litis contestatio*; en novation privative, lorsque la première obligation est remplacée par une autre tout à fait distincte, ou cumulative, lorsque la seconde a plutôt pour but d'augmenter et de confirmer la première.

Nous nous en tiendrons à la première de ces divisions. Dans un troisième chapitre, nous traiterons de la délégation qui se lie intimement à notre sujet.

CHAPITRE PREMIER.

NOVATION VOLONTAIRE.

3. La novation volontaire, c'est-à-dire résultant de conventions entre les parties, ne pouvait avoir lieu, au point de vue du Droit civil, que par obligation littérale ou par stipulation.

SECTION I.

Novation par contrat littéral.

4. La novation par contrat littéral était tout-à-fait tombée en désuétude au temps de Justinien ; aussi cet empereur, plus soucieux d'harmoniser les lois avec les mœurs que de conserver à la postérité la pureté des textes, ne mentionne-t-il au Digeste que la stipulation, et ne donne même sur l'obligation littérale que fort peu de notions.

Le texte retrouvé de Gaius est venu éclairer cette question et nous dit : « Fit autem nomen transcriptitium duplici modo vel a re in personam, vel a persona in personam. »

Dans le contrat *litteris*, le *nomen*, c'est-à-dire la créance, était, par ordre du débiteur, transcrit de l'*adversarium* sur le codex du créancier, et, soit par la concordance de l'actif du créancier avec le passif du débiteur, soit seulement par le *calendarium* du créancier corroboré de témoignages écrits ou verbaux, on prouvait que l'obligation littérale avait été contractée.

Ce genre d'obligation ne pouvait avoir lieu que *a re in personam* ou *a persona in personam*.

En effet, *a re in rem*, on ne ferait que changer une obligation ayant une cause réelle en une autre de même nature : par exemple, si on déclarait que la somme remise à titre de prêt serait gardée à titre de dépôt ; on devrait ici, non en vertu d'un contrat *litteris*, mais en vertu du dépôt ; l'écrit ne serait qu'une simple *cautio* ou écrit probatoire, qui ne peut être confondu avec le contrat littéral.

A persona in rem, il naîtrait une seconde obligation reposant sur une *res*, dont la source ne pourrait pas davantage se trouver dans l'écrit ; comme si ce qui était dû en vertu d'une stipulation, se transformait en un contrat de prêt.

Restent les deux modes indiqués par Gaius. Nous voici en plein contrat *litteris* ; le droit n'est plus basé que sur le *nomen transcriptitium*, et peu importe qu'il date de l'origine de l'obligation, ou qu'il se forme en vertu d'un autre préexistant qui se trouve nové ; il y a un contrat de droit strict résultant des termes de l'écrit, de même que celui qui naîtrait des paroles sacramentelles de la stipulation. Rien, d'ailleurs, n'aurait empêché de faire une transcription *donationis causâ*, et alors il y aurait incontestablement engagement primitif. De même, si immédiatement après une numération d'espèces il intervenait, soit une stipulation, soit une transcription, on ne pourrait y voir autre chose qu'un contrat, soit verbal, soit littéral (Pomponius, l. 7, Dig. de novat.).

5. Le contrat *litteris* opérerait le plus souvent novation ;

ordinairement, en effet, l'écrit intervenait pour modifier une dette ou la transformer, tout au moins, en une obligation sur la personne. *A re in personam*, on changeait une obligation reposant sur une cause réelle en une obligation *litteris* qui était toujours basée sur une cause personnelle : « *A re in personam transcriptio sit veluti si id quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero* (Gaius III, 129). » Ainsi, ce qui était dû en vertu de louage, de société, etc., ne l'est plus qu'en vertu des termes énoncés dans le *nomen transcriptitium*.

Quant à la transcription *a persona in personam*, elle n'est autre chose qu'un mode de novation par changement de débiteur : « *A persona in personam transcriptio fit veluti si id quod mihi Titius debet tibi expensum tulero* (Gaius III, § 130). » Titius me doit cent, et Mévius doit la même somme à Titius ; j'accepte Mévius pour mon débiteur en le portant comme tel sur le codex. Voilà la novation par les *nomina transcriptitia a persona in personam*.

6. Les *nomina transcriptitia* tombèrent en désuétude et allèrent en déclinant depuis le commencement de l'empire. *In usu non sunt*, dit Justinien, et les *chirographa* (qui jadis, avec les *syngraphæ*, étaient des modes de contrat *litteris* à la portée des pérégrins) restent seuls comme un souvenir, en quelque sorte, de l'ancien droit.

Du silence des Instituts et du Digeste, faut-il forcément conclure que, sous Justinien, une novation par contrat littéral eût été impossible ?

Nous ne le pensons pas.

En effet, l'exception *non numeratæ pecuniæ*, qui était venue démolir, en quelque sorte, les obligations *verbis et litteris*, en les faisant dépendre, au moins pour un certain temps, de la numération des espèces, avait eu pour but d'éviter l'usure, et ne pouvait s'appliquer lorsqu'il ne s'agissait pas de *pecunia credita*, ou que l'obligation naissait *ex præcedenti causa*, c'est-à-dire de novation. Ainsi donc, dans un *chirographum*, Titius aurait reconnu me devoir les mille sesterces que me devait précédemment Mévius; il y aura à la fois novation et obligation littérale, et Titius ne pourra m'opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Rien, dans la teneur du droit romain, ne prohibe cette supposition.

SECTION II.

Novation par stipulation.

7. La novation par stipulation, qui pourrait être appelée novation proprement dite, puisqu'elle était déjà la plus usitée et qu'elle devint ensuite la seule dont les lois fissent mention, était soumise à plusieurs conditions.

La première est le consentement; en effet, sans consentement, pas d'obligation possible, et par conséquent pas de novation.

Dans toute novation, le consentement du créancier est indispensable, car personne ne peut le priver de ce qui lui appartient; mais ce consentement pourra être postérieur à la stipulation: « Si quis absente me a debitore meo stipulatus est novandi animo, ego postea

ratum habuero, novo obligationem (Paul, l. 22, Dig. de novat.) » Dans une novation, au contraire, par changement de débiteur, le consentement de celui-ci n'est aucunement nécessaire; c'est l'expressio. En effet, la novation est une sorte de paiement, et Gaius nous dit : « Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere (Gaius, l. 53, Dig. de novat.). »

8. Mais il ne suffit pas que le contrat verbal ait lieu avec plein consentement; il faut encore l'intention de nover. Cette intention n'était pas toujours facile à apprécier, et souvent on ne pouvait reconnaître s'il y avait deux obligations ou novation. Justinien écarte ces difficultés en disant que, si l'intention n'en est pas expressément déclarée, il n'y a pas de novation : « Tunc solum fieri novationem quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit (Inst. III, 29, § 3; Code, livre VIII, titre XIII, loi 8). »

On a prétendu qu'il ne fallait pas conclure de la constitution de Justinien, qu'il ait voulu s'attacher ici plus aux termes qu'à l'idée, qu'il entendait seulement qu'il ne pût y avoir de doute sur l'intention de nover (Mülhenbruch). Nous pensons que cette constitution avait précisément pour but de la faire dépendre d'une énonciation formelle.

9. Nous avons dit qu'on pouvait nover toutes sortes d'obligations; mais l'efficacité de la stipulation, selon le droit civil, n'est pas essentielle, puisque toute obligation peut être convertie par un contrat *verbis* en

obligation, soit civile, soit naturelle. Or, l'obligation naturelle ne donnant aucune action, il pourrait arriver que le créancier qui aurait nové une obligation civile sans employer les formes solennelles, alors qu'elles étaient exigées, aurait en quelque sorte perdu ses droits, puisqu'il n'aurait plus d'action pour les exercer. Bien que la stipulation soit inutile, il y a eu cependant un accord de volontés reconnu par le droit civil, c'est-à-dire une obligation naturelle qui suffit pour novar : « Licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur (Gaius III, 176). »

Mais si la stipulation était entièrement nulle, par exemple, si elle était entachée d'erreur sur l'identité de l'objet, il ne pourrait y avoir de novation, puisqu'il n'y aurait pas même obligation naturelle. La première obligation, n'étant remplacée par aucune autre, continuerait à subsister.

10. La novation a lieu par changement de créancier, lorsque les parties conviennent que le débiteur paiera à un tiers ce qu'il devait à un autre; alors celui-ci est libéré vis à vis du premier créancier, et obligé envers le second.

Le débiteur peut changer, et le créancier et l'objet rester les mêmes : « Veluti si id quod tu mihi debeas a Titio dari stipulatus sim (Gaius III, 176). »

Nous avons dit que l'expressio pouvait avoir lieu même *malgré le débiteur*; il s'était élevé la question de savoir si celui qui aurait ainsi payé la dette d'un autre aurait ensuite, pour se faire rembourser, l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum*, soit *directa*, soit *utilis*.

Le titre *de novationibus* ne prévoit pas le cas; mais

nous savons que la novation est un paiement, la solution sera donc la même ici. Les juriconsultes penchaient généralement pour la négative (Paul, l. 40; Ulp., l. 6, § 2; Papinien, l. 56, Dig. *mandati*). Justinien, rappelant ces débats, confirme entièrement l'opinion de Salvius Julianus et autres, et établit que tout ce qui a été déboursé postérieurement à l'opposition du débiteur, ne pourra lui être réclamé, ni poursuivi par aucune action (Code 2, XIX, loi 24).

Le changement de dette opère aussi novation, les personnes restant les mêmes.

Il n'est point nécessaire, pour qu'il y ait changement de dette, que la seconde obligation soit absolument étrangère à la première. Elle doit en différer totalement en ce sens que ce n'est plus le même lien de droit; mais il peut parfaitement arriver que le but de la novation soit de modifier la première obligation, en la remplaçant par une autre qui lui ressemble à peu de chose près. Il suffit qu'il s'y trouve *aliquid novi*; par exemple, qu'on lui fasse subir quelques modalités ou qu'on efface celles qui existaient : « Ita demum novatio sit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, fortè si conditio, vel sponsor aut dies adjiciatur, aut detrahatur. (Gaius III, 175; Ulp. l. 9, § 2, Dig. *de novat.*)

11. Si l'on stipule ainsi : les mille sesterces que vous me devez, promettez-vous de me les remettre si Cornélius est nommé consul l'année prochaine? Voici une novation avec stipulation conditionnelle; mais quand aura-t-elle lieu? Sera-ce immédiatement, ou lorsque Cornélius aura été nommé consul? Si cette condition

ne se réalise pas, la première obligation continuera-t-elle à subsister ?

Autant de questions qui avaient été débattues par les juriconsultes romains. Gaïus indique ces divergences : « Quod autem diximus, si conditio adjiciatur novationem fieri, sic intelligi oportet ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit : alioquin si defecerit, durat prior obligatio. » (Gaïus III, 179). Tel n'était pas l'avis de Servius Sulpicius qui, considérant une telle condition comme aléatoire, prétendait que la novation avait lieu dès la stipulation ; de telle sorte que, si la condition ne se réalisait pas, la première obligation n'en était pas moins éteinte.

Nous partageons l'opinion de Gaïus qui nous paraît plus conforme aux principes. En effet, dans la condition que nous appellerons suspensive, le droit naît seulement à l'avènement de la condition ; si donc elle ne se réalise pas, comment prétendre qu'il a pu y avoir novation, puisqu'en réalité il n'y a pas eu de seconde obligation ? (Ulp., l. 8, § 1, Dig. *de novat.*)

Admettant donc que la première obligation subsiste et a toujours subsisté, si la condition ne se réalise pas, faut-il aller jusqu'à dire que, même pendant tout le temps qui s'écoulera entre la stipulation et le moment où il devient certain que la condition ne se réalisera pas, le créancier pourra agir en vertu de la première obligation ? Evidemment non ; pendant tout ce temps le droit est suspendu, on ignore s'il y aura ou non novation ; si donc on avait pu, dans l'intervalle, poursuivre la première dette, on se trouverait peut-être avoir agi en vertu d'une créance éteinte. « ... Is qui eo nomine agat,

doli mali aut pacti conventi exceptione possit summo-
veri. » (Gaius, III, 179).

On a interprété Gaius en disant que, par suite de la seconde dette conditionnelle, la première pouvait se trouver novée *exceptionis ope*, c'est-à-dire que, s'il paraît que les parties ont voulu réellement abandonner la première pour lui substituer, telle quelle, une dette conditionnelle, le créancier qui voudrait, lorsqu'il est sûr que la condition ne se réalisera pas, agir en vertu de la première obligation, pourrait être repoussé par les exceptions *doli mali* ou *pacti conventi*. Cette opinion, qui serait exacte en droit français, ne nous paraît pas admissible en droit romain où la forme est si rigoureuse. Nous ne comprendrions pas d'ailleurs la dispute des deux écoles si, par des voies différentes à la vérité, elles arrivaient au même résultat.

La condition extinctive, qui prit sous Justinien un caractère de condition résolutoire, n'offre, en droit romain, que des données très incomplètes, et dans aucun cas ne saurait s'appliquer à la novation.

Si c'est la première obligation qui est conditionnelle, la solution sera la même et pour les mêmes motifs. La deuxième obligation, bien que pure et simple, ne vaudra qu'à l'avènement de la condition, parce qu'alors seulement il est sûr que la première existe.

De même, si les deux obligations sont conditionnelles; par exemple, si l'on a stipulé ainsi : ce que vous m'avez promis si Cornélius est nommé consul, me le promettez-vous si tel navire arrive d'Asie? Il n'y aura novation que si les deux conditions se réalisent.

On pourrait aussi nover une obligation future, en stipulant d'une personne ce qu'un autre promettra ; car

alors, dit Ulpien, il y aura en même temps et avènement de la condition et novation. (Ulp., l. 8, § 2, Dig. de novat.).

12. Dans les obligations le terme ne met point le droit en question, il en suspend seulement l'exercice, du moins quant au terme dilatoire. (Quant au terme extinctif, il ne gêne en rien, tant qu'il n'est pas arrivé; une fois atteint il n'y aurait plus d'obligation, et par conséquent plus de novation possible). Ainsi donc, peu importe que dans les stipulations le terme soit éloigné ou rapproché, certain ou incertain, pourvu qu'il ne soit incertain que quant à l'époque; la novation s'opère par le retranchement ou l'adjonction de cette modalité. Si elle a pour but de le retrancher, il y aura une obligation pure et simple; si elle a pour but de l'introduire, le paiement n'aura lieu qu'au *dies venit*, c'est-à-dire à l'avènement du terme (Gaius III, 175; Ulp., l. 5, Dig. de novat.).

13. Le paragraphe 177, C. III de Gaius, cité plus haut, donne l'adjonction d'un *sponsor* comme cause de novation. La *sponsio* absolument réservée aux citoyens romains, et la *fidepromissio* accessible aux pérégrins, étaient des sûretés permises par le droit strict pour garantir une obligation verbale et qui devaient avoir lieu *incontinenti*. Dès-lors on ne pouvait garantir ainsi une obligation préexistante, il fallait l'éteindre pour la réformer avec l'adjonction du *sponsor* ou du *fidepromissor*, ce qui était une novation.

Les Proculéiens n'admettaient pas ce résultat. Bien qu'une seconde stipulation fût absolument nécessaire,

ils ne voyaient pas dans cette sûreté *aliquid novi*. L'avis des Sabinien prévalut à bon droit, il resta établi qu'on ne pouvait introduire un *sponsor* sans *nover*.

Nous pouvons ajouter comme corrélatif que l'adjonction d'un *adstipulator* aurait, de même, nécessité novation.

La *sponsio* et la *fidepromissio* tombèrent en désuétude, lors de la décadence du droit, précisément à cause de leurs formes rigoureuses, et la fidéjussion, qui pouvait intervenir, soit pendant, soit après le contrat, et garantir non seulement une obligation verbale, mais toutes sortes d'obligations, resta seule. Justinien, copiant Gaius, remplace le mot de *sponsor* par *fidejussor* (Inst. III, 29, 5), établissant par là une erreur. Des auteurs rapprochant les mots *posterior stipulatio* qui se trouvent dans le même texte, l'ont justifié en disant qu'il entendait parler d'une fidéjussion accompagnée d'une deuxième stipulation. La place de ce mot, entre la condition et le terme, ne nous permet pas de l'absoudre d'une négligence qui s'explique d'ailleurs historiquement.

14. Si l'on voulait rendre une obligation corréale, incontestablement il faudrait *nover*; puisque, soit qu'il s'agisse de *correi stipulandi*, soit de *correi promittendi*, les interrogations doivent précéder les réponses, afin qu'il y ait *plures personæ, una obligatio*. Dans ce but tout doit se passer dans une seule et même stipulation, sans quoi il y aurait plusieurs obligations. (Inst. III, 16).

15. Lorsqu'une obligation est disjonctive et que tous ses termes sont rappelés dans une seule stipula-

tion conjonctive, il y a novation; par exemple : Titius me doit 10 et Sempronius me doit 20, je stipule de l'un d'eux ce qu'il me doit et ce que me doit l'autre, parce qu'alors je détruis la disjonction qui s'y trouvait. De même, si je rends disjonctive une obligation conjonctive, je fais novation; comme si Titius et Sempronius me doivent solidairement vingt, et que je stipule dix de chacun d'eux. (Celsus l. 26; Paul l. 32, Dig. de novat.)

16. La novation exige certaines conditions de capacité.

Tous ceux qui peuvent recevoir en paiement peuvent novier, puisque la novation est une sorte de paiement : ainsi le tuteur ou le *procurator omnium bonorum* ou quiconque en a été spécialement chargé. (Paul l. 20, Dig. de novat.)

Mais celui qui aurait reçu mandat pour recouvrer des créances, n'aurait pu libérer un débiteur de ce qui n'aurait point été payé, c'est-à-dire n'aurait pu faire acceptilation ou novation. (Cod. 8, XIII, loi 8).

