

De la novation... : thèse  
pour le doctorat / par  
Ferdinand-Louis-  
Barthélemy Arnault,... ;  
Faculté de droit de Paris

Arnault, Ferdinand-Louis-Barthélemy (1837-1894). De la novation... : thèse pour le doctorat / par Ferdinand-Louis-Barthélemy Arnault,... ; Faculté de droit de Paris. 1864.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'œuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

\*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

\*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

\*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

\*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter [reutilisation@bnf.fr](mailto:reutilisation@bnf.fr).

446  
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

THÈSE  
POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

PAR

FERDINAND-LOUIS-BARTHÉLEMY ARVAULT

AVOUCÉ A LA COUR IMPÉRIALE

DE LA NOVATION

PARIS

IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET C<sup>e</sup>

RUE RACINE, 26

1864



**FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.**

---

**THÈSE  
POUR LE DOCTORAT**

**DE LA NOVATION**

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

le jeudi 29 décembre 1864, à 10 heures et demie,

EN PRÉSENCE DE M. L'INSPECTEUR GÉNÉRAL CH. GIRAUD,

PAR

**FERDINAND-LOUIS-BARTHÉLEMY ARNAULT,**

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE.

PRÉSIDENT : M. E. COLMET DE SANTERRE, professeur,

SUPFRAGANTS : { MM. PELLAT,  
VALETTE,  
BONNIER,  
BUFNOIR, } Professeurs.  
| Agrégé.

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS  
IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET C<sup>o</sup>,  
RUE RACINE, 26, PRÈS DE L'ODÉON.

1864

23876

5082352



A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE.

A MA MÈRE.

A MON FRÈRE.



# DROIT ROMAIN.

---

## DE NOVATIONIBUS ET DELEGATIONIBUS.

(Lib. 46, t. 2, D.; Lib. 8, t. 42, C.).

« La septième et dernière partie du Digeste, dit  
« Justinien, se compose de six livres, et tout le droit  
« relatif aux stipulations, aux fidéjusseurs, aux man-  
« dants, et aussi aux novations, paiements, accepti-  
« lations, et aux stipulations prétoriennes est renfermé  
« dans deux de ces livres, tandis que sur ces matières  
« les anciens avaient composé d'innombrables vo-  
« lumes (1). » C'est en suivant l'ordre de l'édit per-  
pétuel que l'empereur, après avoir parlé dans le  
livre 44 des exceptions et des actions en général, ar-

(1) Prefat. 2 et 3, D., § 8.

rive dans le livre 45 aux actions qui naissent des stipulations. Celles-ci sont contractées par nous et pour nous, et comme telles remplissent le livre 45, ou par nous, mais pour autrui, si nous nous portons fidéjusseurs; et tel est l'objet du titre 1 du livre 46. Mais pourquoi passer des fidéjusseurs à la novation, au paiement et à l'acceptilation, au lieu d'aller des stipulations conventionnelles aux stipulations prétoriennes? C'est, dit Pothier, parce que la plupart des modes d'extinction dont il est traité dans ces titres, la novation, la délégation, l'acceptilation, s'opèrent le plus souvent par stipulation conventionnelle. « Voilà pourquoi, dit-il, Tribonien traite ici, de suite, des stipulations imaginées pour éteindre les obligations avant de passer aux stipulations prétoriennes (1). »

Ainsi, de même que les Romains avaient réglé avec soin tout ce qui concerne la formation des obligations, de même aussi leur droit déterminait leurs modes d'extinction; et si elles naissent *re, verbis, litteris* et *consensu*, il n'est pas moins exact de dire qu'elles s'éteignent par la remise de la chose, l'exécution dans le paiement, ou la dation en paiement, par paroles dans l'*acceptilatio* et la novation, par l'écriture également dans la novation, enfin par le mutuel consentement dans les quatre contrats parfaits *solo consensu*, tant qu'aucune exécution n'est intervenue, *re nondum secuta*.

Il ne faut pas croire toutefois que l'obligation *re* ou *verbis* ne puisse être anéantie que par le mode corres-

(1) Pothier, *Pand. de nov. pr.*

pondant, et réciproquement que celui-ci soit impuissant à éteindre toute autre obligation. On doit à cet égard distinguer entre les modes généraux, applicables de quelque manière que l'obligation ait été formée, et ceux au contraire qui sont spéciaux, et dont l'effet est borné à des cas particuliers. Ainsi le paiement est, comme la raison l'indique assez, un mode général d'extinction; et la novation, bien qu'elle ait lieu le plus souvent *verbis*, est sur ce point analogue au paiement ou plutôt à la dation en paiement, et sert à éteindre même une obligation née *re*, *litteris* ou *consensu*. Au contraire, l'*acceptilatio* détruit seulement les obligations contractées *verbis*, et non les autres, sauf à nover celles-ci par la stipulation aquilienne; et le mutuel consentement s'applique uniquement aux contrats que la volonté seule et le mutuel consentement ont pu former.

Ainsi, cette observation faite, nous trouvons des causes civiles d'extinction des obligations correspondant aux *causæ civilis obligationis*; et de même qu'à côté des contrats formés suivant le droit civil s'étaient introduits, avec le temps, les pactes prétoriens, comme l'hypothèque, le constitut et les actions y relatives, de même aussi, dans certains cas autres que ceux prévus par le droit civil, le préteur pouvait paralyser l'effet des obligations au moyen d'une exception. On distingue ainsi les modes d'extinction *ipso jure* des modes d'extinction *exceptionis ope*, si toutefois on peut appeler ainsi un moyen destiné plutôt à mettre obstacle à la demande du créancier qu'à détruire son droit

lui-même. Les modes d'extinction proprement dits font disparaître l'action du demandeur ; en sorte que si néanmoins le débiteur est poursuivi, il sera absous en prouvant au juge qu'il existe en sa faveur une cause d'extinction civile. Il y a plus : l'action ne sera même pas délivrée, si le créancier avoue devant le préteur l'existence du fait libératoire invoqué par le défendeur. Mais, à vrai dire, le préteur ne la délivrerait sans doute pas davantage, si le fait qui engendre l'exception était reconnu par le créancier. Si, au contraire, le débiteur a obtenu un pacte de remise, s'il est devenu à son tour créancier du créancier, si celui ci lui a légué sa libération, il n'a pas cessé d'être tenu, puisque ces événements n'ont pas été admis au nombre des modes d'éteindre les obligations ; et, en cas de poursuites par le créancier, le juge, dont le premier devoir est d'appliquer le droit civil, serait forcé de condamner le défendeur, si le préteur ne venait à son secours pour éviter cette sentence légitime, mais contraire à l'équité, *justa, tamen iniqua*. Le débiteur échappe alors à la poursuite *exceptionis ope*.

Mais on voit combien cette manière de procéder diffère de la précédente. L'exception doit être insérée par le préteur dans la formule ; sans quoi le juge n'aura pas égard aux faits allégués par le défendeur, puisque ces faits, fussent-ils exacts, ne sont pas admissibles pour écarter la prétention du demandeur. Soit, au contraire, que le débiteur se fonde, pour être absous, sur une *acceptilatio*, sur le mutuel consentement dans les cas où ils s'appliquent, ou, dans tous

les cas, sur un paiement ou une novation, il n'a besoin de rien faire insérer dans la formule par le prêteur : il fera tomber la demande en démontrant au juge l'existence d'un de ces événements.

La novation, sur laquelle nous allons nous arrêter, est donc un des modes d'extinction *ipso jure*, reconnus par le droit civil, et, comme le paiement, elle s'applique à toute obligation, qu'elle ait été consentie *re, verbis, litteris aut consensu*, qu'elle soit née *contractu aut quasi ex contractu, ex maleficio aut quasi ex maleficio*; toutes obligations peuvent être novées, dit Ulpien (1).

« La novation, disent les docteurs, est la substitution d'une nouvelle obligation à une obligation qui demeure éteinte (2); » c'est-à-dire la constitution, par vertu d'une cause précédente d'une nouvelle obligation, pour que la première soit éteinte. La novation tire en effet son nom du mot *nouveau*, et de la nouvelle obligation (3). D'où il résulte que la novation produit un double effet; comme le transport d'un legs, elle éteint la première obligation, et crée en même temps la seconde.

On distingue généralement deux espèces de novation : l'une dite volontaire, l'autre nécessaire ou judiciaire. La première, œuvre de la volonté des parties, s'opérait ordinairement par stipulation; elle résultait aussi du contrat *litteris*, et, dans un cas particulier,

(1) L. 2, D., De nov.

(2) Toullier, t. 7, n° 270.

(3) L. 1, pr., D., De nov.

de la *dotis dictio*. Nous placerons à part ce qui concerne ces deux derniers modes de novation, et jusqu'alors nous la supposerons faite par stipulation. L'autre était un effet de la *litis contestatio* dans le *judicium legitimum*, et aussi de la sentence, qui faisait à son tour disparaître la *litis contestatio*.

Notre sujet se trouve donc naturellement divisé en deux parties correspondant chacune à l'une des deux espèces de novation.

## PREMIÈRE PARTIE.

### SECTION PREMIÈRE.

#### DE LA NOVATION VOLONTAIRE PAR STIPULATION.

La novation volontaire, qui sera l'objet principal de ce travail, s'opère de trois manières : 1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette, qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte; c'est la novation proprement dite, et les personnes restent les mêmes. 2° Lorsque le créancier reçoit un nouveau débiteur au lieu et place de l'ancien sans le concours de celui-ci; c'est l'*expromissio*, il y a changement de débiteur, et le nouveau s'appelle *expromissor*. 3° Lorsque le créancier reçoit un nouveau débiteur offert par l'ancien; c'est la délégation, il y a changement de débiteur, si l'on considère le créancier; mais, si, comme il arrive presque toujours, le nouveau débiteur est, lui aussi, débiteur de l'ancien, il y a, quant à ce qui le concerne, novation par changement de créancier, puisqu'il s'oblige envers le créancier de son créancier.

La novation volontaire se subdivise donc en trois chapitres distincts ; mais en traitant dans le premier de la novation proprement dite, nous exposerons les principes généraux, et nous ne laisserons pour les deux suivants que ce que l'*expromissio* et la délégation offrent de particulier.

## CHAPITRE PREMIER.

### DE LA NOVATION PROPREMENT DITE.

La novation proprement dite, écrivions-nous tout à l'heure, est celle dans laquelle le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle obligation pour la substituer à l'ancienne. Avant d'étudier les effets de cette opération, nous devons donc savoir quelle obligation peut être ainsi novée, et quelle peut la nover, et comment il faut s'y prendre pour que la nouvelle remplace l'ancienne, enfin quelles sont en cette matière les conditions de capacité des parties. Ce sera l'objet d'autant de paragraphes.

#### § 1<sup>er</sup>. *De l'obligation à nover, et de celle qui nove.*

Ulpien nous donne la règle en ce qui touche ces deux obligations : « Peu importe, dit-il, la qualité  
« de la première obligation ; qu'elle soit naturelle,  
« civile ou honoraire, contractée *verbis, re* ou *consensu*,  
« quelle que soit cette première obligation, elle peut

« être novée par une stipulation, pourvu cependant  
« que la seconde obligation tienne civilement ou na-  
« turellement, par exemple si un pupille a promis  
« *sine tutoris auctoritate* (1). »

Ainsi toute obligation peut être novée, qu'elle soit civile, prétorienne ou naturelle. Celle-ci, il est vrai, n'est pas sanctionnée par une action, mais elle produit tous les autres effets de l'obligation civile; et, par exemple, elle peut être valablement payée, et dès lors novée, puisque, dit Venuleius, la novation est analogue au paiement (2). Bien plus, le débiteur doit toujours être tenu d'un lien naturel pour la validité de la novation; car s'il était obligé civilement, mais protégé par une exception perpétuelle, on ne pourrait plus novier malgré l'existence du lien civil.

Le texte ci-dessus reproduit suppose une obligation pure et simple; mais l'existence d'un terme ou d'une condition ne met pas obstacle à la novation. Seulement nous trouvons ici la différence ordinaire entre ces deux modalités :

Si l'obligation est à terme, la novation même faite avant l'échéance se produit aussitôt, puisqu'il est certain que le terme arrivera un jour (3). Et l'on ne doit pas dire qu'il est reporté sur la nouvelle obligation; car, dans une stipulation, on doit peser les mots employés, et ne pas supposer facilement une modalité qui

(1) L. 1, § 1, D., *De nov.*

(2) L. 51, § 1, D., *De nov.*

(3) L. 8, § 1, D., *De nov.*

ne serait pas expressément énoncée (1). Celle des parties en faveur de laquelle le terme était établi y renonce en consentant à la novation, sans doute à raison de quelque avantage, ou par esprit de libéralité.

Si l'obligation est conditionnelle, la novation ne se produit pas aussitôt, bien que la nouvelle obligation soit pure et simple. Il faut attendre l'arrivée de la condition; alors la première obligation prend naissance, *committitur stipulatio*, pour être éteinte aussitôt par la nouvelle qui la remplace. « Et si par hasard le « promettant avait été déporté avant l'arrivée de la « condition, Marcellus écrit qu'aucune novation ne « pourrait se produire quand même la condition se « réaliserait; car à ce moment il n'y aurait plus une « personne qui pût être obligée (2). » Il faut, en effet, la présence d'un débiteur capable d'être obligé pour que la première obligation soit créée et que la seconde lui soit substituée; et le déporté, qui a subi la *media capitis deminutio*, ne peut être tenu ni civilement ni même naturellement, puisque le fisc lui succède et qu'il est dépouillé de ses biens. C'est au fisc à ne prendre l'actif que déduction faite des dettes, mais la personne du déporté est dégagée, et le créancier a désormais un débiteur tenu de l'ancienne obligation et seulement *intra vires bonorum*. Il en est autrement dans le cas de la *minima capitis deminutio*; car si, par exemple, il y a émancipation ou adrogation, les biens restent à l'émancipé ou passent à l'adrogeant; ils ne

(1) L. 126, § 2, D., *De verb. oblig.* (45, 1).

(2) L. 11, § 1, D., *De noc.*

vont pas à une personne étrangère. C'est donc avec raison que le prêteur promet dans l'édit l'action aux créanciers de celui qui éprouve la *minima capitis deminutio*, comme si cet événement n'avait pas eu lieu (1).

Si l'objet avait péri sans la faute du débiteur au moment de l'arrivée de la condition, la décision serait la même que lorsque la personne a péri ; et la première obligation ne pouvant pas naître faute d'objet, le débiteur serait libéré.

Tels sont les principes qui résultent des textes quand l'obligation à nover est conditionnelle. Mais on peut se demander quelle utilité trouvent les parties dans le nouveau contrat. Qu'on prenne, par exemple, l'espèce d'Ulpie. dans le § 1 de la loi 14, D., *De nov.* : *Si, quod sub conditione debetur, pure quis novandi causa stipuletur; nec nunc quidem statim novat... sed tunc novabit cum exstiterit conditio.* Si un créancier, dans l'intention de nover, stipule purement et simplement la chose qui lui est due sous condition, il ne nove pas aussitôt, mais il novera seulement quand la condition sera réalisée. Puisque la même chose est stipulée de la même personne, et que la seconde stipulation est soumise à la même condition que la première, on ne voit pas ce qu'il y a de changé dans la position respective des parties. Ulpien semble prévoir l'objection quand il dit : *Licet pura stipulatio aliquid egisse videatur* ; mais il ne prend pas le soin de nous dire quel est l'effet que cette *pura stipulatio* paraît produire.

(1) L. 1, pr., D., *De cap. min.* (1, 5).

Si la stipulation n'était pas un contrat *stricti juris*, si l'on pouvait tenir compte de la volonté présumée des parties, il faudrait dire, croyons-nous, pour trouver une utilité à une pareille novation intervenue pour le même objet entre les mêmes parties, que le débiteur en s'obligeant à nouveau a fait remise au créancier des chances de la non-arrivée de la condition ; et cette remise pourrait s'expliquer soit par une intention de donner, soit par quelque avantage inconnu procuré au débiteur par le créancier. Alors la nouvelle obligation serait définitive, et vraiment pure et simple au lieu d'être en réalité conditionnelle, et l'on s'expliquerait le nouveau contrat.

Cependant, même en suivant les principes, il y aurait utilité à cette novation dans le cas où l'ancienne obligation serait naturelle et conditionnelle tout à la fois ; le créancier aurait l'avantage d'y substituer une obligation civile. Réciproquement le débiteur serait favorisé, si à une obligation civile et conditionnelle était substituée une obligation naturelle soumise à la même condition. En outre, s'il y avait *duo rei promittendi*, ou *duo rei stipulandi* dans l'ancienne obligation, la nouvelle opérerait un changement notable en ne laissant plus subsister que l'un des débiteurs ou l'un des créanciers.

Enfin on peut nover par avance une obligation pour le cas où elle existera ; par exemple, si l'on stipule ainsi de Seius : Promettez-vous de donner ce que je stipulerai de Titius ? Celsus dit qu'il y a novation si l'intention des parties a bien été que Seius doive ce

qu'aura promis Titius; car, au même moment, la condition de la première stipulation se réalisera, et la novation sera opérée (1).

Revenons maintenant au texte d'Ulpien placé en tête de ce paragraphe pour nous occuper de la seconde obligation. Quelle que soit la première, la nouvelle peut être civile ou naturelle. Telle est la règle; et aussitôt Ulpien donne un exemple: Si un pupille a promis *sine tutoris auctoritate*. Il s'agit bien entendu d'un pupille qui n'est plus *infans*; *infans non multum a furioso distat*, et il ne peut figurer dans une stipulation. Mais c'est une question des plus controversées en droit romain que celle de savoir si la promesse du pupille *sine tutoris auctoritate* produit même une obligation naturelle. A cet égard, on trouve au Digeste les décisions les plus divergentes et les plus contradictoires; certains textes admettent l'obligation naturelle (2), d'autres la dénie au contraire (3).

Cujas, essayant de concilier ces textes (4), avoue qu'ils lui ont donné bien de la peine, et qu'il a un moment désespéré. Mais il est toutefois certain pour lui, *liquido constat*, qu'il faut supposer le pupille enrichi, *locupletior factus*, pour qu'il soit obligé naturellement, et les textes qui n'admettent pas cette obligation se

(1) L. 8, § 2, D., *De nov.*

(2) L. 1, § 1, D., *De nov.*; L. 95, § 2, D., *De sol.* (46, 3); L. 3, § 4, D., *De neg. gest.* (3, 5); L. 127, D., *De verb. oblig.* (45, 1), etc.

(3) L. 41, D., *De cond. indeb.* (12, 6); L. 13, § 1, l. 11, D., *h. t.*; L. 59, D., *De obl. et act.* (44, 7).

(4) Ad. Papin, *Ad l. g. 95, § 2, D., De solut.*

placent dans un cas où le pupille ne s'était pas enrichi. Mais, dans la loi 25, § 1, D., *Quando dies legat.* (36, 2), à l'occasion de laquelle Cujas propose pour la seconde fois sa conciliation, Papinien parle justement d'un pupille qui a reçu une somme d'argent et ne s'est pas enrichi, *nec locupletior factus est*; et pour lui cependant, le pupille est obligé naturellement. A quoi Cujas répond qu'il faut retrancher de ce texte la particule négative *nec*, parce qu'elle manque dans la Florentine; en sorte que la décision de Papinien, de contraire qu'elle était, devient favorable à la conciliation puisqu'elle suppose le pupille enrichi. Mais s'il en est ainsi, si le pupille est supposé enrichi, ce n'est pas naturellement, c'est civilement qu'il sera obligé depuis une constitution d'Antonin le Pieux (1), et la question que se pose Papinien sera sans objet; car il s'agit de savoir ce qui arrivera du legs d'une créance contre un pupille obligé *sine tutoris auctoritate*, et notamment si les héritiers du légataire pourront recueillir le legs dans le cas où le pupille obligé naturellement se déciderait à payer après la mort de ce légataire. S'il y a obligation civile, il n'y a rien à examiner, et l'on a un simple legs de créance. Aussi Cujas pense-t-il que Papinien dans ce texte, et Scévola dans un autre (2), se reportent au droit antérieur à la constitution d'Antonin le Pieux; et, ajoute-t-il, ce fut toujours, au rapport de Pline, un des soins

(1) L. 1, D., *De auct., et cons. tut.* (26, 8).

(2) L. 127, D., *De verb. oblig.* (15, 1). V. aussi le même Papinien, L. 99, § 2, D., *De sol.* (16, 5).

d'Aristote, et l'on y trouve l'occasion de belles discussions et d'exercices fructueux.

« C'est mal à propos, dit M. du Caurroy (1), que  
« Cujas restreint l'obligation naturelle du pupille non  
« autorisé au cas où ce dernier serait *locupletior factus*;  
« il faut distinguer entre les effets dont l'obligation  
« est susceptible, soit contre le pupille même,  
« soit contre toutes autres personnes; relativement à  
« ces dernières, il est indifférent que le pupille soit  
« ou ne soit pas *locupletior*. » Voici donc une autre  
explication. Si le pupille s'est enrichi, il est, d'après  
Antonin le Pieux, soumis à une action, et ne peut répéter  
ce qu'il aurait payé; le tout, *quatenus locupletior factus est*;  
s'il ne s'est pas enrichi, il n'est pas même obligé  
naturellement; la répétition de ce qu'il aurait payé  
lui est accordée, mais à l'égard de toute autre  
personne, il existe une obligation naturelle, laquelle,  
nous dit Ulpien, suffit pour opérer une novation qui,  
sans atteindre le pupille, nuit au stipulant. Malheureusement,  
outre la singularité d'une pareille obligation, Paul, dans  
la loi 21, *ad legem Falcidiam*, D. (35. 2), fait produire à  
l'obligation naturelle du pupille effet contre le pupille  
lui-même. On a légué à un pupille à condition qu'il  
rendrait à l'héritier la somme de 10 que lui avait prêtée  
le testateur *sine tutoris auctoritate*. Par le paiement,  
*una numeratione*, le pupille accomplit la condition  
du legs et se libère de son obligation

(1) *Institutes*, t. 2, n° 1116, note 1. Cette conciliation paraît déjà proposée par Pothier, d'après Schulting. Pothier, *Pand. in nov. ord. Ad. lib. 22*, t. 1, *De usur. et fruct.*, n° 60, note 1.

naturelle, et il y a si bien paiement qu'en répudiant le legs, ou si l'esclave légué venait à mourir, le pupille n'aurait pas droit à répétition ; et il y aurait droit cependant si l'obligation naturelle ne produisait pas d'effet contre lui. Cette seconde conciliation est ainsi détruite à moins qu'on ne dise que le pupille avait fait bon emploi de cette somme, et s'était enrichi ; mais alors il serait tenu civilement d'après Antonin le Pieux, et Paul ne qualifierait pas son obligation de naturelle, et n'aurait pas à se demander si, en répudiant le legs, le pupille pourra répéter. Il est vrai que Paul a peut-être, lui aussi, écrit en contemplation du droit ancien comme Papinien tout à l'heure, et pour imiter Ariston.

Il y a donc divergence entre les jurisconsultes, et ceux qui admettaient l'obligation naturelle du pupille non enrichi le faisaient sans doute à cause de la constitution d'Antonin le Pieux. Il leur semblait logique que le pupille, tenu civilement lorsqu'il s'est enrichi, fût obligé naturellement dans le cas contraire, et ce progrès aurait été, ce semble, bien rapide ; car Gaius (1), qui écrivait, pense-t-on, ses Institutes sous Marc-Aurèle, admet, comme plus tard Ulpien, la novation par un pupille non autorisé. Mais on s'aperçoit bien vite que Gaius ne recherche pas si la promesse du pupille produit ou non obligation naturelle. Pour lui, si nous ne nous trompons, les deux effets de la novation, effet extinctif, effet productif d'une obligation, ne sont

(1) Inst., comm. 3, § 176.

pas liés l'un à l'autre, ne sont pas la condition l'un de l'autre. L'intention des parties, semble-t-il penser, est de détruire la première obligation sans s'inquiéter de la seconde, et ensuite de créer cette seconde. Mais ces deux buts parfaitement distincts sont remplis dans la pratique par une simple stipulation faite *animo novandi*; et pourvu que cette stipulation soit matériellement valable, émane de personnes capables d'en prononcer les paroles, il y aura novation, bien que la seconde obligation ne soit pas née, parce que les paroles, quoique valablement prononcées, l'ont été par des personnes incapables de s'obliger, ou de façon qu'elles ne pussent être obligées dans l'espèce. Traduisons en effet le paragraphe de Gaius : « En outre  
« l'obligation s'éteint par novation, comme si ce que  
« vous me devez, je l'ai stipulé de Titius; car, par  
« l'intervention d'une nouvelle personne, il naît une  
« nouvelle obligation, et la première est dissoute et  
« transportée dans la seconde, tellement que, quel-  
« quefois, bien que la seconde stipulation soit inutile,  
« la première cependant sera éteinte par novation;  
« par exemple, si je stipule ce que vous me devez de  
« Titius pour après sa mort, ou si j'ai stipulé d'une  
« femme ou d'un pupille sans l'autorisation du tuteur,  
« dans ces cas je perds ma chose, car mon premier  
« débiteur est libéré, et la seconde obligation est  
« nulle. Il n'en est pas ainsi lorsque j'ai stipulé d'un  
« esclave, car dans ce cas mon débiteur reste tenu  
« comme si je n'avais stipulé ensuite de personne. »  
Ainsi Gaius dit formellement qu'une stipulation inu-

tile peut nover, et il cite pour exemple le cas où une personne aurait nové par une promesse *post mortem suam*; or cette personne n'est obligée ni civilement ni naturellement; ses paroles *post mortem meam spondeo*, protestent assez de son intention à cet égard. Ses héritiers ne le sont pas davantage; car nos contrats ne les obligent que comme ils nous ont obligés, et ils ne sont tenus que comme continuant la personne du défunt, et pas à un autre titre; donc eux aussi ne sont, par une semblable stipulation, obligés ni civilement ni naturellement, et c'est avec raison que Gaius la déclare nulle, *nulla*, et qu'il ajoute *quo casu rem amitto*, manière de parler qui serait presque inexacte s'il restait une obligation naturelle; car Ulpien, parlant de la novation par une de ces obligations, ne dit pas qu'elles sont nulles et que le créancier perd son droit. Gaius assimile ensuite à ce cas celui de la femme et du pupille non autorisés; pour lui, peut-être, ils ne sont pas même tenus naturellement, ou du moins il ne le recherche pas ici, car c'est indifférent à sa décision. Mais notre proposition nous semble démontrée: à savoir qu'il ne considère pas les deux effets de la novation comme la condition l'un de l'autre. Suivant lui, avons-nous dit, la stipulation, même inutile, nove pourvu que les paroles qui la composent aient été prononcées par des personnes capables de prononcer celles d'une stipulation en général: et ce qui le prouve encore, c'est la fin même du paragraphe. Si un esclave et non plus un pupille avait promis, il n'y aurait pas novation, et le créancier conserverait son ancien droit.

Pourquoi cette différence? C'est encore Gaius qui nous fournit la réponse (1). Servius Sulpicius avait pensé que la promesse de l'esclave reçue *animo novandi* suffisait à éteindre l'ancienne obligation. Mais cet avis n'a pas prévalu, et il n'y a pas plus de novation que si j'avais stipulé en employant le verbe *spondeo*? d'un pérégrin qui ne peut pas user de cette formule, ou, dit Gaius, que si je n'avais stipulé de personne : *ac si postea a nullo stipulatus fuisset* (2). Ainsi la promesse de l'esclave ne nove pas parce qu'il n'en résulte pas de stipulation utile ou inutile, parce que le créancier qui l'a reçue n'a pas rencontré d'interlocuteur, suivant l'expression de M. Machelard (3).

Pour tirer du paragraphe de Gaius cette idée que les deux effets de la novation sont à ses yeux distincts l'un de l'autre, nous avons commencé par dire que la promesse *post mortem suam* ne produit pas même une obligation naturelle. A cet égard, nous devons faire observer que M. le professeur Machelard tire justement de cet exemple cité par Gaius la conséquence que la promesse *post mortem suam* engendre une obligation naturelle; « car, dit-il, s'il y avait eu absence  
• même d'obligation naturelle, le second élément,  
• indispensable pour toute novation, la dette qui doit  
• se substituer à l'ancienne aurait fait complètement  
• défaut, et, par suite, l'idée d'une novation aurait  
• été inacceptable (4). » Nous n'avons pas besoin de

(1) Comm. 3, § 179.

(2) Comm. 3, § 176.

(3) Des obligations naturelles en droit romain, p. 137.