Il en était de même de l'*adjectus solutionis gratiâ*, qui est établi au seul effet de faciliter la numération des espèces (Paul l. 10, Dig. de novat.).

L'un des *correi stipulandi* pourra novier, puisque seul il libère le débiteur, soit en recevant le paiement, soit par acceptilation : « Fere autem convenit et uni rectè solvi. » (Venuleius l. 31, § 1, Dig. de novat.; Pothier, 46, II, IX).

De même, si l'un des *correi promittendi* faisait novation, il libérerait ses codébiteurs.

Le principe clairement posé par la loi que nous

venons d'indiquer, semble combattu par la loi 27, livre II, titre XIV, qui, après avoir établi que l'un des *argentarii socii*, bien que pouvant recevoir en paiement, ne peut nover, ajoute : *idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.* »

Ce texte a exercé la subtilité des interprètes jaloux de ne point admettre une contradiction flagrante. Parmi les diverses interprétations qui ont été présentées, on a dit que Paul parlant d'*argentarii socii*, et passant immédiatement aux *correi stipulandi* entend toujours parler de *socii*; d'où il faudrait admettre que, lorsque les *correi stipulandi* seront unis par une société connue du débiteur, l'un d'entre eux ne pourra nover la dette; mais lorsqu'il n'y aura pas société, la novation faite par un des *correi stipulandi* sera valable, selon la loi de Venuleius (Donneau).

Malgré cette explication, nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître que la difficulté n'est point vaincue et que peut-être faudrait-il voir ici une de ces incorrections difficiles à éviter entièrement dans un recueil aussi étendu et composé d'éléments si divers.

17. Le pupille non autorisé peut-il nover? oui, comme promettant. En effet, le pupille peut rendre sa condition meilleure; or, en éteignant une obligation à laquelle il était soumis, il la rend évidemment meilleure. La deuxième obligation à la vérité ne conférera point d'action au créancier, mais il y aura une obligation naturelle qui suffit, car le pupille peut s'engager naturellement (Ulp. l. 1, § 1, Dig. de novat.; Scævola, l. 127, de verb. obl.).

Si le pupille stipule, sa position change; en effet, ici il aliène et par là rend sa position pire. D'un autre

côté, en acquérant une nouvelle obligation, il la rend meilleure, de telle manière que, pour être conséquent avec les principes, il faut dire que, ne pouvant éteindre mais pouvant acquérir, il s'enrichira d'une seconde obligation sans perdre la première, et alors il n'y a pas novation. (Gaius III, § 107).

Le droit strict conduit à ce résultat, mais le prêteur a considéré ceci comme une sorte de novation, et selon que le pupille devenu pubère, ou autorisé avant la puberté, actionnera le débiteur en vertu de l'une ou de l'autre de ces obligations, il ne lui accordera sa demande qu'autant qu'il se démettra par acceptilation de celle qu'il n'exercera pas. S'il actionne donc en vertu de la seconde, la première s'annulant ainsi, il y aura une sorte de novation *exceptionis ope*; s'il réclame l'exécution de la première, alors la seconde disparaissant, il revient à la position dans laquelle il se trouvait antérieurement. (Ulp. l. 9, Dig. de novat.)

Il est cependant un cas où le juge n'aurait pu forcer le pupille devenu pubère à opérer cette novation; c'est celui où le débiteur, actionné par l'action *ex stipulatu*, aurait négligé de faire insérer cette exception dans la formule; alors aucun tempérament n'était admis, et le débiteur aurait été condamné sans qu'on pût être forcé à le libérer de la première obligation. Cette difficulté n'existait pas, si le débiteur était poursuivi par une action de bonne foi, telle que *tutelæ*, *pro socio*, etc.; alors l'insertion dans la formule des exceptions de dol, de pacte, de fait, etc., n'était pas nécessaire.

18. Ceux qui sont *alieni juris* peuvent-ils nover?

Il faut distinguer :

Le fils de famille, bien que sous la *potestas* du *pater familias*, a une *persona*, et par conséquent une capacité distincte, en vertu de laquelle il peut stipuler sans emprunter celle de l'ascendant, sous la puissance duquel il se trouve. D'un autre côté, n'ayant pas de patrimoine, et tout ce qu'il acquérait devenant la propriété du *pater familias*, on ne pouvait lui permettre l'aliénation, puisqu'il aurait ainsi disposé de ce qui ne lui appartenait pas : « *Filius patris actionem ignorante eo novare non potest.* » (Pomp. l. 23, Dig. *de novat.*) En principe, le fils de famille ne pouvait donc pas nover, puisque par la novation on aliène la première obligation.

Cependant cette rigueur du droit, cette assimilation en quelque sorte du fils de famille et de l'esclave, que l'on retrouve à l'origine de Rome, s'était peu à peu effacée. Sauf défense expresse, le fils de famille est réputé avoir la *libera peculii administratio*, et peut dès lors nover dans la limite de son pécule.

Quant aux pécules *castrans* et *quasi-castrans*, il était en dehors de toute puissance, et pouvait donc en disposer à quelque titre que ce fût. D'où, en définitive, nous voyons que le fils de famille pouvait nover pour tout ce qui le concernait personnellement.

19. La position de l'esclave était bien différente, puisque, considérée comme chose, il n'avait point et ne pouvait avoir de capacité juridique. Empruntant la *persona* de son maître, il lui était permis de figurer comme stipulant dans un contrat verbal; mais comme promettant, il eût rendu la position de son maître *deterior*. La novation lui était donc interdite : « *Adjicit*

potius obligationem quam pristinam novat. » (Florentinus, l. 16, Dig. 42, II).

Cette règle a pourtant des exceptions :

1° S'il a ordre de son maître pour nover ;

2° S'il a la *libera peculii administratio*, il le pourra quant au pécule ;

3° S'il est *exercitor* ou *institor*, dans la limite des affaires qui lui sont confiées, comme chargé d'un navire ou d'un négoce.

Dans tous ces cas, nous voyons un consentement exprès ou tacite du maître, et dès-lors l'esclave revêtu d'une capacité empruntée (Gaius, IV, 71, 72 ; Pothier, 42, II, XIII).

Servius Sulpicius voyait une novation dans la stipulation qu'on aurait faite avec un esclave de la dette d'un autre : la perte de la créance en eût été le résultat. Gaius rapporte cette opinion et ajoute qu'elle fut repoussée. Il ne pouvait y avoir novation, puisque l'esclave ne pouvait promettre ; et sans promettant, il n'y a pas d'obligation verbale (Gaius, III, 179).

20. Le fou, sauf ses moments lucides, et le prodigue ne pouvaient nover, puisqu'il leur était interdit de recevoir un paiement et d'aliéner ; mais on pouvait le faire pour eux, si leur intérêt s'y trouvait : « Adagnatum furiosi aut prodigi curatorem novandi jus habere minimè dubitandum est, si hoc furioso aut prodigo expediat. » (Gaius l. 34, Dig. de novat.)

S'ils voulaient cependant agir en vertu de l'une et l'autre obligation, comme au mineur, on leur opposerait l'exception de dol.

Celui à qui l'administration de ses biens est inter-

dite ne peut nover que pour rendre sa condition meilleure (Pomp. l. 3, Dig. *de novat.*)

SECTION III.

Effets de la novation volontaire.

21. Le but de la novation étant de remplacer une obligation par une autre, il résulte que, si les conditions exigées ont été remplies, l'effet sera l'extinction de la première et la création de la seconde. Cette extinction de la première obligation étant radicale, il faut en conclure que les hypothèques et les gages sont purgés, et que les intérêts ne courent plus (Paul l. 18, Dig. *de novat.*).

22. Si un créancier, dans l'intention de nover, a stipulé de Sempronius ce qui lui était dû par Mévius, de manière que la première obligation fût totalement abandonnée, ce second débiteur ne peut pas obliger, sans le consentement du premier débiteur, les mêmes objets qui assuraient la première convention (Paul l. 30, Dig. *de novat.*) La première, en effet, a disparu avec toutes les sûretés qui l'accompagnaient et qui n'en étaient que l'accessoire. On conçoit que le premier débiteur, entièrement libéré de ce qu'il devait, ne soit plus tenu du gage qu'il avait consenti, alors qu'il était personnellement soumis à l'obligation : « Novata » autem debiti actio, pignus perimit nisi convenit » ut pignus repetatur (Ulp. l. 11, § 1, Dig. *de pignoratitia actione*). »

On pouvait, en effet, convenir que le gage survivrait

à la dette qu'on éteignait, pour garantir la seconde. Ainsi, un créancier premier en rang, auquel un immeuble était affecté en gage, faisait novation en prêtant de nouvelles sommes au débiteur ; la créance primitive étant alors éteinte, comme conséquence, le gage l'était aussi, de telle sorte que le créancier eût été primé par ceux qui auraient pris rang dans l'intervalle de la première et de la seconde dette. Ce résultat forcé aurait presque entraîné l'impossibilité, de la part du créancier, de prêter de nouvelles sommes à son débiteur. Il fut donc admis que le gage qui garantissait la première somme pourrait survivre, si les parties avaient soin d'en convenir expressément. Les droits acquis par les créanciers intermédiaires ne pouvaient permettre de privilégier l'obligation tout entière (Papinien l. 3 ; Marcien l. 12, § 5, Dig. *qui potiores*).

23. Un acheteur, délégué par son vendeur, s'est engagé en promettant tout ce qu'il faut donner et faire en vertu de cette vente. La novation étant accomplie, il ne doit à personne l'intérêt du temps suivant (Pap. l. 27, Dig. *de novat.*) La novation a changé les conditions dans lesquelles il se trouvait, il n'est plus soumis aux règles de la vente, et ne doit plus que par suite du nouvel engagement qu'il a contracté en novant.

La clause pénale stipulée pour garantir la première obligation, ne s'appliquerait pas non plus à la seconde, et pour les mêmes raisons (Julien l. 15, Dig. *de novat.*)

Ce que nous avons dit du gage, des intérêts, de la peine, s'applique de même aux fidéjusseurs, qui ne

seront tenus de la deuxième obligation qu'autant qu'ils l'auront spécialement garantie.

Si celui qui était en demeure promet la même chose par une nouvelle stipulation, il aura ainsi purgé sa *mora*, puisque l'obligation, en vertu de laquelle il s'y trouvait, n'existe plus. (Ulp. l. 8, Dig. *de novat.*)

24. Cependant si la novation est cumulative, c'est-à-dire si elle a pour but d'augmenter les sûretés, faut-il admettre tous ces résultats? Nous ne le pensons pas. Comment supposer, en effet, que les parties ont voulu dépouiller l'obligation de ses accessoires, alors qu'elles cherchent à y en ajouter; et d'ailleurs, dans cette sorte de novation, en réalité c'est la même dette qui se reproduit tout entière, afin d'acquérir une nouvelle force par les nouveaux éléments dont on l'entoure.

25. Lorsque les créanciers du défunt avaient suivi la foi de l'héritier, ils n'étaient plus admis à demander la séparation des patrimoines, ils avaient nové leur créance. « Eos demum creditores posse impetrare separationem qui non novandi animo ab hærede stipulati sunt. » S'ils ont même réclamé les intérêts de telle manière qu'ils aient voulu regarder l'héritier comme leur débiteur, on pourra considérer la novation comme faite (Ulp. l. 1, § 10, Dig. *de separationibus*).

Bien que la novation s'opérât à Rome, par le fait de bien légères modifications dans le *nomen*, il faut voir ici une novation exceptionnelle, car ce n'est pas changer de débiteur que d'accepter l'héritier en place du *de cuius*. La loi établit seulement ici la perte de l'avantage résultant de la séparation des patrimoines, lors-

que le créancier semble y renoncer en acceptant l'héritier pour débiteur.

26. Nous ne pouvons terminer le chapitre de la novation volontaire sans signaler le secours qu'elle apportait à l'acceptilation.

L'acceptilation accessible aux seules obligations *quæ verbis consistunt*, était un paiement imaginaire : « Quod » ego tibi promisi habes-ne acceptum? Habeo. » Au moyen de la novation on arrivait à transformer en obligation verbale quelque obligation que ce fût, et ensuite l'acceptilation pouvait l'éteindre.

Aquilius Gallus introduisit, pour faciliter l'apurement des comptes, une formule par laquelle on pouvait simultanément nover en une seule stipulation toute une série d'obligations dont le détail eût entraîné des difficultés ou des longueurs. Intervenant ensuite l'acceptilation (Inst. III, XXIX, 1).

CHAPITRE II.

NOVATION NÉCESSAIRE.

27. La novation nécessaire se rattachant à la procédure romaine, il nous paraît utile d'en faire connaître l'organisation en peu de mots.

Les actions de la loi, qui furent en vigueur pendant la royauté et la république, sont empreintes de l'esprit conquérant du peuple romain; la lance plantée dans le tribunal des centumvirs, l'étreinte par laquelle se faisait la *vocatio in jus*, les modes barbares d'exécution des jugements, le caractère exclusif de ces actions, accusent une civilisation encore dans l'enfance.

Au milieu toutefois de ces formes primitives, on retrouve des traces de la civilisation Etrusque qui avait imposé son influence à la société naissante à Rome.

La division des procès *in jure* et *in judicio* ne date pas en effet de la loi Pinaria, comme quelques-uns l'ont cru, mais de l'origine même de la justice à Rome. Dans le procès d'Horace, on voit le roi déléguer sa juridiction à trois *judices*; sous l'empire de la loi des XII tables, cette marche est constamment suivie.

La *vocatio in jus* étant faite, on accomplissait devant le magistrat les formalités voulues pour l'action de la loi qui était invoquée, et, si l'affaire ne se terminait pas *in jure*, le magistrat ajournait à trente jours la nomination du *judex*, les parties donnant chacune un *vadimonium*. Au bout de ce délai, avait lieu la fixation du procès, la nomination du juge, et la *comperendina-*

tio. Testes estote, disait-on aux assistants qui étaient pris à témoin de ces faits, et, sur ces bases, le litige allait, au bout des trois jours de la *comperendinatio* se vider devant le *judex* (Gaius IV, § 11 à 30).

L'excessive subtilité des actions de la loi faisait souvent dépendre l'issue d'un procès de formalités minutieuses; aussi peu à peu devinrent-elles odieuses (Gaius IV, 30, 31).

Les lois *Æbutia* et *Juliae judiciarie* leur substituèrent le système formulaire, qui occupa la période la plus brillante du Droit.

On retrouve les éléments de ce système dans les contestations élevées entre citoyens et pérégrins. Les actions de la loi étaient alors inapplicables, puisqu'on ne jugeait avec elles que *ex jure quiritium*, de sorte que, pour arriver à rendre une sentence, le préteur recourait, dans certains cas, à des *actiones fictitiæ*, celles au moins qui sont fondées sur la supposition d'un droit, d'un fait ou d'une qualité qui en réalité n'existe pas; et, communément, renvoyait devant un *judex* qui n'avait à décider que le seul point de fait.

Cette méthode facile devait naturellement tendre à se généraliser et, en même temps, à se régulariser. Les lois *Æbutia* et *Juliae judiciarie* ne nous sont point restées, mais il demeure établi que la première, portée en 577 ou 583 de Rome, créa le système formulaire, définitivement organisé par les lois *Juliae*, portées sous Auguste, ou peut-être l'une d'elles sous Jules César.

Nous voyons que la division du procès *in jure* et *in judicio* était fort ancienne; mais ce qui fut tout à fait nouveau, c'est l'abolition des formes sacramentelles, la rédaction réglée et obligée de la formule, et

enfin une condamnation toujours pécuniaire. Ici, nous rencontrons le caractère de pérégrinité; une somme d'argent était en effet la seule chose qui pût être exigée d'un pérégrin, qui était toujours condamné : *quanti ea res erit* (Gaius IV, § 32).

28. Dès que le procès a été fixé par le magistrat, le juge nommé et le public appelé à témoin, sous le système des actions de la loi; ou du moment que la formule est délivrée sous le système formulaire; voilà les parties engagées dans un procès où elles sont forcément impliquées, et qui suspend tous leurs droits pour les soumettre d'avance à un jugement à venir: c'est la *litis contestatio*. On a appelé cet état un quasi-contrat judiciaire, parce qu'alors il y a une sorte d'engagement, de suivre le cours de la procédure (Ulp. l. 3, § 11, Dig. de *peculio*).

Ce quasi-contrat, cette convention sous-entendue, opère novation, en suspendant les droits antérieurs, qui n'auront plus leur source que dans la *res iudicata*. Cette idée se retrouve dans bien des textes (*Fragmenta Vaticana*, § 263. — Paul, l. 29, dig. de *novat.*).

La transition de l'obligation primitive à la chose jugée n'est point immédiate, puisqu'il y a *litis contestatio* dès que la formule est accordée par le magistrat, et la décision pourra n'être rendue que plus tard par le *judex*. Au moment de la *litis contestatio*, l'obligation est *deducta in iudicium*, suspendue par le droit des parties, de comparaître devant le juge, droit qui, à son tour, sera remplacé par celui résultant de la *res iudicata*, qui produit ainsi le curieux résultat d'opérer no-

vation, par cela seul qu'il devient certain qu'elle interviendra. Ces séries d'idées ont été exprimées ainsi : « Antè litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere. » (Gaius, III, 180.)

Bien que la division du procès que nous avons signalée disparût sous le système des *judicia extraordinaria*, la *litis contestatio* n'en continua pas moins à subsister, ainsi que l'espèce de novation qui en était la conséquence; seulement, comme tout se passait devant le magistrat, cette transition était en quelque sorte instantanée; il faut la reconnaître au moment où le magistrat étant saisi du litige, les parties développaient leurs moyens. Sous ce système, on retrouve quelques restes de la marche suivie précédemment; ainsi les juges pédanés existent encore, etc. (Code, l. 1, de *litis contest.*).

Nous avons dit que la *litis contestatio* s'opère dès que la formule a été accordée par le magistrat; le mot de *litis contestatio*, en effet, indique le moment où, sous le système des actions de la loi, on interpellait les témoins et par conséquent, sous le système formulaire, celui où la formule est délivrée.

Une opinion contraire veut voir apparaître la *litis contestatio*, non dans le dernier acte passé devant le magistrat, mais dans le premier passé devant le *judex*; d'où il résulterait que, pendant les délais de la *comperendinatio*, le défendeur serait tenu par suite de son obligation, au lieu de l'être *litis contestatione*. Cette idée s'appuie sur une loi du Code qui s'exprime ainsi : « ... Lis enim tum contestata videtur, cum judex per

narrationem iudicii causam audire cœperit ». (L. 1, c. de *litis contest.*, et l. 1, c. de *edendo*).

Mais il paraît établi, ou bien que le mot *judex* se rapporte ici au magistrat, ou plutôt que ce texte improprement attribué à Sévère et Antonin appartient à une époque postérieure à l'abolition de l'*ordo judiciorum*.

Nous avons du reste une loi à l'appui de notre opinion, d'où il résulte que la *litis contestatio* avait lieu *ante iudicium*. (Ulp. l. 23, Dig. de *œdilitio edicto*).

29. La novation opérée par la *litis contestatio* est-elle identique avec celle qui résulte de la novation volontaire? Faut-il dire que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'obligation disparaît entièrement et absolument pour faire place à une autre?

Nous ne le pensons pas.

Tant qu'il n'y a pas chose jugée, c'est toujours la même chose qui est due; ce qui est nové par la *litis contestatio*, ce n'est pas le droit, mais l'exercice de ce droit; l'exécution sera poursuivie en vertu d'un titre d'une nature nouvelle. En effet, le procès *in iudicio* n'est autre qu'un jugement interlocutoire qui ne décide la question que d'une manière hypothétique; l'exécution est soumise à la condition suspensive de l'exactitude des faits. L'*intentio* de la formule par les mots : *si paret...*, subordonne l'application de la *condemnatio* à l'examen qu'en fera le juge; c'est le jugement par jurés appliqué aux matières civiles.

Une fois donc la formule accordée, ce n'est plus en vertu de l'action du contrat qu'on poursuivra l'accomplissement de l'obligation, c'est la sanction qu'elle renferme qu'on voudra faire exécuter (Gaius III, 180).

Le *judex* fera l'évaluation de la condamnation pécuniaire (Gaius IV, 48). Qu'a-t-on poursuivi jusque là ? Ce n'a pu être une somme d'argent qui n'était pas déterminée, qui n'était pas due, mais la constatation d'un droit contestable mentionné dans la formule. Aussi l'exécution aura-t-elle lieu immédiatement si, avant que le *judex* soit saisi, il y a aveu, parce qu'alors les faits ne demanderaient plus aucune vérification. De même, si la chose périt après la *litis contestatio* et avant le jugement, il n'y aura pas lieu à poursuivre la sentence du *judex*, parce que l'objet de l'obligation est anéanti par la *rei interitus*, et qu'il n'a pas encore été nové en une somme d'argent.

C'est donc l'action qui est novée par la *litis contestatio*; la dette elle-même ne l'est que sous le système formulaire, lorsque le *judex* l'a opérée en prononçant une condamnation pécuniaire; elle était alors le résultat de la chose jugée.

Cette novation n'avait pas lieu sous ce système dans toutes les contestations. Comment concevoir, en effet, qu'une action *in rem* pût être novée par un procès ? Il s'agit d'une question de propriété à laquelle on ne peut substituer aucune autre; le juge devra simplement en déclarer ou en nier l'existence. De même pour la formule *in factum*, le juge n'ayant à examiner que si tel ou tel fait a eu lieu, il ne saurait être question de novation de la dette.

Il faut donc que l'action soit *in personam*, que la formule soit *in jus*, et de plus qu'il s'agisse d'un *legitimum iudicium*.

Sont légitimes les instances judiciaires qui s'engagent devant un seul juge, dans la ville de Rome ou à

une distance de moins d'un mille, le juge et les plaideurs étant tous citoyens romains (Gaius, IV, 104). Toutes celles qui ne rentraient pas dans ces trois conditions étaient dites *judicia in imperio continentia* et n'opéraient pas novation, si ce n'est *exceptionis ope*, dans le cas où le défendeur aurait eu soin de faire insérer dans la formule les exceptions *litis contestatæ* ou *rei deductæ in judicio*. D'où venait cette différence, ce privilège exclusif des *legitima judicia* que Gaius établit en disant : « Tollitur obligatio litis contestatione » si modo legitimo judicio fuerit actum? » Nous n'en voyons pas d'autre raison que la faveur toujours attachée à la qualité de citoyen et au sol de la ville.

30. Nous avons exposé le caractère particulier de la novation résultant de la *litis contestatio*. Notre opinion est appuyée par les effets de cette novation : « Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti multa exempla ostendunt, » dit Paul. Ce qui devra paraître une exception à ceux qui assimilent la novation volontaire et la novation nécessaire nous paraît découler simplement de la nature de cette novation. Ainsi, les accessoires de l'obligation ne s'éteignent pas ; les privilèges, gages ou hypothèques, restent, ainsi que le montrent beaucoup d'exemples, car en exerçant nos actions nous ne rendons pas notre cause plus mauvaise, mais meilleure (Paul, l. 29, Dig. de novat.)

Quant au fidéjusseur, il est libéré dès la *litis contestatio*, et cela, non par suite de l'effet de novation, mais parce que la stipulation étant un contrat de droit strict, l'action est éteinte *electione unius*; ce qui le prouve, c'est qu'Ulpien dit en parlant des contrats de bonne foi : « non enim electione, sed solutione liberantur. » (Ulp. l. 1, § 43, Dig. depositi, vel contra); donc, il en est autrement pour les contrats de droit strict.

CHAPITRE III.

DÉLÉGATION.

31. La délégation parfaite est une novation par changement de débiteur, se produisant dans des circonstances particulières : « *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit.* » (Ulp. l. 11, Dig. *de novat.*) Généralement elle a lieu pour simplifier les affaires. Titius doit à Cornélius, qui lui-même doit à Sempronius. Si Cornélius délègue son débiteur à son créancier qui l'accepte, l'obligation à laquelle il était soumis ainsi que celle que lui devait Titius sont, l'une et l'autre, novées en une troisième, qui fera de Titius délégué l'obligé du créancier Sempronius.

Peu importe la cause de la dette qui motive la délégation ; elle pouvait aussi avoir lieu à titre gratuit, c'est-à-dire que le délégué peut très bien ne pas être débiteur du délégant et accepter ce rôle par libéralité. (Celsus, l. 21, Dig. *de donationibus*).

32. Le consentement de trois parties est essentiel à la délégation : 1° celui du créancier qui peut avoir intérêt à conserver son premier débiteur, s'il est plus solvable, et dont on ne peut d'ailleurs attaquer les droits ; 2° celui du délégant, qui, du reste, peut consentir par mandataire ou, s'il ne peut parler, par écrit ou par signe (Ulp. l. 17, Dig. *de novat.*), et dont le consentement pourra même être postérieur à la stipulation intervenue entre le créancier et le délégué (Paul, l. 22, Dig. *de*

novat. et Pothier, *Pandect*, id., 28); 3° enfin, celui du délégué qui est par là soumis à une obligation nouvelle, par laquelle ses charges pourront être augmentées : « *Nec creditoris creditori quisquam invitus delegari potest.* » (*Code VIII, XLII, l. 6*).

Les conditions de capacité que nous avons énoncées pour la novation s'appliquent toutes à la délégation. Il faut y ajouter la prohibition du sénatus-consulte Velleïen, qui défendit aux femmes, d'une manière générale, de s'engager pour autrui, de quelque manière que ce fût. Si donc une femme s'était laissée déléguer par libéralité, il y aurait réellement intercession, et de même que si elle avait promis par expromission, elle aurait l'exception du S. C. Mais, si elle était réellement débitrice du délégant, il n'en serait pas de même, puisque c'est sa propre dette qu'elle aurait seulement novée (*Paul l. 19, Dig. de novat. et l. 24, ad S. C. Velleianum*).

Ulpien rapporte l'opinion de Marcellus dans le cas où une femme a été déléguée à Primus par Secundus dont elle se croyait débitrice, et à son tour Primus l'a déléguée à son propre créancier; alors il pense qu'il n'y a qu'une seule intercession donnant lieu à l'application du sénatus-consulte, à savoir pour Secundus envers Primus. En conséquence, dit-il, la femme ne pourra pas opposer l'exception au créancier de Primus; mais si elle a été condamnée à le payer, elle pourra répéter de celui par qui elle aura été déléguée, c'est-à-dire de Secundus, le montant de ce qu'elle aura déboursé; et avant même d'être condamnée, elle pourra, quoique n'ayant encore rien déboursé, réclamer de même de Secundus qu'il la libère envers le créancier de Primus. (*Ulp. l. 8, § 2, Dig. ad S. C. Vell.*).

Il faut encore que l'intention des parties résulte de la stipulation. Si donc un homme a été délégué par sa femme pour compter en dot à leur fille commune une somme qu'il lui devait, Proculus pense qu'il faut examiner s'il a constitué cette dot au nom de sa femme, et alors il serait libéré, ou en son propre nom, et alors il serait toujours débiteur, il n'y aurait pas eu délégation (Proculus l. 82, Dig. de jure dotium).

33. La délégation peut avoir lieu par stipulation, par contrat littéral ou par *litis contestatio*.

Nous avons parlé plus haut du contrat littéral. Il est facile de comprendre qu'on eût pu opérer une délégation par cette forme de contrat, toutes les autres conditions étant d'ailleurs remplies.

La délégation a lieu par *litis contestatio*, lorsque le *procurator* à qui j'ai donné mandat de poursuivre mes actions a engagé le procès avec mon débiteur; car alors il est certain que ce n'est pas à moi, mais à mon mandataire, que mon débiteur devra payer. (Pothier, Pand. 46, II, XXXVI).

Le *procurator* en effet (et même, d'après certains, le simple *negotiorum gestor*), devient *dominus litis*, et doit donner caution; il est constitué par un simple mandat, même en l'absence et à l'insu de l'adversaire. (Gaius IV, 84, 98). Le nom du maître de l'affaire figure à l'*intentio* et le nom de celui qui agit à la *condemnatio*. (Gaius, IV, 86).

Il n'en serait pas de même s'il s'agissait d'un *cognitor*; celui-ci, en effet, est constitué *certis verbis*, *coram adversario*, c'est un représentant agissant ou défendant comme le constituant lui-même. (Gaius IV, 83. *Frag.*

Vaticana, § 317 et suiv.) Considéré comme tenant la place du maître, il n'est pas astreint à donner caution. (Gaius IV, 97).

La stipulation reste le seul mode en usage habituel; elle doit intervenir entre le délégataire et le délégué, puisque c'est entre eux que doit s'établir le nouveau lien juridique qui remplace les deux autres.

Il ne faut pas croire qu'il y eût délégation par le seul fait que j'aurais ordonné à mon débiteur de payer à mon créancier, alors même qu'il serait survenu entre eux une stipulation. Il y aurait seulement expromission, car cet ordre équivaldrait à une invitation de se porter *expromissor*, faite à mon débiteur qui ne se libérerait pas envers moi, tout en me libérant. Cette distinction est subtile, mais rigoureuse; celui qui aurait payé ne pourrait se défendre que par l'exception de compensation. Sous Justinien, la compensation étant devenue un mode d'extinction *ipso jure*, cette espèce n'offrait pas d'autre intérêt que celui de savoir par quel mode on était libéré, puisque c'était toujours de plein droit. (Pompon. l. 21, Dig. *de novat.*; Pothier, XXVIII).

54. La délégation peut être parfaite ou imparfaite. Imparfaite si le créancier a stipulé de telle sorte que le délégant soit caution du délégué; alors, s'il n'est pas payé, il aura utilement une action de mandat contre le premier débiteur. « *Utilem habeam mandati actionem cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat.* » (Paul l. 22, § 2, l. 45, § 7, Dig. *mandati*).

Parfaite lorsque le délégant se trouve par la stipulation entièrement libéré, et que l'affaire est réduite entre le créancier et le délégué; c'est-à-dire, lorsqu'il y a novation.

35. La délégation imparfaite rentrant dans le mandat et n'opérant pas novation, occupons-nous seulement des effets de la délégation parfaite. Toute délégation est d'ailleurs réputée parfaite, sauf convention contraire formellement exprimée.

Elle produit trois effets :

1^o Le délégant est entièrement libéré de ce qu'il devait, ainsi que des accessoires de sa dette.

Si la délégation a lieu sous condition, le délégant n'est pas libéré, tant qu'elle n'est point accomplie; mais, pendant tout l'intervalle, il ne peut être inquiété; sa position est semblable à celle où il se trouverait s'il devait lui-même sous condition (Pothier, Pand. 46, II, XX).

2^o Le délégué, s'il était débiteur du délégant, est libéré. C'est une différence de la délégation avec la cession d'actions.

La cession d'actions a lieu lorsqu'une personne, devant à une autre, lui remet les créances qu'elle possède, afin qu'elle en poursuive le paiement. Le créancier ne peut exercer ces actions qu'en qualité de mandataire, puisque ce ne sont point ses débiteurs; mais comme, en réalité, c'est dans ses propres intérêts qu'il agit, on l'appelait *procurator in rem suam*. Cette cession n'opérait pas novation; le lien de droit reste le même; de sorte que le créancier non payé pourra poursuivre le cédant, qui est toujours son débiteur. Remarquons, en outre, que le consentement du cédé n'est aucunement nécessaire, et qu'il pourra se prévaloir de toutes les exceptions du cédant; autant de choses opposées à ce qui a lieu dans la délégation (Pothier, Pand. 46, II, XX).

3^o Le troisième effet est que le délégué doit au délégataire, du moment qu'il a promis, bien que n'étant pas le débiteur du délégant, sauf son recours contre celui-ci, s'il s'est laissé déléguer par erreur (Pothier, Pand. 46, II, XX).

En effet, quelles que soient les considérations qui aient motivé la délégation, le créancier n'a que ce qui lui est dû; l'erreur ou la fraude n'ayant eu lieu qu'entre le délégué et le délégant, c'est entre eux que devra se purger le préjudice résultant de cette fraude ou de cette erreur. Le délégué aura donc une condition pour se faire restituer (Ulp. l. 13 et 44 Dig. de novat.).

De là, il résulte qu'une fois la délégation opérée, le délégué ne pourra plus opposer les exceptions qu'aurait pu faire valoir le délégant : ou il les connaissait, et alors il est réputé y avoir renoncé, ou il ne les connaissait pas, et, dans ce cas même, le créancier ne devra pas non plus avoir à en souffrir, puisque la dette est au fond la même à son égard. Il sera donc tenu, dans les deux cas, sauf, dans ce dernier, la condition *certi* ou *incerti*, en vertu de laquelle il pourra agir contre le délégant, selon qu'il aura ou non compté l'argent (Paul l. 12, Dig. de novat.).

Faut-il admettre une dérogation à ces principes pour le fils de famille délégué en vertu de dettes pour lesquelles le sénatus-consulte Macédonien lui aurait fourni une exception? Paul nous répond que, s'il a atteint la vingt-cinquième année, il ne pourra pas l'opposer, parce qu'alors il devra en vertu d'un engagement qui n'a rien de contraire aux lois, et par lequel il a renoncé à son privilège. Mais s'il est encore mineur, l'exception vaudra, parce qu'alors, de même que pour la première

obligation, il sera réputé circonvenu, et les mêmes raisons seront applicables (Paul l. 19, Dig. *de novat.*).

36. Nous pensons aussi qu'il y a dérogation à la règle précitée, dans le cas où une femme a délégué son débiteur à son mari pour se constituer une dot, et que celui-ci a accepté. Cette délégation, qui, en toute autre circonstance, eût mis les risques à la charge du créancier, les laissera ici à la charge de la femme, sauf faute de la part du mari. Elle doit, en effet, contribuer aux charges du mariage, et pour cela garantir sa dot. Si, dit Ulpien, la dot est promise sous condition par le débiteur de la femme, et qu'ensuite, avant que le mari puisse la réclamer, le débiteur ait cessé d'être solvable, il convient que le péril retombe sur la femme (Ulp. l. 41, § 3, Dig. *de jure dotium*).

De ces paroles d'Ulpien, et des lois 71, Paul; 35, Ulp., et 49, Julien, Dig. *de jure dot.*, on est amené à conclure par analogie de la garantie de la femme déléguant sa dot. La délégation, contrairement à ce qui est admis en règle générale, est réputée imparfaite si le contraire n'a été convenu. Le mari n'est point un créancier ordinaire; il ne s'agit pas pour lui de transporter les chances d'insolvabilité d'un débiteur à un autre, mais de créer un nouveau rapport; sa position est exceptionnelle. Il ne devra rendre que ce qu'il a reçu, sauf sa faute. Cette règle nous paraît devoir être admise pour les créances, de même que pour les choses corporelles.

La faveur accordée à la dot, résultant du principe *reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere ut nubere possint*, était telle, que le dol de la femme déléguant n'aurait pu donner de recours contre elle : *ne indotata*

fiat. Cependant, si le divorce était en instance, on pourrait à bon droit opposer le dol de la femme au mari pour lui faire restituer la dot (Pothier, Pand. 46, II, XXXII).

Les exceptions de la loi *Cincia de donationibus* contre les donations illicites ou excessives, ne pourraient être appliquées en matière de délégation; ainsi donc, si, par libéralité pour moi, vous avez promis à mon créancier plus que vous n'auriez pu me donner, celui-ci n'ayant que son bien, la délégation est valable (Celsus l. 21, Dig. de donat.).