(4) *Op. cit.*, p. 86.

faire remarquer qu'au point de vue particulier où nous nous sommes placé, ce raisonnement est une véritable pétition de principe, puisque, pour nous, la novation a lieu, d'après Gaius, quand bien même la nouvelle stipulation ne produirait ni obligation civile ni obligation naturelle. Du reste, fût-il prouvé directement et *aliunde* que la promesse *post mortem suam* oblige naturellement, nous n'abandonnerions pas notre manière de voir sur le paragraphe de Gaius. Il nous paraît impossible, à raison des effets nombreux de l'obligation naturelle à Rome, qu'un jurisconsulte, supposant une de ces obligations, ait qualifié la stipulation qui l'a produite d'*inutilis*, cette obligation elle-même de *nulla*, et qu'il ait dit du créancier : *quo casu rem amittit*. Remarquons, en outre, les exemples que donne Gaius de cas où la stipulation postérieure ne nove pas ; sont-ce des cas de stipulations que nous appellerions nulles, inutiles ? De stipulations sous des conditions impossibles, illicites, ne produisant dès lors aucune espèce d'obligation civile ou naturelle ? Non, certainement ; car, par de tels exemples, Gaius se mettrait en contradiction avec lui-même, puisqu'il admet la novation dès que la nouvelle stipulation faite *animo novandi* existe matériellement. Aussi donne-t-il pour exemples trois cas où la stipulation n'a pas existé matériellement. Dans les deux premiers, la nouvelle promesse est celle d'un pérégrin par la formule *spondeo*, ou d'un esclave ; dans le troisième, la nouvelle promesse était conditionnelle, la novation également, et la condition est venue à défaillir, ce qui a fait disparaître entièrement la se-

conde stipulation; et cependant, comme en fait, sinon en droit, cette stipulation a existé matériellement, Gaius hésite à admettre, dans ce troisième cas, son inefficacité absolue, et il voudrait, du moins, lui faire produire l'exception *pacti conventi*.

Enfin, si cet argument ne suffisait pas à établir notre manière de voir, nous ferions observer que cette façon d'agir est bien dans les traditions et les habitudes de l'école sabinienne, que Gaius suit avec tant de condescendance. Les sabinienens aimaient à décomposer ainsi l'intention des parties, à ne pas rendre deux intentions, devant produire chacune un résultat, la condition l'une de l'autre, en sorte que l'un des résultats ne pouvant se produire, l'autre dût ne pas se produire. Quelquefois on avait admis ce procédé, d'autres fois on l'avait repoussé (1).

En ce qui touche la novation, cette décomposition de l'intention n'avait certainement pas été admise, et Ulpien nous présente ses deux effets comme la condition l'un de l'autre quand il dit : *Dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter* (2); et la première obligation ne disparaît que si elle est, au même moment, remplacée par une autre. Mais il n'était pas inutile de mettre en lumière le véritable sens du paragraphe de Gaius, d'abord pour montrer que les rédacteurs des Institutes de Justinien ont eu tort de le

(1) V. Gaius, comm. 2, §§ 55 et 56; Ulp. reg. 19, 14; Just. inst., L. 2, t. 7, § 4; Pomponius, l. 66, D., *De jure dot.* (23, 3); Inst., L. 2, t. 4, § 5.

(2) L. 1, § 1, D., *De nov.*

copier servilement sans s'apercevoir qu'il ne reproduisait pas la théorie régnante, ensuite parce que cette opinion de Gaius a été reprise de nos jours à propos d'une question que nous aurons à examiner en droit français.

Revenons à la seconde obligation; elle peut, et elle doit être civile ou naturelle pour opérer novation, avons-nous dit. Comment se fait-il alors que la promesse de l'esclave n'emporte pas novation? Est-ce que, si elle ne vaut pas pour former une stipulation, elle n'a pas du moins la force d'un simple pacte, la force de produire une obligation naturelle? Sans doute, la promesse de l'esclave produit une obligation naturelle (1), mais il ne peut cependant se porter *expromissor* en vue de libérer quelqu'un par novation, bien que Servius Sulpicius l'eût admis, parce que sa promesse ne vaut pas à titre d'obligation *verbis*. En effet, le droit civil n'admet pas que l'esclave figure dans une stipulation autrement que *ex persona domini*, et il ne peut même compromettre les intérêts de son maître par une *expromissio*. Au contraire, le droit naturel pour lequel tous les hommes sont égaux (2) voit dans la stipulation une convention qui produit une obligation naturelle; mais cette obligation naît d'un simple pacte et non d'un contrat; il lui manque la *causa civilis obligationis*, sans laquelle la novation d'une obligation civile est impossible; car ce qu'a créé le droit civil, le droit civil peut seul le

(1) L. 14, D., *De obl. et act.* (44, 7).

(2) L. 32, D., *De reg. jur.* (50, 17).

détruire. Aussi Ulpien, après avoir dit d'une manière générale qu'une obligation naturelle peut nover une obligation civile, donne-t-il pour exemple la promesse d'un pupille *sine tutoris auctoritate*. Ici la stipulation a eu lieu, le contrat *verbis* s'est formé quoique le résultat ne soit que la formation d'une obligation naturelle. Ainsi le principe posé par Ulpien doit se restreindre aux obligations naturelles auxquelles ne fait pas défaut la *causa civilis obligationis*. Nous retrouverons du reste ce point en parlant du constitut, et nous examinerons la question de savoir si l'obligation née d'un simple pacte ne peut pas éteindre l'ancienne, au moins *exceptionis ope* (1).

La nouvelle obligation peut non-seulement être civile ou naturelle, mais encore à terme ou sans condition.

« Il est certain que la novation peut résulter d'une stipulation à terme ; mais on ne peut agir avant l'échéance du terme en vertu de cette stipulation (2). » La novation est immédiate, car il est sûr que le terme arrivera.

Au contraire, « toutes les fois qu'une chose due purement et simplement est promise sous condition, dans le but de nover, la novation n'a pas lieu aussitôt, mais seulement lorsque la condition sera réalisée (3). » Voilà bien encore l'application de ce principe : que la novation est une opération double,

(1) V. M. Machelard, *op. cit.*, p. 156 à 175.

(2) L. 5, D., *De nov.*

(3) L. 14, pr. D., *De nov.*

extinctive d'une part, de l'autre créatrice d'une obligation. Mais alors quel résultat les parties ont-elles voulu atteindre? Si, devant à Titius une somme d'argent, je nove mon obligation par une promesse conditionnelle de la même somme, il arrivera que la condition se réalisera ou viendra à défaillir. Si elle se réalise, je devrai la somme à cause de la seconde stipulation; sinon, la novation n'aura pas eu lieu, et je devrai la somme à cause de la première stipulation. Le changement se réduit donc à peu de chose: d'une obligation pure et simple, nous avons fait une obligation à terme incertain; car c'est l'arrivée ou la défaillance de la condition qui fixera le moment où le créancier pourra agir; ou bien encore nous avons à une obligation naturelle substitué une obligation civile et conditionnelle ou réciproquement; enfin nous pouvons avoir écarté conditionnellement des *correi stipulandi aut promittendi*. Il serait, ce semble, plus conforme à l'intention des parties d'admettre que le créancier aliène sa première créance moyennant la chance de la seconde, et cet avantage conféré au débiteur serait une libéralité ou s'expliquerait par quelque compensation venue de ce dernier. Du reste, Servius Sulpicius pensait que la novation dans ce cas était immédiate, et que, si la condition venait à défaillir, le créancier ne pouvait agir en vertu d'aucune des deux stipulations, et perdait son droit. Cela vient de ce qu'il n'envisageait pas, comme nous l'avons montré plus haut, les deux effets de la novation comme dépendant l'un de l'autre; et il allait si loin

dans cette voie qu'en conséquence de cette division il admettait que la promesse d'un esclave, *non ex persona domini*, pouvait opérer novation. Mais Gaius réfute sur ces deux points Servius Sulpicius par cette même raison qu'il n'y a pas dans ce cas plus de novation que si j'avais stipulé, par la formule *spondes*, la chose que vous me devez d'un pérégrin *cum quo sponsionis communio non est*. Cela se comprend pour l'esclave qui ne peut, en répondant de son propre chef, donner à une convention la forme extérieure d'une stipulation; mais, dans le cas d'une stipulation conditionnelle, la forme extérieure ne fait pas défaut, et la logique aurait dû conduire Gaius à admettre l'opinion de Servius Sulpicius sur le premier point, puisqu'il admet la novation lorsque Titius promet *post mortem suam*; à moins de dire que la stipulation conditionnelle disparaît matériellement par l'effet rétroactif de la condition non accomplie. Quoi qu'il en soit, Gaius se demande si, du moins, il n'est pas juste, au cas où la condition viendrait à défaillir, d'accorder au débiteur une *exceptio doli mali aut pacti conventi*, de façon à considérer le créancier comme ayant le droit d'agir au seul cas où la condition de la seconde stipulation se réaliserait; et, sans se prononcer bien explicitement, il paraît accorder l'exception (1). Cependant il se décide contre elle dans son commentaire *ad Edictum provinciale*; et magis est, dit-il, *exceptionem non esse opponendam* (2). Il est vrai que

(1) Comm. 3, § 179.

(2) L. 50, § 2, D., De pactis (2, 14).

l'espèce n'est pas tout à fait la même; car, dans les Institutes, c'est le même débiteur qui promet la même chose sous condition, au lieu qu'au Digeste, c'est un autre que le débiteur Titius; c'est un cas de novation par changement de débiteur. Il semble qu'on pourrait ainsi mettre d'accord Gaius avec lui-même; mais il faudrait trouver la raison de décider autrement dans ce dernier cas, et il nous paraît, au contraire, qu'il y avait lieu d'accorder *a fortiori* l'exception; car, si l'on a quelque peine à comprendre l'idée du créancier qui aliène définitivement la promesse pure et simple d'une chose contre une promesse conditionnelle de la même chose par la même personne, on s'explique très-bien, au contraire, comment le créancier de Titius insolvable le libère sans recours moyennant l'obligation, même sous condition, d'un homme riche et en mesure de payer, le cas échéant. Aussi faut-il penser, croyons-nous, que Gaius, porté timidement vers l'exception à cause de ses idées particulières sur la novation, aura été plus tard entraîné par l'opinion contraire, et aura cédé en disant : *magis est exceptionem non esse opponendam*; et cela ne fait même plus question au temps d'Ulpien (1).

Ainsi, quand la nouvelle obligation est conditionnelle, la novation reste en suspens jusqu'à l'arrivée de la condition; mais il faut aussi qu'à ce moment la

(1) Cependant la différence des espèces prévues par Gaius pourrait expliquer la différence des décisions, par cette considération qu'en droit romain il n'était pas plus permis de procurer à un autre le bénéfice d'une exception que celui d'une action. Nous reviendrons sur ce point en parlant du constitut.

seconde obligation puisse naître, ce qui n'aura pas lieu si l'objet vient à périr sans la faute du débiteur (1), ou si celui-ci n'est plus capable d'être obligé par suite de la *maxima* ou de la *media captis diminutio* encourue par lui (2). En effet, la novation ne peut résulter, d'après le principe qui a triomphé, d'une stipulation complètement improductive, *quæ non committitur*. Mais Pomponius (3) nous avertit que la mort du débiteur survenue *pendente conditione* ne met pas obstacle à la novation, quand bien même la condition se réaliserait avant l'adition d'hérédité; « car par la mort du promettant, la stipulation n'est pas éteinte, mais elle passe à l'héritier dont l'hérédité jacente représente la personne : *hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem cujus personam interim hereditas sustinet.* »

En principe, l'hérédité jacente représente la personne du défunt et non pas celle de l'héritier; c'est ce qui est établi par beaucoup de textes (4). Pomponius aurait-il eu une opinion particulière en disant qu'elle représente la personne de l'héritier futur? Cela n'est pas probable, et il faut, pense-t-on, lire avant le mot *cujus* de la dernière phrase le mot *ejus*; ce qui donne le sens suivant : elle passe à l'héritier de celui dont l'hérédité jacente représente la personne; ce qui est conforme à la doctrine générale. Mais la loi 54,

(1) L. 14, pr., D., *De nov.*

(2) L. 14, § 1, D., *De nov.*

(3) L. 24, D., *De nov.*

(4) Inst., l. 2, t. 14, § 2; L. 2, t. 17, pr. — L. 51, § 1, D., *De her. inst.* (28, 5); L. 116, D., *De leg. 1<sup>o</sup>* (30).

*De acquirenda vel omittenda hereditate* (D., 29, 2), empruntée aux Institutes de Florentinus, est ainsi conçue: *Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto videtur*. Puisque l'adition a un effet rétroactif, c'est que l'hérédité représentait la personne de l'héritier futur. C'est là sans doute une décision admise dans un cas spécial; car la règle n'était pas sans exception, puisque les Institutes disent: *Hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet* (1). Si, en effet, l'esclave d'une hérédité jacente avait stipulé au nom de l'héritier futur, *heredi futuro*, la stipulation aurait été inutile d'après ce principe. Aussi avait-on décidé, pour la rendre valable, que l'héritier serait censé avoir succédé au défunt, non au moment de l'adition, mais à celui de la mort; de sorte que l'esclave avait l'héritier pour maître au moment du contrat, et avait pu acquérir pour lui. C'est à ce cas que Florentinus faisait probablement allusion dans le passage de ses Institutes qui forme la loi 54; mais ce qui prouve qu'il n'avait pas sur ce point une opinion particulière, c'est que dans un autre passage de ses Institutes également rapporté au Digeste, il dit: *Hereditas personæ defuncti qui eam reliquit vice fungitur* (2).

Nous lisons dans les Institutes de Gaius (3): « Mais, « si c'est la même personne de laquelle je stipule « dans la suite, il y a novation seulement si quelque

(1) L. 5, l. 17, pr.

(2) L. 116, § 3, D., *De leg. 1<sup>o</sup>* (50).

(3) *Comm. 3*, § 177.

« chose de nouveau se trouve dans la seconde stipulation, si, par exemple, une condition ou un terme, ou un *sponsor* sont ajoutés ou retranchés. »

Est-il vrai que les parties aient besoin d'ajouter *aliquid novi* à la première obligation pour que la seconde la nove? Cujas (1), s'appuyant sur ce paragraphe, déclare que si la seconde stipulation reproduit exactement la première, *animo novandi*, elle sera inutile. Il nous semble, au contraire, que, si les parties ont l'intention de nover, la seconde stipulation, quelle qu'elle soit, aura toujours la force d'éteindre la première. D'ailleurs, si l'on admet la nécessité d'une chose nouvelle, s'il faut plus que les deux stipulations et l'*animus novandi*, où doit se trouver cette chose nouvelle? Gaius répond : *in posteriore stipulatione*; il faut donc la chercher dans la stipulation, dans les paroles prononcées. Quand aux exemples cités par lui, du terme, de la condition, on aura ajouté le changement d'objet et de personnes, on sera bien près d'avoir tout prévu. Alors, tout ce que nous avons dit d'une obligation civile novée par une obligation naturelle, ou réciproquement entre les mêmes parties, n'était pas exact : car il n'y avait rien de nouveau *in stipulatione*; alors aussi il n'est pas permis de remplacer une ancienne stipulation dont les preuves sont faibles par une nouvelle qui sera facile à établir, et le débiteur sera exposé à payer deux fois si l'on ne reconnaît

(1) *Ad cod. hoc. tit. de nov.* (8, 42). Nous ne voulons pas dire que Cujas ait eu sous les yeux le texte de Gaius; il avait celui de Justinien, qui a copié dans ses Institutes ce passage de Gaius.

pas l'*animus novandi*, et le créancier à ne pas être payé du tout si on le reconnaît, puisque, selon Cujas, la seconde stipulation est inutile, et que nous supposons les preuves de la première détruites, par la mort des témoins, par exemple ! De pareilles solutions sont inadmissibles. En outre, si la novation ne pouvait se faire sans cette chose nouvelle, comment se ferait-il qu'aucun texte du Digeste ne reproduisit cette exigence, et qu'il y fût toujours dit qu'il y a novation par une stipulation valable faite avec intention de nover, sans aucune mention d'une autre condition non moins indispensable ? Comment, surtout, nous expliquerions-nous que les jurisconsultes ne fassent jamais aucune attention au changement d'objet, et, quand ils le prévoient, s'y montrent tout à fait indifférents, et se mettent à rechercher l'*animus novandi* ? Julien nous dit : *Qui decem, deinde quinque stipulatus, nihil agit*. En effet, la seconde stipulation est comprise dans la première ; si cependant la seconde est faite *animo novandi*, la première sera éteinte et remplacée par elle (1) ; fait-il remarquer que la nouvelle chose c'est l'objet qui est changé ? Nullement ; il n'en induit pas seulement l'*animus novandi* ! il le recherche ailleurs, ou plutôt il le suppose. De même, Papinien (2), prévoyant que le débiteur d'un fonds en promet l'estimation, se préoccupe de savoir s'il y a eu ou non intention de nover, sans rattacher cette considération au changement d'objet ; de sorte qu'on peut dire que les Romains

(1) L. 56, § 7, D., *De verb. oblig.* (45, 1).

(2) L. 28, D., *De nov.*

n'ont jamais examiné spécialement le changement d'objet dans la novation, évidemment parce que la chose nouvelle n'était pas nécessaire pour y arriver.

Ainsi, cette proposition de Gaius est beaucoup trop générale. Elle est même fausse si on la prend à la lettre et si l'on veut en tirer une règle dominant la volonté des parties; mais elle est juste la plupart du temps au point de vue pratique, car les Romains devaient user de la novation, non par caprice, mais quand ils avaient besoin de changer quelque chose à la stipulation; en sorte que l'observation de Gaius peut servir dans la recherche de l'intention des parties, mais non pas prévaloir contre elle.

Revenons aux exemples fournis par Gaius. Nous avons déjà parlé du terme et de la condition. A leur égard, nous observerons seulement que, pour les ajouter ou retrancher, on peut toujours procéder par novation, mais qu'on n'y est pas forcé lorsqu'il s'agit de favoriser le débiteur. Dans ce cas, rien n'empêche, en laissant subsister la première obligation, d'adjoindre ou de retrancher par un simple pacte un terme ou une condition, puisque le débiteur l'invoquerait *exceptionis ope*, si le créancier venait à le méconnaître. Si, au contraire, le changement à introduire doit profiter au créancier, le pacte est insuffisant; *ex pacto actio non oritur*; et le moyen le plus simple est de recourir à la novation.

Restent l'adjonction ou la suppression d'un *sponsor*. Justinien la remplace par un *fidejussor* en copiant le paragraphe de Gaius, parce que de son temps les *spon-*

*sors* n'existent plus. Mais il n'est pas exact que l'adjonction d'un fidéjusseur opère novation, puisqu'on stipule d'une tierce personne à côté de l'ancienne obligation; et Celsus, d'après Proculus, dans le seul passage du titre des Novations où la question soit prévue, dit formellement qu'il n'y a pas novation lorsqu'on stipule pour avoir la garantie de fidéjusseurs (1).

Au contraire, dit-on, l'adjonction d'un *sponsor* entraînait novation, parce qu'il devait s'obliger au même moment que le débiteur. Il fallait donc refaire actuellement l'ancienne obligation, et partant la *nover*. Mais si le *sponsor* doit accéder à l'obligation principale au moment où elle naît, on ne comprend pas bien pourquoi le créancier était tenu, par une loi dont le nom manque dans Gaius (2), de déclarer publiquement quelle est la dette à cautionner, et combien de *sponsores* ou *fidepromissores* il doit recevoir; faute de quoi, les *sponsores* et *fidepromissores* seront libérés sur leur demande intentée dans les trente jours, et jugée par voie de *præjudicium*. Pourquoi cette formalité et cette sanction sévère, si toutes ces personnes doivent être présentes et se compter au moment du contrat? Cela laisse bien un doute sur la question de savoir si les *sponsores* doivent s'obliger en même temps que le débiteur.

Quoi qu'il en soit, et en tenant ce point pour certain, on pourrait encore soutenir qu'il y a ici confusion entre le motif de la novation et le moyen de l'accom-

(1) L. 8, § 3, D., De nov.

(2) Comm. 3, § 123.

plir : le motif, le désir médiat des parties, c'est d'ajouter un *sponsor*, ce qui ne se peut qu'en stipulant à nouveau; le moyen d'atteindre ce but, c'est la nouvelle stipulation faite *animo novandi*, à laquelle vient se joindre la *sponsio*. Il y a novation pour qu'on ajoute un *sponsor*, et non pas, comme le dit Gaius, parce qu'on ajoute un *sponsor*. La seconde interrogation est la même que la première, sauf qu'aussitôt le *sponsor* est à son tour interpellé, ce qui montre bien qu'il y a novation pour la *sponsio* et non parce que la seconde stipulation est suivie d'une *sponsio*. Au contraire, dans le cas de la condition ou du terme, la seconde interrogation faite *animo novandi* n'est plus la même, et ici on nove bien pour la condition, mais aussi par la condition qui figure dans la nouvelle demande. C'est là peut-être le raisonnement un peu subtil que faisaient les proculéiens lorsqu'ils n'admettaient pas qu'il y eût novation par l'adjonction d'un *sponsor* (1). Cette controverse prouve que nous ne nous sommes pas trop avancé en disant que l'interrogation dans la seconde stipulation restait la même, et ne faisait pas mention de la *sponsio* qui allait intervenir. Si, en effet, cette interrogation en eût parlé, la novation n'aurait pas pu être niée par les proculéiens.

Mais ce n'est pas seulement l'adjonction d'un *sponsor* d'après Gaius, celle d'un fidéjusseur d'après Justinien, qui donnent le *quid novi* nécessaire pour faire supposer la novation; c'est encore leur suppression.

(1) Gaius, comm. 3, § 178.

Cela veut dire, sans doute, qu'ils ne peuvent être enlevés de l'obligation sans qu'on soit forcé de l'éteindre, quitte à la remplacer par une autre. Mais rien ne montre que celle-ci nove la première. Il faudrait pour cela que cette première subsistât au moment où naîtrait la seconde, qui, du même coup, noverait, et libérerait directement les fidéjusseurs. Or on ne peut libérer les fidéjusseurs sans éteindre l'obligation, ou réciproquement ; et s'il fallait rechercher quel est l'effet directement produit et l'effet indirect, il nous semble qu'il vaudrait mieux préférer le principal à l'accessoire, et dire qu'avant tout l'obligation est détruite, et que subsidiairement les fidéjusseurs sont libérés. Donc ici, comme peut-être aussi dans l'adjonction, il n'y a pas novation particulière parce qu'on enlève les fidéjusseurs, mais novation ordinaire par stipulation pour libérer les fidéjusseurs, si c'est là l'idée des parties. Et l'on confond la cause efficiente et immédiate de la novation, la nouvelle stipulation, avec le motif médiat qui a déterminé à l'accomplir, la suppression du *sponsor* ou du fidéjuteur.

Gaius, nous l'avons déjà fait remarquer, ne cite pas, parmi ses exemples, le changement d'objet ; et cependant, comme le terme ou la condition, il fait partie de la seconde demande, et il y est chose nouvelle. C'est qu'ici le jurisconsulte s'occupe seulement des qualités de la seconde stipulation. Or l'objet, quelle que soit d'ailleurs son importance pour la validité même du contrat *verbis*, l'objet ne fait pas partie de ses qualités. Nous ne trouvons nulle part les stipu-

lations qualifiées par leurs objets, tandis que nous les voyons qualifiées de stipulations pures et simples, à terme, conditionnelles. Du reste, les autres juriconsultes s'occupent bien de l'objet pour savoir si la seconde stipulation est valable ; car elle ne le serait pas si le nouvel objet était une chose impossible ou avait péri au moment du contrat. Mais jamais ils ne disent qu'il y a novation pour changer l'objet, ou parce qu'on a changé l'objet, même lorsqu'ils sont dans une hypothèse où la chose due dans la seconde stipulation n'est plus celle qui était due dans la première. En un mot, les Romains, pour savoir s'il y avait novation, ne recherchaient, comme nous l'avons déjà dit, que la validité des deux stipulations, et, ce qui n'était pas moins essentiel, l'*animus novandi*.

## § 2. De l'intention de nover.

Il ne suffit pas, pour qu'il y ait novation, d'avoir reconnu l'existence des deux obligations dont nous venons de parler au précédent paragraphe ; il faut encore, et nous avons dû plusieurs fois anticiper à cet égard, il faut que la seconde obligation soit, dans l'intention des parties, créée pour remplacer la première : *ceterum, si hoc non agatur, duæ erunt obligationes* (1) : sans quoi, il y aura deux obligations.

C'était, dans le droit romain classique, une question de fait que celle de savoir s'il y avait eu intention de nover, *animus novandi*, question abandonnée aux

(1) L. 2, D., De nov.

conjectures et aux présomptions; et il doit nous manquer, sur ce point, à cause de l'innovation de Justinien dont nous allons bientôt parler; il doit nous manquer bien des décisions faisant jurisprudence: car l'empereur le dit lui-même: *novationum nocentia corrigentes volumina* (1). Il nous reste cependant quelques textes que nous allons rapidement analyser.

C'est d'abord Ulpien: si, dit-il, j'ai stipulé en ces termes: *quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum fide jubes* (2)? Il n'y a pas novation. En effet, l'intention de ne pas nover ne saurait faire un doute, puisque le nouveau débiteur devra justement ce que l'ancien n'aura pas pu payer. Cependant ce nouveau débiteur n'est pas, à vrai dire, un fidéjusseur, puisqu'il doit être tenu après celui qu'il cautionne, tandis qu'un véritable fidéjusseur est libéré par la poursuite exercée contre le débiteur. Du reste, Celsus prend soin de nous dire qu'il en serait de même si c'était réellement un fidéjusseur. Son accession ne noverait pas l'obligation (3).

Le même Ulpien suppose un *mutuum* aussitôt suivi d'une stipulation. C'était une manière de procéder très-usitée à Rome, et dont notre savant maître, M. Vernet, vient de montrer l'utilité dans une récente publication (4). Il semble au premier abord qu'il y a novation de l'obligation née de la dation

(1) L. 8, C., De nov.

(2) L. 6, pr., D., De nov.

(3) L. 8, § 3, D., De nov.

(4) Textes choisis sur la théorie des obligations, p. 11, note 1.

des espèces par l'obligation *verbis* née des paroles solennelles ; il n'en est rien cependant. Il y a un seul contrat, dit Ulpien, et il en serait de même si la stipulation avait été faite d'abord, et l'argent aussitôt compté (1) ; et Pomponius, dont la décision est semblable, donne pour raison que, dans l'idée des parties, la stipulation seule doit obliger ; ainsi la numération des espèces serait plutôt faite pour remplir la condition de la stipulation (2). C'est là une manière de voir de la pratique romaine, sur laquelle nous ne ferons qu'une réflexion : on parle souvent du formalisme romain, et voici un contrat *stricti juris*, un *mutuum*, où le formalisme a plus spécialement libre carrière, qui est supprimé d'après l'intention présumée des parties, sans qu'on veuille recourir à la stipulation intervenue, dont il serait si aisé de tirer une novation ! Tant est puissante aux yeux des juriconsultes romains l'influence de l'intention et de la pratique ordinaire !

Cependant cette décision n'était suivie que lorsque l'obligation née de la stipulation remplaçait sans dommage pour le créancier celle qui serait née du *mutuum*. Ulpien nous fournit à cet égard plusieurs exemples (3) : il suppose d'abord qu'ayant prêté dix, je les ai stipulés pour autrui ; la stipulation est nulle puisque je ne puis faire profiter une autre personne que moi de mes stipulations. Mais j'aurai, pense Ul-

(1) L. 6, § 1, D., De nov.

(2) L. 7, D., De nov.

(3) L. 9, §§ 4, 5, 6, 7, D., De reb. cred. (12, 1).

pien, la *condictio* née du *mutuum*, *quasi duobus contractibus interventibus, uno qui re factus est, id est numeratione ; alio, qui verbis, id est, inutiliter, quoniam alii stipulari non possit*. Nous voyons ici bien accusée la séparation des deux contrats, et la numération n'est plus considérée comme une sorte de condition de la stipulation. Il en sera de même, dit toujours Ulpien, si, après avoir prêté à un pupille en présence de son tuteur, j'ai stipulé de lui *sine tutoris auctoritate ; nam et tunc manebit mihi condictio ex numeratione*. Ici cependant on aurait pu dire que le créancier a voulu se contenter de l'obligation naturelle ou civile du pupille suivant que la somme ne lui aura pas ou lui aura profité ; on aurait pu admettre la non-existence de la première obligation née *re*, toujours en disant que la numération n'avait été faite que pour remplir par avance la condition de la stipulation. Mais comme cela tournerait contre l'intérêt du créancier, on sauvegarde cette première obligation qui a pour origine la numération des espèces.