37. Tout ce que nous venons de dire s'applique aux cas où il a été promis au créancier du délégant, soit que le délégué fût lui-même débiteur du délégant, soit qu'il voulût lui faire des libéralités; mais la position change, si le délégué promet à celui auquel le délégant veut donner. « En effet, dit Julien, si par votre ordre je promets une somme, que je croyais vous devoir, à celui que vous voulez enrichir, je pourrai me défendre par l'exception *doli mali*, et j'aurai de plus, contre le stipulant, une condition pour le contraindre à me libérer (Pothier, Pand. 46, II, XXXV). » Ici, les motifs changent; le délégataire n'était point créancier et ne peut s'enrichir aux dépens d'un autre.

TABLE.

DROIT ROMAIN.

AVANT-PROPOS.	page.
1. Idée de la novation.	
2. Division du sujet.	
CHAPITRE I. — Novation volontaire.	5
3. De combien de manières peut avoir lieu la novation.	
SECTION I. — Novation par contrat littéral.	5
4. Idée du contrat <i>litteris</i> .	
5. Novation par contrat <i>litteris à re in personam, à persona in personam</i> .	
6. Du contrat <i>litteris</i> sous Justinien.	
SECTION II. — Novation par stipulation.	8
7. Du consentement pour nover.	
8. Intention de nover.	
9. Qualités que doit avoir la stipulation.	
10. Diverses espèces de novation.	
11. Condition.	
12. Terme.	
13. Sponsor.	
14. Corréalité.	
15. Disjonctivité.	
16. Qui peut nover.	
17. Capacité du pupille.	
18. — du fils de famille.	
19. — de l'esclave.	
20. — du fou et du prodigue.	
SECTION III. — Effets de la novation volontaire	21
21. Effets généraux.	
22. — quant au gage.	
23. — quant aux intérêts, à la clause pénale, aux fidéjusseurs, à la mora.	
24. Exception pour la novation cumulative.	
25. Novation relative à la séparation des patrimoines.	
26. Secours apporté à l'acceptilation par la novation.	

CHAPITRE II. — Novation nécessaire. 25

27. Idée de la procédure romaine.

28. *Litis contestatio*, son effet de novation.

29. Nature de la novation produite par la *litis contestatio*.

30. Effets de la novation nécessaire.

CHAPITRE III. — Délégation. 32

31. Idée de la délégation.

32. Conditions essentielles.

33. Formes de la délégation.

34. Délégation parfaite ou imparfaite.

35. Effets de la délégation.

36. Exception pour la dot.

37. Différences d'effets lorsqu'il s'agit de libéralités en faveur du délégataire.

DROIT FRANÇAIS.

De la novation.

Parmi tous les modes d'extinction des obligations, il n'en est pas un assurément qui offre des résultats plus curieux et plus de difficultés théoriques et pratiques que la novation, comme aussi il n'en est pas dont l'usage soit plus habituel.

En nous proposant de traiter ce vaste sujet, nous n'avons point la présomption de croire que notre travail pourra offrir quelque chose de nouveau dans une matière depuis longtemps livrée aux recherches des savants. Nous nous bornons à réunir, résumer et discuter ce qui a été dit par nos maîtres, les jurisconsultes tant anciens que modernes, qui nous ont légué les impérissables trésors de leurs travaux.

Plus que tout autre, Pothier devait être notre guide; son *Traité des obligations*, presque transcrit par les rédacteurs du Code Napoléon, est la source où l'on découvre l'esprit et la raison de la loi.

Nous traiterons dans cinq chapitres :

- 1° De la novation en général et de ses différentes espèces ;
- 2° De la forme de la novation et des dettes qui en font la matière nécessaire ;
- 3° Des personnes qui peuvent nover ;
- 4° Des effets de la novation ;
- 5° De la délégation.

CHAPITRE I.

DE LA NOVATION EN GÉNÉRAL ET DE SES DIFFÉRENTES
ESPÈCES.

1. La novation est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne. La première s'éteint pour faire place à une seconde qui n'a juridiquement rien de commun avec elle, et se met immédiatement à sa place. Libération et engagement simultanés, tel est le caractère de la novation qui, dans nos lois comme en droit romain, tient un rang important dans les modes d'extinction des obligations.

Quoi de plus commun que de voir deux ou plusieurs personnes, entretenant entre elles des relations d'affaires, changer leur position respective par de nouvelles combinaisons, et, sur les débris de leurs comptes passés, créer de nouvelles obligations qui les mettent, les unes vis-à-vis des autres, dans une position claire et nette. Les obligations enfin peuvent s'éteindre et se renouveler par suite de l'introduction de diverses personnes qui ne figuraient pas dans l'engagement primitif et venant prendre la place soit du créancier, soit du débiteur. De tous ces changements il pourra résulter cet événement simultané de la dette éteinte et de la dette créée, c'est-à-dire la novation.

On distingue trois espèces de novation :

- 1° Par changement de dette ;
- 2° Par changement de débiteur ;

3° Par changement de créancier (art. 1271).

Étudions successivement chacun de ces différents cas.

2. Dans la définition que nous avons donnée de la novation, nous avons employé le mot *dette* dans un sens très-général, qui renferme les trois espèces que nous venons d'énumérer; considérant ainsi la dette, non seulement quant à sa nature, mais encore quant aux personnes qui l'ont contractée. C'est le lien de droit dans son ensemble. Le § 1 de l'article 1271 prend cette expression dans un sens plus restreint et n'entend parler que de ce genre de novation qui résulte de changements apportés à ce qui est dû, les parties restant les mêmes.

L'objet est une des conditions essentielles des obligations; lorsqu'on contracte, il s'agit toujours d'une chose à donner, à faire ou à ne pas faire. Je conviens avec vous que vous me donnerez mille francs pour avoir le droit de passer sur mon fonds; l'objet est pour moi la servitude que je consens sur mon fonds, pour vous la somme que vous devrez me payer. Dans le prêt, l'objet sera la chose prêtée, que l'un devra livrer et que l'autre devra rendre; en un mot, sans objet pas de contrat possible. Dès-lors, si on ôte son objet à une obligation déjà contractée, on lui enlève une de ses conditions vitales, on la détruit, et si on remplace cet objet par un autre, c'est une novation.

Une somme m'étant due, je conviens avec mon débiteur qu'au lieu de me compter l'argent qu'il me doit, il me livrera le fonds Cornélien: l'objet est changé, il y a novation.

Mais l'objet peut rester le même, et cependant la dette changer, si la cause est remplacée par une autre. La cause est la raison déterminante d'une convention; aussi les contrats sont-ils nuls, s'ils ont été conclus sans cause ou en vertu d'une cause illicite (art. 1108, 1133). Dans un contrat de donation, par exemple, la cause est la libéralité d'un côté, l'enrichissement de l'autre; si, moi donateur, je livre une chose qui ne m'appartient pas, il n'y a pas de donation proprement dite, puisqu'il n'y a pas eu de libéralité de ma part. Tout au plus pourrait-il résulter, dans certains cas, la faculté de prescrire. Le changement de cause, de même que le changement d'objet, en enlevant à la première obligation une de ses conditions essentielles, l'annule et opère novation.

Je vous ai prêté mille francs, nous convenons ensuite que vous les garderez à titre de dépôt; la cause seule est changée, il y a novation; et ceci est d'autant plus utile à observer, que les effets pourront en être importants. Ainsi, dans l'exemple que nous venons de citer, le débiteur devenu dépositaire n'aura plus d'intérêts à payer; si cette somme lui est enlevée par des brigands à main armée, ou périt dans un désastre, il n'en sera pas responsable; il n'est plus tenu que des obligations du dépositaire, et non de celles de l'emprunteur.

L'article 1108, qui nous indique l'objet et la cause comme conditions essentielles pour la validité d'une convention, commence par parler du consentement des parties qui s'obligent, c'est la première des conditions, et encore doit-il être exempt d'erreur, de violence ou de dol (art. 1109). Ce concours de volontés exigé pour

contracter peut cesser, et ce qu'ont pu faire les parties, elles peuvent, d'un commun accord, le défaire, pour réformer ensuite un lien de droit dont l'objet et la cause seront les mêmes. Ainsi, j'ai passé avec une personne un contrat de prêt pour lequel elle a hypothéqué son immeuble et m'a donné une caution solvable; quelque temps après, nous annulons expressément l'acte primitif et convenons qu'elle me paiera la même somme à telle échéance. La volonté des parties a pu seule nover ici; en effet, comme nous le verrons plus tard, la suppression ou l'adjonction d'accessoires, tels que conditions, termes, hypothèques, n'opèrent pas novation de plein droit, et ici nous retrouvons même créancier, même débiteur, même objet, même cause; il y a cependant lien nouveau, puisque le premier a été formellement dissous, et que le second, tout en ayant avec lui de grandes ressemblances, n'est cependant pas identiquement le même.

3. La novation a lieu par changement de débiteur, lorsqu'une tierce-personne vient promettre au créancier, qui l'accepte, ce que doit le débiteur. Cette novation, dite expromission, peut avoir lieu à l'insu du débiteur et même malgré lui (art. 1274). En effet, la novation est une sorte de paiement, et un paiement peut être effectué par celui-là même qui n'y est aucunement intéressé (art. 1256); il ne fait par là que rendre meilleure la position de celui qu'il libère, ce qui peut arriver *pro ignorante et invito*. La libération est encouragée par la loi, parce qu'elle simplifie et règle les affaires.

Un ami doit une somme, et, soit pour éviter des

poursuites auxquelles il va être en butte, soit pour tout autre motif, je vais trouver le créancier, avec qui je conviens que c'est moi qui suis dorénavant soumis à la dette; voilà la novation par changement de débiteur. Le consentement du créancier et celui de l'*expromissor* sont seuls nécessaires. Le créancier, en effet, peut tenir à bon droit à garder son débiteur et à ne pas accepter le premier venu au lieu de celui qui s'est engagé, car l'*expromissor* n'est point une simple caution, mais un débiteur, et un unique débiteur se substituant au premier, tandis que la caution vient seulement fortifier l'obligation primitive. Quant au nouveau débiteur, on conçoit que lui seul puisse se soumettre à la dette.

Sans doute, si l'*expromissor* a reçu un mandat exprès ou tacite, il pourra se faire rembourser de son obligation; mais s'il a agi à l'insu du débiteur ou malgré lui, faut-il en dire autant? L'art. 1236 s'exprime ainsi: « L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. » L'art. 1274, après avoir dit qu'on peut novier la dette d'autrui à son insu, n'ajoute plus rien, mais la similitude ne saurait être contestée. Il est donc établi que celui qui a payé ou nové en son nom propre ce que devait un autre, alors que cette dette lui était absolument étrangère, n'est pas subrogé aux droits du créancier.

Si la novation a eu lieu à l'insu du débiteur, par conséquent sans opposition de sa part, il pourra en résulter un quasi-contrat de gestion d'affaires, par

suite duquel il sera tenu de l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris (art. 1375).

Mais si la novation a eu lieu malgré lui, nous croyons devoir nous prononcer dans le sens de la décision par laquelle Justinien trancha les controverses établies en droit romain sur cette question, ainsi que nous l'avons dit dans la première partie de notre travail, et décider qu'il ne devra rien à celui qui aura payé ou nové malgré lui. On comprend que le législateur n'ait pas voulu conférer d'actions à ceux qui, se mêlant des affaires des autres, n'agiraient le plus souvent ainsi que pour susciter des tracasseries à celui dont ils se trouveraient alors créanciers. S'ils ont payé par libéralité, ils n'ont aucun besoin d'action; si, au contraire, ils ont voulu exercer des poursuites, il est utile de la leur refuser. Pourquoi, d'ailleurs, n'ont-ils pas choisi les modes de subrogation ou de transport-cession qu'il n'était pas au pouvoir du débiteur d'empêcher et qui eussent sauvé leurs intérêts?

On a prétendu qu'il fallait laisser à l'interprétation du juge la question de savoir si l'expromission, ou le paiement, avait eu lieu pour persécuter le débiteur, et alors refuser l'action, ou pour lui être utile, et alors l'accorder. Mais, outre que cette opinion n'a de base que dans l'esprit de ceux qui l'ont inventée, elle ouvre la porte à une foule de procès, car celui qui aura payé ou nové prétendra toujours l'avoir fait dans l'intérêt du débiteur, et l'on entre par là dans des contestations onéreuses qui s'évitent au moyen de principes bien tranchés. Où faut-il d'ailleurs chercher ses décisions lorsque nos lois gardent le silence, sinon dans la raison écrite, le droit romain qui, bien que n'étant plus en

vigueur depuis l'établissement de nos codes, a toujours cette influence résultant de son long exercice et de ses admirables dispositions.

4. La dette et le débiteur peuvent rester les mêmes et le créancier changer, ce qui arrive lorsque, pour demeurer quitte vis-à-vis de celui envers lequel il était obligé, le débiteur contracte sur son ordre un engagement envers un nouveau créancier.

Il faut ici le consentement de trois personnes : 1° du créancier, qui doit intervenir dans toute novation ; 2° du débiteur, qui devra s'engager personnellement avec une personne à laquelle il ne doit rien ; 3° du nouveau créancier, qui acquiert une obligation et crée un lien de droit avec le débiteur. Une fois cet accord des trois volontés établi, la novation est opérée, l'ancien créancier est hors de cause, et le débiteur n'est plus tenu que vis-à-vis du nouveau, quelle qu'ait été la première dette.

Nous ne pouvons admettre l'opinion de Toullier qui, des mots *nouvel engagement*, contenus dans l'art. 1271, à propos de la novation par changement de créancier, conclut que l'objet doit être modifié. En effet, l'art. 1271 lui-même, en énonçant trois espèces de novation, entend bien que le seul changement de créancier l'opère, puisque, dans l'avis contraire, il lui eût suffi d'indiquer le changement de dette et de débiteur. De plus, Pothier, d'où est tiré cet article, nous dit plus bas, n° 597, que lorsque la novation se fait avec l'intervention d'un nouveau débiteur ou d'un nouveau créancier, la différence de créancier ou de débiteur est une différence

suffisante pour rendre la novation utile, sans qu'il soit nécessaire qu'il en intervienne d'autre.

La novation peut être à la fois objective et subjective, lorsque les différentes espèces que nous venons d'exposer se rencontrent deux à deux. On pourra produire une novation tout à la fois par changement de créancier ou de débiteur, et par changement de dette.

5. C'est ici le cas de dire quelques mots du transport-cession, qu'on pourrait à première vue confondre, soit avec la novation par changement de créancier, soit avec la délégation, malgré les profondes différences qui les séparent.

Les art. 1689 et suivants établissent que les créances et autres droits incorporels sont susceptibles de passer sur différentes têtes, que cette cession ait lieu à titre gratuit ou à titre onéreux. Ici, comme partout, le simple consentement transfère la propriété entre les parties; mais comme il s'agit de droits incorporels, cette cession se manifestera par la remise du titre entre le cédant et le cessionnaire, et vis-à-vis du cédé par la signification du transport, à moins qu'il ne l'eût accepté dans un acte authentique, ce qui impliquerait forcément de sa part connaissance de la cession. Remarquons que le consentement du cédé n'est aucunement nécessaire; la loi n'a pas voulu qu'il pût être pris à l'improviste par un créancier inconnu, et le protège en lui accordant le bénéfice de la signification qui devra lui être faite pour qu'il soit réellement tenu envers le cessionnaire; mais il n'est point en son pouvoir d'empêcher le transport, qui, une fois accompli

selon la teneur de la loi, le liera au nouveau possesseur de la créance, qui pourra l'exercer avec tous ses accessoires, tels que cautions, privilèges, hypothèques, quel que soit le prix qu'il en ait payé.

Le transport-cession n'entrant pas directement dans le cadre de notre travail, nous n'avons pas à nous engager dans de plus longs développements; qu'il nous suffise de signaler ses différences avec la novation. Or, dans la novation, il y a deux obligations distinctes, tandis que dans le transport-cession c'est la même qui passe de l'un à l'autre. Dans la novation, les accessoires s'éteignent avec la dette qu'ils garantissaient; dans la cession, au contraire, la créance reste avec tous ses accessoires; elle est considérée comme un objet de commerce. Peu importent les conventions intervenues entre le cédant et le cessionnaire: le cédé se trouvera toujours en face des mêmes obligations; tandis que dans la novation par changement de créancier, comme dans la délégation, le débiteur ne sera plus lié que par la nouvelle dette, soit qu'elle se renouvelle avec un objet identique, soit qu'on l'ait modifiée d'une manière quelconque.

6. Il résulte de la chose jugée en droit français une novation imparfaite pareille à celle qui se produisait à Rome par suite de la *litis contestatio*. C'est-à-dire que l'action, le titre, sont novés; celui qui a obtenu un jugement n'agira plus qu'en vertu du titre exécutoire qui en résulte, et non en vertu de l'obligation primitive. Ce mode de novation diffère essentiellement de ceux que nous venons de traiter; sous aucun rapport, en effet, on ne peut voir une novation proprement dite, quelques

changements que les tribunaux semblent apporter aux contrats. Le juge examine la question qui lui est soumise et prononce que telle chose est ou n'est pas, et, en vertu de l'existence ou non existence juridique de la convention ou de quelqu'une de ses clauses, il ordonne telle ou telle chose, qui sera bien *aliquid novi*, à un certain point de vue, mais n'est en réalité qu'une conséquence du droit qu'il ne fait que reconnaître.

Le mode de poursuite est seul nové, il n'a plus sa source que dans la chose jugée.

CHAPITRE II.

DE LA FORME DE LA NOVATION ET DES DETTES QUI EN FONT
LA MATIÈRE NÉCESSAIRE.