Il n'y a pas novation, lorsque le second contrat intervient seulement pour donner force au premier : l'esclave d'une personne absente a prêté de l'argent aux esclaves d'un pupille, et c'est le tuteur qui a promis la somme par stipulation. L'obligation du pupille n'est pas novée, décide Scévola, et il est tenu *de in rem verso*, puisque le tuteur n'est intervenu que pour donner plus de force à l'acte des esclaves (1).

1) L. 38, § 1, D., De in rem verso, (15, G.)

D'après ce principe, les stipulations pénales ne devaient pas opérer novation ; car l'intention des parties est de réparer par la clause pénale le dommage qui pourra être causé par l'inexécution de l'obligation ; et Justinien engage même à toujours insérer cette clause dans la stipulation d'un fait, *ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quid ejus intersit* (1). Le créancier aura ainsi deux actions, sans qu'il puisse cependant être payé deux fois ; ce qu'il aura reçu par l'une, il devra l'imputer sur ce qu'il réclamera par l'autre (2). Cependant Paul voit dans la stipulation pénale une *quasi novatio*, une sorte de novation d'une obligation pure et simple en une obligation conditionnelle ; ce mot *quasi* indique suffisamment que c'est une manière de parler, et Paul veut dire : si l'obligation n'est pas exécutée, on réclamera la peine, et seulement la peine comme s'il y avait eu novation. Il applique, lui aussi, la maxime que la même chose ne peut pas être deux fois payée (3).

D'après cet adage : *bona fides non patitur ut bis idem exigatur* (4), Ulpien décide également que, si un créancier stipule sans intention de nover d'un autre que son débiteur, les deux personnes sont obligées ; mais par le paiement de l'une, l'autre sera libérée (5). Cependant, si l'un d'eux était poursuivi, l'obligation de l'autre ne serait pas éteinte : car ils ne sont pas

(1) Inst., lib. 3, t. 15, § 7.

(2) L. 41 et L. 42, D., *Pro socio* (17, 2).

(3) L. 44, § 6, D., *De obl. et act.* (44, 7).

(4) L. 57, D., *De reg. jur.* (50, 17).

(5) L. 8, § 5, D., *De nov.*

*duo rei promittendi* (à l'égard desquels du reste la novation n'est également pas à craindre, *frustra timetur novatio*) (1); et le second n'est intervenu que pour payer ce que le créancier n'obtiendrait pas du premier.

Cette maxime est sans application si l'objet de la stipulation qui ne nove pas n'est pas le même que celui de la première. Alors, en effet, l'intention probable des parties n'est pas que le créancier ait la chose par l'une ou par l'autre des stipulations; elle est plutôt que le même débiteur soit tenu de deux dettes distinctes. Ainsi, j'ai stipulé le fonds Cornélien, et plus tard, de la même personne, je stipule l'estimation de ce fonds sans intention de nover. Papinien dit que la seconde stipulation oblige le débiteur, même après le paiement du fonds (2). Cette stipulation ne disparaît ni en vertu du droit civil puisqu'il n'y a pas novation, ni même sans doute *exceptionis ope* (3); car l'intention des parties, puisqu'il n'y a ni novation ni clause pénale, est évidemment que les deux choses soient distinctement dues, et le fonds et l'estimation. L'objet n'est pas ici le même, avons nous dit: en effet, autre chose est le fonds, autre son estimation, surtout si nous remarquons que l'estimation est fixe — c'est celle du moment de la stipulation — tandis que le fonds et sa valeur peuvent, par l'effet du hasard,

(1) L. 3, D., De duob. reis (15, 2).

(2) L. 28, D., De nov.

(3) Cujas, Ad Papin., lib. 2, *de f.*

changer en bien ou en mal, et les risques sont à la charge du créancier.

Voilà donc quelques points relatifs à l'intention de nover. Cette question de fait pouvait être très-délicate, engendrer des controverses, et embarrasser le juge. C'est pourquoi Justinien, *veteris juris ambiguitates rescans*, porta une constitution par laquelle il déclara que la volonté de nover devrait être désormais expresse. Si les parties n'ont pas fait spécialement remise de la première obligation, si elles n'ont pas exprimé qu'elles choisissent la nouvelle en place de l'ancienne, il n'y a pas novation. L'ancienne obligation subsiste, et la nouvelle s'y ajoute : *Nihil penitus prioris cautelæ innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere; nisi specialiter remisserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus eligerint* (1). Rien de plus net que ces expressions, qui sont d'ailleurs corroborées par les interpolations de certains textes (2). On y a introduit les mots *specialiter*, ou *si id specialiter actum est*, pour les accommoder à la constitution nouvelle.

Malgré tous ces soins, la constitution de Justinien a été diversement interprétée. Les uns ont apprécié l'innovation comme nous venons de le faire en suivant le texte presque pas à pas. D'autres, au contraire, s'attachant de préférence aux mots *voluntate esse, non lege novandum*, ont prétendu que Justinien avait voulu dire simplement que la novation ne se présumerait

(1) L. 8, C., De nov.

(2) L. 29, l. 31, § 1, D., De nov.; L. 38, D., De verb. oblig. (43, 1).

pas, et qu'on s'attacherait à rechercher la volonté des parties, et non à observer des décisions antérieures. A part la résistance qu'offrent à cette interprétation le texte des Institutes et celui de la constitution, ainsi que les motifs mis en avant pour en expliquer la nécessité, on se demande quel serait au juste le nouveau droit. Il faudra, dirait Justinien, ne pas présumer la novation ! Mais nous n'avons pas trouvé qu'on la présumât auparavant. On s'attachera à la volonté des parties, et non pas à des décisions antérieures ! Mais ces décisions antérieures n'étaient basées que sur la volonté des parties ; c'était la mise en œuvre par des jurisconsultes consommés de l'idée prêtée à Justinien ; et, puisque partout ailleurs il recherchait, pour les rassembler, leurs opinions, et leur donnait force de loi, on ne voit pas pourquoi il aurait fait table rase dans la matière de la novation, et en aurait abandonné les difficultés aux lumières des juges de son temps. La vérité est donc plutôt qu'il a voulu, comme il a pris soin de le dire, supprimer ces difficultés mêmes, et remplacer par la nécessité d'une mention spéciale l'ancienne recherche de la volonté des parties.

Nous avons étudié maintenant, outre les deux stipulations nécessaires pour la novation, l'intention de nover qui n'est pas moins essentielle ; il nous reste, avant d'arriver à ses effets, à nous demander quelle doit être la capacité des parties.

§ 3. *De la capacité des parties.*

Quelles personnes peuvent nover ? Avant de répondre à cette question, il faut distinguer entre les personnes qui stipulent à l'effet de nover leurs créances, ou celles d'autrui, de celles qui promettent dans le même but.

Pour pouvoir nover en stipulant, il faut, nous dit Paul, être capable de recevoir valablement le paiement de l'obligation : *cui recte solvitur, is etiam novare potest* (1). Telle est la règle générale. Elle s'applique avant tout au créancier *sui juris* qui a certainement le droit de faire une novation, même désavantageuse. Mais les exceptions apparaissent aussitôt pour ceux que, dans notre langue juridique, nous appelons les incapables ; le pupille ne peut nover *sine tutoris auctoritate* ; car il ne peut recevoir seul un paiement. Mais, comme il est capable d'acquérir, il s'ensuivra que le débiteur, qui a promis, en croyant nover, sera tenu envers lui de deux obligations ; et comme il serait inique de voir le pupille obtenir deux fois la même chose ou son équivalent, le juge saisi de l'une des actions ne condamnera le débiteur que s'il lui est accordé libération de l'autre obligation (2). De même le prodigue, auquel a été interdite l'administration de ses biens, ne peut nover son obligation, à moins qu'il ne rende sa condition meilleure (3). Le mineur de vingt-

(1) L. 10, D., *De nov.*

(2) L. 0, pr., D., *De noc.*

(3) L. 3, D., *De nov.*

cing ans, pourvu d'un curateur, ne peut pas nover davantage, car il n'est pas capable de recevoir un paiement (1); et il est assimilé au prodigue interdit (2). Mais le tuteur pour le pupille, et le curateur, pour le prodigue ou pour le fou, peuvent nover, si c'est avantageux à l'incapable (3).

On n'a en général le droit de nover que sa propre créance, et le mandat spécial de recevoir le montant d'une créance ne donne pas le pouvoir de la nover (4); car autre chose est d'être payé en espèces, autre chose est d'être payé, si l'on peut parler ainsi, au moyen d'une autre créance; et c'est au créancier seul à décider s'il consent à cette transformation de son droit. Ce qui est vrai du mandataire ordinaire l'est également de l'*adjectus solutionis gratia* (5); car, en ce qui touche la novation, il n'y a pas de raison pour que son mandat diffère des autres. Au contraire même, puisqu'il est censé intervenu dans l'intérêt du débiteur et n'est pas révocable au gré du créancier, il ne peut procurer au débiteur le bénéfice d'une novation.

Par application du même principe, le fils de famille, bien qu'il puisse recevoir le paiement des choses prêtées par lui, ne peut nover l'obligation sans le consentement du *paterfamilias* (6) et aussi l'esclave en peut nover une obligation du pécule sans la volonté de son

(1) L. 7, § 3, D., *De min. XXV annis* (4, 4).

(2) L. 3, C., *De in integ. rest.* (2, 22).

(3) L. 20, § 1, D., *De nov.*

(4) L. 4, C., *De nov.*

(5) L. 10, D., *De nov.*

(6) L. 23 et 25, D., *De nov.*; L. 27, D., *De pactis* (2, 14).

maître ; et il ajoute une nouvelle obligation au lieu de nover l'ancienne (1).

Mais celui qui a reçu un mandat à cet effet peut faire novation (2) ; et même si quelqu'un, en l'absence du créancier, stipule du débiteur dans l'intention de nover, il y aura novation, si dans la suite le créancier ratifie (3). Le *procurator in rem suam* peut, à plus forte raison, nover ; car il n'a pas de comptes à rendre. Paul donne la même décision quant au *procurator omnium bonorum* (4). Il peut nover, car il a la libre administration des biens (5).

Si un fils de famille ou un esclave ont la libre administration de leur pécule, ils pourront donc, eux aussi, faire novation (6) ; mais, comme ils n'ont pas le pouvoir de donner, la novation devra être faite, non pas *animo donandi*, mais pour rendre meilleure la condition du pécule (7).

Une obligation corréale peut-elle être novée par l'un des *rei stipulandi* ? Nous trouvons au Digeste deux décisions contraires à cet égard. Avant de les examiner séparément, nous observerons que, si la novation est possible, l'obligation, ici comme ailleurs, sera complètement éteinte, même à l'égard de celui des *rei* qui y serait demeuré étranger ; ainsi le veu-

(1) L. 16, D., De nov.

(2) Pauli sent., lib. 5, t. 8.

(3) L. 22, D., De nov.

(4) L. 20, § 1, D., De nov.

(5) L. 58, D., De proc. (3, 3).

(6) L. 48, § 1, D., De peculio (15, 1).

(7) L. 34, pr., D., De nov.

lent, d'une part la nature de l'obligation corréale, à la fois une et complexe, et celle de la stipulation dont l'effet est absolu.

Vénulélius, dans un fragment placé au cœur de la matière, pose la question et conclut à la possibilité de la novation (1); et c'est « un texte qui se distingue  
« par une grande puissance de déduction et qui est  
« sans contredit l'un des plus importants qui nous  
« soient parvenus sur la matière des obligations cor-  
« réales (2). » *Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur?* C'était donc un point controversé. Aussi le jurisconsulte ne se contente pas de donner son opinion; il la déduit d'un raisonnement bien simple : il est généralement admis qu'un seul des créanciers peut recevoir le paiement, poursuivre le débiteur et par là le libérer envers l'autre, ou encore lui faire *acceptilatio*; or la novation est un mode d'extinction comme les autres, elle est même considérée comme analogue au paiement; donc l'un des *rei stipulandi* peut à lui seul libérer le débiteur par novation. En un mot, chacun des créanciers est maître de disposer de l'obligation comme s'il était seul, avec cette seule observation que son droit peut disparaître par le fait du *correus stipulandi*; et Vénulélius, voulant sans doute corroborer la preuve directe par la démonstration par l'absurde, propose en terminant, à ses adversaires trois espèces dans lesquelles il faudra bien, suivant lui, admettre la novation par l'un des *correi*.

(1) l. 31, § 1, D., *De nov.*

(2) M. Demangeat, *Des obligations solitaires en droit romain*, p. 51.

Rien n'est donc plus formel, et le jurisconsulte admet toute novation, soit celle qui intervient entre les mêmes parties, soit celle dans laquelle il y a changement de débiteurs ou de créanciers.

Il paraît cependant qu'un auteur allemand (1) aurait voulu restreindre la portée de ce texte en s'appuyant sur les mots *cum id specialiter agit* qui suivent la décision et donnent à la phrase le sens suivant : un des créanciers peut par novation libérer le débiteur envers l'autre, s'il agit spécialement dans ce but. Dans quel but ! Celui de libérer le débiteur envers l'autre, et non pas celui de faire novation, pense cet auteur, profitant ainsi d'une amphibologie apparente. L'un des *correi stipulandi* aurait bien le pouvoir de faire novation ; mais, pour que cela nuisît à son *correus*, il faudrait une intention manifestée ; sans quoi le droit de ce dernier reste intact. L'effet absolu et rigoureux de la novation comme de tous les modes d'extinction *ipso jure* ne permet pas d'admettre cette distinction, qui d'ailleurs n'aurait aucune base rationnelle ; car, s'il était possible de sauvegarder le droit du *correus* étranger à la novation, on ne voit pas pourquoi celui qui nove aurait dans aucun cas le moyen de le compromettre, et ce que pourrait son intention à cet égard. Ainsi la décision de Vénuléius reste entière, et nous avons eu raison d'expliquer à l'avance les mots : *si id specialiter actum est*, par une interpolation des compilateurs du Digeste, désireux de mettre ce

(1) Cité par M. Demangeat, *op. cit.*, p. 53.

texte en harmonie avec la Constitution de Justinien.

L'opinion contraire à celle de Vénuléius est indiquée et adoptée par Paul à propos de l'espèce suivante : Deux banquiers étant associés, l'un d'eux fait pacte de remise au débiteur ; l'exception *pacti conventi* peut-elle nuire à l'autre ? Non, répondent Neratius, Atilicinus, Proculus, quand même le pacte serait *in rem*. Julien est du même avis ; car on peut ne pas pouvoir faire novation, bien qu'on puisse recevoir le paiement ; ainsi l'on peut rendre à nos fils de famille les sommes qu'ils ont prêtées sans qu'ils puissent nover. Il en est de même quand il y a *duo rei stipulandi* (1). Voici qui est également bien net. L'un des *argentarii* ne peut pas faire pacte de remise, parce qu'il ne peut pas nover comme les fils de famille et les *correi stipulandi*. En règle générale, celui-là peut nover qui peut recevoir le paiement ; par exception, les *argentarii socii* et même *non socii*, car cela importe peu à la décision présente et n'a trait qu'à leur recours entre eux, et les *correi stipulandi*, ainsi que les fils de famille, sont capables de recevoir le paiement, mais non pas de faire novation. Et ce n'est pas l'avis de Paul seulement, c'est sans doute encore celui de Labéon auquel il emprunte le raisonnement, et aussi celui de Neratius, Atilicinus et Proculus, ces quatre derniers appartenant tous à l'école proculéienne.

Pourquoi cette divergence ? C'est que Paul et les autres ne veulent pas, comme Vénuléius, se laisser en-

(1) l. 27, pr., D., *De pactis* (2, 14).

traîner par la force des principes : *Tantum enim constitutum est, ut solidum alter petere possit* ; et plus bas : *Ei recte solvitur* ; l'un d'eux peut recevoir le paiement ou poursuivre en justice, mais cela seulement. Ils ne parlent même pas de l'*acceptilatio* ; mais Vénuléius, à son égard, nous dit : *Fere convenit... utrius acceptilatione perimi utriusque obligationem*. Ainsi, pour la novation il n'y a rien de décidé, il n'y a pas de constitution, et Paul, avec les proculiens, résiste, au lieu que Vénuléius suit les conséquences des décisions antérieures. Cette dernière opinion se recommande donc à nous comme plus logique ; en outre, loin de créer une exception à la règle générale posée en tête de ce paragraphe : — qui peut être payé peut nover, — elle applique au contraire cette règle au *correi stipulandi*. Nous devons par ces deux motifs incliner vers elle, non pas cependant sans examiner si l'autre opinion ne pourrait pas se défendre en raison, même en se plaçant au point de vue du droit romain.

L'argument de Vénuléius est que l'un des *correi* peut être payé, peut *totam rem in litem deducere*, et faire *acceptilatio* ; d'où il suit qu'il doit pouvoir nover. Non, devaient répondre les adversaires, car c'est une tout autre chose. Pour recevoir le paiement, pour actionner, il faut attendre l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition ; et, dans la pratique, bien peu de stipulations et d'obligations en général sont pures et simples ; donc chacun peut jusqu'alors prendre ses précautions. Au contraire, la novation peut se faire tout de suite, même par une autre obligation à terme

ou sous condition, sans que le débiteur y perde rien et dès lors refuse d'y consentir; d'ailleurs il est, en fait, bien plus facile et bien plus court d'éteindre une obligation en la novant que par le paiement ou la poursuite qui, dans le cours ordinaire des choses, demandent toujours un certain temps que le corréancier peut mettre à profit s'il est sur ses gardes. Et quant à l'acceptilation, combien elle est aussi moins dangereuse que la novation! Le créancier qui répondrait à l'interrogation du débiteur : *Acceptum habeo*, éteindrait sans doute le droit de son *correus*, mais en sacrifiant le sien propre, ce que les hommes sont peu disposés à faire; et il ne serait pas sûr que le débiteur voulût *ex post facto* consentir envers lui une nouvelle obligation pour réparer la perte de l'ancienne. Au contraire, par la novation, le créancier éteint à la fois et remplace l'obligation corréale sans avoir à rien sacrifier ou à craindre la mauvaise foi postérieure du débiteur.

Il y a donc au Digeste deux opinions distinctes sur la novation par l'un des *correi stipulandi*, et c'est ce que reconnaît Cujas (1) : *Ingenue confiteor Paulum hoc loco plane negare ab uno ex argentariis, vel reis stipulandi novari veterem obligationem posse*. Cependant on a essayé des conciliations, qui naturellement portent sur le texte de Paul et non sur celui de Vénuléius : Paul ne se serait pas occupé de la question de savoir si l'un des *argentarii*, ou si l'un *correi* peut faire novation, il aurait recherché simplement si un pacte de

(1) Cujas, *Ad lib. 3 Pauli, Ad Edictum, Ad leg. 27, D., De pactis*. V. aussi M. Demangeat, *op. cit.*, p. 306 et suiv.

*non petendo*, même *in rem*, fait par l'un d'eux au débiteur, est opposable à l'autre; et en se prononçant pour la négative, il aurait argumenté de ce qu'une personne en général, *alium*, étrangère à la dette, est quelquefois capable de recevoir le paiement sans avoir le droit de nover, et même qu'un créancier, un fils de famille peut être dans la même situation. Il répondait ainsi à cette objection : mais l'un des *argentarii* peut être payé, donc il peut faire pacte de *non petendo* ! Cela ne porte pas; car certains créanciers ou même non-créanciers sont payés valablement et ne peuvent nover, bien que la novation se rapproche plus du paiement que le pacte de *non petendo*. L'artifice est donc bien simple, il consiste à donner au mot *alium* un sens étranger aux *argentarii* et aux *correi* dont il est question dans le texte, et c'est très légitime, car la phrase est prise à Labéon, qui parlait en général; et d'ailleurs Paul aurait mis *alterum* et non pas *alium* s'il avait voulu appliquer cette citation aux *argentarii*. On peut admettre, si l'on veut, cette interprétation, car la marche du texte conduira au même résultat : un non-créancier, *alius*, qui peut recevoir paiement, ne peut nover; il en est de même des fils de famille, auxquels on rend ce qu'ils ont prêté sans qu'ils puissent nover cette obligation; et la même chose doit être dite des *correi stipulandi*. Donc toujours les costipulants ne peuvent nover, et cette conciliation ne peut aboutir, à moins qu'on ne reporte le sens des derniers mots relatifs aux *correi* au commencement du texte en disant : Paul assimile les *correi stipulandi* aux *argentarii* quant

au pacte *de non petendo*, quant au résultat de l'argumentation qui précède : cette dernière phrase n'est nullement la suite de la précédente et ne s'y rattache en aucune façon ; c'est après avoir conclu quant aux *argentarii* que Paul étend sa décision aux *correi*. Cette interprétation a été proposée, mais n'est-elle pas bien arbitraire ? Rien ne montre dans le texte que la dernière proposition doive ainsi être isolée de celle qui la précède, et qu'il n'y ait pas là un nouvel exemple de personne qui ne puisse nover, quoique capable de recevoir le payement.

Quoi qu'il en soit de ces essais de conciliation, Paul décide que le pacte *de non petendo* fait par l'un des *argentarii* à l'un des *correi stipulandi* ne peut nuire à l'autre, par cette raison notamment, suivant nous, qu'il ne leur reconnaît pas le droit de nover. Mais Vénuléius, qui leur accorde ce dernier droit, admettrait-il que le pacte consenti par l'un au débiteur pût être opposé à l'autre ? Évidemment non, et il suivrait l'avis de Paul ; car l'une de ces décisions n'entraîne pas l'autre. Si la novation éteint la créance même à l'égard de celui qui ne l'a pas consentie, c'est qu'on ne peut scinder ses effets ; c'est que l'obligation, en un sens unique — *una res vertitur* —, est anéantie *ipso jure* pour le tout et absolument, et non pas d'une manière partielle et relative. Au contraire, le pacte de remise laisse subsister l'obligation civile ; comme il intervient *ex intervallo*, c'est seulement *exceptionis ope* que le débiteur pourra s'en prévaloir. Donc le droit de l'autre *correus* est resté entier, puisque l'exception *pacti*

*conventi* ne peut lui être opposée, dès qu'il a été étranger à la convention.

Telles sont les personnes qui peuvent et celles qui ne peuvent pas figurer dans une novation avec le rôle de stipulant. Quant à celles qui peuvent promettre *animo novandi*, le nombre n'en est aucunement restreint, et celui qui peut juridiquement prononcer les paroles de la stipulation est capable de jouer ce rôle. Cela n'exclut donc que l'esclave lorsqu'il ne promet pas à raison de son pécule, l'*infans qui non multum a furioso distat*, et généralement tous ceux qu'une cause quelconque rend incapables de stipuler ou de promettre. La raison de la différence est assez visible : on ne pouvait laisser les incapables compromettre leurs droits par des novations mal entendues de leurs créances ; rien n'empêche, au contraire, un créancier maître de ses droits de les amoindrir en acceptant, pour nover une obligation, la promesse d'un incapable. Celui-ci d'ailleurs ne s'engage pas beaucoup, car s'il rend sa position meilleure, il est tenu seulement jusqu'à concurrence de son émolument ; et s'il ne retire aucun avantage de la novation, il est tenu d'une simple obligation naturelle. Aussi, avons-nous vu Ulpien décider que la promesse d'un pupille non autorisé suffit pour nover, tandis que le pupille ne peut faire novation de sa créance et jouer le rôle de stipulant *sine tutoris auctoritate*.

Une dernière observation peut être faite : c'est que le créancier doit consentir à la novation qui le dépouille de son droit, et qu'il n'en est pas ainsi du dé-

bitcur. Un tiers peut, sans son aveu et malgré lui, le libérer par novation comme par un paiement, en substituant *animo novandi* son obligation à celle de ce débiteur : *Non tamen, si quis stipulatur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur : liberat autem me is qui quod debito promittit, etiam si nolim* (1). C'est encore un effet de l'analogie qui existe entre la novation et le paiement.

#### § 4. Des effets de la novation.

La novation opérée entre les mêmes parties substitue, nous le savons, une obligation nouvelle à l'ancienne. Tel est son double effet, sur lequel nous n'avons pas à revenir, puisque nous nous sommes occupés de ces deux obligations. Mais comme l'ancienne obligation disparaît, les accessoires disparaissent également, et nous devons en dire un mot.

Les fidéjusseurs sont libérés, et, s'ils accèdent à la nouvelle obligation, ce sera une nouvelle fidéjussion (2). De même les privilèges de la femme pour la restitution de sa dot, et du pupille pour le reliquat de son compte de tutelle périssent si, après le divorce ou la puberté, leurs actions sont novées (3).

Paul nous dit également : *Novatione legitime facta, liberantur hypothecæ et pignus, usuræ non currunt*. Ainsi les intérêts cessent de courir ; car le capital a

(1) L. 8, § 5, D., De nov.

(2) L. 4, C., De fid. et mand. (8, 41).

(3) L. 29, D., De nov.

cessé d'être dû, et d'ailleurs la stipulation des intérêts était accessoire à celle de ce capital et disparaît comme elle. Il en est de même du gage et des hypothèques; mais rien n'empêche les parties, par une convention spéciale, de les reporter sur la nouvelle obligation (1), si toutefois la chose hypothéquée appartient encore au débiteur au moment de la novation. En effet, le consentement des parties serait indifférent si la chose hypothéquée à la créance novée était celle d'un tiers, soit au moment de la constitution d'hypothèque, soit depuis, par suite de l'aliénation du débiteur; en ce cas il faudrait l'adhésion du tiers pour que l'hypothèque pût être réservée.

Quel sera le rang de l'hypothèque reportée sur la nouvelle obligation? Les créanciers ayant reçu hypothèque, du même débiteur, sur la même chose, dans le temps écoulé entre la naissance de l'hypothèque ancienne et la nouvelle stipulation, continueront-ils à être primés, ou bien la nouvelle hypothèque ne leur sera-t-elle opposable qu'à sa date? Papinien répond que le premier rang reste à l'ancien créancier, qui s'est, pour ainsi dire, succédé à lui-même (2). Seulement cette décision n'est vraie que jusqu'à concurrence du montant de la première obligation; et, si la seconde était plus importante, le créancier ne pourrait conserver sur le prix de la vente de la chose hypothéquée que la somme représentant l'ancienne créance; ou bien encore les créanciers postérieurs usant du *jus*

(1) L. 11, § 1, D., *De pign. act.* (13, 7).

(2) L. 5, pr., D., *Qui pot. in pign.* (20, 4).

*offerendæ* n'auraient à lui offrir que cette même somme (1). C'est encore Papinien qui nous donne cette décision, sans laquelle l'équité serait blessée ; car il dépendrait de l'ancien créancier et du débiteur d'anéantir le droit des créanciers postérieurs par des augmentations successives de la première obligation.

La clause pénale disparaît également par suite de la novation. En effet, elle ne devait être due qu'en cas d'inexécution d'une obligation maintenant éteinte. Si donc un créancier avait stipulé une peine pour le cas où une somme d'argent ne serait pas payée au jour fixé, et qu'il ait ensuite fait novation, la clause pénale ne sera pas encourue, quand bien même la somme ne serait pas payée au terme (2) ; car elle n'a pas été reportée sur la nouvelle obligation, ou plutôt on ne l'a pas stipulée de nouveau.

De ce que la novation est analogue au paiement, il résulte qu'elle doit purger la demeure du débiteur, et l'affranchir ainsi des dangers que son retard pouvait lui causer. C'est ce qu'Ulpien décide : *Si Stichum dari stipulatus fuerim, et cum in moram promissor esset quominus daret, rursus eundem stipulatus fuero : desinit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata* (3). Si la seconde stipulation est conditionnelle, on comprend la même décision pour le cas où la novation s'effectue. Alors, en effet, les choses se passent comme si la condition n'avait pas été apposée ; aussi le

(1) L. 19, § 5, D., *Qui pot. in pign.* (20, 4).