7. Dans notre Droit français, les obligations ne sont point assujetties aux formes strictes et sévères du Droit romain, sauf cinq contrats : la donation, l'hypothèque, l'adoption, le contrat de mariage célébré devant l'officier de l'Etat civil, et celui par lequel les époux règlent leurs conventions pécuniaires qui, par des motifs spéciaux, exigent une forme solennelle ; tous les contrats sont simplement consensuels. On peut donc, par un accord de volontés, créer, modifier, dissoudre une obligation et même transférer la propriété. La novation qui renferme deux obligations, l'une à éteindre, l'autre à former, résulte d'un concours de volontés, d'une convention.

8. Elle ne se présume pas ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. De la teneur de l'art. 1273, il suit que l'intention de novver peut découler de l'acte, sans toutefois y être formellement exprimée. Lors donc que deux contrats ne peuvent exister simultanément, il sera évident qu'on a voulu novver. Je suis convenu avec mon débiteur qu'au lieu de la somme qu'il me doit, il me livrera le fond cornélien ; évidemment, après un pareil acte, on ne pourrait dire qu'il n'y a pas novation, puisque je ne pourrais récla-

mer à la fois et la somme et le fonds. Il résulte clairement de l'acte que telle a été l'intention des parties, et c'est tout ce que demande la loi.

La même incompatibilité existera si je convertis un prêt en rente viagère; l'objet est, d'un côté, la somme, de l'autre, des redevances dues en vertu d'un contrat aléatoire. Le capital est tellement aliéné qu'il ne peut plus revenir au constituant qui, en cas de non paiement des arrérages, pourra user des facultés que lui accorde l'art. 1978, c'est-à-dire saisir et faire vendre les immeubles du débiteur, et faire ordonner ou consentir sur le prix de la vente l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages, mais jamais réclamer le remboursement.

Les pays de Droit écrit avaient suivi la Constitution de Justinien qui, se basant sur ce que personne ne doit facilement être réputé abdiquer ses droits, voulait une volonté formellement exprimée. Domat, influencé par ce texte, semble dire que la novation dépend de la déclaration formelle et expresse qui en aurait été faite dans la seconde convention. Les pays coutumiers s'étaient, au contraire, affranchis de cette entrave. Pothier, rapportant l'opinion de d'Argentré sur l'ancienne coutume de Bretagne, établit que c'est à l'esprit plus qu'à la lettre de l'acte qu'on devra s'attacher pour décider s'il y a novation. De même Basnage.

Le Code Napoléon a adopté ce dernier sentiment, qui, d'ailleurs, est une conséquence du principe posé à l'art. 1156, que l'on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. A Rome au contraire, de même qu'aujourd'hui,

d'hui en Angleterre, la lettre passait avant tout; devant elle aucune considération n'était admise.

De l'art. 1273, il faut aussi conclure que des modalités ajoutées ou retranchées; que même des changements sur l'objet de la dette, pourvu toutefois que ces changements ne le détruisent pas, n'opèrent pas novation. Ainsi, le créancier et le débiteur, soit qu'ils diminuent ou augmentent le chiffre de la dette, soit qu'ils allongent ou abrègent le terme, soit qu'ils rendent conditionnelle une obligation pure et simple et réciproquement, soit qu'ils ajoutent ou retranchent des hypothèques, cautions, etc., ne prouvent pas, par ces seuls faits, l'intention de nover; et en supposant toujours le silence des parties quant à la novation, l'on ne pourra voir une deuxième dette, puisqu'après ces additions ou retranchements, on retrouve le même objet reposant sur la même cause, modifié seulement d'une manière qui ne touche point à son existence.

Pothier nous apprend que ces principes étaient consacrés de son temps par la jurisprudence des parlements.

Ici s'élèvent de sérieuses difficultés, lorsqu'il faut établir si cette intention de nover résulte clairement de tel ou tel acte; et, sur plusieurs de ces points, la jurisprudence n'est pas encore parfaitement assise.

9. Une des questions les plus controversées à ce sujet, sous l'ancien droit, était de savoir si la constitution d'une rente pour prix d'une somme due par le constituant, renferme essentiellement novation. Pothier développe longuement l'affirmative, se basant sur ce que tout contrat de rente constituée, suppose néces-

sairement un prix reçu par le constituant; ici le prix est une quittance de la somme due renfermée dans cet acte; il y a par là compensation de la somme due avec le capital de la rente; donc deux obligations distinctes, dont l'une vient se mettre au lieu et place de l'autre, c'est-à-dire novation. Comment voir, d'ailleurs, une simple modification de la dette lorsqu'un capital était exigible, et que par la constitution de rente il n'y a plus, à proprement parler, qu'une créance d'arrérages, puisque le capital n'est plus alors que *in facultate solutionis magis quàm in obligatione*.

Cependant, l'avis de Pothier n'était pas, il l'avoue, celui de la majorité des auteurs, qui se refusaient à voir une quittance de la dette primitive dans la constitution de la rente, mais seulement une modification de la première dette, par laquelle le créancier consent à ne pas réclamer ce qui lui est dû, tant que les arrérages lui seront régulièrement servis. Quelques arrêts semblaient donner raison à cette dernière opinion, qui n'est plus admise.

Le sentiment de Pothier est aujourd'hui incontestable.

En effet, par la constitution de la rente, l'objet de l'obligation est réellement et totalement changé; et qu'on ne vienne pas dire que, puisque le grevé, s'il ne paie pas les arrérages, pourra être forcé à rendre le capital, il s'en suive que la première obligation n'a pas été éteinte, mais seulement modifiée quant à son exigibilité; car il est de l'essence de ce contrat que le capital ne peut être exigé, dès-lors il a été aliéné. Il y a donc eu novation par deux traditions supposées: paiement fictif de la première dette, restitution

fictive pour la constitution de la rente, et : *obligatio semel extincta non reviviscit*. Quant à cette faculté de reprendre le capital si les arrérages ne sont pas payés, c'est une condition tacitement convenue dans la constitution de rente, ainsi que dans tout contrat synallagmatique (art. 1184), condition purement résolutoire à l'effet de dissoudre une obligation valablement contractée, si le grevé ne remplit pas ses engagements.

La question que nous venons de discuter offre, du reste, moins d'intérêt aujourd'hui qu'autrefois. Les rentes constituées, gênantes par leur divisibilité entre les héritiers du grevé, et surtout incompatibles par leur inexigibilité avec le mouvement commercial de notre siècle, et les perpétuelles mutations de propriété qui en sont la suite, tombent en désuétude, la légitimité du prêt à intérêt n'étant plus actuellement révoquée en doute par personne.

10. Un créancier ayant hypothèque, accepte de son débiteur des effets de commerce; fait-il par là novation, et doit-il être tenu de rendre le premier titre et de radier son inscription? Réciproquement, celui qui, étant créancier en vertu de titres commerciaux, passe une obligation notariée, a-t-il fait novation et ne pourra-t-il plus poursuivre son débiteur devant les tribunaux consulaires?

Questions difficiles et sur lesquelles ont été données des solutions bien différentes. D'un côté, on a dit: évidemment, le créancier ne peut poursuivre, à la fois, en vertu des effets de commerce et de l'obligation hypothécaire; il a tacitement renoncé à l'un de ces

moyens, du jour où il a préféré l'autre. Il y a donc cette incompatibilité qui fait novation de plein droit.

Nous ne pouvons adopter cette opinion ; n'est-il pas plus naturel de voir ici une double sûreté, ne peut-on pas dire à bon droit qu'il a voulu avoir deux armes en main pour se servir, suivant l'occurrence, de celle qui lui paraîtra la plus avantageuse ? Si la fortune du débiteur est immobilière, on conçoit l'utilité du contrat d'hypothèque ; si elle est mobilière, la juridiction commerciale donnera des moyens coercitifs contre la personne. Cette solution nous paraît plus conforme aux principes ; dans le doute, il faut admettre que le créancier a voulu étendre ses droits au lieu de les restreindre ; il les a étendus, en se donnant deux modes d'action, parmi lesquels il pourra choisir. Il n'y a donc pas, dans ce seul acte, une indication évidente de l'intention de novation. Ces idées sont admises par une jurisprudence à peu près constante.

11. La dation en paiement faite purement et simplement opère novation. Vous me devez une somme et vous me livrez un immeuble que j'accepte, la novation est instantanée ; d'un côté paiement fictif de la somme, de l'autre, remboursement immédiat et fictif de cette même somme, pour prix de l'immeuble. Cette question offre un intérêt pratique important ; en effet, en admettant l'affirmative, il résulte que, s'il y a éviction de l'immeuble, je n'aurai que l'action en garantie résultant de la vente, puisque la dette d'argent a été totalement éteinte. En soutenant, au contraire, la négative, une fois évincé de l'immeuble, je pourrais réclamer la

somme, puisque le même lien de droit aurait continué à subsister, il n'y aurait pas eu de paiement.

Ce dernier avis a en sa faveur l'autorité toujours respectable de Pothier, qui s'exprime ainsi : « Suivant notre principe, que la novation ne se présume pas, il faut décider qu'il n'y a pas novation, et que les parties ont seulement voulu modifier la dette, plutôt que l'éteindre pour y en substituer une nouvelle, si elles ne s'en sont pas expliquées. » C'est sans doute sous l'influence des idées romaines que ces paroles ont été écrites. Nous n'avons pas dit, en effet, dans la première partie de notre travail que la *datio in solutum* opérât novation en droit romain, rien n'y dit que les fidéjusseurs soient libérés, et le créancier, en cas d'éviction de l'objet remis, pourra intenter l'action *empti utilis* ou poursuivre ultérieurement le remboursement de son ancienne créance qui n'a pas été éteinte : *quoniam secuta non est*.

La plupart des auteurs modernes, et notamment Zachariæ, ont soutenu l'opinion que nous défendons, jugeant qu'on ne pouvait voir une simple modification de la dette dans un acte qui en change l'objet. L'art. 2038 appuie cette opinion, en disant que la caution sera libérée, même en cas d'éviction du créancier; nous verrons plus tard que la libération des cautions est un des effets de la novation. Par cet article, les rédacteurs du Code Napoléon ont déduit une conséquence du principe posé à l'art. 1273, par lequel nous voyons que la novation peut résulter clairement d'un acte, sans y être formellement exprimée; la dation en paiement est du nombre. En admettant ces idées, l'art.

2038 se trouve naturellement expliqué; dans l'opinion contraire, il serait une exception.

12. Les règles que nous avons énoncées souffrent une exception dans le cas de séparation des patrimoines, ou mieux, à l'exemple du droit romain, le Code Napoléon a établi une novation *sui generis*, ayant des formes et des effets particuliers à ce seul cas.

La séparation des patrimoines est un privilège accordé aux créanciers du *De cuius* contre les créanciers de l'héritier, privilège en vertu duquel ils empêchent la confusion des biens du défunt avec ceux de l'héritier et se font payer sur les biens de la succession avant tous autres. L'art. 2111 dit qu'ils pourront conserver ce privilège, en prenant inscription dans les six mois. Jusqu'à l'expiration de ce terme, ils pourront l'opposer par voie d'exception aux créanciers de l'héritier qui se présenteraient.

Ce droit ne peut cependant plus être exercé, dit l'art. 879, lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. Cette novation ne rentre dans aucune des espèces que nous avons énoncées; la dette est la même et le débiteur est le même, puisque l'héritier continue la personne du défunt. Le motif de cette dérogation aux principes est dans l'immense avantage fait aux créanciers du *De cuius*, avantage qui eût été excessif et eût jeté la perturbation dans les affaires, s'ils avaient pu actionner l'héritier et demander ensuite la séparation des patrimoines; de telle sorte que les créanciers personnels de l'héritier, non seulement n'auraient pas

vu s'augmenter l'actif de leur débiteur, mais encore auraient pu craindre un concours sur ses biens propres.

L'acceptation de l'héritier pour débiteur peut être expresse ou tacite : expresse, s'il est formellement reconnu comme tel ; tacite, si on l'actionne sur ses biens, si on accepte de lui une hypothèque, en un mot, si on fait avec lui des actes autres que ceux qu'on aurait pu faire avec un curateur ou administrateur d'une succession. Tant qu'on reste dans la limite des actes de conservation ou d'administration, le droit n'est pas perdu et pourra être invoqué, de manière que les choses se passeront comme si le *De cuius* était vivant : chaque patrimoine conservera ses créanciers, la confusion ne s'opèrera pas ; mais, dès qu'on sort de ces limites, on est réputé avoir accepté cette identification, qui d'ailleurs est de droit commun.

Si un seul créancier acceptait l'héritier pour débiteur, la novation ne s'opèrerait que pour lui, et la part qui devait lui revenir dans les biens du défunt n'accroîtra pas à la garantie de ses cocréanciers, mais tombera dans le patrimoine de l'héritier dont les biens devront payer ses propres débiteurs, conjointement avec ceux du défunt qui auraient fait novation. Il est admis que le surplus, s'il y en a, doit servir à désintéresser les créanciers qui auraient obtenu la séparation des patrimoines, dans le cas où les biens du défunt n'auraient point suffi à acquitter le montant de leurs créances.

Cette espèce de novation a pour unique effet d'empêcher le créancier qui l'a opérée de demander la séparation des patrimoines ; les privilèges et hypothèques

ques qu'il avait précédemment survivent, puisque, par cette novation, il ne fait que renoncer à un avantage, sans que son obligation ait changé en quoi que ce soit objectivement ou subjectivement.

Si l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines résulte nécessairement, puisque par ce seul fait il met ses biens propres tellement hors de cause que les créanciers du défunt n'y pourraient rien prétendre, même en cas d'insuffisance des biens de la succession. Ceux-ci pourraient cependant avoir intérêt, même dans ce cas, à prendre inscription et à ne rien faire qui établisse qu'ils suivent la foi de l'héritier. En effet, l'héritier peut renoncer à l'avantage du bénéfice d'inventaire qu'il avait d'abord réclamé, et la confusion des deux patrimoines en serait la conséquence (art. 800). Cette opinion est contestée.

13. Il ne suffit pas que l'intention de nover soit clairement établie, il faut encore qu'il y ait quelque chose de nouveau dans l'obligation. Ainsi, le premier novembre, nous déclarerions anéantir la dette du premier janvier, pour la remplacer par une autre identiquement semblable, entourée des mêmes sûretés; il n'y a pas novation pour cela; le caractère essentiel de deux obligations, l'une éteinte, l'autre formée, ne se retrouve pas. Quoi qu'aient pu dire les parties, le nouvel acte n'est qu'une reconnaissance ou renouvellement du titre. Il n'y a point *aliquid novi*, et ici comme en droit romain, où d'ailleurs se trouve la source de la plupart des règles de notre Code en cette matière, novation dérive de nouveau. Ce changement, nous le savons, peut porter indistinctement sur les

personnes, ou sur la dette renouvelée dans son entier, dans quelqu'une de ses parties, ou de ses accessoires.

14. Peu importe qu'il y ait un délai plus ou moins long entre les deux obligations, il peut même n'être que fictif; il suffit qu'un instant de raison sépare les deux dettes, de manière que la seconde éteint et remplace la première, alors qu'elle est à peine contractée. Je promets 20,000 fr. dans un contrat pour prix d'un immeuble, et dans le même acte un tiers promet au vendeur, qui l'accepte, de payer à ma place. Ou bien, j'achète mille francs un cheval, et je conviens avec le vendeur que cette somme sera remplacée par 40 hectolitres de blé. Voilà deux novations, l'une par expromission, l'autre par changement d'objet, où les deux dettes sont en quelque sorte simultanées; l'on conçoit cependant que l'une a remplacé l'autre, et que toutes les conditions sont remplies.

15. Toutes sortes de dettes peuvent servir de matière à la novation; une obligation civile peut être novée en une obligation naturelle et réciproquement.

L'obligation naturelle est peu commune en droit français, où l'on ne distingue pas, comme à Rome, entre les pactes et les contrats, qui produisaient : les premiers, des obligations naturelles; les seconds, des obligations civiles. L'accord des volontés suffit pour engager civilement ceux qui sont convenus de quelque chose; cependant l'obligation naturelle survit quelquefois à l'obligation civile. Ainsi, le failli qui a obtenu un concordat d'après lequel il ne doit que 50 pour cent, si plus tard il vient à s'enrichir et à payer ce dont on lui

avait fait grâce, vu sa position, ne pourra le réclamer comme indu ; ce remboursement est même une condition nécessaire à sa réhabilitation. De même, celui qui aurait opposé la prescription, s'il paie, est réputé avoir renoncé à son exception. Pothier établit une distinction, aujourd'hui contestée par quelques auteurs, entre le for intérieur, d'où découlent les obligations naturelles, et le for extérieur d'où découlent les obligations civiles. Ainsi, la dette contractée par le mineur qui n'est plus enfant, ou la femme mariée non autorisée, les obligerait naturellement.

Une dette de jeu ne pourrait être novée, car elle ne constitue pas une obligation naturelle. L'opinion qui lui accorde cette qualité s'appuie sur l'art. 1967, qui prohibe la répétition de ce qui a été payé en vertu d'une pareille dette ; mais cette disposition nous paraît plutôt une peine appliquée à celui qui a enfreint la loi en se livrant au jeu. Nous voyons en effet nos codes ne s'occuper des dettes de cette nature que pour y apporter ses prohibitions ou ses peines (art. 1965, C. p. art. 410). Afin de tenir la justice en dehors de pareils démêlés, on applique le principe : *in pari causâ melior est causa possidentis*.

Mais l'art. 1966 admet une exception pour les jeux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps ; on pourra en ce cas novier ces obligations : elles sont civiles, puisque la loi leur accorde une action, seulement le juge aura, d'après la somme des enjeux, à admettre une obligation civile ou à repousser la demande comme illicite et sortant du but que le législateur s'est proposé par cette exception, et alors il n'y a pas même obligation naturelle.