(2) L. 15, D., *De nov.*

(3) L. 8, pr., D., *De nov.*

même Ulpien écrit : *Marcellus etsi post moram Stichus in conditionalem obligationem deductus sit, purgari moram, nec in sequentem deduci obligationem, putat* (1). Ainsi la *mora* ne passe pas à la seconde obligation, pour laquelle il faut attendre l'événement de la condition. Mais si l'esclave mourait *pendente conditione*, alors il serait certain qu'il n'y aura pas novation, quand même la condition se réaliserait; *nec novatio continget, quia non subest res eo tempore quo conditio impletur* (2). La première obligation subsisterait donc, et, au premier abord, il semble qu'il n'y aurait pas eu *purgatio moræ*, et que, malgré la mort de l'esclave survenue par hasard, le débiteur devrait l'estimation, à moins de prouver que Stichus eût également péri chez le créancier. Mais ce serait une fausse apparence. La *mora* a dû cesser dès le moment de la stipulation conditionnelle; car nous avons déjà vu que, par suite de cet événement, la première obligation, de pure et simple, devient conditionnelle sous la condition contraire, et que le créancier est désormais créancier à terme incertain. Ainsi, depuis cette nouvelle stipulation, et malgré la *mora* qui existait auparavant, le créancier ne pourrait agir contre le débiteur qui a terme : donc celui-ci n'est plus en demeure. Mais, pourrait-on répondre, par la mort de l'esclave, la seconde stipulation a complètement disparu, et avec elle ont cessé tous ses effets; on ne peut faire résulter la *purgatio moræ* d'une stipulation, *quæ non*

(1) L. 11, pr., D., *De nov.*

(2) L. 11, D., *De nov.*

*committitur*. Sans doute, cela est vrai dans le domaine du droit; mais, en réalité, le créancier n'a pu agir jusqu'à la mort de l'esclave. C'est là une circonstance de fait que rien ne peut détruire; et le débiteur n'a pas pu être en demeure pendant ce temps. En d'autres termes, on ne peut pas faire revivre une *mora* qui a existé, mais qui a cessé à un certain moment, du consentement même du créancier. Enfin la novation, même conditionnelle, produit les effets d'un paiement; et, pour conclure, il y a *purgatio moræ* au profit du débiteur, qui a promis conditionnellement et *animo novandi* Stichus, lequel est mort *pendente conditione*; et telle était en général la décision des jurisconsultes romains(1). Il en serait de même si la stipulation conditionnelle avait été consentie par un autre que le débiteur : *Sed quid si ignorante debitore, ab alio creditor eum stipulatus est? Illic quoque existimandus est periculo debitor liberatus : quemadmodum si quolibet nomine ejus servum offerente, stipulator accepisse nolisset* (2).

Cependant Marcellus, après avoir donné ces deux décisions, propose une distinction : il vient d'assimiler l'effet de la stipulation conditionnelle à celui des offres non acceptées par le créancier, offres qui font évidemment cesser la demeure. Partant de cette idée, il déclare que si, au moment de cette stipulation conditionnelle, les offres n'eussent pas été possibles

(1) L. 14, pr., D., *De nov.*; L. 72, § 1, D., *De sol. et lib.* (46, 3); L. 17, D., *De cond. furt.* (13, 1).

(2) L. 72, § 1, D., *De sol. et liber.* (46, 3).

à cause de l'absence de l'esclave mort depuis, il n'y aura pas lieu à la décision précédente, parce que le débiteur ne peut pas être censé avoir offert l'esclave : *non poterit rationi, quam supra reddidimus, locus esse, non enim obtulisse eum propter absentiam intelligi posse* (1). Ainsi l'esclave dû purement et simplement, et pour la dation duquel il y a *mora*, est promis conditionnellement par la même personne, et meurt ensuite *pendente conditione* ; il y aura *purgatio moræ* si, au moment de la seconde stipulation, l'esclave était sous la main du débiteur, *in facultate ejus*, parce qu'il pouvait être offert ; dans le cas contraire, si l'esclave était absent, hors de portée, il n'y aura pas *purgatio moræ*, parce que le débiteur n'en pouvait pas faire l'offre au créancier, et l'estimation en sera due. Cette analogie de la novation avec les offres frappe tellement Marcellus qu'il la reproduit trois fois dans le fragment que nous venons d'analyser.

Mais Ulpien (2) et Papinien (3) ne partagent pas cette manière de voir. Ils considèrent que l'absence ou la présence de l'esclave importent peu ; *nec me movet, præsens homo fuerit, necne*. En effet, le créancier s'est contenté de la promesse conditionnelle que le débiteur lui a faite de l'esclave, et n'en a pas exigé la présence ; et il est indifférent, pour la validité et les effets d'une stipulation, que la chose soit ou ne soit pas aux mains des parties. Donc, à cet égard, on

(1) L. 72, § 3, D., *De sol. et liber.* (16, 3).

(2) L. 11, pr., D., *De nov.*

(3) L. 17, D., *De cond. furt.* (13, 1).

ne peut assimiler la novation aux offres; ou plutôt, les effets de la novation ressemblent à ceux des offres, mais la novation ne se fait pas comme elles en présence de la chose due, et la distinction de Marcellus doit être rejetée.

Ainsi Ulpien et Papinien admettent que la novation conditionnelle opère toujours *purgatio moræ*; Marcellus admet sur ce point une distinction, et voici maintenant un autre jurisconsulte, Vénuléius, qui rejette absolument la *purgatio moræ* comme résultant de la novation conditionnelle (1). Voici l'espèce que prévoit ce jurisconsulte et sa décision : J'ai stipulé une chose, et, plus tard, je stipule, *animo novandi et sous condition*, la même chose de la même personne. Pour qu'il y ait novation, il faut que la chose subsiste jusqu'à l'arrivée de la condition, à moins que le promettant ne se soit mis par son fait dans l'impossibilité de la donner. Partant de ce principe, si vous devez me donner un esclave, et qu'il vienne à mourir depuis que vous êtes en demeure de le donner, vous serez néanmoins tenu; et, si, avant cette mort, mais depuis la demeure, j'ai stipulé de vous le même esclave sous condition, et si, d'autre part, l'esclave meurt depuis, et qu'ensuite la condition se réalise, comme dès lors vous êtes tenu envers moi par la stipulation, il y aura novation. Voilà presque la traduction du texte, n'est-il pas clair qu'il conclut à la *non purgatio moræ*? Sa décision est qu'il y a nova-

(1) L. 31, pr., D., De nov.

tion, qu'il y a obligation dès lors en vertu de la stipulation dont la condition vient de se réaliser. Quel est donc l'objet de cette obligation ? Ce n'est pas l'esclave, puisqu'il est mort ; c'est l'estimation de cet esclave, laquelle est due, parce que l'effet de la *mora* avait été de mettre cet esclave aux risques du débiteur, et qu'il y est resté après la stipulation conditionnelle ; donc celle-ci n'a pas eu pour résultat la *purgatio moræ*. En d'autres termes, la mise en demeure est passée de la première obligation à la seconde, mais n'a pas été purgée. Et ce qui prouve que c'est bien là l'idée de Vénuléius, c'est qu'elle est prévue par Marcellus qui ne l'admet cependant que dans un cas : *Marcellus purgari moram, nec in sequentem deduci obligationem, putat* (1). Il fallait bien que certaines personnes eussent pensé que la *mora* était déduite dans la seconde stipulation en la perpétuant après la perte de la chose due, pour que Marcellus, reproduit par Ulpien, prit soin de nous avertir que telle n'était pas sa pensée.

Voilà bien l'antinomie ; cependant on a essayé des conciliations. Pothier (2), supposant reçue la distinction de Marcellus, pense que Vénuléius se place dans un cas où l'esclave était absent à l'époque de la seconde stipulation. Mais d'abord le texte ne dit rien de cette circonstance, qu'il eût été si important de mettre en lumière, puisque la décision en dépendait ; en outre, nous avons vu que la distinction elle-même n'est pas admissible.

(1) L. 14, pr., D., *De nov.*

(2) *Pand. in nov. ord.*, t. de nov., n° 7.

Voët en propose une autre (1) : « Il n'y a aucune  
• antinomie entre Ulpien et Vénuléius; car celui-ci  
« affirmant qu'il y a novation dans la même espèce,  
« celle où l'esclave dû, après avoir été, depuis la de-  
« meure, l'objet d'une nouvelle stipulation condition-  
« nelle est mort *pendente conditione*, a voulu simple-  
• ment dire ceci : que par cette seconde stipulation  
« conditionnelle a été purgée la demeure qui était ré-  
« sultée de la première obligation. » Ainsi Vénuléius  
conclut, comme Marcellus et Ulpien, que la demeure  
est purgée; seulement il s'explique d'une manière  
elliptique, car il dit : *novatio quoque fiet*, et il sous-entend : en ce sens que la *mora* est purgée. S'il en était ainsi, il faudrait avouer que Vénuléius n'aurait pas eu toute la clarté désirable, et qu'il aurait beaucoup attendu de l'intelligence de son lecteur, surtout si l'on considère qu'aussitôt après il discute sur la novation véritable, celle des *correi stipulandi*. Mais, outre que cette signification donnée aux mots *novatio quoque fiet* est purement arbitraire, le reste du texte est inexplicable dans cette opinion. Pourquoi Vénuléius prend-il soin d'avertir que la condition s'est réalisée, *deinde conditio exstiterit*, s'il admet la *purgatio moræ*? Qu'importe, depuis la mort de l'esclave, l'arrivée de la condition? Désormais, la seconde obligation ne peut plus naître faute d'objet, et la première n'est pas novée; mais comme il y a *purgatio moræ*, le débiteur est libéré par la perte de la chose; aussi les autres

(1) *Ad Paul.*, l. de nov., n° 10.

textes ne s'occupent-ils plus de la condition ! Et que veulent dire également les mots *cum jam ex stipulatu obligatus es mihi*, placés après ceux-ci : *deinde conditio exstiterit* ? Puisqu'il n'y a plus de stipulation conditionnelle depuis la perte de l'objet, comment l'arrivée de la condition peut-elle obliger ? Ainsi, avec la conciliation, on crée un sous-entendu arbitraire et invraisemblable, et l'on se met dans l'impossibilité de rendre compte du texte. Si, au contraire, on reconnaît que Vénuléius n'admet pas la *purgatio moræ* par la stipulation conditionnelle, tout devient clair, et l'on rend raison de chaque mot sans rien omettre et sans rien sous-entendre. L'esclave meurt après la stipulation conditionnelle faite *post moram*, plus tard, la condition se réalise ; aussitôt *stipulatio committitur*, car il y a un objet, c'est l'estimation, puisque l'obligation est perpétuée par la *mora* ; et de la sorte, la novation a lieu même après la mort de l'esclave : *et si servus postea decesserit, deinde conditio exstiterit, cum jam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet*. Et si la condition ne s'était pas réalisée, mais était venue à défaillir, alors il n'y aurait pas eu novation, et l'estimation de l'esclave serait due en vertu de la première stipulation. Qu'on se reporte à ce que nous avons dit sur l'utilité d'une stipulation conditionnelle succédant entre les mêmes parties à une stipulation pure et simple, et l'on verra que Vénuléius, — à part l'intention de produire sur la *purgatio moræ* son opinion particulière — avait raison de montrer comment l'estimation de l'esclave pouvait être due, tantôt en vertu de la première, tantôt

en vertu de la seconde stipulation ; car cela n'est pas sans intérêt.

Nous repoussons donc la conciliation, et nous pensons d'une manière générale qu'il vaut mieux, dans l'intérêt de ces grands jurisconsultes, constater leurs divergences que vouloir les concilier à tout prix, et pour la plus grande gloire de Justinien. Que dire en effet d'un système qui consiste à les faire absoudre de l'accusation, si c'en est une, de n'avoir pas été toujours d'accord les uns avec les autres, pour les convaincre d'avoir écrit des phrases inintelligibles et pleines de périlleuses ellipses ?

Après avoir vu le cas où le débiteur était *in mora* au moment de la stipulation conditionnelle, nous pourrions nous demander s'il peut être mis *in mora* depuis cette stipulation. Mais nous nous réservons d'examiner cette question, avec le texte qui la fait naître, dans le chapitre suivant.

## CHAPITRE II.

### DE L'EXPROMISSIO.

Nous arrivons à la seconde espèce de novation, celle qui se produit par changement de débiteur. La stipulation faite *animo novandi* n'intervient plus entre les mêmes parties ; c'est une nouvelle personne qui promet et qui substitue son obligation à celle de l'ancien débiteur. Mais, pour qu'il y ait *expromissio*, il faut que

le tiers se soit obligé spontanément ; car, s'il avait été offert au créancier par l'ancien débiteur, il y aurait délégation.

L'*expromissio* se fait par le consentement du créancier et du nouveau débiteur ; il est clair, en effet, qu'on ne peut imposer à personne un nouvel obligé contre sa volonté. Mais elle peut se faire malgré l'ancien débiteur, car la novation est analogue au paiement : *Non tamen, si quis stipulatur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur ; liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiam si nolim* (1).

Labéon disait qu'on ne peut libérer un débiteur présent qui s'y refuse. Paul fait observer que la chose est possible au moyen de la substitution d'un débiteur faite *animo novandi*. Mais le créancier pourra-t-il, revenant sur ses intentions libérales, poursuivre ce nouveau débiteur ? Évidemment non. Le résultat serait trop contraire à la bonne foi et à l'intention des parties ; aussi le créancier devra-t-il faire *acceptilatio* au nouveau débiteur, ou bien, s'il l'actionne, il sera repoussé par l'exception de dol : *Quod etiam si acceptum non feceris, tamen statim, quod ad te attinet, res peribit ; nam et petentem te doli mali præscriptio excludet* (2). Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'intention du créancier soit manifeste, comme dans l'espèce ; et même, comme les libéralités ne se présumant pas, on doit être porté à croire que le débi-

(1) L. 8, § 5, D., De nov.

(2) L. 91, D., De sol. et liber. (40, 3).

teur est bien sérieusement tenu de la nouvelle obligation.

Mais le créancier pourrait recevoir le nouvel obligé sans pour cela vouloir que l'ancien cesse d'être tenu. Cela lui ferait une sûreté de plus. Sans doute la chose ne serait due qu'une fois, mais ce qu'il n'obtiendrait pas de l'un, il pourrait l'avoir de l'autre. Dans ce cas, le créancier a deux débiteurs d'une espèce toute particulière : l'un n'est pas débiteur principal et l'autre fidéjusseur, puisque la poursuite de l'un ne libère pas l'autre ; il n'y a pas davantage *duo rei promittendi* ; car cette seconde stipulation peut intervenir bien longtemps après la première, et non pas seulement après le *modicum temporis intervallum* et le *modicus actus* que permet Julien entre les deux réponses (1) ; et encore la poursuite de l'un ne libère pas l'autre. Il faut y voir, ce nous semble, un débiteur pur et simple, celui que choisira d'abord le créancier, et un débiteur conditionnel, celui qui sera actionné le second ; car il doit à condition que l'autre n'aura pas payé (2) ; à moins qu'il ne résulte formellement des mots employés que l'un d'eux est expressément le débiteur conditionnel, et l'autre le débiteur pur et simple : *Si ita fuero stipulatus, quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum fide jubes? Non fit novatio; quia non hoc agitur, ut novetur* (3). Ce texte nous fournit également le moyen de s'assurer s'il y a deux

(1) L. 6, § 3, D., De duob. reis (45, 2).

(2) L. 8, § 5, D., De nov.

(3) L. 6, pr., D., De nov.

obligations ou s'il y a novation. C'est, comme toujours, l'intention des parties à laquelle il faut s'arrêter; mais depuis Justinien, on n'admettra la novation que si elle est formellement exprimée.

Ainsi, pour rester dans le droit classique, c'est à l'intention des parties qu'il faut s'attacher, c'est elle qu'on doit interpréter. Par exemple, vous me devez un esclave, et Seius me doit dix : *Stipulor ab altero novandi causa ita, quod te aut Seium dare oportet*; il y a novation, puisque la chose est faite *novandi causa*. Mais de laquelle des obligations? Des deux, aussi bien de celle du débiteur qui a promis que de celle du débiteur étranger à la nouvelle stipulation, et qui est ainsi libéré. Il est vrai — et c'est sans doute ce qui avait fait naître une difficulté dans ce cas — que le créancier perd à l'opération et délivre pour rien l'un de ses débiteurs; car, au lieu d'une obligation conjonctive des deux choses, il n'y a plus qu'une obligation alternative de l'une ou de l'autre. Quoi qu'il en soit, Neratius décide : *utrumque novatur*, et il est approuvé par Paul, *quia utrumque in posterlorem deducitur stipulationem* (1).

Mais si j'ai stipulé de Tertius les dix que me doit Titius, ou bien les dix que me doit Seius, Marcellus (2) pense qu'aucun n'est libéré et que Tertius peut choisir celui pour lequel il veut payer. Celsus (3) donne la même décision, et il montre bien à la fin du texte

(1) L. 32, D., *De nov.*

(2) L. 8, § 4, D., *De nov.*

(3) L. 26, D., *De nov.*

que toutes les questions qui peuvent s'élever à cet égard ne se rapportent qu'à l'interprétation de la volonté des parties, à la recherche de l'*animus novandi*. De même Ulpien : *In duobus reis promittendi frustra timetur novatio..... cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituentur, neque ulla novatio fiet* (1).

Nous avons vu tout à l'heure qu'une seule stipulation pourrait en nover plus d'une, lorsqu'un seul débiteur promet ce que doivent deux ou plusieurs débiteurs. Peu importe, nous dit Gaius, que ces obligations aient des causes diverses (2); peu importe aussi que le débiteur promette une chose nouvelle, ou la chose même due par ceux que libère son obligation.

La promesse de l'*expromissor* que nous venons de supposer pure et simple, peut être conditionnelle; en ce cas la novation est en suspens jusqu'à l'arrivée de la condition. Si elle se réalise, la première obligation est novée et la seconde prend naissance; si elle vient à défaillir, la novation tombe avec elle, et l'ancienne obligation subsiste. On s'était demandé, en présence de ce résultat souvent contraire à l'intention des parties, si l'ancien débiteur actionné par le créancier ne pourrait pas lui opposer l'exception *pacti conventi*; on aurait fait produire ainsi à l'obligation conditionnelle qui a manqué de se former l'effet d'un pacte de remise. Gaius, après avoir incliné vers l'exception, la repousse formellement (3).

(1) L. 5, pr., D., *De duob. reis* (45, 2).

(2) L. 34, § 2, D., *De nov.*

(3) Comm. 5, § 179; L. 50, D., *De pactis* (2, 14). V. p. 26.

Supposons un débiteur, Titius, qui n'est pas en demeure de livrer la chose due, et un tiers, Seius, qui promet cette même chose sous condition ; se peut-il que le débiteur Titius soit mis en demeure et poursuivi *pendente conditione* ? Il semble bien que non ; car Titius cesse d'être tenu purement et simplement, et il n'est plus obligé que sous la condition contraire à celle de la stipulation de Seius ; le créancier, s'il l'actionnait, serait repoussé par la preuve de la stipulation conditionnelle, et, à cause de la plus-pétition *tempore*, il perdrait tout son droit, *rem amitteret*. En un mot, Titius ne peut être poursuivi, puisqu'il y a seulement espoir qu'il soit un jour débiteur : *spes est tantum debitum iri* ; ou encore le créancier est désormais créancier à terme incertain de Titius ou de Seius. Comment comprendrait-on un créancier poursuivant avant l'échéance du terme, qui est ici l'arrivée ou la défaillance de la condition, lorsque de plus ce créancier ignore quel sera son débiteur ? Et si Titius ne peut être actionné, il ne peut à plus forte raison être interpellé et mis en demeure. Paul nous dit : *Non enim in mora est is a quo pecunia propter exceptionem peti non potest* (1) ; et mieux encore Scévola : *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est* (2).

Cependant Julien donne la décision suivante : L'esclave que j'avais stipulé purement et simplement de Titius, Seius me l'a promis sous condition. Cet esclave

(1) L. 40, D., *De reb. cred.* (12, 1).

(2) L. 127, D., *De verb. oblig.* (45, 1).

est mort *pendente conditione* depuis la mise en demeure de Titius ; je pourrai aussitôt poursuivre Titius, et Seius ne sera pas obligé, quand même la condition viendrait à se réaliser (1). On remarque tout de suite que ce texte ne parle pas de l'*animus novandi*, ne suppose pas la novation par stipulation conditionnelle. Mais nous avons recherché dans Cujas (2) les passages où il parle de ce paragraphe ; et partout Cujas, et après lui Pothier (3), posent en fait qu'il y a novation, et ne soulèvent même pas un doute sur ce point. Aussi Cujas admet-il que Titius puisse dans le cas d'une novation par promesse conditionnelle, être mis *in mora* et poursuivi *pendente conditione* ; et pour cela, il soutient, en combattant Accurse, que l'obligation de l'ancien débiteur n'est pas devenue conditionnelle sous condition contraire à celle de Seius ; car les conditions ne se sous-entendent pas. Accurse, pour la trouver conditionnelle, s'était appuyé sur la décision formelle de la loi *Pecuniam, De rebus creditis* (4), à quoi Cujas répondait que les espèces n'étaient pas les mêmes ; car cette dernière loi prévoit une délégation. Mais, encore une fois, ni Cujas, ni Pothier, ni même Accurse, qui ne comprenait pas cette mise en demeure, ne voient ici autre chose qu'un cas de novation, et l'on peut ajouter que Julien y pense en écrivant, puisqu'il vient d'en parler dans le paragraphe précédent.

Malgré l'autorité de ces noms, nous nous refusons à

(1) L. 56. § 8, D., *De verb. oblig.* (45, 1).

(2) V. notamment Cujas, *Ad Julian.*, lib. 52, D., *ad hanc legem*.

(3) *Pand. in nov. ord.*, l. *De nov.*, n° 7.

(4) L. 56, D., *De reb. cred.* (12, 1).

voir une novation par stipulation conditionnelle dans le texte de Julien. Puisqu'il ne suppose pas l'*animus novandi*, nous ne devons pas le supposer davantage, et nous sommes en présence de deux débiteurs successifs, l'un pur et simple, l'autre sous condition, débiteurs de la même chose. Il n'y a ni *duo rei promittendi* ni fidéjussion conditionnelle; il y a deux obligations parfaitement distinctes. De la sorte, tout s'explique; on n'ajoute pas gratuitement au texte de Julien l'idée d'une novation, et il devient tout naturel que Titius soit mis *in mora*, et poursuivi *pendente conditione*, tandis que Seius, qui ne doit être obligé qu'autant que la condition sera réalisée, est libéré par la perte de la chose survenue sans sa faute.

Notre opinion nous paraît ainsi suffisamment établie, et nous pensons que le créancier ne pourrait pas poursuivre Titius ni le mettre en demeure *pendente conditione*, s'il y avait novation conditionnelle. S'il avait fallu combattre encore Cujas, nous aurions fait observer qu'il importe peu qu'Accurse ait eu raison ou tort de trouver conditionnelle sous condition contraire à celle de Seius, l'obligation de Titius; car il nous suffit — et ceci ne se peut nier — de montrer, pour établir notre manière de voir, que la créance est à terme et à débiteur incertain; comment poursuivre alors, et qui poursuivre? comment mettre en demeure et qui mettre en demeure? Enfin, Cujas, qui admet la *mora* dans le cas de l'*expromissio* est bien forcé par la loi *Pecuniam, D., De rebus creditis*, de la repousser dans le cas de la délégation. Si Seius, au lieu de promettre

conditionnellement, avait stipulé conditionnellement l'esclave, il y aurait eu deux créanciers de Titius, l'ancien qui a donné mandat à Seius de stipuler l'esclave sous condition, et le nouveau, Seius, l'un pur et simple, l'autre conditionnel. Cujas décide que l'ancien créancier ne peut poursuivre et mettre en demeure Titius *pendente conditione*, parce qu'il est devenu créancier sous la condition contraire à celle de Seius, dit la loi précitée ! Quelle est donc la raison pour distinguer entre le cas de deux créanciers et celui de deux débiteurs ? Pourquoi supposer ici sans témérité la condition contraire, et la repousser ailleurs ? Cujas n'en donne aucune raison, parce qu'en effet la différence n'existe pas.

Lorsque le débiteur pur et simple d'une chose l'a promise conditionnellement, *animo novandi*, nous avons dit qu'il en devient débiteur à terme incertain : c'est l'arrivée ou la défaillance de la condition qui fixera l'échéance et en même temps fera savoir en vertu de laquelle des deux obligations la chose est due. Cela étant, Paul se demande si la *condictio indebiti* appartiendrait à ce débiteur dans le cas où il aurait payé par erreur *pendente conditione*, et il répond que, dans l'opinion générale, ce recours lui est accordé, *quia, ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit*. Toujours dans l'opinion générale la même décision est donnée lorsque le débiteur conditionnel qui a fait la seconde promesse *animo novandi* n'est pas la même personne que le débiteur pur et simple. Mais Paul propose une distinction à notre avis fort raisonnable : qu'on admette la con-

*dictio indebiti* dans ce dernier cas où il y a changement de débiteur, rien de mieux ; car chacun des deux débiteurs, ne devant que sous condition, peut dire qu'il a payé l'indu, et par conséquent répéter. Lors, au contraire, que c'est la même personne, il est certain qu'elle devra, puisque son obligation est à terme et non plus conditionnelle, et l'on ne s'explique plus la répétition : *Sed hoc dissimile est : in stipulatione enim pura et conditionali, eundem debiturum certum est* (1). Cette distinction entre l'obligation à terme et l'obligation conditionnelle, quant à la répétition des choses payées *pendente die aut conditione*, résulte encore d'un texte de Pomponius, à la condition de lire à la fin : *die pendente non repetitur*, au lieu de *die existente*. Avec cette dernière version le texte n'a aucun sens ; car l'antithèse que veut poser Pomponius n'existe plus (2).

L'*expromissio* produit les effets extinctifs de la novation ordinaire. Ainsi les fidéjusseurs sont libérés : *Novatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt* (3).

Les hypothèques qui garantissaient l'ancienne créance ne sont pas davantage reportées sur la seconde. Si nous supposons que les biens hypothéqués appartenaient à des tiers au moment de la novation,

(1) L. 60, § 1, D., *De cond. indeb.* (12, 6).

(2) L. 16, pr., et § 1, D., *De cond. indeb.* (12, 6). Cujas. In lib. 2 *Quest. Pauli, Ad leg. 60, De cond. indeb.*

(3) L. 1, C., *De fid. et mand.* (8, 11).

rien n'est plus naturel; il aurait fallu leur adhésion pour que l'hypothèque ne disparût pas avec l'ancienne créance.

Si la chose hypothéquée est celle de l'ancien débiteur, il est possible évidemment de reporter par une convention l'hypothèque sur la nouvelle créance, avec l'ancien rang, jusqu'à concurrence du montant de la première. Mais cela peut-il se faire sans le consentement de l'ancien débiteur, en dehors de lui, comme l'*expromissio* elle-même? On a cru trouver la réponse négative à cette question dans le texte suivant de Paul : *Paulus respondit: Si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset, ita ut a prima obligatione in universum discederetur, rursus eadem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse* (1). Mais, comme on l'a souvent fait remarquer (2), la réponse de Paul est étrangère à la question, puisqu'il suppose justement qu'on avait stipulé dans l'intention de novar de telle sorte que l'ancienne obligation fût complètement écartée. On ne voulait donc rien réserver, et Paul décide qu'on ne peut faire revivre, *rursus*, sans le consentement du débiteur des hypothèques qu'on a éteintes. Ainsi l'on tirerait plutôt de ce texte un argument *contrario* pour décider que les hypothèques peuvent être réservées sans le consentement de l'ancien débiteur; on pourrait même ajouter qu'il gagne encore à l'*expromissio* malgré la réserve des hypothèques; car,

(1) L. 30, D., *De nov.*; Pothier, *Traité des obligations*, n° 599.

(2) Toullier, t. 7, n° 312 et 313; M. Bugnet sur Pothier, t. 2, n° 599, 361; M. Demangeat, *op. cit.* p. 48.

au lieu d'être tenu et par l'action personnelle et par l'action réelle, il est libéré de la première, et n'a plus à craindre que la seconde. Mais en raisonnant ainsi, on oublierait que, si l'hypothèque est du domaine du droit prétorien, qui se prête à l'équité, il n'en est pas de même de la stipulation par laquelle se fait la novation. Elle a un effet rigoureux et absolu, celui d'éteindre l'obligation avec tous ses accessoires civils ou prétoriens; et tout ce qu'on accorde à raison justement de l'équité, c'est la réserve des hypothèques par convention spéciale. Aussi l'empereur Gordien se prononce-t-il pour l'opinion négative dans la question posée, et décide-t-il que, dans l'*expromissio*, les hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent garantir la nouvelle que du consentement de l'ancien débiteur (1) : *Pignus intercidit, si novatione facta in alium jus obligationis transtulisti, nec ut ea res pignoris nomine teneretur cautum est*. Le rescrit suppose ensuite que le nouveau débiteur est devenu propriétaire du fonds, et il décide que, dans ce cas-là, un pacte intervenu entre lui et le créancier peut transmettre les hypothèques de l'ancienne créance à la nouvelle. Cela se comprend puisque l'ancien débiteur est complètement en dehors.

Les conditions de capacité sont les mêmes dans l'*expromissio* que dans la novation ordinaire. Cependant la femme ne pourrait ainsi substituer son obligation à celle d'un tiers sans faire une *intercessio* prohibée par le sénatus-consulte Velléien. Si elle s'est

(1) L. 1, C., *Etiam ob chir.* (8, 27). V. M. Demangeat, *op. cit.*, p. 49.

portée *expromissor*, elle repoussera donc le créancier par l'exception tirée du sénatus-consulte, ou bien elle répétera par la *condictio indebiti* ce qu'elle aurait payé par ignorance de la disposition qui la protège. Au reste, cela n'empêche pas la première obligation d'être novée. Mais le préteur vient au secours du créancier en lui rendant l'ancien débiteur : *et a prætore restituitur prior debitor creditori* (1). Pourquoi le préteur vient-il au secours de ce créancier ? En stipulant d'une femme, n'a-t-il pas su à quoi il s'exposait ? Et le préteur ferait-il revivre l'ancienne obligation, si le nouveau débiteur était un pupille non autorisé ?

Il nous reste à voir quel sera le recours de l'*expromissor* contre celui qu'il a libéré. S'il n'a promis qu'après en avoir reçu mandat exprès ou tacite, il aura contre lui l'action *mandati contraria*. S'il s'est obligé à l'insu de l'ancien débiteur, il aura l'action *negotiorum gestorum contraria*. On pourrait la lui accorder également s'il s'est obligé dans l'intérêt du créancier et pour calmer ses inquiétudes ; car cela ne l'empêche pas de faire l'affaire de l'ancien débiteur. Mais s'il a agi malgré le débiteur, ou par esprit de libéralité, ou si le créancier a stipulé de lui seulement pour libérer le débiteur, il n'aura aucun recours.

Nous avons supposé jusqu'ici que le nouveau débiteur est libre d'engagements à l'égard de l'ancien. Mais, pratiquement, on comprend que ce soit chose rare ; les hommes ne sont pas enclins à s'obliger ainsi

(1) L. 16, § 1, D., *Ad. sen. Vell.* (16, 1).

à la place d'autrui. Aussi presque toujours y aura-t-il entre les débiteurs successifs un lien d'obligation. Alors, de deux choses l'une : ou le nouveau débiteur, qui est obligé lui-même envers l'ancien, aura promis au créancier de celui-ci, sans mandat à cette fin ; dans ce cas, il contractera une nouvelle obligation, mais ne sera pas déchargé de l'ancienne ; seulement, comme il a libéré son créancier, s'il est encore poursuivi par lui, il se défendra victorieusement, depuis Marc-Aurèle, par l'*exceptio doli* ; ou bien le nouveau débiteur s'obligera sur le mandat de son propre créancier ; et, dans ce cas, il y aura délégation.

### CHAPITRE III.

#### DE LA DÉLÉGATION.

*Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit* (1) : déléguer, c'est donner de son propre mouvement un débiteur nouveau à son créancier ou à la personne désignée par celui-ci. De cette définition il résulte que le délégant est l'ancien débiteur qui en offre un autre à sa place ; ce nouveau débiteur est le délégué ; enfin on appelle délégataire le créancier qui change de débiteur. On voit aussi que la délégation peut se faire au profit d'une personne que le créancier désigne comme devant le remplacer.

(1) L. 11, pr., D., De nov.

La délégation était pratiquement fort usitée pour plusieurs motifs. Elle est d'abord un moyen de simplifier les rapports d'obligation qui peuvent exister entre plusieurs personnes ; c'est le plus souvent un débiteur qui est délégué par son créancier au créancier de celui-ci ; de sorte que, par une seule stipulation, on éteint et l'on remplace deux obligations : celle du délégué à l'égard du délégant, et celle du délégant à l'égard du délégataire. La définition nous montre même un cas où trois obligations peuvent être ainsi éteintes et remplacées par une seule. Il nous faut supposer que la personne désignée par le créancier est elle-même créancière de ce créancier ; il y aura alors une double délégation, et le nouveau débiteur sera délégué à la fois par son créancier et par le créancier de celui-ci.

Lorsque le délégué est débiteur du délégant, la délégation nous offre tout à la fois l'exemple de la novation par changement de créancier, et de la novation par changement de débiteur ; car le délégué change de créancier, puisqu'au lieu de rester l'obligé du délégant, il devient celui du délégataire, et le créancier délégataire, au lieu de conserver pour débiteur le délégant, reçoit à sa place le nouveau débiteur délégué.

Un autre avantage pratique de la délégation, c'est qu'elle était à Rome le seul moyen véritable de transporter une créance d'une personne à une autre. Les modes reçus pour le transport de la propriété ne s'appliquent pas, nous dit Gaius, aux obligations quelles qu'elles soient : *Non quod mihi ab aliquo debetur, si id*

*velim, tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possumus; sed opus est, ut, jubente me, tu ab eo stipuleris; quæ res efficit ut a me liberetur, et inciplat tibi teneri; quæ dicitur novatio obligationis (1).* Cependant on se servait aussi de la cession d'actions, et Gaius nous l'indique : *Sine hac vero novatione, non poteris tuo nomine agere, sed debes in persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri (2).* Mais on voit qu'il y a là une voie indirecte, et que la créance n'est pas en réalité transportée d'une personne à une autre; c'est la même obligation mise en jeu, non plus par le créancier, mais par un tiers qui a été constitué *cognitor* ou *procurator*. Quoique ce *procurator* n'ait pas de comptes à rendre, qu'il soit *procurator in rem suam*, c'est néanmoins au nom du cédant qu'il agit. De son chef il n'a jamais eu, en droit romain, qu'une action utile, et le débiteur peut toujours lui opposer les exceptions qu'il aurait eues contre le cédant. Nous verrons, en étudiant les effets de la délégation, qu'il n'en est pas ainsi du délégué, et nous noterons en outre au passage d'autres différences entre la délégation et la cession d'actions.

*Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem (3).* Ainsi la délégation peut se faire de deux manières. Voyons d'abord ce qui concerne la stipulation. Le débiteur délégué doit promettre au créancier délégataire; rien ne peut le con-

(1) Comm. 2, § 38.

(2) Comm. 2, § 39.

(3) L. 11, § 1, D., De nov.

traîdre à prononcer les paroles de la stipulation : *Nec creditoris creditori quisquam invitus obligari solet* (1). En cas de refus du débiteur, le créancier pourra céder sa créance, et constituer son propre créancier *procurator in rem suam* : *Nominis autem venditio, et ignorante, vel invito eo adversus quem mandantur actiones contrahi solet* (2). Voilà encore une différence entre la délégation, d'une part, et l'*expromissio*, et la cession de créances, d'autre part ; ni l'une ni l'autre de ces dernières opérations n'exige le consentement du débiteur dont l'obligation est éteinte ou cédée. Il ne faut ici que deux consentements, il en faut trois dans la délégation.

Le délégant donne un double mandat : au délégataire de stipuler du délégué, au débiteur délégué de promettre au délégataire. Chacun de ces mandats est parfait par le seul consentement des parties : *delegare scriptura, vel nutu, ubi fieri non potest, debitorem suum quis potest* (3). Le créancier et le débiteur à déléguer pourraient même prendre les devants, et, en l'absence du délégant, stipuler et promettre. La ratification postérieure équivaldrait au mandat (4), et l'obligation serait novée, *rati enim habitio mandato comparatur*.

Il faut ensuite, entre le délégataire et le délégué, une stipulation valable et faite *animo novandi*. De-

(1) L. 6, C., *De nov.*

(2) L. 1, C., *De nov.*

(3) L. 17, D., *De nov.*

(4) L. 12, § 4, D., *De sol. et lib.* (46, 3).

puis Justinien, ici comme dans la novation proprement dite, il faut que l'intention de nover soit formellement exprimée, et l'on ne pourra plus l'induire des circonstances. La constitution, en effet, prévoit la novation par changement de débiteur : *si quis aliam personam adhibuerit* (1), dont la délégation n'est qu'une espèce. Si l'opération est faite *sine animo novandi*, le créancier aura deux obligés.

La nouvelle stipulation peut être conditionnelle, et alors nous dirons, en appliquant les principes ordinaires, que la délégation est en suspens jusqu'à l'arrivée de la condition; car, si elle se réalise, l'ancien débiteur sera libéré par la novation, et si elle vient à défaillir, l'ancienne obligation subsistera. Jusqu'à l'arrivée ou la défaillance de la condition, aucun des deux débiteurs ne peut être poursuivi sans plus-pétition; car, pour chacun d'eux, *spes est tantum debitum tri*; chacun doit conditionnellement : le nouveau sous la condition exprimée à la seconde stipulation, l'ancien sous la condition contraire. Nous avons vu plus haut qu'il en est ainsi dans l'*expromisso*, et que Cujas distinguait mal à propos, à l'égard de cette obligation sous condition contraire, la novation par changement de débiteur de la novation par changement de créancier. En effet, dans la délégation, on peut voir tout aussi bien l'une que l'autre de ces deux novations (2).

**Le délégué peut n'être pas toujours le débiteur**

(1) L. 8, C., *De nov.*

(2) L. 36, D., *De reb. cred.* (12, 1).

délégant, et promettre par esprit de libéralité, *donare volens* (1). Toute personne capable de nover une obligation en stipulant peut d'ailleurs jouer le rôle de délégant ou de délégataire, et ceux qui novent en promettant peuvent jouer celui de délégué. Cependant nous aurons à étudier spécialement les effets du sénatus-consulte Velléien, quant aux délégations où figure une femme

L'objet de l'ancienne ou de la nouvelle obligation importe peu en général; il peut être le même, ou être différent. Dans ce dernier cas, c'est au créancier à voir s'il veut accepter et changer l'objet de sa créance. Cependant, si l'objet est d'une nature telle qu'il ne puisse être acquis au nouveau créancier, la novation ne se produira pas. Ulpien (2) suppose qu'une personne me doit un usufruit; je vous délègue ce débiteur; mon obligation ne sera pas novée, et cela se comprend; comme il s'agit d'un droit viager, autre chose est l'usufruit à constituer sur la tête de Primus, autre celui qui reposerait sur celle de Secundus. Cependant il nous semble que, si telle était l'intention des parties, rien ne pourrait empêcher la novation, même dans ce cas. Le débiteur, qui devait créer un usufruit à Primus; accepte de le créer au profit du Secundus, et répond à la stipulation de celui-ci *animo novandi*. C'est un jeu auquel il peut gagner, si Primus vit plus que Secundus, auquel il peut perdre dans le cas contraire; et Secundus est aussi capable

(1) L. 53, D., De noc.

(2) L. 4, D., De nov.

que Primus de recevoir sur sa tête un usufruit non encore constitué. Quoi qu'il en soit, Ulpien n'admet pas la novation; alors il semblerait que l'usufruit dût être créé au profit de Primus, comme si la délégation n'avait pas eu lieu, et que le seul effet qu'on pourrait faire produire à cette délégation serait d'attribuer à Secundus jusqu'à sa mort ou jusqu'à celle de Primus la jouissance de l'usufruit de ce dernier. Il n'en est rien cependant, et l'usufruit sera constitué sur la tête de Secundus comme s'il y avait novation. Seulement, si Primus demandait aussi l'usufruit, il serait repoussé par l'exception de dol. Mais supposons Secundus mort; Primus, toujours créancier de l'usufruit, pourra-t-il forcer le débiteur à le créer de nouveau? Non, répond Ulpien; il y aura encore lieu à l'exception de dol; car, si le débiteur gagne dans cette hypothèse, il aurait perdu si Secundus avait survécu à Primus; de sorte qu'en fait, tout se règle comme s'il y avait eu novation : *et hæc eadem dicenda sunt in qualibet obligatione personæ coherenti.*

La délégation avait lieu non seulement par stipulation, mais encore *per litis contestationem* : c'est ce qui arrivait lorsque le débiteur poursuivi constituait un *procurator in rem suam*. Le créancier pouvait également constituer un *procurator in rem suam*; mais nous avons vu que c'était une cession de créance, opération bien différente de la délégation; la *condemnatio* sera au nom du *procurator* dispensé de rendre compte.

Enfin nous avons dit jusqu'ici que le consentement de trois personnes était nécessaire dans la délégation;

ce qui fait qu'elle est, en principe, volontaire de leur part. Cependant il y a un cas où elle est forcée. Un créancier a deux débiteurs tenus *correaliter, duos reos promittendi*, qui ne sont pas associés; il fait à chacun legs de libération, *damnaverit heredem ut utrosque liberet*; mais l'un ne peut pas *capere* d'après les lois caducaires; son legs tombe, et le *correus* qui est *pater*, et, comme tel, a le *jus vindicandi caduca*, non-seulement reçoit la disposition faite en sa faveur, mais doit profiter encore de la caducité du legs du *caelebs*. Pour cela, il faut que l'héritier délègue ce dernier au *pater* : *Delegari debet is qui nihil capit et cui hoc commodum lege competit* (1). Voilà bien une délégation forcée, et le nouveau créancier aura tout à la fois sa propre libération et l'obligation de son ancien *correus*, dont le legs est devenu caduc.

Nous pouvons maintenant entrer dans l'examen des effets produits par la délégation, soit lorsque le délégant est le débiteur du délégataire, et que l'opération est à titre onéreux, soit lorsque le délégant fait une donation au délégataire auquel il ne doit rien. Dans le premier cas, il y a, par ce seul fait de la délégation, deux novations produites, si le délégué est débiteur du délégant, et deux obligations remplacées par une troisième. Comme le nouveau créancier était étranger à l'obligation existant entre le délégant et le délégué, comme il ne connaît pas la nouvelle créance qu'il vient d'acquérir, il en résulte que le délégué ne peut, en

(1) L. 29, D., *De liber. leg.* (34, 3).

principe, lui opposer les exceptions qu'il aurait eues contre le délégant : *Doli exceptio quæ poterat deleganti opponi cessat in persona creditoris cui quis delegatus est : Idemque est et in cæteris similibus exceptionibus.* Il serait inique de s'armer contre le créancier de faits passés entre le délégué et le délégant, faits qu'il n'a pu connaître, ou que la discrétion lui faisait un devoir de paraître ignorer : *Aut enim si sciat, dissimulare debet ne curiosus videatur* (1).

Si donc un débiteur a, par des manœuvres frauduleuses, entraîné une personne à promettre pour lui, *animo novandi*, l'exception de dol ne sera pas opposable au créancier qui n'en est pas l'auteur, et qui a reçu son dû : *Nihil dolo creditor facit, qui suum recepit* (2). Il en serait autrement dans le cas de violence à cause de la nature particulière de l'exception qu'elle procure ; cette exception est *in rem* et peut être opposée non-seulement à l'auteur de la violence, mais encore à toute personne qui se prévaut de l'acte qu'elle détermine : *Ut non inspiciamus, an is qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit* (3). Revenant à l'exception de dol, nous dirons que, si la femme a par des manœuvres délégué son débiteur à son mari pour payer la dot, il ne sera pas permis à ce débiteur d'exciper du dol de la femme, parce qu'autrement le mari serait trompé en ayant une femme sans

(1) L. 19, D., De nov.

(2) L. 120, D., De reg. jur. (50, 17).

(3) L. 4, § 33, D., De dol. mal. et met. exc. (46, 4).

dot : *Sed et si mulier post admissum dolum debitorem suum marito in dotem delegaverit, idem probandum erit de dolo mulieris non esse permittendum excipere; ne indotata fiat* (1). Si le mariage était dissous, on devrait décider que l'exception est opposable, car le mari ne demanderait plus pour lui, mais pour sa femme, l'auteur du dol, à laquelle il va restituer la dot.

La même règle s'applique aux autres exceptions : *Idemque erit et in cæteris similibus exceptionibus, imo et in ea quæ ex senatus-consulto filiofamilias datur*. En effet, le *mutuum* fait au fils de famille est contraire aux prescriptions du sénatus-consulte Macédonien, mais la délégation de l'emprunteur faite par le prêteur et acceptée par le créancier de celui-ci ne le viole pas : *Quia nihil in ea promissione contra senatus-consultum fit* (2). Il en serait autrement de la femme qui se serait obligée contrairement au sénatus-consulte Velléien; elle pourrait opposer l'exception au délégataire; car *intercedere*, s'obliger pour autrui est justement ce qui lui est défendu : *Nam et in secunda promissione intercessio est* (3).

L'exception de la loi Cincia ne pourra pas non plus être opposée au créancier auquel le donateur a été délégué : *Si eum qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus me petentem uti exceptione; quoniam creditor suumpetit* (4).

(1) L. 4, § 21, D., *De dol. mal. et met. exc.* (44, 4).

(2) L. 19, D., *De nov.* Voir cependant Ulpien, L. 7, § 6, D., *De senat. cons. (14, 6)*; et M. Machelard, *op. cit.*, p. 125 et seq.

(3) L. 19, D., *De nec.*

(4) L. 4, § 5, D., *De dol. mal. et met. exc.* (44, 4).

De même le donateur actionné par le donataire n'aurait été condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés, *quatenus facere potuisset*; s'il est délégué par le donataire, il ne pourra user de ce bénéfice contre le créancier : *Creditor autem debitum persequitur* (1). Si une femme avait délégué un donateur à son mari en paiement de sa dot, donnerions-nous la même décision, et dirions-nous que le donateur sera condamné pour le tout, et non *quatenus facere potest*? Paul est précisément consulté sur la question : *Quid de eo qui pro muliere, cui donare volebat marito ejus dotem promiserit?* Et il répond : Le créancier ne peut être repoussé par aucune exception, et le mari est dans la même situation : *Cui similis est maritus* (2). Ainsi le donateur ne jouira pas du bénéfice de compétence, parce que le mari est un créancier comme un autre, à titre onéreux, puisqu'il reçoit la dot pour subvenir aux charges du mariage (3). Mais si l'on voulait dire que le mari est délégataire à titre gratuit, cela ne changerait pas la décision que nous venons de donner; car nous la retrouvons dans une espèce où il y a donation de tous les côtés : Primus veut donner à Titius, lequel veut donner à Secundus; cela étant, Secundus stipule de Primus sur la délégation de Titius; Primus sera condamné *in solidum*, non *in id quod facere potest*; et la raison est que Secundus n'est pas donataire de Primus qu'il poursuit, mais bien de Titius : *Quia nihil Primus*

(1) L. 33, D., *De nov.*

(2) L. 41, pr., D., *De re jud.* (42, 1).

(3) L. 25, § 1, D., *Quæ in fraud.* (42, 8).

*Secundo a quo convenitur donavit* (1). De toute manière le mari n'a donc pas à craindre l'exception du donateur de sa femme.

Cependant Ulpien paraît donner une décision contraire : il suppose que le promettant de la dot s'est obligé *non ex necessitate, sed ex voluntate*, qu'il est donateur de la femme, et il dit qu'on doit pour la restitution épargner le mari, qui ne l'a pas poursuivi avec rigueur ; du reste, il n'aurait obtenu de condamnation que dans la mesure des facultés de ce donateur : *Hoc enim divus Plus rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere poterunt, condemnandos*. Ainsi, poursuivi même par le mari, le donateur de la femme aurait, d'après Ulpien, l'exception du rescrit d'Antonin le Pieux (2).

Cujas a essayé de concilier ces deux décisions contraires (3) : d'après lui, Ulpien dirait que la femme doit excuser la négligence du mari, parce qu'elle-même n'aurait en poursuivant obtenu de condamnation que jusqu'à concurrence des facultés de son donateur ; mais il est arbitraire de faire passer Ulpien du mari à la femme dans la même phrase sans prévenir le lecteur ; aussi préférons-nous dire qu'Ulpien propose ici un tempérament d'équité ; la dot doit être un jour rendue à la femme ; c'est comme si elle lui était acquise dès à présent à cause de l'intérêt qu'elle y a ; il est donc équitable que le mari se conduise envers le dona-

(1) L. 33, § 3, D., *De don.* (29, 3).

(2) L. 33, D., *De jur. dot.* (23, 3).

(3) *Observ.* 12, 17.

teur comme la femme elle-même, et que l'exception lui soit opposée; enfin la femme ne doit pas gagner à ce que les choses données, au lieu de lui arriver directement et de suite, lui parviennent par son mari, et après le mariage.

Il se peut que mon débiteur me délègue comme étant son propre débiteur quelqu'un qui ne lui doit rien en réalité; cette personne ne pourra néanmoins m'opposer d'exception, pas plus que le véritable débiteur qui en avait une contre le délégant : *Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit* (1). Et cela se conçoit; car le créancier n'a pas à s'entremettre dans les relations du délégant et du délégué, et à rechercher s'il existe ou s'il n'existe pas entre eux des liens d'obligation. De même, si la femme a délégué au mari un faux débiteur; *hic exceptio doli mali uti non potest; maritus enim suum negotium gerit* (2). Il ne faut pas que le mari soit trompé, et qu'il ait une femme sans dot. Cela est vrai si le mari poursuit pendant le mariage; mais si c'est après la dissolution, on pourrait lui opposer l'exception jusqu'à concurrence de ce qu'il devrait rendre à la femme; *sed, si soluto matrimonio, maritus peterit, in eo duntaxat exceptionem obstare debere quod mulier receptura esset* (3).

Dans tous ces cas que nous venons de parcourir, où le délégué ne peut opposer au créancier délégataire les exceptions qu'il aurait eues contre le délégant, il

(1) L. 13, D., De noc.

(2, 3) L. 9, § 1, D., De cond. caus. (12, 4).

sera obligé de payer, et nous devons rechercher quel recours il aura pour se faire indemniser. Paul distingue (1) : si le délégué connaissait l'exception qui le protégeait, il n'aurait pas dû répondre à l'interrogation du délégataire, et, en y répondant, il devient donateur et fait remise de l'exception. S'il a promis dans l'ignorance de cette exception, il ne pourra certes pas l'opposer au créancier, mais il aura un recours contre le délégant : la *condictio certi*, s'il a payé ; s'il n'a pas payé, la *condictio incerti* pour se faire libérer. En outre, c'est comme mandataire du délégant qu'il a promis ; lorsqu'il aura exécuté le mandat, il aura donc l'action *mandati contraria*, mais évidemment sans pouvoir la cumuler avec la *condictio* ; il ne pourra en exercer qu'une, celle qu'il voudra.

Jusqu'ici nous avons supposé le délégataire créancier du délégant, en recevant à titre onéreux la nouvelle créance. Mais il se peut que le délégant veuille faire donation au délégataire et lui procurer une promesse sans aucun équivalent. Dans ce cas, les exceptions du délégué contre le délégant pourront être opposées au nouveau créancier *qui certat de lucro captando*, tandis que le délégant *certat de damno vitando* ; et non-seulement Julien lui permet d'user de l'exception, mais encore il lui donne la *condictio incerti* pour se faire faire *acceptilatio* par le délégataire (2) ; *et habet hæc sententia Juliani humanitatem*, ajoute Ulpien (3).

(1) L. 12, D., *De nov.*

(2) L. 2, §§ 3 et 4, D., *De don.* (29, 5).

(3) L. 7, § 1, D., *De dol. et met. exc.* (46, 4).

Une dernière question nous reste à examiner, celle de savoir qui supportera les risques de l'insolvabilité du délégué? S'il n'est pas payé, le délégataire aura-t-il recours contre le délégant? Non évidemment. Il aurait dû, pour recourir contre le délégant, le conserver pour débiteur, et ne pas stipuler *animo novandi* du délégué; il a échangé l'ancienne obligation contre la nouvelle avec ses chances bonnes ou mauvaises; il ne doit avoir aucune action contre son ancien débiteur. Papinien applique le principe au cas d'éviction de la chose hypothéquée : *Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit, evictis pignoribus, quæ prior creditor accepit, nullam actionem cum eo qui liberatus est, habebit* (1).

Par exception à ce principe, le délégataire aura l'*actio mandati contraria* contre le délégant, lorsqu'il n'aura accepté la délégation qu'aux risques et périls du délégant. C'est un cas de mandat dans l'intérêt du mandant et du mandataire : *Vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget in id quod tibi debuerat* (2). Mais, pour user utilement de cette action, il faudra que le délégataire n'ait pas à s'imputer à lui-même de n'avoir pas été payé à cause de la négligence qu'il a apportée dans la poursuite du débiteur (3).

Par exception également, le délégataire aurait re-

(1) L. 68, § 1, D., *De evict.* (21, 2).

(2) Inst., lib. 5, t. 26, § 2; LL. 22, § 2, 45, § 7, D., *Mand. vel contra* (17, 1).

(3) L. 25, D., *De reb. cred.* (12, 1).

cours contre le délégant, si celui-ci n'avait obtenu sa libération que par des manœuvres frauduleuses pratiquées pour faire accepter le nouveau débiteur ; dans ce cas, il y aurait lieu à l'action de dol.

Une troisième exception était peut-être admise dans le cas d'une délégation faite au mari par la femme en paiement de la dot. On comprend en effet que, si le mari n'a aucune négligence à se reprocher dans le recouvrement de la créance déléguée, les risques de l'insolvabilité du débiteur soient à la charge de la femme : le mari n'a pas, comme un délégataire ordinaire, accepté les chances favorables ou non d'une nouvelle créance à la place d'une autre. C'est la délégation qui le rend créancier d'une chose qu'il aura plus tard à restituer, et il prend la dot comme sa femme la lui donne. Aussi Ulpien résume-t-il sa doctrine sur ce point par ces paroles empruntées à Sabinius : *Quod alius, scilicet donaturus ejus periculo ait, cui acquiritur ; adquiri autem mulieri accipiemus ad quam rei commotum respicit* (1). Ce qu'un étranger, un donateur, par exemple, promet à titre de dot est aux risques de celui qui profite de la donation, c'est-à-dire de la femme. C'est bien là l'espèce de la délégation, et il importe peu, si ce n'est pour le rescrit d'Antonin le Pieux, que le délégué soit donateur ou débiteur de la femme.

De même, Julien suppose, dans un pareil cas de délégation faite à un mari, que celui-ci fait acceptation. Comme il est dès lors censé avoir reçu paiement,

(1) L. 33, in fine, D., De jur. dot. (23, 3) ; LL. 35, 49, eod. tit.

il devra toujours restituer à la femme. Mais, *si acceptum non fuisset, et promissor solvendo esse desisset, quæremus an culpa mariti ea pecunia exacta non esset?* Ainsi, sans l'acceptilation, on rechercherait, en cas d'insolvabilité du promettant, s'il n'y avait pas eu quelque faute commise par le mari. Pourquoi cela, si les risques étaient à sa charge, et s'il devait restituer dans tous les cas ? C'est donc que, pour Julien, l'insolvabilité sera supportée par la femme, s'il n'y a pas eu négligence du mari (1).

Cependant on s'appuie sur certains textes pour soutenir que, dans le cas qui nous occupe, les Romains n'avaient pas admis d'exception à la règle générale ci-dessus posée. C'est d'abord Paul, qui suppose une dot promise sous condition par le débiteur de la femme : ce débiteur devient insolvable ; à la charge de qui sont les risques ? A celle de la femme, si le débiteur est devenu insolvable avant l'arrivée de la condition, avant que le mari ait été réellement créancier ; à la charge du mari si le débiteur était, au moment de la promesse, dans un état d'insolvabilité connu de lui, parce qu'alors le mari a reçu la créance telle quelle. On peut voir là une convention spéciale. Paul considère le mari comme s'étant, dans l'espèce, chargé des risques en acceptant sans observation la promesse d'un homme insolvable. Mais le principe posé au texte est, en somme, que les risques sont à la charge de la

(1) L. 49, D., *De jur. dot.* (25, 5).

femme pour une insolvabilité survenue depuis la promesse, et c'est le point important (1).

On argumente aussi d'un fragment dans lequel Ulpien rapporte l'opinion de Pomponius qui ne permet pas au mari de convenir qu'il sera seulement tenu du dol quant à la dot. Et cependant, il lui est permis de convenir que la créance contre le débiteur qui a promis la dot ne sera pas à ses risques. Une pareille convention serait, dit-on, superflue si l'insolvabilité devait atteindre la femme et non pas le mari. Celui-ci n'aurait pas à s'en préserver. Cet argument serait très-probant, si tout aussitôt Pomponius n'ajoutait pas : Il est également possible de convenir que la dot sera au péril de la femme ; ou, en sens inverse, que la dot qui est au péril de la femme sera à celui du mari. Ce texte ne prouve donc rien. Pomponius oppose des exemples de pactes plus ou moins utiles, mais permis, à un pacte que le mari ne peut faire *propter utilitatem nubentium* (2). Mais nous avons cité plus haut un passage d'un autre texte d'Ulpien, où il met à la charge de la femme l'insolvabilité d'un promettant donateur. Immédiatement avant, Ulpien supposait un débiteur, et il disait : *Quod debitor, id viri esse*, ce que promet un débiteur est aux risques du mari. C'est évidemment du débiteur de la femme et d'une délégation qu'il s'agit ; donc Ulpien donne les deux décisions contraires, suivant qu'il est en présence d'un débiteur ou d'un donateur de la femme (3).

(1) L. 51, § 5, D., *De jur. dot.* (25, 5).

(2) L. 6, D., *De pact. dot.* (25, 4).

(3) V. M. Pellat, *Comm. De jur. dot.*, p. 169 et seq.