16. Les dettes nulles ne sont susceptibles d'aucune novation. Une dette nulle est celle qui n'a pas d'existence ou n'en a qu'une apparente; par exemple, j'ai consenti une hypothèque ou fait une donation chirographaire; il n'y a jamais eu ni hypothèque ni donation, et on ne peut nover ce qui n'est pas. De même, si l'objet est une chose tout à fait hors du commerce ou contraire aux mœurs, il n'a pu y avoir lien de droit.

Si ces vices se trouvent dans le deuxième engagement, la novation est tout aussi impossible; les nullités étant radicales, la première dette ne serait remplacée par rien et continuerait à subsister avec tous ses accessoires.

Il n'en sera point de même pour les dettes annulables. Une dette est annulable lorsqu'une des conditions essentielles à sa perfection est entachée d'un vice qui, sans empêcher son existence, la met dans le cas d'être rescindée par le juge; mais elle tient tant que la nullité n'a pas été prononcée; tel est le cas du mineur, de l'interdit, de la femme mariée non autorisée.

L'obligation annulable existant jusqu'à déclaration contraire du juge, il en résulte qu'on peut parfaitement nover une dette annulable en une dette valable. Un mineur a souscrit une obligation de mille francs, un tiers majeur vient promettre au créancier de payer cette somme à sa place, la novation est parfaite, et le tiers ne pourra opposer l'exception du mineur, parce que celui-ci, bien qu'ayant une cause d'annulation résultant de son âge, devait réellement cette somme. De même, si le mineur devenu majeur déclare s'engager de nouveau pour la dette qu'il avait contrac-

tée étant mineur, il y aura novation, et la nouvelle dette est irrévocable, bien qu'elle en remplace une contre laquelle il avait un recours.

Mais si c'est la deuxième dette qui est annulable, la solution sera-t-elle la même? En thèse générale, une obligation valable ne peut être novée par une dette annulable d'une manière irrévocable. L'annulabilité d'un contrat est une condition résolutoire suspendue sur lui; dès-lors donc qu'elle a été prononcée, il n'a jamais existé; d'où il faut nécessairement conclure que le premier subsistera; on revient à la position antérieure. En effet, la violence, le dol, etc., rendent les contrats seulement annulables; et qui pourrait soutenir que la première dette serait valablement éteinte après une novation arrachée par la crainte? Admettant même que la première obligation est entièrement éteinte dès l'origine, ne serait-ce pas le cas d'appliquer au principe que les obligations une fois éteintes ne revivent pas, cette réticence : *nisi justa causa subsit ex qua æquitas subveniat*?

Nous nous trouvons cependant ici en face d'une difficulté. Le créancier, ignorant l'âge de celui qui vient s'engager pour un autre, accepte un mineur pour débiteur, et celui-ci pourra se faire restituer de son obligation! Faut-il, suivant le principe que nous avons énoncé, admettre que le premier débiteur sera de nouveau soumis à son ancienne dette, alors qu'il est étranger à l'erreur? A notre avis, la novation a été parfaite dès l'origine, parce qu'à une obligation civile a été substituée une obligation naturelle, qui suffit à la novation. Définissant, avec un savant auteur, l'obligation naturelle : « celle que la législation positive

aurait pu sanctionner sans sortir de la sphère légitime du droit, et sans empiéter sur la morale » ; il résulte de l'acte d'un mineur qui n'est plus dans l'enfance un lien de cette nature. Il n'y a pas non plus ce puissant motif d'équité qui peut faire renaître une dette éteinte ; l'équité, au contraire, demande que celui-là subisse la perte qui s'y est exposé.

Si celui qui change sa créance valable contre une autre annulable a connu la portée de son engagement ; s'il a su le danger que présentait la seconde dette, la novation sera parfaite dès la seconde convention, parce qu'alors il substitue un contrat aléatoire à une créance sûre : il court la chance de s'enrichir ou de tout perdre, et s'arrangera pour compenser, par des probabilités de bénéfices considérables d'un côté, l'éventualité qui le menace. Il est libre, si bon lui semble, d'exposer ce qui lui appartient.

Il n'y aurait pas novation, mais simplement acte confirmatif, si les parties avaient voulu seulement affranchir la première obligation du vice qui la rendait annulable. Ce seul fait ne serait qu'une renonciation au droit d'en obtenir l'annulation.

17. Examinons à présent les différents cas de novation où se trouvent des obligations conditionnelles.

Trois cas peuvent se présenter : 1^o une dette conditionnelle novée en une dette pure et simple ; 2^o une dette pure et simple novée en une dette conditionnelle ; 3^o une dette conditionnelle novée en une dette conditionnelle.

1^{er} cas. — Si la première dette est conditionnelle et la deuxième pure et simple, il faudra attendre l'avène-

ment de la condition pour savoir si la novation a eu lieu. Du jour où elle se réalisera, il sera certain que la novation a existé dès le moment de la deuxième convention ; et du jour où il sera certain qu'elle ne se réalisera pas, il est établi qu'il n'y en a jamais eu, la seconde n'ayant pas de cause. En effet, la novation est un paiement, et on ne peut payer ce qui n'existe pas. J'ai promis à quelqu'un mille francs s'il me fait tel travail, nous convenons ensuite que cette obligation est remplacée par la remise que je m'engage à lui faire de 40 hectolitres de blé ; pourrait-il venir me demander le blé avant que le travail convenu dans la première obligation ait été exécuté ? Evidemment non. Où serait, en effet, la cause du second engagement ?

De là il suit que, si l'objet figurant dans la première obligation vient à périr fortuitement avant l'avènement de la condition, peu importe alors qu'elle se réalise ou non, il n'y aura pas de novation ; la première dette a été éteinte (art. 1182).

Si c'est l'objet de la deuxième qui pérît fortuitement, l'obligation se trouve éteinte ; dans aucun cas non plus la novation ne pourra avoir lieu. Mais, si elle pérît par la faute du débiteur et que la condition se réalise, la première sera novée et les dommages-intérêts tiendront lieu de la deuxième (art. 1302).

Cependant il pourra résulter des faits, que les parties ont voulu que la seconde dette novât immédiatement la première, c'est-à-dire, qu'elles ont transformé une chance reposant sur un événement futur et incertain, en une dette pure et simple ; mais ceci doit être expressément déclaré, ou tout au moins résulter des faits, de telle manière que le doute ne soit pas pos-

sible. Ainsi, j'ai promis mille francs si tel vaisseau fait en trente heures le trajet de Marseille à Alger; nous convenons ensuite qu'au lieu de cette somme je donnerai cent francs. Par ce seul fait, il y a novation immédiate; j'ai cru de mon intérêt de perdre une petite somme plutôt que de courir la chance d'en perdre une considérable, et celui avec qui j'ai stipulé peut aussi trouver le sien à avoir quelque chose de positif, au lieu de risquer de tout perdre par l'inaccomplissement de la condition. La différence des sommes qui figurent dans les deux dettes, indique clairement l'intention de nover à l'instant même.

Ce que nous venons d'exposer s'applique à la condition suspensive; l'obligation contractée sous condition résolutoire offre des résultats différents; son caractère est d'exister immédiatement avec tous ses effets. Du moment donc que je la nove, alors que la condition n'est point venue à défaillir, je nove une obligation qui existe réellement et qui pourrait être exercée (art. 1183); la seconde dette, qui est pure et simple, se mettra immédiatement à sa place et pourra être poursuivie. Contrairement à ce qui se passe pour la condition suspensive, si la condition ne se réalise pas, la novation est parfaite; si elle se réalise au contraire, par suite de l'effet rétroactif qui lui est propre, il n'y a plus novation, les choses reviennent à leur état primitif; c'est-à-dire que la première dette étant résolue, la seconde est sans cause et disparaît aussi; ni l'une ni l'autre n'ont eu d'existence, et tout ce qui a été payé en vertu de ces engagements doit être restitué.

Un exemple fera mieux saisir ces idées. Vous vous êtes engagé à me servir tous les mois une rente de

cent francs, mais votre obligation sera résolue si la guerre éclate en Orient. Cette rente m'a été régulièrement payée lorsque la guerre éclate; je suis tenu de vous rendre tous les arrérages que j'ai touchés; l'avènement de la condition a dissous la dette. Mais, avant la guerre, nous avons nové cette dette, en convenant que chaque mois, au lieu de cent francs, vous me donneriez des denrées alimentaires; je serai également tenu de vous rendre ce que j'aurai perçu en vertu de ce nouvel engagement, qui est aussi résolu par l'effet de la condition. Il faut remarquer ici que je suis créancier sous condition résolutoire, et celui qui est engagé vis-à-vis de moi débiteur sous condition suspensive.

Quant à la perte de la chose, si un corps certain a été promis sous condition résolutoire dans la première dette, tout est fini s'il vient à périr sans la faute du débiteur; mais si c'est par son fait et que la condition ne se réalise pas, on considérera la novation comme parfaite, il devra l'objet et la deuxième dette. Si c'est l'objet de la seconde qui périt, il faudra aussi examiner si c'est par la faute du débiteur ou s'il était en demeure, et, s'il se trouve dans l'un de ces deux cas, il devra les dommages-intérêts, si la condition résolutoire ne se produit pas; si elle se produit, il n'a pu y avoir de novation, il ne doit rien (art. 1302).

Ici, de même que pour la condition suspensive, il pourra y avoir novation irrévocable dès l'origine, si cette volonté appert de l'espèce qui se présente, c'est-à-dire si les parties ont voulu clairement qu'il en fût ainsi.

2^e cas. — Si la première obligation est pure et simple,

et la deuxième sous condition suspensive, l'avènement de la condition décidera s'il y a eu ou non novation ; si elle se réalise, la novation aura été parfaite ; si elle ne se réalise pas, la première, n'étant remplacée par rien, continuera à subsister. Je conviens avec celui qui me doit mille francs, qu'il me donnera 25 hectolitres de vin, si la récolte est bonne ; la récolte étant mauvaise, il me doit toujours mille francs.

Pendant tout le temps qui sépare la deuxième convention de l'avènement de la condition, ou du moment où il devient certain qu'elle ne se réalisera pas, le créancier ne pourrait poursuivre la première dette ; il est réputé s'y être engagé du jour où, pouvant l'exiger, il l'a volontairement soumise à une chance d'extinction par une novation conditionnelle (art. 1181).

Si la deuxième dette est sous condition résolutoire, et que la condition se réalise, elle sera anéantie. Tout ce qui aura été donné à cause d'elle sera rendu, et la première revivra. Nous verrons seulement, au chapitre des effets de la novation, les modifications que celle-ci aura subies par cette extinction momentanée. Si la condition ne se réalise pas, la novation est parfaite (art. 1183).

De l'art. 1184, qui établit que la condition résolutoire est sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques, on serait peut-être tenté de conclure que lorsqu'une obligation établie entre deux personnes a été novée par un contrat synallagmatique dans lequel vient figurer une nouvelle partie contractante, si l'une des parties ne remplit pas son engagement, il n'y a pas eu novation, puisque la deuxième obligation se trouvait soumise à une condition résolutoire qui s'est produite.

Ce serait une erreur. L'art. 1184 est modifié, dans ce cas, par l'art. 1165; d'où il résulte que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne peuvent point nuire aux tiers. C'est ici le cas; le premier débiteur a dû se croire libéré, il est un tiers vis-à-vis de la deuxième obligation, qui lui est absolument étrangère. Le nouveau lien de droit est, quant à lui, *res inter alios acta*. Donc il y a eu novation.

Ici, comme dans le premier cas, la perte de la chose due peut éteindre toute dette; il faut se guider par l'espèce qui se présente, en se conformant aux mêmes principes.

Lorsque la première dette étant pure et simple, la novation ne consiste que dans l'introduction d'une condition, soit suspensive, soit résolutoire, rien n'étant changé d'ailleurs, il faudra en conclure que si la condition ne se réalise pas lorsqu'elle est suspensive, ou se réalise lorsqu'elle est résolutoire, le créancier qui demanderait l'exécution de la première dette pourrait être repoussé par une exception résultant de la remise tacite que la seconde convention a faite de la première. Nous convenons que les 25 hectolitres de vin que vous me devez, vous me les remettrez si la vigne n'a plus l'oïdium. Cette maladie l'envahissant encore cette année, pourrai-je réclamer encore cette même quantité, en vertu de la première obligation, qui n'aura point été éteinte? Telle n'a pu être l'intention des parties. A quoi aurait servi, en effet, une pareille condition? Ne résulte-t-il pas évidemment de l'espèce, que nous avons voulu soumettre la dette à cette éventualité?

3^e cas. — Une obligation conditionnelle peut être novée par une obligation conditionnelle, et alors il faudra attendre la réalisation des deux conditions pour savoir : d'abord, s'il y a une première dette ; ensuite, s'il y en a une seconde qui prenne sa place. J'ai promis 25 hectolitres de blé si la récolte est bonne, et avant qu'elle soit ramassée je promets à la place une pièce de rhum, si tel navire arrive des Antilles. Il faudra attendre, en premier lieu, de pouvoir apprécier le rendement de la récolte ; si elle est mauvaise, tout est fini ; si elle est bonne, l'obligation primitive est valable ; mais il faudra voir si elle est novée, et pour cela attendre l'arrivée du navire. S'il entre dans le port avant le terme fixé, l'obligation a été novée, et je dois la pièce convenue ; s'il n'arrive pas, je dois les 25 hectolitres.

Nous n'avons pas à distinguer ici entre la condition suspensive et la condition résolutoire ; dans l'un comme dans l'autre cas, les droits seront fixés seulement lorsque l'événement aura prononcé. La seconde dette sous condition résolutoire pourra seulement être exigée si la première est suspensive, ou résolutoire comme elle, sauf remboursement s'il y a résolution.

Répétons encore ici qu'il faut examiner si l'intention des parties n'a pas été de nover immédiatement. Ici, elles ont pu vouloir remplacer une *alea* par une autre, et il n'y aurait plus alors à se préoccuper que de l'avènement de la condition figurant à la deuxième stipulation. Tel serait le cas où je serais convenu avec mon débiteur que les cent francs qu'il me doit, si tel navire arrive d'Alger avant telle époque, il me les remettra si tel autre vaisseau arrive d'Orient avant le même terme.

18. Le terme n'offre pas de difficultés; il n'affecte point l'existence d'une dette. On peut donc nover une obligation pure et simple par un contrat à terme, et réciproquement. La novation résultera du consentement des parties, clairement exprimé.

CHAPITRE III.

DES PERSONNES QUI PEUVENT NOVER.

19. La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter (art. 1272). Pothier, reproduisant les principes du droit romain, dit : Le consentement que donne le créancier à la novation de la dette étant quelque chose d'équipollent, quant à l'extinction de la dette, au paiement qui lui en serait fait, il suit qu'il n'y a que ceux à qui on peut payer valablement qui puissent faire novation de la dette.

Nous pensons, avec MM. Garran de Coulon et Toullier, que l'article 1272, au lieu d'être la reproduction exacte des idées de Pothier, doit être interprété, en réservant la capacité de nover à ceux-là seuls qui peuvent aliéner d'un côté et contracter de l'autre, puisqu'en novant on aliène une obligation et on en contracte une nouvelle.

Il n'y a donc point ici de règles spéciales ; nous avons à nous transporter à la capacité générale de contracter (art. 1125 et suiv.), où sont posées les exceptions qui s'appliqueront ici.

En principe, tout le monde peut contracter ; tout individu a une *persona*, une capacité juridique distincte, quelle que soit sa position de père ou de fils de famille. Des restrictions ont dû être apportées exceptionnellement vis-à-vis certaines personnes pour qui cette

capacité eût été un danger. Ces exceptions, limitativement énoncées par l'art. 1124, se réduisent aux mineurs, aux interdits, aux femmes mariées dans les cas exprimés par la loi, et de plus à tous ceux à qui la loi interdit certains contrats.

Passons en revue ces différents cas.

20. Le mineur est entouré par la loi d'une protection spéciale. Livré à lui-même, sa fortune eût été la proie de ceux qui auraient voulu abuser de son inexpérience; on lui donne un protecteur qui prendra soin de sa personne et de ses biens, c'est le tuteur.

Vu sa position d'incapable, le mineur ne peut nover, puisqu'il ne peut contracter; mais lui seul pourra réclamer l'annulation de cet acte; le majeur qui aura traité avec lui ne pourra se prévaloir de cette exception (art. 1125).

Mais, suivant le principe *minor restituitur, non tanquam minor sed tanquam læsus*, faudra-t-il admettre que la novation vaudra si elle lui a profité, et, par conséquent, que ce privilège de poursuivre l'annulation ne lui est accordé que s'il a été lésé? Cette opinion nous paraît la plus vraie. L'art. 1125 nous dit que le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, *que dans les cas prévus par la loi*; et nous voyons cette idée se reproduisant sans cesse, que le mineur a sa capacité suspendue, quant aux actes qui lui nuisent seulement (art. 1505).

Supposons qu'un mineur eût nové une créance de vingt mille francs en une propriété de la valeur de vingt-cinq, et qu'ensuite une inondation eût ravagé

cet immeuble; pourrait-il, alléguant son incapacité, venir réclamer la rescision du contrat et reprendre sa créance? Non, car il n'a point été lésé; et si un cas fortuit a dégradé sa propriété, ce n'est point la faute de celui avec qui il avait traité, qui, loin de nuire à ses intérêts, les avait servis (art. 1306).

Il résulte de l'art. 1311 une distinction entre les actes du mineur nuls en leur forme, et ceux qui sont seulement sujets à restitution; la novation est de ces derniers. Sont nuls en leur forme, indépendamment de toute lésion, ceux pour lesquels des formalités spéciales étaient exigées et n'ont pas été remplies; par exemple, l'hypothèque, l'aliénation d'immeubles, etc... Nous adoptons le système de Proudhon, qui nous paraît dans l'esprit de la loi.