De tout cela il paraît résulter qu'on ne peut pas tirer des textes du Digeste une décision bien nette sur le point de savoir si c'est le mari ou si c'est la femme sur qui retombe l'insolvabilité du débiteur ou du donateur qu'elle a délégué à son mari à titre de dot. Mais l'opinion qui paraîtrait la plus équitable serait d'admettre, par une troisième exception à la règle, que la femme déléguant, et non le mari délégataire, doit supporter les risques de l'insolvabilité du délégué, sauf le cas de négligence du délégataire (1).

*Paragraphe relatif aux délégations où figure une femme.*

Nous avons réservé l'examen des questions que pouvait faire naître le sénatus-consulte Velléien quant aux délégations consenties par les femmes. Ce sénatus-consulte rendu l'an 799 de la fondation de Rome, 46 ans après Jésus-Christ (2), défendait aux femmes de s'obliger pour autrui, de se porter *intercessores*. Il généralisait ainsi une défense qui datait d'Auguste par laquelle il était défendu aux femmes d'obliger leur chose pour leurs maris, et dans l'intérêt de leurs maris. Ulpien, avant de commenter les termes

(1) On pourrait dire, pour tout concilier, que la dot est aux risques de la femme, en ce sens que le mari la lui rendra telle qu'elle se trouvera au moment de la restitution, sauf les cas de négligence. Mais, d'autre part, elle est aux risques du mari, en ce sens que si, par exemple, il a reçu un *nomen* contre un insolvable, il ne pourra pas exiger un supplément de dot pour remplacer cette créance, et devra se résigner à avoir une femme *minus dotata*.

(2) M. Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain*, p. 60.

du sénatus-consulte, en loue grandement la sagesse : *Quia opem tulit mulieribus, propter sexus imbecillitatem, multis hujusce modi casibus suppositis, atque obiectis* (1). Le but de la disposition est donc de venir en aide à la faiblesse du sexe, et d'écarter de lui les dangers qu'on court en se portant *intercessor* à la légère. Du reste, rien n'empêche une femme de donner ou de payer pour autrui. Le sénatus-consulte ne le prohibe pas, parce que la faiblesse du sexe n'est pas à craindre ici. Chacun sait ce qu'il lui en coûte de faire ces actes, et en prévoit les conséquences.

Si la femme promet à un créancier comme déléguée, pour savoir si la délégation est contraire ou non au sénatus-consulte, il faut examiner si la femme est ou non débitrice du délégant. Au premier cas, si elle est débitrice, rien ne met obstacle à la validité de l'opération (2). Au second cas, si elle n'est pas débitrice, elle a promis pour un tiers, il y a *intercessio*, et la femme pourra opposer au créancier délégataire l'exception du sénatus-consulte Velléien. Il y a ici dérogation au principe général que le délégataire ne doit pas souffrir d'une exception née des relations du délégant et du délégué, et n'a pas à s'entremettre dans leurs affaires pour connaître leurs situations respectives : *Diversum est in muliere quæ contra senatus-consultum promisit, nam et in secunda promissione intercessio est* (3).

(1) L. 2, § 2, D., *Ad. senat. Vel.* (16, 1).

(2) L. 24, pr., D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(3) L. 19, D., *De noc.*

Gaius examine le cas où c'est un *minor* qui est le créancier : la femme s'est portée *intercessor*, elle jouit de l'exception parce que le *minor* aura recours contre son ancien débiteur remplacé par la femme. Mais si ce débiteur est insolvable, Gaius préfère le *minor*, et dit que la femme n'aura pas droit au secours du sénatus-consulte (1).

Le créancier qui reçoit une femme pour déléguée, et son obligation à la place de celle d'un autre débiteur, doit donc soigneusement rechercher si la femme est débitrice du délégant, car elle pourra lui opposer l'exception, quand même il aurait ignoré qu'elle n'était pas débitrice. On ne risque rien à obliger envers soi la femme d'une manière originaire, à lui prêter de l'argent, par exemple, quel que soit l'emploi qu'elle en pourra faire; on risque, au contraire, à échanger une obligation contre la sienne, et il faut ici prendre plus de précautions, et s'assurer qu'elle est bien débitrice : *Quoniam quidem plurimum intersit, utrum cum muliere quis ab initio contrahat, an alienam obligationem in eam transferat : tunc enim diligentiore esse debere* (2). Cependant Marcellus avait un avis particulier. Pour lui, il y avait lieu de distinguer entre le cas où la femme était présentée simplement comme *intercessor*, et celui où elle était en apparence débitrice du délégant. Il refusait dans cette dernière hypothèse l'exception du sénatus-consulte, et n'accordait à la femme qu'un recours contre le délégant. Les

(1) L. 12, D., *De min.* (4, 4).

(2) L. 17, pr., D., *Ad sen. Vel.* (16, 1).

autres, au contraire, y voyaient une double *intercessio*, et accordaient à la femme l'exception contre le second créancier (1). Marcellus trouvait sans doute qu'en protégeant aussi énergiquement la femme, on arrive à lui nuire ; car le créancier, n'ayant aucun moyen de savoir si la femme, en apparence débitrice, l'est en réalité, ne l'acceptera jamais pour déléguée, même lorsqu'il eût pu le faire sans danger, et alors la femme sera poursuivie avec rigueur par son créancier, qui voudra être débarrassé d'une créance dont il ne peut rien faire.

Il est possible que la femme ait été *intercessor* au moment de sa promesse, et que plus tard elle devienne réellement débitrice du délégant ; il n'y aura plus lieu à l'exception. Cela arrivera, par exemple, si l'argent nécessaire pour payer lui est compté : *Neque enim eam periclitari ne eam pecuniam perdat, cum jam habeat eam* (2). Il en sera ainsi toutes les fois que l'affaire sera devenue sienne, car elle ne sera plus obligée pour un tiers (3).

La femme n'aurait pas droit non plus à l'exception, si elle était intervenue par dol, pensant bien ne pas s'obliger (4). Si, dans ce cas, elle faisait insérer l'exception dans la formule, le créancier aurait la *replicatio doli*. Ainsi l'avaient décidé les empereurs Antonin le Pieux et Septime-Sévère : *Sed ita demum eis*

(1) L. 8, § 2, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(2) L. 16, pr., D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(3) L. 21, pr., D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(4) L. 50, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

*subvenit si callide non sint versata; hoc enim divus Pius et Severus rescripserunt (1).* »

La femme qui intervient pour quelqu'un en justice est déléguée par lui *per litis contestationem*, et fait en outre une *intercessio* : *Suscipit enim in se alienam obligationem : quippe cum ex hac re subeat condemnationem (2).* » Elle aura donc l'exception suivant que l'affaire lui sera ou non étrangère. Si elle défend une personne qui, en cas de condamnation, aurait recours contre elle, son fidéjusseur, par exemple, il n'y a pas dans la réalité d'*intercessio* ; car la femme fait sa propre affaire, et il n'y a pas lieu à l'exception (3). Dans le cas même où la femme s'engagerait véritablement pour un tiers comme *defensor*, et dans tous les cas d'*intercessio*, elle pourra promettre de ne pas user de l'exception avant de se présenter en justice : *cavere debet exceptione se non usuram, et sic ad iudicem ire (4).*

Nous venons de voir la femme figurer dans la délégation comme déléguée ; si elle est délégataire, elle est un créancier comme les autres, et il n'y a pas lieu au sénatus-consulte ; mais elle peut aussi jouer le rôle de délégant. Si elle délègue son propre débiteur, l'opération est valable ; car c'est comme s'il avait payé, et la femme peut recevoir un paiement (5). *Sed*

(1) L. 2, § 3, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(2) L. 8, § 5, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(3) L. 5, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(4) L. 52, § 5, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(5) L. 8, § 5, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

*si cum delegaverit qui debitor ejus non fuit, fraus senatus-consulto facta videbitur ; et ideo exceptio datur* (1). Si elle délègue celui qui ne lui doit rien, il y aura lieu à l'exception, parce que la femme s'est portée *intercessor* par le ministère de ce non-débiteur auquel elle devrait remboursement, s'il avait à payer, comme s'il eût été son fidéjusseur. Pour décider ainsi, il faut évidemment supposer que la femme n'est pas débitrice du délégataire; alors elle s'oblige vraiment pour lui envers le délégué. Si, au contraire, la femme est tenue à l'égard du délégataire, il n'y a pas lieu au sénatus-consulte; car peu importe que la femme paye à son créancier, ou rembourse à son délégué!

Le créancier à la poursuite duquel la femme échappe par l'exception du sénatus-consulte, n'avait pas été laissé sans ressources. On lui donne contre le débiteur l'ancienne action, quand bien même il l'aurait libéré par *acceptilatio* avant l'engagement de la femme, et en vue de cet engagement (2). Ulpien ne parle pas de cette dernière condition, mais il la sous-entend évidemment; sans cela la décision n'aurait aucun sens. Car comment restituer une action qui a été éteinte purement et simplement sans aucune condition expresse ou tacite qui manque de se réaliser? Ce n'est pas seulement la créance qui revit, ce sont encore, comme l'équité l'exige, ses accessoires qui revivent, par exemple la fidéjussion. En un mot, la personne de la femme disparaissant par suite du sénatus-consulte, les

(1) L. 8, § 6, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(2) L. 8, § 7, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

choses doivent être remises dans leur ancien état (1).

Non-seulement la femme pouvait se refuser à payer au moyen de l'exception, mais encore elle pouvait répéter ce qu'elle avait payé dans l'ignorance de la protection à laquelle elle avait droit (2). Il en résulte que l'action doit être restituée au créancier contre l'ancien débiteur immédiatement, et sans attendre le refus de paiement de la femme, ou la répétition dans le cas contraire (3). Le créancier pourrait, en effet, avoir ensuite un débiteur insolvable. De même, si la femme avait promis à terme ou sous condition, on devrait restituer immédiatement l'action au créancier : pourquoi attendre l'arrivée d'une condition ou d'un terme, lorsque le débiteur est dans une situation telle que, de toute façon, il supportera le fardeau de l'action ? (4) *quo enim bonum est, expectare conditionem, vel diem, cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo ipse debeat suscipere actionem?* Ainsi s'exprime Gaius.

## SECTION II.

### DE LA NOVATION PAR LA *dotis dictio*.

La *dotis dictio* était autrefois au nombre des contrats qui appartenaient, avec la stipulation, à la famille des contrats *verbis*, parce que la *causa civilis obligationis* consistait dans des paroles solennelles. C'était

(1) L. 14, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(2) L. 9, C., *Ad. sen. Vel.* (1, 29).

(3) L. 24, § 2, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

(4) L. 15, § 2, D., *Ad. sen. Vel.* (16, 1).

une déclaration faite au mari avec les mots consacrés par certaines personnes que telle chose lui était constituée en dot. Elle était, comme son nom l'indique, spéciale à la constitution de dot; en outre l'interrogation était faite par le débiteur, et la réponse par le mari qui devenait créancier; enfin certaines personnes pouvaient seules s'obliger ainsi : *Dotem dicere potest mulier quæ nuptura est, et debitor mulieris si jussu ejus dicat, item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, veluti pater, avus paternus* (1). Toute personne, au contraire, pouvait donner ou promettre par stipulation à titre de dot. La *dotis dictio* n'était plus employée sous Justinien, et en conséquence les compilateurs du Digeste ont accommodé les textes au nouveau droit en mettant à la place des anciennes expressions les mots : *promittere dotem, promissio dotis*, etc. Mais, comme nous aurons occasion de le voir, on peut reconnaître ces interpolations, soit parce que les compilateurs ont laissé la trace de la formule de la *dictio dotis*, soit parce que leur changement empêche de se rendre raison de la pensée du jurisconsulte.

La *dotis dictio* pouvait être faite par le débiteur de la femme; elle produisait alors novation. Ce débiteur, dont l'obligation est reçue par le mari, est le délégué de la femme qui joue le rôle de délégant. Il y a pour la femme novation par changement de débiteur, jusqu'au jour où elle aura droit contre son mari à la

(1) Ulp. reg. 6, 2

restitution de la dot, et pour le débiteur délégué, il y a novation par changement de créancier. Il se pourrait que ce débiteur ne fût autre que le mari lui-même, et alors la femme, en disant qu'il aura pour dot la chose même qu'il doit, le libère comme s'il y avait *acceptilatio*. Seulement, si plus tard, il y a lieu à restituer la dot, il devra payer ce qu'il devait avant la *dotis dictio*.

Venuleius nous offre un exemple de l'une et de l'autre de ces hypothèses. Dans un fragment que nous avons déjà étudié, il démontre que l'un des *rei stipulandi* peut libérer le débiteur de l'obligation corréale, même par novation, en le déléguant par exemple à son propre créancier. Il suppose ensuite qu'une femme voulant se constituer une dot, fait promettre par son débiteur à son mari un fonds dont elle est co-créancière avec un tiers. Si on s'en tenait aux expressions : *doti promittere viro*, on croirait à une stipulation faite par le mari du débiteur, et on aurait, comme plus haut, un exemple de délégation. Pourquoi Venuleius en aurait-il donné deux l'un à la suite de l'autre? Il est tout à fait probable qu'il avait écrit *dicere* au lieu de *promittere*; et alors il ne disait rien d'inutile, car il montrait que la novation par la *dictio* du débiteur produisait, quant à l'obligation corréale, le même effet extinctif que la promesse sur stipulation obtenue de ce débiteur par un nouveau créancier. Mais Venuleius continue, et suppose que le mari lui-même est le débiteur du fonds : *vel nuptura ipsi, doti cum promiserit*; la femme créancière avec un tiers *correaliter*, devant épouser le

débiteur, lui promettrait en dot le fonds dû, et le débiteur serait libéré à l'égard de l'un et de l'autre de ses créanciers. Il serait bien singulier que la femme promet en dot au mari le fonds que lui doit celui-ci, il serait bien plus simple de lui faire *acceptilatio* au lieu de créer une obligation diamétralement opposée. En outre la conclusion de Venuleius serait fautive dans ce cas ; d'une part le mari ne serait libéré envers la femme que par compensation, *exceptionis ope*, et seulement depuis Marc-Aurèle ; il y aurait donc exagération à dire absolument, *liberabitur*, d'autre part le mari ne serait en aucune façon libéré envers le *correus stipulandi* de la femme, qui demeure créancier tant que dure la stipulation qui les a rendus *correi* ; il serait donc faux de dire : *ab utroque liberabitur*. Par conséquent, l'interpolation est ici des plus évidentes ; et Venuleius avait écrit : *vel nuptura ipsi, doti eum dixerit*. Par la *dictio*, la femme a libéré le débiteur, son futur mari, comme si elle lui avait fait *acceptilatio*, et c'est avec raison que le jurisconsulte ajoute : il est libéré à l'égard de l'un et de l'autre de ses créanciers ; car la stipulation est éteinte *ipso jure*. Ce dernier effet de la *dotis dictio* d'éteindre l'obligation du débiteur comme ferait l'*acceptilatio* n'était pas admis par tous les jurisconsultes. Marcellus, prévoyant aussi le cas où une femme se constitue en dot ce que lui doit son mari, dit que, si elle intente plus tard l'action, elle sera repoussée par l'*exceptio pacti conventi* ; pour lui, la *dotis dictio* n'éteint l'obligation du mari débiteur que *exceptionis ope*. C'est peut-être pour marquer qu'il

n'admettait pas cette opinion que Venuleius a donné l'exemple dont nous venons de nous occuper.

La *dotis dictio* est naturellement soumise à la condition tacite que le mariage s'ensuivra. A ce propos, on s'était demandé si la femme dont le débiteur a, sur son mandat, fait *dotis dictio* au futur mari, pourrait avant le mariage poursuivre ce même débiteur? Labéon le pensait, il ne voyait qu'une offre de délégation faite ainsi par la femme, tant qu'il n'y avait pas mariage, offre qu'elle était maîtresse de retirer. Pour Javolenus, au contraire, il y avait une double obligation conditionnelle; de même que le mari ne sera créancier que si le mariage a lieu, de même la femme ne sera créancière que si le mariage n'a pas lieu : *ea promissio in pendentis est* (1).

Si la personne déléguée par le moyen de la *dotis dictio* n'était pas véritablement un débiteur de la femme, devrions-nous appliquer le principe ordinaire d'après lequel cela ne peut nuire au délégataire, et dire que le mari sera néanmoins créancier? Non, si cette personne est un étranger; car il n'a pu figurer dans la *dotis dictio*, et celle-ci est inutile; mais on déciderait autrement s'il s'agissait du père ou de l'ascendant paternel de la femme. Car ce n'est pas la qualité de débiteurs qui les rend capables de *dicere dotem*; ils le peuvent sans rien devoir à leur fille ou petite-fille, et rien ne s'oppose à ce qu'on fasse application de la règle. Aussi Julien dit-il : *pater, etiamsi falso*

(1) L. 80, D., *de jur. dot.* (25, 5).

*existimans se filiae suae debitorem esse dotem promisisset, obligabitur* (1). Le texte est encore interpolé, car si le père avait promis au mari sur stipulation, il eût été inutile de dire qu'il était tenu, quoique n'étant pas débiteur. Il y avait *dixisset* au lieu de *promisisset*, et il était bon de faire ressortir cette différence entre un étranger et le père dans la *dotis dictio*.

### SECTION III.

#### DE LA NOVATION PAR LE CONTRAT *litteris*.

Le contrat *litteris* se présente à nous sous deux formes dans le droit romain. Nous trouvons d'abord les *nomina transcripticia* que Justinien dit être tombés de son temps en désuétude, et dont il ne reste pas de traces au Digeste; mais nous voyons dans Gaius et dans la paraphrase de Théophile, que ce contrat consistait dans une mention écrite, en termes solennels, par le créancier dans ce que nous pourrions appeler son grand-livre, *codex accepti et impensi*, mention ainsi écrite du consentement, sans doute également écrit, du débiteur; enfin avant d'écrire, on prononçait certaines paroles (2). Il paraît que ces écritures ne servaient qu'à nover des obligations antérieures : *fit autem nomen transcripticium duplici modo, vel a re in personam, vel a persona in personam*. La novation a lieu *a re in personam* lorsque je vous dois en vertu

(1) L. 46, § 2, D., *De jur. dot.* (23, 5).

(2) Gaius, *comm.* 3, § 128, et *seq.*; Paraphrase de Théophile, traduction de M. Frégier, p. 171.

d'une cause quelconque, et que je viens à vous devoir en vertu d'un contrat *literis*. Nous ferons sur ce point une double observation : d'abord, si la première dette était née d'un contrat *stricti juris*, comme le *mutuum*, ou la stipulation (Théophile suppose ce dernier cas), nous aurions une nouvelle obligation avec le même objet, entre les mêmes personnes, pourvue de la même action que l'ancienne, la *condictio certi*. Qu'y a-t-il de nouveau? n'y a-t-il pas là ce qu'on appellerait dans le langage du droit français, novation par changement de cause? je vous devais comme emprunteur ou comme promettant, je vous dois désormais à cause de l'*expensilatio*. Ensuite, nous avons vu plus haut que la stipulation intervenant aussitôt après un *mutuum* ne novait pas l'obligation née *re*, parce qu'en réalité cette obligation n'avait jamais existé, la numération n'ayant été faite que pour donner force à la stipulation. Au contraire, dans la même espèce, le contrat *literis* était considéré comme novant *a re in personam* l'obligation produite par le *mutuum*.

La novation a lieu *a persona in personam* lorsque le créancier porte comme dû par Seius ce qui lui était dû par Titius. Gaius dit en propres termes que c'est une délégation faite par Titius, et Seius est le délégué (1).

Les Proculéiens admettaient que les pérégrins ne pouvaient pas s'obliger par les *nomina transcripticia*. Les Sabinien, au contraire, distinguaient : « *Sabino*

(1) Comm. 3, § 150.

• autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat no-  
• men transcriptivum etiam peregrinos obligari, si vero  
• a persona in personam non obligari (1). •

C'est probablement à cause de ces divergences qu'il s'était introduit une autre espèce d'*obligatio literarum*, qui devait exister encore sous Justinien. Elle résultait d'un écrit *chirographum*, dans lequel une personne se reconnaissait débitrice. Ce n'est plus le créancier qui écrit les paroles desquelles résulte l'obligation, c'est le débiteur, et on peut croire que les paroles n'avaient plus ici rien de solennel. Ces *chirographa* ne doivent pas être confondus avec les *cautiones*, ou écrits probatoires. Ils en diffèrent en ce que, dans ces derniers, la cause de l'obligation dont ils font preuve est énoncée, tandis qu'elle n'est pas mentionnée dans les *chirographa*, qui sont ce que nous appellerions des billets non causés; et c'est ce qui fait qu'ils produisent eux-mêmes obligation. Gaius ajoute: *quod genus obligationis proprium peregrinorum est*(2). Il n'est donc pas étonnant qu'on ne retrouve plus qu'eux sous Justinien. Puisque ces *chirographa* engendraient une obligation dont la cause n'était pas mentionnée plus que dans l'*expensilatio* ou la stipulation, on pouvait s'en servir pour opérer novation, soit à *re in personam*, soit à *persona in personam*.

Puisque la promesse *verbis ou literis* d'une chose due antérieurement opérait novation, il semble qu'il devrait en être ainsi de la promesse par le pacte de consti-

(1) Gaius, comm. 5, § 150.

(2) Comm. 5, § 151.

tut. On sait qu'on appelle de ce nom la simple promesse sans stipulation de payer la dette d'un tiers ou la sienne propre : cette convention sanctionnée par le prêteur n'engendrait cependant pas novation, et l'ancienne obligation subsistait ; mais la chose n'était due qu'une fois, et le paiement de l'une des dettes éteignait l'autre : « *ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is pro quo constituit, obligatus manet*, dit Gaius (1) ». On voit l'utilité du constitut qui procure un nouvel obligé, autre qu'un fidéjusseur ; car il ne sera libéré que par le paiement, et non par la poursuite intentée contre l'ancien débiteur. Si le même débiteur promet ce qu'il doit déjà, on voit l'avantage du constitut en supposant que la première obligation est naturelle : alors, en effet, le créancier n'a pas d'action, *ne ex pacto actio nascatur* ; et un second pacte, le constitut lui fait avoir cette action, parce qu'il est de ceux qui, par exception, en produisent une.

Si un débiteur promet à l'un des *correi stipulandi* de le payer tel jour, ce constitut n'opère pas novation ; et cependant le débiteur ne pourrait plus payer à l'autre *correus* ; et, s'il le payait, il devrait tout de même au premier, sauf à se faire rendre par le *correus* auquel il n'a pas promis au moyen de la *condictio indebiti* (2). Ces décisions viennent de ce que le constitut a une certaine analogie avec le paiement : « *quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is cui constituitur.* »

(1) L. 28, D., *De pec. const.* (13, 5).

(2) L. 10, D., *De pec. const.* (13, 5).

Or, entre deux *correi stipulandi*, c'est à qui se fera payer le premier.

Ainsi les Romains ne pensaient pas que le constitut émanant soit d'un débiteur, soit d'un tiers, fût fait en général pour remplacer l'ancienne obligation, c'est-à-dire *animo novandi*; mais rien ne nous empêche d'aller contre ce point de vue de la pratique ordinaire, et de supposer un cas où les parties ont entendu remplacer l'ancienne obligation par la promesse nouvelle sans stipulation, et s'en sont expliquées formellement. Dans cette hypothèse, l'ancienne obligation sera-t-elle novée? Il semble bien qu'il faut répondre affirmativement. Car, pour novier, il faut une obligation civile ou naturelle contractée *animo novandi*, et nous trouvons ici ces deux conditions réunies. Cependant nous croyons devoir distinguer : si la première obligation est naturelle, nous dirons, avec Papinien, qu'elle est novée : « *Naturalis obligatio, ut pecuniæ numeratione, ita justo pacto, vel jurejurando, ipso jure tollitur : quod vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur...* » (1). Si la première obligation est civile, nous déciderons qu'il n'y a pas novation, bien que le constitut engendre une obligation naturelle, parce que la novation est un mode d'extinction *ipso jure*, et qu'il serait *incivile* de faire produire cet effet à un simple pacte. Comment celui-ci qui ne peut être une *causa civilis obligationis* pourrait-il être une *causa civilis extinctionis*? Sans doute une obligation

(1) L. 91, § 1, D., De solut. et liber. (46, 5).

naturelle peut novar une obligation civile ; mais il s'agit d'une obligation naturelle, comme celle du pupille, formée par stipulation, à laquelle ne manque pas la *causa civilis obligationis*. Ainsi le constitut fait même *animo novandi* (ce que les Romains ne supposaient ni ne pratiquaient) sera impuissant à éteindre, *ipso jure*, par novation, une obligation civile ; mais sans doute il l'éteindrait *exceptionis ope*, et, si le créancier voulait poursuivre son débiteur pour l'ancienne dette, ou son ancien débiteur après un pareil constitut fait avec la même personne ou une autre, il serait victorieusement repoussé par l'exception *pacti conventi*, en supposant bien entendu que le constitut a amélioré la position du débiteur, ou par l'*exceptio doli*. Cependant M. Machelard soulève une objection très-grave dans le cas où le constitut a été fait par une personne autre que l'ancien débiteur : « De même, dit-il, qu'en droit romain » il n'était pas permis de procurer à un autre l'avance-  
« tage d'une créance, de même on ne pouvait lui mé-  
« nager le bénéfice d'une exception. (1). » Malgré cela, le savant professeur conclut en ces termes :  
« Cependant, comme l'exception de dol est fort large » en droit romain, nous n'oserions affirmer qu'elle  
« n'eût pas été étendue à ce cas. » On peut ajouter cette considération que le constitut a une grande analogie avec le paiement, et qu'on peut en droit romain payer pour quelqu'un, et lui procurer ainsi sa libération, *ipso jure*, à vrai dire, et non pas *exceptionis ope*.

(1) *Op. cit.*, p. 57; L. 74, § 4, D., *De reg. jur.* (50, 17).

## DEUXIÈME PARTIE.

---

### DE LA NOVATION JUDICIAIRE, OU FORCÉE.

La plupart des auteurs appellent novation judiciaire, novation forcée, cette transformation du droit du demandeur qui se produit à ce moment de la procédure désigné sous les noms de *litis contestatio*, *judicium acceptum*. Il est certain que désormais le droit du demandeur est éteint, et qu'il ne pourrait plus renouveler sa prétention. A l'ancienne obligation a succédé une obligation nouvelle, celle de suivre le procès, *condemnari oportere*, obligation *quasi ex contractu*. Cependant il faut distinguer à cet égard entre le *judicium legitimum*, qui éteint l'obligation *ipso jure*, et le *judicium imperio continens*, qui transforme le droit du demandeur *exceptionis ope*; en sorte que l'action pourrait être demandée dans ce dernier cas, et délivrée de nouveau, sauf au défendeur à faire insérer l'exception *rei in judicium deductæ*. Le *judicium est legitimum* lorsque l'instance s'engage entre citoyens romains, à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de Rome,

devant l'*unus iudex* également citoyen romain, et appelé à juger une action *in personam*, dont la formule est *in jus concepta*. Dans tout autre cas, le *judicium* est *imperio continens*, c'est-à-dire qu'il tire sa force du pouvoir du magistrat : aussi est-ce le magistrat qui donnera l'*exceptio rei judicatae* ou *in iudicium deductae* au défendeur, si le demandeur veut recommencer l'instance une première fois jugée ou engagée.

Cette transformation du droit du demandeur soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*, est-elle une véritable novation ayant seulement des règles spéciales que nous aurons plus tard à examiner ? Pour dire qu'il y a bien novation, mais novation judiciaire ou forcée, on peut argumenter d'abord du texte où Paul compare la *novatio voluntaria* avec le *judicium acceptum*, et signale leurs différences (1) ; c'est sans doute parce que ces deux choses ont un effet commun et sont l'une et l'autre une novation éteignant une obligation et la remplaçant par une nouvelle. De même, nous avons vu Ulpien nous dire : *fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem* ; et le paragraphe 263 des *fragmenta vaticana* parle également d'actions novées, *interpositis delegationibus aut inchoatis litibus*.

Ces textes prouvent, ce nous semble, d'une part que la *litis-contestatio* éteint les obligations soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*, d'autre part qu'on peut s'en servir pour faire novation en constituant un *cognitor*. Mais rien ne montre qu'en thèse générale, la *litis contestatio* opère novation indépendamment de l'*animus*

(1) L. 29, D., *De nov.*

*novandi*, que nous savons être la condition essentielle en ce point. Il y a là un mode d'extinction particulier fondé sur la vieille maxime : *bis de eadem re agi non potest*; et pour le prouver, il suffit de lire Gaius : *tollitur adhuc obligatio litis contestatione* (1). C'est justement après avoir traité de la novation qu'il dit : les obligations s'éteignent encore par la *litis contestatio*; il y voit donc un mode spécial se rapprochant sans doute de la novation, formant une novation imparfaite si l'on veut, mais distinct d'elle par son nom, par sa cause et aussi par ses effets.

Une première différence, quant aux effets, est que la novation arrête le cours des intérêts, si la créance en produisait auparavant, tandis qu'ils continuent à courir après la *litis contestatio* : *Judicio cepto usurarum stipulatio non est perempta*, disent les empereurs Sévère et Antonin (2); de même Pomponius : « ..... *Etiamsi sortis obligatio in judicium sit deducta, adhuc tamen poena crescit, quia verum est solutam pecuniam non esse* (3). Enfin, on peut encore voir énoncé le même principe en rapprochant deux fragments de Paul, qui se faisaient évidemment suite dans son livre 57, *ad edictum* : *Novatione legitime facta liberantur hypotheca et pignus, usurae non currunt* (4) : *Lite contestata usurae currunt* (5). On aurait tort d'isoler cette

(1) Comm. 3, § 180. V. M. Demangeat, *op. cit.*, p. 64, etc. — En sens contraire, M. Machelard, *op. cit.*, p. 346 et seq.

(2) L. 1, C., *De jud.* (3, 1).

(3) L. 90, D., *De verb. oblig.* (45, 1).

(4) L. 18, D., *De nov.*

(5) L. 35, D., *De usur. et fruct.* (22, 1).

dernière phrase, et de lui faire signifier que la *litis contestatio* fait toujours courir des intérêts qui ne courraient pas auparavant, même dans les actions de droit strict.

Une autre différence, c'est que dans la novation véritable, il y a extinction des accessoires de la créance novée (à moins de convention pour les réserver) et dans la *litis contestatio* conservation des mêmes accessoires. Paul en fait l'application au *privilegium dotis et tutelæ*(1). C'est encore vrai pour l'hypothèque; elle subsistera après la *litis contestatio*, après la poursuite du fidéjusseur, mais non pas après la novation, sauf convention contraire. La raison de cette différence serait, d'après Paul, que le créancier en poursuivant n'entend pas faire sa position moins bonne, mais au contraire veut la rendre meilleure — et c'est un principe de droit (2); — tandis que, en novant, il a l'intention de supprimer absolument l'ancienne créance pour acquérir la nouvelle telle qu'elle se comporte avec ses avantages ou ses dangers. Si cela était vrai, il faudrait dire que le fidéjusseur ou le *correus promittendi* seront perdus dans les cas de novation, et conservés dans le cas de *litis contestatio*; et nous savons que, dans l'une et l'autre hypothèse, ils sont libérés. La raison véritable est que l'effet extinctif de la *litis contestatio* provient de la vieille maxime : *bis de eadem re agi non potest*. Écoutons Gaius sur les actions de la loi : *Alia causa fuit olim legis actionum :*

(1) L. 29, D., *De nov.*

(2) L. 86 et 87, D., *De req. jur.* (50, 17).

*nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat, nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum* (1). Sous la procédure formulaire, le même principe agit, soit toujours *ipso jure*, soit seulement *exceptionis ope*. Mais, pour qu'il y ait lieu à l'appliquer, il faut que la chose ait été *deducta in judicium* : or les privilèges et hypothèques d'une créance ne sont pas déduits avec elle; car ils en sont des qualités distinctes : au contraire, il y a unité d'obligation entre le débiteur et le fidéjusseur, et entre les *correi promittendi* : *una res vertitur*, et on les poursuit par la même action, de sorte qu'en agissant contre le débiteur principal ou l'un des *rei*, on déduit forcément dans l'instance et on libère le fidéjusseur, et le *correus promittendi*. Au surplus, quelle que soit l'explication qu'on adopte, cette libération est étrangère à ce qu'on appelle la novation judiciaire, puisque, d'une part, elle est contraire à son principe, et que, d'autre part, elle subsiste jusqu'à Justinien, c'est-à-dire même lorsque tous les *judicia* sont *imperio continentia* (2).

Une autre différence entre la novation et l'effet extinctif de la *litis contestatio*, c'est que, dans ce dernier cas, il subsiste une obligation naturelle, tandis que l'obligation novée est détruite civilement et naturellement (3).

(1) Comm. 4, § 108.

(2) L. 28, C., *De fid.* (8, 41).

(3) L. 60, pr., D., *De cond. indeb.* (12, 6). V. sur ce point et sur tout ce qui concerne la novation par la *litis contestatio*, M. Machelard, *op. cit.*, p. 514 et seq.

Enfin la *litis contestatio* a pour effet, en transformant l'obligation déduite *in iudicium*, de la rendre perpétuelle de temporaire qu'elle était, et de la rendre transmissible d'intransmissible qu'elle était : *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem : ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finire possunt* (1). Ainsi bien des actions prétoriennes ne durent qu'un an, celles spécialement qui sont données *contra jus civile* ; de même les actions pénales s'éteignent par la mort du délinquant, et l'action d'injures par celle de la personne qui en a été la victime : dans tous ces cas, et autres semblables, les actions subsistent, s'il y a eu *litis contestatio* avant l'expiration du délai, ou la mort du défendeur, ou du demandeur ; car il n'y a plus l'ancienne obligation, il y a désormais obligation *quasi ex contractu, ex litis contestatione* (2).

Gaius nous apprend encore que l'obligation créée par la *litis contestatio* disparaissait à son tour par l'effet de la sentence : *Sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri*. C'était désormais une autre obligation qui incombait au défendeur, celle d'exécuter la condamnation prononcée contre lui ; et, pour résumer ces transformations : *Hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*. Enfin, revenant sur ses pas, Gaius

(1) L. 23, D., De nov.

(2) L. 29, D., De nov.

ajoute : Voilà pourquoi, si j'ai demandé la chose qui m'est due dans un *judicium legitimum*, je ne pourrai plus *ipso jure* renouveler l'action, parce qu'inutilement je prétendrais qu'on doit me donner, puisque, par la *litis contestatio*, on a cessé d'être tenu de cette obligation (1).

(1) Comm. 3, §§ 180 et 181.

---

# DROIT FRANÇAIS.

---

## DE LA NOVATION.

(Cod. Nap., art. 1271 à 1281.)

Les rédacteurs du Code Napoléon, dans leur énumération des manières dont s'éteignent les obligations, placent au second rang la novation, et s'en occupent après le paiement. La novation, avons-nous dit, est la substitution d'une nouvelle obligation à une ancienne, qui demeure éteinte. C'est donc un mode d'extinction particulier, en ce sens qu'il suppose en même temps la création d'une obligation. Les parties font une double convention : l'une pour éteindre l'ancienne obligation, l'autre pour en constituer une nou-

velle; et ces deux conventions sont la condition l'une de l'autre.

Nous ne nous occuperons ici que de la novation volontaire. Dans notre droit, on peut dire, comme en droit romain, que « les jugements, qui déclarent  
« l'existence d'une créance ou d'une obligation, opè-  
« rent novation, en ce sens que, pour l'avenir, la chose  
« jugée tient lieu de cause à l'obligation » (1). Mais cette novation judiciaire ou forcée est également imparfaite chez nous; car, loin d'éteindre l'ancienne obligation et les accessoires qui y étaient attachés, elle la corrobore au contraire et la confirme.

La novation, dit l'art. 1271, s'opère de trois manières :

1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte;

2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier;

3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

Si nous nous reportons à ce que nous avons dit des diverses espèces de novation en droit romain, nous n'y retrouvons pas en apparence la troisième ici mentionnée, la novation par changement de créancier :

« La troisième espèce de novation, dit Pothier, auquel est emprunté l'art. 1271, est celle qui se fait

(1) *Cours de droit civil français*, par MM. Aubry et Rau, t. 6, p. 769, 4°.

« par l'intervention d'un nouveau créancier, lorsqu'un  
« débiteur, pour demeurer quitte envers son créan-  
« cier, de l'ordre de cet ancien créancier, contracte  
« quelque engagement envers un nouveau créan-  
« cier (1). » A ces caractères, nous reconnaissons la  
délégation, et nous voyons aussitôt ce qui cause une  
certaine obscurité dans le troisième paragraphe de  
l'art. 1271. C'est que les rédacteurs du Code, après  
avoir envisagé la novation, dans les deux premiers cas,  
par rapport au créancier qui change de créance, se  
sont reportés tout à coup au débiteur délégué qui, dans  
la délégation, change le plus souvent de créancier; et  
au lieu de dire : 3° lorsqu'un nouveau débiteur est  
substitué à l'ancien de l'ordre de cet ancien débiteur  
(envers lequel le nouveau est ordinairement tenu; ce  
qui amène pour lui novation par changement de créan-  
cier), ils ont employé une formule peu claire dans le  
dessein d'être plus complets. En effet, leur rédaction  
comprend le cas, assez invraisemblable à vrai dire,  
où une personne, non débitrice d'une autre, délègue-  
rait son débiteur à celle-ci au lieu de lui céder sim-  
plement sa créance. Dans ce cas, il n'y a pas à pro-  
prement parler de délégation, mais plutôt novation par  
changement de créancier.

A ces trois sortes de novation, on a coutume d'en  
ajouter une quatrième, la novation par changement de  
cause; elle aurait lieu entre les mêmes parties, l'objet  
restant le même : par exemple lorsque je consens à vous

(1) *Traité des obligations*, n° 519.

laisser à titre de prêt à intérêt les arrérages que vous me devez comme débiteur d'une rente. Cette novation n'est pas, dit-on, sans avoir sa portée; car, dans l'espèce, la prescription est interrompue, et de plus, de quinquennale, elle devient trentenaire; et, si nous supposions une dette née d'un bail ainsi novée, le créancier perdrait son privilège. Nous ne nions pas l'existence et la possibilité d'une pareille novation, nous observons seulement qu'il n'est pas nécessaire de lui créer une catégorie à part, car elle rentre très-bien dans le n° 1 de l'art. 1271. Il suppose une nouvelle dette contractée entre les mêmes parties. Les exemples qui précèdent se rapportent sans difficulté à une telle rédaction qui laisse dans le vague la chose nouvelle dans la dette qui nove, et cette chose peut être la cause tout aussi bien que l'objet. Il ne faut donc rien critiquer en ce point à l'énumération des rédacteurs du Code.

En général, il suffit, dans notre droit, du consentement des parties pour engendrer l'obligation sans autre *causa civilis obligationis*; aussi n'aurons-nous pas à nous occuper de la forme de la double convention de laquelle résulte la novation.

On pourrait, au premier abord, confondre la novation par changement de créancier (nous venons de montrer que le Code nomme ainsi la délégation, lorsque le délégué est débiteur du délégant) soit avec la subrogation, soit avec la cession de créance; mais un rapide examen montrera les différences, tant dans les modes de procéder que dans les résultats.

Cette novation par changement de créancier exige

trois consentements, celui du débiteur qui promet à un nouveau créancier, celui du délégrant qui offre le débiteur, enfin celui du créancier qui l'accepte. Au contraire, la subrogation émane soit du créancier seul, soit du débiteur seul, et la cession également du créancier seul, sans avoir à consulter le débiteur; bien plus, la subrogation est souvent légale, tandis qu'on aurait bien de la peine à trouver dans le Code des exemples de délégation légale.

Quant aux différences dans les effets, en ce qui touche la subrogation, nous observerons qu'elle est extinctive d'une créance, et quo cependant elle la transmet en même temps, du moins suivant l'opinion la plus probable. La novation qu'on peut lui comparer, c'est-à-dire la délégation, est doublement extinctive; elle éteint une ou deux créances et en crée une autre. Elle ne produit donc aucun effet de transmission. Aussi les accessoires qui faisaient cortège à la créance, comme hypothèques, cautionnements, contrainte par corps, compétence du tribunal, etc., la suivent chez le nouveau créancier quand il y a subrogation, et ne sont pas transportés au profit de la nouvelle dans le cas de délégation, sauf à les réserver ou créer de nouveau.

La subrogation est la récompense par la loi d'un bon office du subrogé au débiteur, mais elle ne peut être une occasion de gain, et le subrogé n'aura l'action de l'ancien créancier que jusqu'à concurrence de ses déboursés. Si donc un créancier subrogeait un tiers sans en rien recevoir, celui-ci ne pourrait poursuivre le débiteur en qualité de subrogé; il devrait

montrer que l'opération est, en réalité, une cession de créance. Au contraire, la délégation comparable à la subrogation peut très-bien avoir lieu, en tout ou en partie, à titre gratuit : par exemple, lorsque le délégant, pour une dette de 3,000 fr., délègue un débiteur de 10,000 parfaitement solvable. Le créancier aura sans conteste le droit d'exiger de ce débiteur, non pas 3,000 fr., montant de son ancienne créance, mais bien 10,000, qui est le chiffre de la nouvelle.

De ce principe que la subrogation est admise pour récompenser le nouveau créancier, il résulte encore qu'elle ne peut nuire à l'ancien, dit l'art. 1252, quand il n'a été payé qu'en partie; car, avant d'avoir à récompenser la personne qui a payé le créancier, il faut que celui-ci soit entièrement désintéressé. Aussi l'ancien créancier viendra-t-il sur les biens du débiteur, par exemple en vertu de l'hypothèque de la créance, avant le subrogé, qui a cependant la même hypothèque. Au contraire, si nous supposons qu'un créancier délègue à son propre créancier une partie de ses droits contre une troisième personne, ils seront tous les deux égaux, tous les deux investis du même droit, et viendront en concurrence sur les biens de leur débiteur commun.

Quant à la cession de créance, elle n'entraîne pas d'autre garantie que celle de l'existence de la créance cédée; au contraire la novation, dans le cas où l'on pourrait la confondre avec la cession, c'est-à-dire dans le cas de délégation d'un débiteur par son créancier,

entraîne à la charge de celui-ci l'obligation de garantir la solvabilité actuelle du débiteur délégué.

Après ces observations préliminaires, nous pouvons entrer dans notre sujet, et nous conserverons les divisions adoptées dans la première partie de ce travail.

## CHAPITRE PREMIER.

### DE LA NOVATION PROPREMENT DITE.

#### § 1. *De l'obligation à novier et de celle qui nove.*

La novation proprement dite est celle qui a lieu entre les mêmes parties qui substituent une nouvelle dette à l'ancienne. Comme l'extinction de l'une des créances est la cause et la condition de la naissance de l'autre, et comme, réciproquement, la naissance de celle-ci a pour cause et pour condition l'extinction de la première, il s'ensuit que les deux obligations doivent exister civilement ou naturellement pour que la novation soit possible. Si donc l'ancienne créance était nulle ou éteinte, la nouvelle ne pourrait pas naître faute de cause, et ce qui serait payé par erreur en suite d'elle serait sujet à répétition. Si, d'autre part, la nouvelle obligation était contractée sous une condition impossible, si elle avait pour objet une chose hors du commerce, un fait contraire aux bonnes mœurs, etc., elle serait radicalement nulle, et par con-

séquent elle n'aurait pas opéré de novation ; l'ancienne obligation ne serait pas éteinte faute de cause.

Mais une dette valable peut-elle être irrévocablement novée par une dette annulable ? Ainsi une femme mariée nove, sans l'autorisation de son mari, une dette contractée par elle avant son mariage, ou bien le consentement à la nouvelle obligation est affecté d'un de ces vices qui donnent ouverture à l'action en nullité. Cette action est en effet intentée, et la nouvelle obligation est déclarée nulle par les juges. Faut-il dire encore qu'il n'y a pas eu novation et que l'ancienne créance n'a pas été éteinte faute de cause, ou bien devons-nous décider que cette créance a été effectivement novée, parce que la dette était simplement annulable, et non point nulle *ab initio*, et accorder alors au créancier une action en garantie contre son débiteur, mais sans les accessoires qui rendaient efficace l'ancienne créance ?

Pour décider dans ce dernier sens, on s'est appuyé sur la maxime romaine : *Obligatio sive actio semel extincta reviviscit, nisi justa causa subsit ex qua equitas subveniat* (1). Dans cette opinion, on fait remarquer en outre qu'Ulpien admet la novation par l'obligation d'un pupille non autorisé. Enfin, dit-on, la loi fait elle-même l'application de la règle précitée dans l'art. 2038 : « L'acceptation volontaire que le  
« créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quel-  
« conque en paiement de la dette principale décharge

(1) L. 98, § 8, D., De sol. (46, 5).

« la caution, encore que le créancier vienne à en être  
« évincé. » L'ancienne obligation ne revit donc pas,  
puisque la caution n'est pas tenue à nouveau, et l'on  
peut tout à fait comparer une semblable *datio in solutum*  
à une novation par une obligation annulée sur la de-  
mande d'un incapable. On ajoute : « L'extinction de  
« l'ancienne obligation n'est point, en matière de no-  
« vation, la conséquence immédiate de la formation  
« d'un nouvel engagement ; cette extinction est le ré-  
« sultat de la renonciation du créancier qui, malgré  
« la nullité de la nouvelle obligation, peut avoir eu  
« l'intention de renoncer à l'ancienne. Tout au plus  
« serait-il permis de dire que la renonciation du créan-  
« cier n'a été, dans ce cas, que le résultat d'une er-  
« reur. Mais alors la nullité de la renonciation serait  
« subordonnée à la preuve de l'erreur alléguée ; et  
« cette preuve vint-elle à être administrée, la renais-  
« sance de l'ancienne obligation ne serait cependant  
« pas la conséquence de la nullité de la nouvelle ; elle  
« serait plutôt la suite de la nullité de la renonciation,  
« en vertu de laquelle cette ancienne obligation s'est  
« momentanément trouvée éteinte (1). »

Un semblable raisonnement, s'il était admissible, mènerait bien loin, car il faudrait dire que l'obligation entièrement nulle produit novation ; en effet, la renonciation du créancier existe isolément dans ce cas tout aussi bien que dans celui d'une dette simplement annulable. Les éminents professeurs ne se sont pas aperçus

(1) MM. Aubry et Rau, t. 3, § 324, note 34.— Voir, dans le même sens, Toullier, t. 7, nos 298, 501, 502 ; M. Duranton, t. 12, n° 282.

qu'en dédoublant et isolant ainsi les deux effets de la novation, ils reproduisaient une vieille théorie que nous avons signalée dans Gaius, mais qu'Ulpien avait condamnée en ces termes : *Dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter* (1).

Nous pouvons donc écarter cet argument et dire avec Ulpien : Les deux effets de la novation se tiennent et sont la condition l'un de l'autre ; vous ne pouvez déclarer éteinte la première obligation sans déclarer que la seconde existe civilement ou naturellement. Or l'obligation d'un incapable, l'obligation affectée d'erreur, de dol ou de violence, lorsqu'elles sont annulées, ne laissent subsister ni lien civil ni lien naturel ; car rien dans le Code ne les montre différentes d'une obligation nulle *ab initio*. Il en résulte que la première n'a, de son côté, jamais été éteinte. Les choses doivent se passer exactement de la même manière que si la nouvelle obligation avait été dénuée de toute existence, soit civile, soit naturelle, cas auquel la première continue à subsister (2).

Quant à l'argument tiré de la maxime : *obligatio semel extincta non reviviscit*, il suffit, pour y répondre, de faire remarquer que la question est justement de savoir si l'obligation a été *semel extincta*, et si elle a besoin de revivre ; nous prétendons, quant à nous, qu'elle n'a pas cessé d'exister ; qu'ainsi le veut la rétroactivité du jugement qui a effacé l'obligation annulable ; et d'ailleurs s'il fallait passer condamnation

(1) L. 1, § 1, D., De nov.

(2) MM. Aubry et Rau, t. 3, § 394, 5°.

sur ce point, nous invoquerions le tempérament d'équité de la maxime elle-même: *nisi justa causa subsit ex qua æquitas subveniat*, et nous dirions que le créancier est justement dans un des cas qui autorisent ce secours.

L'exemple du pupille dont la promesse nove en droit romain, ne nous condamne pas davantage; car cela tenait à ce que le pupille contractait une obligation naturelle. Dans notre droit, au contraire, l'incapable dont l'obligation est annulée, comme dans l'espèce, n'est pas tenu naturellement; car, s'il eût dû être ainsi engagé, la loi n'aurait pas prononcé de nullité.

Enfin, sur l'art. 2038, nous dirons qu'il édicte une faveur spéciale à la caution qui s'engage généreusement pour aider au crédit d'un de ses amis, et nous ajouterons que cette disposition prouve justement la renaissance de l'ancienne obligation; car, s'il était acquis que le créancier évincé aura simplement recours en garantie contre le débiteur qui l'a payé au moyen de l'immeuble d'autrui, si pour les rédacteurs du Code, l'ancienne obligation ne revivait pas avec tous ses accessoires, quel besoin d'écrire un article inutile, et de dire que la caution est définitivement libérée d'une obligation définitivement éteinte? Donc, pour trouver un sens à cette disposition, il faut reconnaître qu'en principe l'ancienne obligation renaît avec tous les avantages qu'elle pouvait comporter pour le créancier.

Enfin, quant à l'incapable, n'avons-nous pas la dis-

position de l'art. 1312, d'après lequel la partie qui a traité avec lui peut exiger le remboursement de ce qu'elle lui aurait fait avoir, à la condition de prouver le profit retiré par l'incapable? Ici la preuve est toute faite; le bénéfice de la novation annulable a été l'extinction de l'ancienne obligation, et l'incapable ne peut continuer à profiter de cet avantage.

Ainsi, pour revenir à notre point de départ, l'obligation annulable ne nove pas définitivement; et, si la nullité est prononcée, le créancier rentrera dans ses anciens droits.

Réciproquement une dette annulable peut-elle être novée par une créance valable? En supposant que la nouvelle promesse émane du même débiteur, nous distinguerons: s'il connaissait le vice qui donnait ouverture à la nullité de son engagement, nous verrons dans la novation une confirmation du premier contrat, et la nullité ne pouvant plus être invoquée, la novation sera définitive. La nouvelle promesse est en effet une exécution volontaire, à laquelle s'applique l'article 1338. Si, au contraire, le débiteur ignorait le vice, il n'a pas perdu le droit de faire annuler la première obligation, et, s'il en use, les deux tomberont ensemble, la première à raison de sa nullité, la seconde pour ne s'être pas formée, faute de cause.

Nous appliquerions cette dernière décision au cas où la seconde dette serait contractée par une autre personne que l'ancien débiteur. Celui-ci, en effet, pourrait toujours, malgré la nouvelle promesse, faire prononcer la nullité du premier contrat et faire ainsi

disparaître le second. Cependant, si le nouveau débiteur, au lieu de s'être offert spontanément, d'être *expressor*, avait été délégué par l'ancien, la novation serait définitive; car il y aurait dans cette délégation une exécution du contrat annulable, valant confirmation de ce contrat.

Nous connaissons la théorie romaine sur les novations d'obligations conditionnelles, ou les novations par des obligations conditionnelles; nous savons que, dans ces deux cas, la condition affectait pour eux non-seulement l'obligation, mais encore la novation elle-même; en sorte qu'elle ne se produisait qu'à l'événement de la condition, et nous avons critiqué cette manière de voir au point de vue de l'intention probable des parties. En droit français, il est facile aux contractants d'éviter toute difficulté en exprimant que la condition affectera ou n'affectera pas, en outre de l'obligation, la novation elle-même. Je vous dois, *si navis ex Asia venerit*, une somme de cent; nous novons par une obligation de soixante, et nous ajoutons: la novation n'aura lieu qu'autant que la condition s'accomplirait; ou bien: la novation aura lieu immédiatement sans avoir à se préoccuper désormais de la condition. Et de même, lorsque la première obligation est pure et simple, la nouvelle sous condition: je vous dois mille; nous novons par une obligation de deux mille, *si navis ex Asia venerit*, et nous avons le soin d'ajouter: la novation n'aura lieu qu'autant que la condition se réaliserait; en sorte que, si elle vient à défaillir, la novation tombera elle-même, et la première

obligation n'aura pas cessé d'exister, ou bien : la novation aura lieu, quelle que soit l'issue future de la condition; elle est quant à présent définitive, et l'ancienne obligation éteinte dans tous les cas. Mais si les parties n'ont pas pris le soin que nous venons de supposer, ce sera au juge à apprécier leur intention d'après les circonstances; elles ont pu vouloir faire une novation conditionnelle comme l'ancienne ou la nouvelle obligation, ou bien une novation définitive, un contrat aléatoire. Si, par exemple, l'ancienne obligation était sous condition, celle qui nove pure et simple avec un objet bien moindre, on pourra très-bien dire que le créancier a aliéné la chance de la première pour la certitude de la seconde, et admettre une novation pure et simple; si, à l'inverse, le créancier échange une obligation ordinaire contre un droit conditionnel, dont l'objet est bien plus important, on sera porté à décider qu'il a renoncé à son droit certain, moyennant la chance d'un droit incertain à la vérité, mais qui présente la possibilité d'un gain considérable.

Une obligation naturelle peut être valablement novée par une obligation civile; car la cause ne manque pas pour la formation de celle-ci. Ainsi, après une condamnation erronée ou injuste du créancier, le débiteur s'engage à payer; cette obligation est valable comme novant le lien naturel que la sentence n'avait pu détruire. Ainsi encore le failli concordataire s'obligerait valablement à payer à ses créanciers la différence entre le dividende accepté et le montant de leurs créances; car il est resté tenu naturellement à

leur égard. Certaines personnes ont voulu voir dans ce cas une véritable obligation civile sanctionnée par cette disposition de l'art. 604 (Code de commerce), que le failli ne peut obtenir sa réhabilitation, s'il ne rapporte la preuve du paiement intégral de ses dettes antérieures à la faillite. Mais l'absence de toute sanction n'est pas ce qui caractérise l'obligation naturelle, au contraire; c'est plutôt l'absence de coercition, de moyen d'action contre le débiteur, et ce moyen de coercition, cette action font défaut contre le failli concordataire.

### § 2. *Quelles personnes peuvent novier ?*

A cette question, le Code répond : La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter (art. 1272). Cela veut dire que le créancier qui nove doit être capable de disposer de son droit et que le débiteur doit pouvoir s'obliger pour contracter la nouvelle obligation. Si l'une des parties était incapable, la novation serait annulable comme le nouveau contrat, mais seulement au profit de l'incapable; car les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté (art. 1125). Ainsi les mineurs, les interdits, les femmes mariées, ne peuvent faire une novation valable et qui donne pleine sécurité à leur créancier ou débiteur; ils pourront toujours, dans les délais de l'art. 1304, et si leur intérêt les y sollicite, tenir la nouvelle opéra-

tion comme non avenue, et, à notre avis du moins, les choses rentreront alors dans leur ancien état.

Cependant la femme séparée de biens a la libre administration de sa fortune ; elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner (art. 1449) ; en conséquence, elle peut faire novation d'une créance ou d'une dette mobilière. Il est vrai qu'elle ne pourrait pas aliéner à titre gratuit son mobilier ; car cela dépasse la libre administration ; mais autre chose est nover, autre chose donner ; et la novation est un acte à titre onéreux, du moins de la part du créancier qui ne renonce à sa créance que pour en acquérir une à la place.

Le mineur émancipé reçoit ses revenus, en donne décharge, et fait tous les actes qui ne sont que de pure administration (art. 481) ; pourra-t-il consentir une novation, non pas bien entendu de sa créance de capital, mais au moins de ses revenus, par exemple du prix d'un bail, ou d'arrérages de rentes ? Au premier abord, l'affirmative ne paraît pas douteuse, puisqu'il en donne valable quittance et que la novation est analogue au paiement. Malgré cela, on pourrait soutenir qu'il ne peut nover de pareilles créances, parce que c'est un acte qui dépasse ceux de pure administration, et que le pouvoir de recevoir le paiement n'entraîne pas forcément celui de faire novation ; témoin l'*adjectus solutionis gratia*. Cependant on admet généralement que le prodigue ou le faible d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire peuvent nover les créances de revenus dont ils ont le droit de donner quittance. Pourquoi donner une autre décision quant au mineur émancipé ?

C'est parce que le mineur émancipé est, en principe, incapable, et exceptionnellement capable de faire les actes de pure administration, tandis que la personne pourvue d'un conseil judiciaire, capable en principe, n'est déclarée incapable que pour une série d'actes limitativement énumérés dans les art. 499 et 513.

Le tuteur ou le fondé de procuration générale peuvent évidemment, sauf à rendre compte de l'utilité de leur opération, consentir à la novation des créances du pupille ou du mandant.