En thèse générale, nous pouvons donc énoncer que, si le mineur a nové une créance, soit active, soit passive, cet acte vaudra, et il ne pourra le faire annuler que s'il a été lésé.

21. L'art. 457 énumère les prohibitions faites au tuteur dans l'intérêt du mineur; les emprunts lui sont interdits, ainsi que les ventes d'immeubles ou les hypothèques, et lorsqu'une nécessité absolue l'exige ou qu'un avantage évident doit en résulter, les précautions les plus minutieuses sont requises, le conseil de famille sera saisi, et les tribunaux interviendront, conformément à la loi. Si donc le mineur se trouvait créancier d'une dette immobilière, genre de dette fort rare aujourd'hui, le tuteur ne pourrait la nover.

Au sujet des créances, de la fortune mobilière en un mot, la loi est muette. Cette lacune, remarquable du

reste dans bien des parties du Code, est fâcheuse ici, en ce qu'elle abandonne des valeurs, qui peuvent être immenses, à la discrétion du tuteur. Il peut les aliéner, et par suite les nover. Le mineur ne sera garanti contre les dangers d'une aliénation ou d'une novation imprudente, que par la disposition de l'art. 450, qui dit que le tuteur devra des dommages-intérêts pour une mauvaise gestion, et par l'hypothèque légale que lui accorde l'art. 2121.

Une restriction à ces pouvoirs illimités du tuteur en matière mobilière, a été faite par l'art. 3 de la loi du 24 mars 1806, qui exige l'autorisation du conseil de famille pour le transport d'inscriptions de rentes sur l'Etat dépassant cinquante francs. Cette règle est étendue aux actions de la banque par le décret du 25 septembre 1813. Il suffit, pour donner lieu à ces exceptions, que la réunion de ces valeurs surpasse cinquante francs, lorsque le mineur en possède qui n'atteignent pas cette somme.

Le curateur de l'émancipé devra l'assister dans toute novation autre que celle qui serait faite conformément à l'art. 481, c'est-à-dire dans la limite de ses revenus (art. 482).

Les formalités prescrites au mineur par la loi de 1806 et le décret de 1813 sont également applicables au mineur émancipé. Nous les voyons, d'ailleurs, assimilés pour tout ce qui sort des actes de pure administration.

22. Le majeur en état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit; sa capacité juridique est suspendue, on lui donne un tuteur. A la

différence du mineur, ses actes ne sont pas seulement annulables pour cause de lésion; pour en obtenir l'annulation, il suffira de prouver l'interdiction, indépendamment de tout préjudice (art. 502, 1304).

On s'est demandé si l'on ne devait pas considérer l'acte passé par l'interdit dans un moment lucide comme l'acte du mineur; mais la loi ne dit rien de semblable : « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* » L'interdit ne peut donc opérer aucune novation. Quant à son tuteur, ses pouvoirs seront les mêmes que ceux du tuteur du mineur. Nous n'avons qu'à nous en rapporter à ce que nous avons dit plus haut (art. 509).

Mais le tribunal, tout en rejetant l'interdiction, peut néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni grever ses biens d'hypothèques sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement (art. 499).

Les mêmes prohibitions peuvent être faites au prodigue (art. 513). Ceux qui se trouvent sous le coup de ces incapacités ne pourraient nover, puisque, dans l'énumération que nous venons de rapporter, nous voyons qu'ils ne peuvent recevoir un capital mobilier et que la novation est une sorte de paiement. Mais ils pourront nover avec l'assistance de leur conseil, qui complète leur capacité, et avec l'aide duquel ils peuvent faire tous les actes qui leur sont prohibés lorsqu'ils agissent seuls.

23. L'incapacité de la femme mariée n'est pas absolue; sous les régimes de la communauté légale, dotal, exclusif de communauté, elle est en effet incapable de

faire aucun acte, même d'administration, sans l'autorisation de son mari ; mais la loi permettant toutes les conventions matrimoniales qui ne sont pas contraires à l'ordre public, elle pourra se réserver l'administration de tout ou partie de ses propres, ou se marier sous le régime de la séparation de biens; si elle l'est sous le régime dotal, tout ce qui n'a point été constitué en dot est paraphernal. Dans tous ces cas, elle administrera et pourra même aliéner ses meubles; d'où il faut conclure qu'elle peut parfaitement nover ses créances; ainsi, par exemple, accepter un immeuble au lieu d'une somme qui lui est due. Mais, alors même qu'elle serait placée dans les meilleures conditions d'indépendance, elle ne pourrait nover une dette immobilière (art. 1449).

24. Le mari pourrait-il faire novation des créances de sa femme, alors qu'il est administrateur de ses biens, comme, par exemple, dans le régime simplement exclusif de communauté? Tout porte à le croire. A l'époque où fut promulgué le Code, les fortunes mobilières n'avaient pas pris l'immense développement qu'elles ont reçu depuis; de là vient le soin que la loi prend des immeubles de la femme et son peu de préoccupation des meubles. Sous le régime de la communauté légale, nous voyons, en effet, les immeubles rester propres et les meubles, quelle que soit leur importance, tomber dans la communauté qui est entièrement au pouvoir du mari. Dans le cas dont il s'agit, tout porte donc à croire que, de même que la femme peut nover ses créances lorsqu'elle administre, de même le mari, lorsque l'administration lui est

dévolue, devra jouir de pouvoirs aussi étendus, et en conséquence pourra aliéner ou nover les capitaux de sa femme. Cela résulte des art. 1531, 1532. Son administration est assise, l'esprit de la loi le démontre, sur les bases les plus larges, et on le conçoit. Il pourra bien résulter pour la femme des dangers auxquels l'hypothèque légale sur les biens du mari ne pourra pas toujours suffisamment remédier; mais, d'un autre côté, cette liberté d'action donnée au chef de la famille favorise singulièrement l'accroissement du patrimoine.

25. Nous avons parlé de la difficulté élevée en droit romain par les textes de Vénuléius et de Paul, au sujet de la novation opérée par un créancier solidaire, difficulté qui subsistait chez nous sous l'ancien droit. L'article 1272, interprété ainsi que nous l'avons fait, nous paraît trancher la question. En effet, l'un des créanciers solidaires, quoique pouvant recevoir le paiement, ne peut faire remise de la dette que pour sa part dans cette créance (art. 1198); donc il ne peut nover que dans cette limite. Il faudrait, pour qu'il pût faire novation de la dette tout entière, qu'il eût reçu de tous ses cocréanciers des pouvoirs d'où résulterait cette faculté. Les créanciers solidaires sont toujours réputés associés, et l'associé, qui n'est point administrateur, ne peut aliéner ni engager les choses, même mobilières, qui dépendent de cette société (article 1860).

Quant au débiteur solidaire, l'article 1281 dit formellement qu'en novant il libère ses codébiteurs ainsi

que les cautions. Nous discuterons cet article au chapitre suivant.

26. Le mandataire ne peut nover que selon le mandat qu'il a reçu ; s'il est conçu en termes généraux, il n'embrasse que les actes d'administration ; s'il est spécial, on devra voir, d'après sa teneur, ce qu'a entendu le mandant. Le mandataire sera tenu de la perte résultant d'une novation, dans laquelle il aurait à se reprocher dol ou fraude, et même de la novation imprudente qu'il aurait faite par sa faute, surtout s'il ne s'agit pas d'un mandat gratuit (art. 1992).

Après avoir énuméré les différentes classes de personnes qui sont incapables, l'article 1124 ajoute généralement tous ceux à qui la loi interdit certains contrats.

Ainsi, non seulement le tuteur ne pourrait nover une dette avec le mineur ; mais, même après sa majorité, tout traité, et par conséquent toute novation, qui n'aurait point été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte, dix jours au moins auparavant, serait nul (art. 472). Un pareil arrangement aurait pu couvrir une gestion infidèle.

Le mari et la femme ne peuvent nover entre eux ; le leur permettre eût été les exposer l'un et l'autre, la femme surtout, à des influences qui pourraient entraîner de funestes résultats. La prohibition d'aliéner entre époux, faite par l'article 1595, souffre trois exceptions établies pour la liquidation de leurs comptes : 1° le cas

où l'un des époux cède des biens à l'autre séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits; 2° celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou des deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté; 3° celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté (art. 1595). Dans ces trois cas, nous voyons les dettes des époux entre eux éteintes au moyen d'une dation en paiement, qui, nous l'avons dit, opère novation.

Les communes ou établissements publics ne pouvant vendre aux administrateurs, nous en concluons qu'il ne peut intervenir entre eux aucune novation.

Nous savons que celui qui aurait nové la créance qu'il avait sur une personne capable en une autre vis-à-vis d'un incapable, courait risque de perdre le tout, puisque le premier débiteur serait libéré, et que le second pourrait se faire restituer de son engagement. La clause qui porterait que la novation n'aura lieu qu'en tant que l'incapable ne reviendra pas sur son engagement n'est jamais sous-entendue, mais pourrait légalement être insérée dans la convention, dont elle deviendrait une condition résolutoire qui mettrait le créancier à l'abri de la perte.

CHAPITRE IV.

DES EFFETS DE LA NOVATION.

27. En général, par la novation, la première dette est radicalement éteinte avec tous ses accessoires. Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à la nouvelle, dit l'article 1278, qui ajoute immédiatement : à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

En principe, on ne conçoit pas que les sûretés d'une obligation puissent exister, alors que cette obligation est éteinte; elles seraient sans cause. Nous voyons cependant ici, par suite d'une réserve expresse du créancier, les privilèges et hypothèques survivre à l'obligation qu'ils garantissaient, mais pour s'appliquer à une autre dette; c'est un effet particulier à la novation, qui, en substituant une dette à une autre, la revêt alors des garanties de sa devancière.

Le transport étant une tolérance de la loi doit, comme le dit l'article que nous venons de citer, être expressément formulé. Il est cependant un cas où nous le verrions s'opérer sans termes formels; c'est celui où les parties, substituant un objet à un autre, auraient déclaré ne pas vouloir faire novation. Une protestation ne pouvant empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte, il ne dépend pas des parties d'empêcher ce qui est d'exister, mais il en résulterait évi-

demment que les parties n'ont pas voulu changer les accessoires, tels que privilèges et hypothèques.

Cette exception au principe que lorsqu'une obligation s'éteint, ses accessoires disparaissent avec elle, est basée sur cette idée que les parties peuvent prendre entre elles tous les arrangements qui, n'étant pas contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ne nuisent point aux tiers. Or, les tiers ne sont aucunement lésés par une telle réserve; le rang des hypothèques n'est en rien changé, celui qui n'aurait gardé seulement pour sa deuxième créance le rang qu'il avait pour la première, rang sur lequel personne n'a de droits.

Mais l'hypothèque ainsi réservée ne pourra être d'une plus grande étendue que celle qui garantissait la première obligation, alors que la seconde est plus importante. Ainsi, j'ai une créance de 10,000 fr. en première hypothèque, je conviens avec mon débiteur, par suite de nouveaux prêts, que la dette sera novée par une autre de 20,000 fr., avec réserve de l'hypothèque. Ma nouvelle créance sera garantie pour moitié en premier rang, pour moitié du jour de l'inscription qui devra en être faite. En accordant cette faveur à la nouvelle dette tout entière, on eût diminué les sûretés des créanciers intermédiaires qui, en prenant leur inscription, ont établi leurs droits d'une manière que rien ne peut venir troubler (art. 1165).

Mais suffit-il, pour opérer ce transfert du privilège ou de l'hypothèque à la nouvelle créance, que la réserve expresse en soit faite suivant l'article 1278? Nous ne le pensons pas. La faculté concédée par cet article ne l'est qu'à la charge de se conformer à ce qui est

exigé pour la publicité de ces titres ; or, l'article 2148 énonce formellement la date et la nature du titre comme devant figurer dans l'inscription ; et cette hypothèque, précédemment basée sur une autre cause, n'énonce plus la date ni la nature du titre, qui, l'un et l'autre, sont très différents. Le créancier devra donc faire inscrire le privilège ou l'hypothèque qui garantit sa nouvelle dette ; seulement, usant de l'avantage qui lui est fait par l'article 1278, il gardera le rang qu'il occupait en premier lieu. Dans la pratique, cela s'opère au moyen d'un simple émargement de l'inscription existante.

Cette nécessité de l'inscription ou de l'émargement, alors que le privilège ou l'hypothèque de la première dette survit, devient évidente par un exemple. Le privilège du vendeur d'un immeuble n'a pas besoin d'être inscrit ; pour lui, transcription vaut inscription ; il n'est pas moins privilégié alors même que l'inscription d'office n'a pas été prise par le conservateur. Supposons qu'il eût nové le prix pour lequel il était privilégié en marchandises d'une valeur égale, en se réservant le privilège qu'il avait auparavant ; il devra le faire inscrire, car si le vendeur est dispensé de cette formalité quant au prix de la vente, il n'en est point ainsi lorsque quittance a été donnée de ce prix par une novation. La nouvelle obligation jouit d'une faveur assez étendue pour qu'on doive du moins exiger la formalité d'une nouvelle inscription ; l'avantage est tout entier et seulement dans le rang (art. 2106, 2108).

Il se peut que la seconde dette ne soit pas susceptible d'hypothèque : si, par exemple, j'ai nové une créance hypothécaire contre un fonds ; dans ce cas j'aurais

pu stipuler que la première obligation revivrait en cas d'éviction de l'immeuble. Si je suis évincé, l'obligation primitive revit, mais elle aurait perdu par cette extinction momentanée l'accessoire qui la protégeait, si je n'avais aussi réservé l'hypothèque; les tiers croyant mon obligation éteinte auraient pris rang, et bien que la première dette vînt à revivre, elle ne pourrait avoir d'effet vis-à-vis d'eux. Dans une novation par une nouvelle dette, sous condition résolutoire, en général, la condition, si elle se produit, fait revivre la première obligation, mais séparée de tous ses accessoires. Par la réserve dont nous parlons, l'hypothèque renaîtrait, et les tiers n'en seraient nullement atteints, puisqu'ils n'auraient pu prendre un rang que je n'ai jamais abandonné.

L'art. 1279 est loin d'être clair; en voici la teneur : « Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, le privilège ou hypothèques primitifs de la créance ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur. » Le législateur a-t-il seulement voulu dire par là qu'une hypothèque ne pouvait, par l'effet de la novation, voyager sur différents immeubles; mais cela est tellement rudimentaire qu'on ne comprendrait pas un article spécial pour dire une chose qui va de soi. A-t-il plutôt voulu déroger à l'article précédent qui établit qu'en changeant la dette on peut faire passer à la nouvelle les hypothèques de l'ancienne? nous n'en comprendrions pas la raison. Pourquoi ne pourrait-on pas dégrever une personne de certains droits qu'on a sur elle, en réservant les autres? Si quelqu'un vient promettre ce que devait un tiers, le créancier ne pourrait-il pas se dessaisir du droit

personnel en gardant le droit réel? Aucune raison n'empêcherait pas d'accepter l'*expromissor* comme débiteur, et d'avoir en même temps sa créance garantie par l'hypothèque établie sur les biens du premier débiteur; il n'est point nécessaire que celui dont l'immeuble est grevé soit personnellement soumis à la dette.

Cette obscurité de l'art. 1279, et l'erreur que nous aurons à signaler dans l'article suivant, proviennent de Pothier, qui, se basant sur la loi 30, Dig. 46, II, de Paul, a cru voir une prohibition formelle de réserver l'hypothèque sur les biens de l'ancien débiteur. Telle n'a point été cependant l'idée de Paul, qui dit seulement que la novation une fois opérée, le second débiteur ne peut plus, sans le consentement du premier, hypothéquer ce qui garantissait la première dette, parce qu'il y a eu extinction absolue de l'obligation; et il ne pourrait faire revivre, malgré celui qui en a été libéré, une hypothèque qui a été valablement éteinte. Rien dans ce texte, ni dans aucun autre, ne fait exception au principe posé par Ulpien qui, en parlant de la novation, s'exprime ainsi « : ... *Pignus perimit, nisi convenit ut pignus repetatur,* » sans distinguer entre les différentes espèces de novation.

L'opinion de Pothier, peu exacte en cette circonstance, nous paraît néanmoins se référer, ainsi que l'art. 1279 qui en est la reproduction, à un cas particulier. Nous pensons qu'il s'agit d'une exception apportée à l'art. 1278, pour le cas où l'hypothèque avait été consentie par un tiers. De même en effet que nous ne comprendrions pas qu'il fût prohibé d'accepter un nouveau débiteur, tout en réservant

l'ancienne hypothèque sur les biens du premier débiteur; de même nous voyons un grave motif à refuser cette réserve, lorsque ce sont les biens d'un tiers qui sont grevés. Ceux-ci se trouveraient alors garantir une créance autre que celle pour laquelle ils ont été d'abord engagés, et en faveur de laquelle le tiers n'aurait peut-être pas consenti l'hypothèque. Les raisons que nous aurons à faire valoir au sujet de l'art. 1281, qui défend de transporter à la nouvelle créance les cautions de l'ancienne, s'appliquent ici. Ainsi interprété, l'art. 1279 n'est ni un hors-d'œuvre, ni une dérogation aux principes.

28. Nous avons dit, au chapitre précédent, que l'un des débiteurs solidaires, en faisant novation, libérait ses codébiteurs (art. 1281); il y a plus, ils sont aussi nécessairement libérés de l'hypothèque qui pesait sur eux.

L'art. 1280 est ainsi conçu : « Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette. » Le Code entre ici complètement dans les idées de Pothier, et consacre une opinion erronée au point de vue juridique. Pourquoi le créancier ne pourrait-il pas réserver l'hypothèque contre tous, de même que dans le cas précédent? Les raisons en seraient absolument les mêmes. Comment soutenir que les codébiteurs, par le seul fait qu'on les décharge d'une obligation personnelle, qu'on rend leur condition meilleure, ont le droit de venir réclamer une libération complète, de conclure à une extinction

de la dette, parce qu'on leur en remet la plus grande partie?

Cette prohibition ne peut s'expliquer que historiquement; l'erreur de Pothier a été cause de celle des rédacteurs du Code, qui, s'emparant de son *Traité des obligations*, n'ont pas pris garde à l'imperfection qui lui était échappée. Cependant, l'art. 1280, quelques critiques qu'il puisse soulever, étant une loi qui, tant qu'elle n'a pas été abrogée, doit être exécutée, il faut voir ici une exception au droit commun, et décider que le créancier ne pourra réserver l'hypothèque que sur les biens du codébiteur qui nove, par exception au principe posé à l'art. 1278.

29. Nous avons exposé les principes au sujet de l'extinction des privilèges et hypothèques adjoints à une obligation novée; cette première obligation pouvait être aussi garantie par des cautions. Ici, pas de réserve possible; l'art. 1281, qui s'y oppose, n'est qu'une conséquence de l'art. 1165, qui déclare que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, et ne nuisent point aux tiers. Ne serait-ce pas leur nuire que de pouvoir leur faire garantir autre chose que la dette pour laquelle ils se sont spécialement engagés? ils sont des tiers par rapport à la nouvelle obligation. Du moment que la première dette est éteinte, ils sont libérés, et peu importe les arrangements intervenus entre le créancier et le débiteur, du moment qu'il y a eu novation pour quelque cause que ce soit, et qu'ils y sont restés étrangers.

Cette différence avec les hypothèques est bien naturelle; le débiteur qui a consenti l'hypothèque ne doit

jamais, par suite de cette réserve, que ce à quoi il s'est librement engagé, tandis que la dette de la caution ne serait point identique; si la dette est changée, le fidéjusseur se trouverait garantir autre chose que ce qui faisait l'objet de son obligation; si c'est le débiteur qu'on remplace, il serait peut-être la caution d'une personne moins solvable. En un mot, les cautions ne répondent du second engagement qu'autant qu'elles l'auront spécialement cautionné (art. 1281).

Le créancier a pourtant un moyen, en l'absence même des codébiteurs et des cautions, pour nover sans risquer de perdre ces garanties. Il peut faire de leur accession au contrat une condition suspensive; alors la novation n'aura lieu que s'ils viennent se lier à la seconde obligation; sans quoi la première n'aura en rien changé, et continuera à subsister avec tous ses accessoires (art. 1281).

CHAPITRE V.

DE LA DÉLÉGATION.

30. La délégation, dit Pothier, est une espèce de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce-personne qui, à sa place, s'oblige envers ce créancier ou envers la personne qu'il indique.

Elle est donc une novation par changement de débiteur, mais différant de l'expressioin en ce qu'ici le concours de trois volontés est indispensable et que les effets en sont plus étendus.

Une personne doit mille francs à une autre, et au lieu de poursuivre son propre débiteur afin de payer son créancier, elle lui délègue ce débiteur; si celui-ci est accepté, il s'établit une nouvelle obligation entre le délégué et le délégataire, qui remplace la première et nove simultanément la dette du délégué envers le délégant. La loi, toujours favorable aux débiteurs, en tant que le permettent les intérêts du créancier, a établi ce moyen facile de simplifier les opérations auxquelles donne lieu le paiement des dettes.

La délégation peut aussi avoir lieu par l'effet d'une libéralité de la part du délégué, qui prend alors sur lui la dette, à la sollicitation du débiteur délégant dont il éteint l'obligation.

Pour que la délégation soit parfaite, c'est-à-dire pour qu'elle opère novation, il faut que l'intention en

soit expressément déclarée. Les anciennes controverses sur le point de savoir si l'acceptation pure et simple du délégué pour débiteur déchargerait le délégant, parce qu'alors le créancier était réputé suivre la foi du délégué, ainsi que le prétendaient Renusson et d'autres, sont tranchées pour la négative, parce que de là on ne peut forcément conclure que le créancier l'a accepté comme unique débiteur et non comme coobligé.

L'article 1275 s'exprime ainsi : « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. » Il ne faut plus seulement ici, comme dans l'article 1273, que l'intention de nover résulte clairement de l'acte; c'est une volonté formellement exprimée, non en termes sacramentels, mais d'une manière catégorique. Les difficultés qu'entraînait la question de savoir s'il y avait novation ou accroissement de sûretés, ont fait appliquer à la délégation un droit plus rigoureux.

Nous n'avons à nous occuper ici que de la délégation qui opère novation, et qui, pour ce motif, est appelée parfaite. La simple indication de paiement ne suffit pas à l'établir; c'est un mode de paiement qui a été choisi, un mandat donné à celui qui est désigné; il n'y a jamais eu extinction de l'obligation, mais seulement une mesure prise pour en faciliter l'acquittement, soit que cette indication vienne du débiteur désignant celui qui paiera à sa place, soit qu'elle émane du créancier désignant celui qui recevra pour lui (art. 1277).

La délégation intervenue entre le délégant et le délégué, tant qu'elle n'a point été acceptée par le créancier, ou si elle l'a été sans décharger le délégant, est dite imparfaite. Dans ce dernier cas, elle profite au créancier, en ce qu'elle lui donne deux codébiteurs; dans le premier, elle lui profite aussi, en ce qu'il lui est possible de la compléter en notifiant son acceptation; en intervenant, même postérieurement, dans l'acte, il lui apporterait le seul élément qui manquait à sa perfection. Il pourrait de plus, en cas de perte du titre, trouver dans la reconnaissance de sa créance par son débiteur un commencement de preuve par écrit, conformément à l'article 1347.

Il peut intervenir dans la délégation une quatrième personne qui sera déléguée du créancier, et à laquelle paiera le délégué du débiteur sur l'ordre du créancier. Nous trouvons ici une novation où le créancier, le débiteur et la dette peuvent être simultanément changés.

Le délégué peut ne s'obliger que sous condition; l'échéance décidera s'il y a ou non délégation. La condition arrête toutes les poursuites qui pourraient être intentées jusqu'à son avènement; en effet, on ignore qui est obligé.

De même, une délégation pourrait intervenir au sujet d'une obligation conditionnelle; il faut en pareil cas s'en rapporter aux principes émis au chapitre II, afin de savoir, d'après les événements et la nature de la condition, les obligations qui incombent de part et d'autre et ce qui peut être ou n'être pas exigé.

31. Si le délégué l'a été par erreur, c'est-à-dire s'il

a agi croyant être débiteur du délégant, tandis qu'en réalité il ne lui devait rien, il n'en sera pas moins tenu envers le délégataire qui, étranger à ces arrangements, ne peut être dépouillé de ce qui lui est dû, quel que soit celui qui est engagé. S'il a été poussé par le dol du délégant, il aura une action contre lui, mais il ne pourra faire annuler l'acte; c'est toujours le principe que nous avons plusieurs fois cité, que les conventions ne peuvent nuire aux tiers.

Mais si le délégant ne devait rien au délégataire, il y aurait lieu à appliquer les articles 1235, 1376 et suivants, parce qu'il y aurait paiement de l'indu. Il en serait de même dans le cas où le délégant aurait délégué par libéralité : « *Melius est favere repetitioni quam adventitio lucro.* »

Les principes que nous avons posés en droit romain, et sur lesquels nous ne nous étendons pas, doivent, ce nous semble, être modifiés par cette restriction : que le délégué, s'apercevant de son erreur avant que le délégataire ait déchargé le délégant, ou même n'ait fait la remise du titre, pourra refuser de payer, et même se faire restituer s'il y a eu paiement intégral ou partiel. En effet, si le créancier n'a pas libéré le premier débiteur, il se trouvera dans la position primitive; la première obligation n'a point été éteinte. S'il y a eu libération du délégant sans remise ou suppression du titre, ne peut-on pas tirer cette conséquence *a contrario* de l'article 1377, que puisque la personne qui, par erreur, se croyant débitrice, a acquitté une dette, a le droit de répétition contre le créancier, et que ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite

du paiement ; il dure tant que cette suppression n'a pas eu lieu.

Il est un cas où le délégué, non débiteur du délégant, pourrait se faire restituer de son engagement, alors même que le délégant est réellement débiteur du délégataire ; c'est celui où il aurait promis par l'effet d'une fraude dont le créancier aurait été complice. On ne pourrait plus dire alors que la délégation doit être maintenue, parce que, n'ayant que ce qui lui est dû, il est réputé ignorer les arrangements intervenus entre le délégué et le délégant.

32. Nous avons, au chapitre I, dit quelques mots du transport-cession et établi les différences qui le séparent, soit de la novation par changement de créancier, soit de la délégation. Il est une autre opération, ayant avec elle quelque analogie, dont nous devons parler brièvement ici, la subrogation.

Notre Code n'en traite qu'en quatre articles qui sont loin de résoudre les difficultés soulevées sous l'ancien droit. En admettant la définition générale de Donnat : « La subrogation est le changement qui met une autre personne au lieu du créancier, » on pourrait faire rentrer dans cette catégorie le transport-cession, la novation par changement de créancier et la délégation. Sans énumérer tous les systèmes qui ont été et sont encore opposés les uns aux autres, nous la définirons avec Pothier, qui s'est appuyé sur la saine raison et l'édit de 1609 : « Une fiction de droit, par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, hypothèques et privilèges à celui de qui il reçoit son dû. »

Cette idée, que nous voyons reproduite dans notre Code (art. 1250), et dans les discussions du conseil d'Etat, nous donne la clef des questions qui peuvent se présenter. Il en ressort que l'obligation continue à subsister; il ne s'agit pas d'un simple transfert de privilèges et d'hypothèques d'une ancienne créance à une nouvelle, mais de la transmission fictive de la dette elle-même avec tous ses accessoires. Le transport-cession est une vente, une spéculation; tandis que le subrogé ne pourra poursuivre que jusqu'à concurrence de ses déboursés, et n'aura besoin d'aucune signification pour que la subrogation soit valable vis-à-vis des tiers. C'est un paiement, un bon office.

La cession est un transfert de la dette, la délégation est une substitution de personne.

En admettant la définition de Pothier, il est impossible de confondre un instant la subrogation, soit avec la novation par changement de créancier, soit avec la délégation; d'un côté, c'est la même obligation qu'une fiction de la loi transporte sur plusieurs têtes; de l'autre, c'est une extinction totale de l'obligation, suivie de la formation d'une nouvelle. Pour qu'il y ait novation par changement de créancier ou délégation, il faut qu'il y ait concours de trois volontés. Le consentement de deux personnes suffit pour la subrogation; il est même un cas où le consentement du créancier n'est point nécessaire (art. 1250, 2°).

C'est donc à tort que l'on verrait dans la délégation une simple subrogation dans le sens strict du mot; il y a un lien nouveau, quoique la dette puisse être la même. Nous avons dit que le changement de créancier ou de débiteur suffisait à la novation, et cela est telle-



ment vrai que, tandis que dans la subrogation les privilèges et hypothèques du subrogeant passent de droit au subrogé, le délégataire devra en faire la réserve expresse, suivant l'art. 1278. Nous trouverons en outre, dans la place qu'occupent au Code la subrogation, la cession et la délégation, cette intention d'y voir trois actes différents par leur nature et leurs effets, intention qui résulte d'ailleurs clairement de l'étude des textes.

53. Par la délégation, le débiteur délegant est entièrement libéré, à moins que le créancier ne se soit réservé un recours contre lui en cas de non paiement; mais cet avantage ne peut résulter que d'une clause spéciale de l'acte. L'article 1276 s'exprime ainsi: « Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation. »

Cet article est la reproduction des idées émises par Cujas et Pothier. Le créancier n'a à s'en prendre qu'à lui, si le délégué solvable qu'il avait accepté est devenu insolvable depuis; il n'avait qu'à prendre ses précautions. Mais si, au moment où s'opère la délégation, le délégué était en faillite ou tombé en déconfiture, on ne peut admettre l'intention de nover une créance sûre contre rien; ce serait contraire à l'équité et à l'esprit de ce contrat qui établit une sorte de compensation, par laquelle chacun a ce qui lui est dû (C. art. 446). Toutefois, si le délégataire avait connu l'insolvabilité,

la novation serait parfaite : *volenti non fit injuria*. C'est une libéralité qu'il était libre de faire au délégant.

Un des effets de la délégation est d'éteindre non seulement la dette du délégant envers le délégataire, mais encore celle du délégué envers le délégant. Il naît une seule obligation entre le délégué et le délégataire qui les remplace toutes deux. Obligation complètement distincte des autres, de telle sorte que le délégué ne pourra opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait opposer au délégant; ce qui établit encore une autre différence avec la subrogation, dans laquelle le débiteur peut user contre le subrogé, de toutes les exceptions qu'il avait contre le subrogeant. Il ne pourra pas davantage se servir des exceptions que pouvait opposer le délégant au délégataire, parce qu'il ne doit pas en vertu de la dette du délégant, mais en vertu d'une autre obligation, qui, quel que soit son objet, ne peut être la même, puisqu'il y a eu novation.

TABLE.

DROIT FRANÇAIS.

	pages
AVANT-PROPOS. — Division du sujet.	43
CHAPITRE I ^{er} . — De la novation en général et de ses différentes espèces.	45
1. Définition, idée de la novation.	
2. Novation par changement de dette.	
3. — de débiteur.	
4. — de créancier.	
5. Différences avec le transport-cession.	
6. Novation dite imparfaite.	
CHAPITRE II. — De la forme de la novation et des dettes qui en font la matière nécessaire.	55
7. D'où résulte la novation.	
8. Elle ne se présume pas.	
9. La novation d'une rente pour prix d'une somme due par le constituant opère forcément novation.	
10. L'acceptation d'effets de commerce faite par un créancier hypothécaire et réciproquement n'opère pas nécessairement.	
11. La dation en paiement opère novation.	
12. Novation spéciale à la séparation des patrimoines.	
13. Il faut pour nover qu'il y ait <i>aliquid novi</i> .	
14. Quel délai doit séparer les deux obligations.	
15. Quelles dettes l'on peut nover.	
16. Dettes nulles et annulables.	
17. Dettes conditionnelles.	
18. Terme.	

CHAPITRE III. — Des personnes qui peuvent nover.	77
19. Qui peut nover en général.	
20. Du mineur.	
21. Du tuteur.	
22. De l'interdit.	
23. De la femme mariée.	
24. Du mari.	
25. Du créancier solidaire.	
26. Diverses exceptions apportées à la faculté de nover.	
CHAPITRE IV. — Effets de la novation.	86
27. Effets quant aux privilèges et hypothèques.	
28. Effets de la novation faite par un débiteur solidaire.	
29. Effets quant aux cautions.	
CHAPITRE V. — De la délégation.	94
30. De la délégation en général et de ses différentes formes.	
31. Cas où le délégué l'a été par erreur.	
32. Différences avec la subrogation.	
33. Effets de la délégation.	

POSITIONS.

Droit Romain.

- I. L'esclave peut s'engager naturellement.
- II. L'*adjectus solutionis gratiâ* peut valablement recevoir la chose due, bien qu'ayant éprouvé une *capitis deminutio*.
- III. Il y a à distinguer deux sortes d'actions pauliennes : l'une réelle, l'autre personnelle.
- IV. Les actions divisoires sont personnelles quant à l'*intentio*, et réelles par l'effet de l'*adjudicatio*.

Code Napoléon.

- I. La séparation des patrimoines est un privilège *sui generis*.
- II. Les créanciers du défunt qui ont demandé la séparation des patrimoines et qui n'ont pas été intégralement payés, peuvent, pour ce qui leur reste dû, saisir ce qui reste des biens propres de l'héritier, après l'acquittement de ses dettes personnelles.
- III. Le mineur ne peut se faire restituer des actes pour lesquels la loi n'exige pas certaines formalités particulières, qu'en tant qu'il aurait été lésé.
- IV. Les actes régulièrement faits par le tuteur ou le mineur émancipé sont inattaquables pour cause de lésion.

Droit Criminel.

- I. La loi ne distingue pas les coauteurs des complices.
- II. L'aggravation de la peine contre l'auteur principal, par suite d'une circonstance à lui personnelle, doit être également appliquée au complice.

Droit Administratif.

- I. Les conseils de préfecture sont seuls compétents pour statuer sur les dommages permanents, aussi bien que sur les dommages temporaires, en matière de travaux publics.
- II. L'interprétation d'un acte administratif peut appartenir à l'autorité judiciaire, lorsqu'il s'agit d'une question de propriété.

APPROUVÉ :

Le Doyen de la Faculté de droit,

DELPECH.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER.

Le Recteur de l'Académie de Toulouse, conseiller honoraire
à la cour de cassation.**ROCHER.**

PRÉSIDENT : M. DELPECH.

SUFFRAGANTS : {

MM. DUFOUR.
BRESSOLLES.
DEMANTE.
BEUDANT.

Cette thèse sera publiquement soutenue dans une des salles de la Faculté de droit, le 8 mai 1857, à 2 heures

ERRATA.

- Page 3, ligne 22, au lieu de : ce qui a lieu, LISEZ : *ce qui arrive.*
- 7, — 6, — transcriptio sit, LISEZ : *transcriptio fit.*
- 11, — 22, — ita demum novatio sit, LISEZ : *fit.*
- 27 — 28 deducta in judicium, LISEZ : *deducta in judicio.*
- 38, — 18, — à conclure, par analogie, de la garantie,
LISEZ : *à la garantie.*
- 43, — 4, — il n'en est pas dont l'usage soit plus habituel,
LISEZ : *il n'en est pas, sauf le paiement,
dont l'usage soit plus habituel.*
- 90, — 2, — aucune raison n'empêcherait pas d'accepter,
LISEZ : *n'empêcherait d'accepter.*
- 91, — 32 — de conclure à une extinction de la dette, LISEZ :
à une extinction totale de la dette.