Quant aux pouvoirs du mari relativement aux droits de sa femme, il faut distinguer suivant le régime matrimonial adopté par les époux. Au cas de séparation de biens, nous avons vu que la femme peut nover ses obligations actives ou passives sans l'autorisation de son mari. Nous ne parlons que des droits mobiliers; car si la femme avait, par impossible, des créances ou des dettes immobilières, il lui faudrait cette autorisation. Sous le régime dotal, les créances ou dettes de la femme seront paraphernales ou dotales; si elles sont paraphernales, nous appliquons les principes reçus dans la séparation de biens; si elles sont dotales, l'usufruit en appartient au mari et la nue propriété à la femme; d'où il nous semble résulter qu'il faudra leur concours pour opérer novation; car il est également impossible d'admettre que la femme novera toute seule au mépris de l'usufruit ou d'admettre que le mari, bien qu'il ait toutes les actions, novera tout seul au mépris de la nue propriété. La même décision, et

pour le même motif, doit être donnée pour le régime exclusif de communauté.

Mais, si la femme a parmi ses propres mobiliers, sous le régime de la communauté, une créance ou une dette, appartiendra-t-il au mari de les payer sans son concours? Cette question doit être généralisée; car elle revient à se demander si le mari peut aliéner à lui tout seul les propres mobiliers de la femme? Si les arguments à *contrario* avaient quelque poids, on dirait: l'art. 1428, en parlant du mari, s'exprime ainsi: il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement; donc, en sens inverse, il faut aliéner les meubles personnels de sa femme, ses créances, par exemple, et en faire novation. On ajoute, il est vrai, à cet argument que telle était l'opinion de Pothier, le guide ordinaire du rédacteur du Code. En effet, l'auteur du traité des obligations (1) distingue les propres réels, les immeubles, des propres conventionnels, les meubles, et il décide que, si les premiers demeurent la propriété de chacun des époux, les autres, au contraire, tombent dans la communauté qui devient seulement débitrice de leur valeur. Cela est, suivant lui, dans l'intérêt bien entendu des époux et de la communauté; car les meubles se détériorent et perdant de leur prix par l'usage, il est donc utile de les transformer, et pour cela, de les aliéner à temps afin de conserver à la communauté son usufruit d'une part, et

(1) De la communauté, n° 325.

d'autre part afin de rendre, à la dissolution, à l'époux la valeur ancienne de ses meubles au lieu des objets eux-mêmes altérés et sans prix. Enfin, on argumente de l'art. 1503 qui aurait consacré cette doctrine de Pothier en empruntant ses propres termes : chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier, qu'il a apporté, lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté.

Cependant il nous paraît impossible de baser sur de tels arguments une dérogation à ce principe élémentaire que l'aliénation de la propriété doit émaner du propriétaire lui-même. Dire dans un contrat de mariage ou dans une donation, que tels meubles resteront propres à la femme, n'équivaut pas à dire que ces meubles seront à la communauté, sauf récompense à ladite femme. On ne peut donc induire d'une pareille clause un abandon de la propriété moyennant un droit de créance, et nous restons dans la règle que la femme doit consentir à l'aliénation des choses dont elle est demeurée propriétaire. D'ailleurs l'art. 1428, qui fournit à l'opinion adverse un de ces arguments à *contrario* auxquels il faut, en général, peu se fier, nous donne, à nous, une preuve directe que la femme est en effet propriétaire de ses propres mobiliers, en disant : « Il (le mari) peut exercer seul toutes les actions mobilières qui appartiennent à la femme. » Si la femme a des actions mobilières, c'est qu'elle a des meubles à elle appartenant, ne fussent que ces actions elles-mêmes ; et, dans l'opinion contraire, elle ne peut avoir

qu'une seule action mobilière, l'action en récompense contre la communauté qu'elle aurait après la dissolution, et qui ne saurait en aucun cas être mise en jeu par le mari durant la communauté. L'art. 1503 n'est pas plus concluant que l'art. 1428; car il prévoit une hypothèse spéciale, celle où les époux ont mis leurs meubles en communauté jusqu'à concurrence d'une certaine valeur; il est clair que la communauté devient propriétaire de tous les meubles, sauf à devoir à chaque époux une somme représentant la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, a excédé sa mise en communauté; pour que, dans ce cas, chaque époux fût resté propriétaire d'une certaine quantité de meubles déterminés, il aurait fallu, dans le contrat de mariage, spécifier ceux des meubles dont l'ensemble aurait constitué l'apport. Alors le reste serait demeuré propre; mais on n'a pas ainsi procédé, et comme il n'y a aucun moyen de distinguer, tous les meubles tombent dans la communauté, suivant la règle ordinaire, sauf récompense pour ce qui excède l'apport promis.

Enfin serait-il vrai que la femme a toujours intérêt à être considérée comme ayant vendu à la communauté ses meubles propres? Nous pensons qu'il faut distinguer à cet égard. S'il s'agit de meubles d'un usage journalier, cela est évident; la nue propriété de la femme ne tarderait pas à devenir illusoire. Mais, aujourd'hui surtout, en parlant de propres mobiliers, on doit envisager spécialement les valeurs mobilières, auxquelles les entreprises industrielles ont donné un

si grand essor. On ne voit pas pourquoi ces rentes, actions ou obligations, qui peuvent former toute la fortune de la femme, seraient complètement à la merci du mari, et pourquoi elle ne serait pas consultée sur l'utilité ou l'avantage qu'il y aurait à les aliéner pour acquérir en remploi telle ou telle autre valeur.

En conséquence, le mari ne peut aliéner les créances mobilières propres à la femme, ni en faire novation ; c'est la femme elle-même qui doit procéder à ces opérations, dûment autorisée.

Nous avons vu qu'à Rome un créancier solidaire, un *correus stipulandi*, pouvait, dans l'opinion la plus logique, faire seul novation de la dette commune. Le Code ne se prononce pas sur la question ; mais nous ne devons pas hésiter à la résoudre négativement, parce que l'un des créanciers solidaires ne peut faire seul remise de la dette au débiteur (art. 1198). Chacun d'eux est censé le mandataire des autres à l'effet de conserver ou d'augmenter leurs droits, mais non pas à l'effet de les anéantir ou de les diminuer par l'abandon de l'ancienne créance. Mais, si la novation était avantageuse aux créanciers, rien ne les empêcherait, il nous semble, de la ratifier, et de substituer la nouvelle dette à la précédente ; car, dans notre droit, on a égard avant tout à la bonne foi et à la volonté des parties.

A l'inverse, nous aurons à examiner ce qui a lieu quand le créancier fait novation avec l'un des débiteurs solidaires ; en principe, les autres débiteurs sont

libérés, sauf à subir le recours de celui qui a obtenu la novation.

### § 3. *De l'intention de novar.*

La constitution de Justinien, sur la nécessité d'une expression spéciale pour faire novation, n'était point observée en France dans les pays de coutume (1). Il suffisait que la volonté de faire novation parût si évidente qu'elle ne pût être révoquée en doute. Quant aux pays de droit écrit, Domat cite et reproduit la constitution de Justinien en la faisant précéder de ces mots : « Tous ces changements, et les autres semblables ne font pas de novations, parce qu'ils n'éteignent pas la première dette, à moins qu'il fût dit expressément qu'elle demeurerait nulle (2). » Le Code Napoléon a consacré la doctrine coutumière dans l'art. 1273 : « La novation ne se présume pas : il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte » ; « c'est-à-dire résulte clairement de ce qui s'est passé entre les parties. Cette doctrine est fort raisonnable ; car, d'un côté, la nécessité d'une déclaration expresse répugnerait à nos habitudes juridiques, et, d'autre part, la novation ne doit pas se présumer, puisqu'elle suppose une renonciation du créancier à son ancien titre.

Ainsi les changements que les parties auront pu apporter à la première obligation, en y ajoutant ou re-

(1) Toullier, t. 7, § 277. — V. les autorités qu'il cite.

(2) Lois civiles, liv. 4, tit. 5, sect. 1.

tranchant une hypothèque, une caution, un terme, etc., pourront très-bien se concevoir comme dérogeant à l'ancienne obligation sans faire une novation qui s'étende aux objets dont il n'est pas fait mention.

Mais on ne pourrait mettre en doute la novation, bien que le mot ne fût pas employé, s'il était dit, par exemple, que le créancier se contente de la seconde obligation, au lieu de la première, ou bien encore si la seconde obligation est incompatible avec la première ; en sorte qu'elles ne puissent subsister ensemble toutes les deux (1). On peut citer la novation d'un prêt en dépôt, ou encore celle du prix d'une vente également en dépôt entre les mains de l'acquéreur (2).

La conversion d'une dette exigible en une rente perpétuelle opère-t-elle novation ? La question était controversée dans l'ancien droit, et Pothier (3) se déclare pour la novation : d'abord, parce que la créance exigible a été forcément aliénée pour acquérir la rente ; c'est comme si le débiteur avait payé pour recevoir aussitôt l'argent, moyennant la constitution de rente ; ensuite, parce que l'objet est changé, puisque ce sont des arrérages qui sont dus, et non plus un capital ; celui-ci, à cause de la faculté de rachat, est *in facultate lutionis*, mais il n'est pas *in obligatione*. Ces deux raisons sont encore péremptoires pour faire adopter l'opinion de Pothier. Ainsi la dette exigible sera éteinte avec ses accessoires, et Toullier ajoute : « Le créan-

(1) Toullier, t. 7, nos 277, 278.

(2) Cass. 1<sup>er</sup> sept. 1806.

(3) Obligat., n<sup>o</sup> 593.

« crier qui consent à l'aliénation de son capital, stipu-  
« lerait même inutilement qu'il n'entend pas faire  
« novation, ni dégager les cautions; car, dit fort bien  
« Pothier, une protestation ne peut empêcher l'effet  
« nécessaire et matériel d'un acte; elle pourrait seu-  
« lement empêcher l'extinction des hypothèques de  
« l'ancienne dette, et les transférer à la nou-  
« velle (1). » N'est-ce pas aller trop loin? Et, si les  
parties avaient déclaré formellement qu'il n'y a pas  
novation, ne devrait-on pas dire que le créancier a  
deux créances distinctes, une de capital, l'autre d'ar-  
rérages, créances telles que le paiement de l'une  
éteindra l'autre?

La même décision est à donner dans le cas inverse  
où une rente serait convertie en une créance de capi-  
tal, et encore *a fortiori* lorsqu'une rente viagère a  
été substituée à un capital exigible ou réciproquement.  
Dans ce dernier cas, à un contrat commutatif a suc-  
cédé un contrat aléatoire ou réciproquement, et en  
outre le débiteur de la rente ne peut plus payer en  
capital et se racheter; et d'autre part le créancier ne  
peut plus poursuivre son remboursement, même en  
cas d'inexécution (art. 1978).

Cependant ces solutions doivent cesser devant un  
texte formel du Code lorsque, dans l'acte même de la  
vente, on a substitué à la créance du prix une rente  
perpétuelle. L'art. 530 met en effet sur le même pied  
la rente établie *pour le prix* de la vente d'un immeuble

(1) Tome 7, n° 281.

et la rente établie *comme condition* de la cession à titre onéreux et gratuit d'un fonds immobilier. Dans ce dernier cas, il n'est pas douteux que le privilège et le droit de résolution subsistent ; donc il en est de même dans le premier, et il faut en conclure qu'il n'y a pas eu novation, car celle-ci aurait détruit le privilège et le droit de résolution, à moins d'une réserve expresse que l'art. 530 ne suppose pas. Si le prix figure dans l'acte, c'est pour marquer le montant du remboursement.

Il arrive souvent que les vendeurs d'immeubles reçoivent des lettres de change en paiement du prix, moyennant quoi ils donnent quittance dans l'acte ; ce qui évite aux acheteurs les frais d'un acte spécial portant quittance et le droit proportionnel de 50 c. p. 100 (art. 10 de la loi du 22 frimaire an 7). Un pareil mode de procéder emporte-t-il novation, et entraîne-t-il pour le vendeur la perte du privilège et de l'action en résolution, sauf les cas de réserves expresses ? Plusieurs auteurs reculent devant de pareils résultats et décident qu'il n'y a pas novation, parce que telle n'a pas été l'intention des parties. Ou bien, s'il y a une novation, elle est soumise pour eux à la condition tacite du paiement des lettres de change, ce qui supprime toute question.

Il nous semble, quant à nous, qu'il y a novation en pareil cas, et novation immédiate, et non pas sous condition tacite. En effet, nous ne retrouverons dans aucune hypothèse une novation par changement de cause aussi bien caractérisée ; de créancier qu'il était en vertu de la vente, le vendeur est devenu créancier

en vertu d'un contrat de change. Il pouvait actionner son débiteur devant la juridiction civile, maintenant il doit le poursuivre devant le tribunal de commerce ; sa créance était garantie par un privilège, et le droit de résolution lui permettait de revenir sur le contrat avec dommages et intérêts ; maintenant il a un recours contre tous les signataires des lettres de change, qui sont tenus solidairement envers lui, et la contrainte par corps, tant qu'elle subsistera en cette matière, lui donne une sûreté de plus. N'y a-t-il pas là un changement complet des droits du créancier qui fait présumer l'*animus novandi*? Enfin, l'art. 575, C. de com., suppose qu'un consignataire de marchandises fait faillite ; celui qui a consigné les marchandises veut les revendiquer dans la faillite ; il le peut, si elles existent en nature, et même lorsqu'elles ont été vendues, pourvu que le prix n'en ait pas été payé, ou réglé en valeurs, ou compensé en compte courant entre le consignataire et son acheteur. Si les effets négociables par le moyen desquels a été opéré le règlement en valeur n'avaient offert au consignataire qu'un moyen plus commode d'être payé sans produire novation, le revendiquant les reprendrait dans la faillite, comme il reprendrait la créance du prix ; et, puisque le Code décide que, dans ce cas comme dans celui de paiement, la revendication n'est pas possible, c'est que le règlement en valeur a nové la créance du prix, que cette créance s'est trouvée ainsi acquittée par une sorte de *datio in solutum*.

Cependant la Cour de cassation paraît avoir, sur cette question, un système mixte (1). Elle distingue si le règlement a eu lieu au moment même de la vente, ou postérieurement; dans le premier cas, elle repousse la novation; dans l'autre, elle l'admettrait sans doute.

Si le règlement avait lieu en billets à ordre au lieu de lettres de change, nous déciderions de même que la créance du vendeur est novée purement et simplement, s'il n'a eu soin de spécifier la condition de l'encaissement des billets. En effet, il y a toujours changement de cause, et la nouvelle créance ne peut être compatible avec l'ancienne. Les billets sont cessibles par endossement, et il faudrait dire que le vendeur, en les mettant en circulation, transmet en même temps le privilège et l'action en résolution qui lui garantissaient son paiement. Si, au contraire, il a spécifié la condition de l'encaissement des billets, la novation est soumise à cette condition; et si elle ne se réalise pas, l'ancienne créance n'aura jamais cessé d'exister.

Nous avons supposé le prix d'une vente réglé en lettres de change ou en billets à ordre. Mais il pourrait arriver que le contrat de vente, ou tout autre, intervint entre deux commerçants, et que la créance du prix, ou toute autre, fût passée en compte courant. Dans ce cas la jurisprudence, suivant le principe qui résulte de l'art. 575 C. com., n'hésite pas à voir une novation, et à déclarer que le compte courant forme désormais

(1) Cass. 22 juin 1811.

le seul titre du créancier (1). Cependant il résulte implicitement d'un arrêt de Rouen, en date du 18 décembre 1856, que le créancier, tout en comprenant le montant de sa créance dans un compte courant qui existe entre lui et son débiteur, pourrait faire ses réserves, afin d'éviter, par exemple, l'extinction de l'hypothèque attachée à cette créance.

Nous venons de voir des exemples d'obligations incompatibles. Dans tout autre cas, on appliquera le principe que la novation ne se présume pas. Par exemple, une dette commerciale n'est pas novée parce qu'elle est reconnue devant notaires, et pourvue d'une hypothèque (2).

Cependant le Code de commerce, dans l'art. 189, présume très-facilement la novation d'une créance contractée par lettre de change, puisqu'il la fait résulter d'une reconnaissance par acte séparé en décidant que la prescription cesse aussitôt d'être quinquennale, évidemment pour devenir trentenaire. Cela tient au caractère particulier de la lettre de change qui tire sa force de sa forme; aussi, la forme étant changée, l'ancienne dette tombe. Il s'agira alors de savoir ce qu'on entend par acte séparé. On décide qu'une simple lettre missive ne suffit pas pour entraîner novation, et que même l'admission de la lettre de change au passif de la faillite du débiteur n'est pas non plus une reconnaissance par acte séparé, puisque la présentation de la lettre aux syndics a été faite,

(1) Cass. 6 nov. 1852. — Orléans, 11 juill. 1817.

(2) Cass. 2 fév. 1826.

non pour nover la créance, mais pour obéir à la loi (1).

De tout ce qui précède, il résulte que la question de savoir s'il y a novation est abandonnée aux juges qui doivent rechercher si la volonté de nover ressort clairement de l'acte. A cet égard, on suivra les règles ordinaires des preuves, et, par exemple, on admettra les présomptions graves, précises et concordantes, dans les cas où la preuve testimoniale serait admissible. Comme il s'agit en pareilles circonstances d'appréciation de fait, les Cours impériales sont souveraines, et leurs arrêts échappent à la censure de la Cour de cassation. Mais cela est vrai en ce sens seulement que la Cour suprême ne peut entrer dans le détail des faits pour savoir si la Cour impériale les a bien vus ; car elle a le droit d'examiner les faits retenus par les juges, et de décider si l'on a bien appliqué à ces faits les dispositions de l'art. 1271 C. Nap., et si ces faits, souverainement constatés, réunissent les caractères légaux de la novation (2).

#### § 4. *Des effets de la novation.*

La novation est analogue au paiement ou à la dation en paiement ; elle produit donc cet effet d'éteindre l'ancienne obligation avec tous ses accessoires. « Par la novation faite entre le créancier et l'un des débi-

(1) MM. Bravard et Demangeat, t. 5, p. 565.

(2) Cass. 14 mars 1824 ; Cass. 23 juin 1841 ; Cass. 31 mai 1851.

« teurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. La  
« novation opérée à l'égard du débiteur principal libère  
« les cautions. » (Art. 1281.) De même les privilèges et  
hypothèques de l'ancienne créance sont éteints, et ne  
passent point à celle qui lui est substituée (1278). Les  
intérêts de l'ancienne obligation cessent de courir, la  
demeure du débiteur et la peine encourue, s'il y en  
avait une, sont purgées, la contrainte par corps  
anéantie (1).

Mais ces conséquences rigoureuses peuvent être  
atténuées par la volonté des parties. Ainsi le créancier,  
en consentant à la novation, peut réserver les privi-  
lèges et hypothèques de l'ancienne créance, et les  
transporter sur la nouvelle (art. 1278), et, comme  
réserver un droit n'est pas l'augmenter, il en résulte  
que la nouvelle créance sera garantie seulement jus-  
qu'à concurrence du montant de l'ancienne. La déci-  
sion contraire violerait l'équité en portant atteinte aux  
droits des créanciers postérieurs. Mais observons que  
cette réserve doit être expresse et que le Code a fait  
ainsi cesser les contestations qui s'élevaient dans l'an-  
cienne jurisprudence pour savoir si la consécration  
des hypothèques anciennes était de droit. Du reste,  
une réserve tacite, occulte, ne serait pas en harmonie  
avec notre régime hypothécaire.

D'après l'art. 1280, « lorsque la novation s'opère  
« entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires,  
« les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance

(1) Toullier, t. 7, § 297.

« ne peuvent être réservés que sur les biens de celui  
« qui contracte la nouvelle dette. » Cela ne veut pas  
dire qu'il y a impossibilité de conserver les hypo-  
thèques qui portent sur les biens des codébiteurs  
solidaires, cela signifie que la réserve ne peut se faire  
que du consentement de ces codébiteurs. Nous retrou-  
verons cette décision dans la novation par changement  
de débiteur ; bornons-nous à dire que Toullier la  
trouve contraire aux règles du droit, et de plus en con-  
tradiction avec l'art. 1251, n° 3. Celui-ci admet la su-  
brogation de plein droit « au profit de celui qui étant  
« tenu, avec d'autres ou pour d'autres, au paiement  
« de la dette, avait intérêt de l'acquitter. » Cela étant,  
si j'ai deux débiteurs solidaires, Primus et Secundus,  
avec hypothèques sur leurs biens, et que je fasse nova-  
tion avec l'un d'eux, Primus, l'autre, Secundus, sera  
libéré. Mais Primus sera subrogé légalement à mes  
droits contre Secundus, et, s'il payait, il aurait contre  
son codébiteur l'action hypothécaire pour moitié de  
la créance, ou davantage suivant le profit retiré de  
l'emprunt par Secundus. Si, au contraire, Primus ne me  
paye pas, je pourrai exercer son action hypothécaire  
contre Secundus, sans avoir rien réservé (1). Ce rai-  
sonnement et cette conclusion sont parfaitement  
exacts, mais une pareille situation diffère de celle  
qu'aurait le créancier en cas de réserve expresse et con-  
sentie par Secundus, en deux points essentiels ; ce qui  
ne permet pas de confusion. D'abord, s'il y avait  
réserve véritable des hypothèques contre Secundus,

(1) Tome 7, § 519.

ce n'est pas pour moitié, c'est pour le tout que le créancier pourrait le poursuivre. Toullier n'a pas aperçu cette objection, parce que son espèce est défectueuse; il suppose que Primus a payé moitié de la dette, et nové pour l'autre moitié, en sorte que le créancier a bien alors recours pour tout ce qui lui reste dû; mais ce tout n'est que la moitié de la créance primitive, et, en cas de novation totale, le recours ne serait pas plus étendu. Ensuite ce n'est plus par l'action directe que le créancier poursuivra Secundus, c'est par l'action oblique de l'art. 1166, et du chef de Primus: en conséquence, si Primus était en faillite, ou en déconfiture (ce qui est bien possible, puisqu'on suppose qu'il ne paye pas), le créancier ne retirerait qu'un dividende sur les sommes obtenues contre Secundus; dans le cas d'une réserve véritable, au contraire, il est à peine besoin de dire que la poursuite contre Secundus serait directe, et que rien ne passerait dans le patrimoine de Primus pour arriver aux mains du créancier. Il n'y a donc pas contradiction entre les deux articles.

Ainsi le créancier a besoin du consentement des codébiteurs solidaires pour réserver les hypothèques sur leurs biens; l'art. 1281 donne la même décision quant à la réserve de la solidarité elle-même et des cautions. Le créancier qui veut continuer à avoir les codébiteurs et les cautions pour obligés devra donc exiger leur consentement au moment même de la novation, ou bien nover à la condition que les codébiteurs ou cautions accèderont au nouvel arrangement. En cas de refus de

leur part, il n'y aura rien de fait ; en sorte qu'ils seront toujours tenus, soit en vertu de l'ancien contrat, soit par suite de leur adhésion au nouveau.

Nous avons là un exemple de novation sous condition suspensive ; elle peut également se faire sous condition résolutoire ; et, à cet égard, nous avons trouvé l'hypothèse où le créancier accepte en paiement des lettres de change, non pas purement et simplement, mais à condition qu'elles seront acquittées à l'échéance. Pour nous, soit que la condition suspensive vienne à défaillir, soit que la condition résolutoire se réalise, l'ancienne dette subsiste avec tous ses accessoires. Mais Toullier distingue : si la condition est suspensive, il reconnaît que l'ancienne obligation dure avec tous ses accessoires lorsque la condition ne se réalise pas. Mais, pour le cas de la condition résolutoire, il dit : « Si la nouvelle (obligation) est résolue par l'événement de la condition, il est équitable de faire revivre l'ancienne en faveur du créancier, et c'est pour cela que la condition résolutoire est sous-entendue dans tous les contrats. Mais l'ancienne obligation peut subsister sans ses accessoires : il n'est pas juste de les faire revivre au préjudice des tiers qui n'ont point été parties au contrat, tels que les cautions, les co-débiteurs, et les autres créanciers du débiteur, lorsque, dans ce dernier cas, l'ancienne hypothèque n'a pas été réservée (1). » Nous avons déjà réfuté cette manière de voir en examinant la novation par une obliga-

(1) T. 7, n° 315.

tion annulable : nous ne reviendrons sur ce point que pour faire observer : d'abord que les tiers dont parle Toullier, ne sauraient se plaindre, car le nouveau contrat leur avait offert la chance d'être libérés : ce qui est une faveur, mais sous une condition qu'ils pouvaient connaître et dont ils avaient à prévoir la réalisation. Ensuite nous cherchons vainement la base de la distinction entre l'effet de la condition suspensive non réalisée, et celui de la condition résolutoire accomplie. Il nous semble qu'en droit, et en ce qui touche l'ancienne obligation, les résultats doivent être identiques, puisque l'art. 1183 dit : la condition résolutoire « est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. » On ne peut pas dire plus clairement que, dans l'espèce de la novation, l'ancienne obligation sera remise dans l'état où elle serait si le nouveau contrat sous condition résolutoire n'avait pas existé.

Nous pourrions supposer que l'obligation à novcr a pour objet un corps certain, et que le débiteur est en demeure de le livrer ; si, à ce moment, intervient une novation conditionnelle, la demeure est-elle purgée ? Nous avons longuement examiné cette question en droit romain, et nous avons vu que l'opinion générale était pour la *purgatio moræ*, en sorte que les dommages-intérêts ne seraient pas dus quand même l'objet périrait *pendente conditione*, et quand même la nouvelle obligation ne prendrait pas naissance à cause de la perte même de cet objet. C'est l'hypothèse d'une novation

sous condition suspensive sans changement d'objet. Cette décision nous paraît devoir être suivie en droit français; et même nous l'appliquerions au cas où la nouvelle obligation aurait un objet différent, en supposant, bien entendu, que la condition vint à défaillir; qu'importe, en effet, que cette nouvelle obligation sous condition suspensive manque de se former à cause de la perte de l'objet ou parce que la condition ne se réalise pas! L'ancienne n'aura jamais été novée; seulement elle est désormais éteinte par la perte de la chose due. La nouvelle convention intervenue entre les parties a toujours eu en fait ce résultat, que le débiteur ne pouvait plus livrer le corps certain au créancier, puisqu'il ne savait pas, d'une part à quelle époque et en vertu de quelle obligation il aurait à le livrer, et d'autre part, si le nouvel objet ne serait pas dû à la place de l'ancien. Donc la demeure a été purgée par l'obligation sous condition suspensive, qu'il n'y ait pas ou qu'il y ait eu changement d'objet (1).

A plus forte raison, nous donnerions la même décision dans le cas d'une novation sous condition résolutoire : Primus, débiteur d'un corps certain, et mis en demeure de le livrer par une sommation, obtient novation du créancier Secundus en lui donnant des lettres de change, mais à la condition qu'elles seront acquittées à l'échéance. Le corps certain périt *pendente conditione*, et plus tard, les traites reviennent impayées. L'ancienne obligation pourrait revivre, à la

(1) M. Duranton, t. 12, n° 298.

vérité, mais elle n'a plus d'objet : si elle n'est pas éteinte par novation, elle l'est par la perte de la chose due : dira-t-on que, le nouveau contrat étant considéré comme non avenu, la demeure a persisté et que le débiteur doit des dommages-intérêts? Non, évidemment : car, en fait, depuis la remise des billets jusqu'à l'échéance, le créancier a été payé ; et le débiteur n'a pu être en demeure, puisque le créancier n'aurait pas pu lui demander le corps certain.

Cela est tellement vrai que, si, par exemple, le débiteur était mort durant les délais et que son héritier, ignorant les nouveaux arrangements, eût livré l'objet au créancier, cet héritier aurait droit à la répétition de l'indu. Mais nous n'accorderions pas cette répétition dans le cas de novation sous condition suspensive, si l'objet était le même, parce qu'alors le débiteur doit certainement la chose payée *pendente conditione*, soit à cause de l'ancienne obligation, soit à cause de la nouvelle ; et ce qui a été payé d'avance ne peut être répété (art. 1184). Si l'objet de la nouvelle obligation sous condition suspensive n'était pas le même que celui de l'ancienne et que le débiteur eût payé l'une des deux choses *pendente conditione*, la répétition serait, ce nous semble, admissible, parce qu'on ne sait pas laquelle des deux choses sera due en réalité ; pour chacune d'elles, *incertum est debitum iri*.

Nous avons supposé jusqu'ici la novation effectuée par une obligation pure et simple ou conditionnelle, mais valable. Il ne sera pas inutile, dans ce paragraphe des effets de la novation, de prévoir ce qui arri-

vera lorsque l'obligation nouvelle sera nulle ou annulable. Mais un pareil examen ne doit pas se borner à la novation ; il faut y joindre le paiement et la dation en paiement, qui, eux aussi peuvent être nuls ou annullables, comme la novation qui nous occupe, et qui présentent avec elle la plus grande analogie. La novation sera nulle lorsque la nouvelle obligation sera nulle, par exemple, comme illicite dans sa cause ou dans son objet ; annullable, lorsque la nouvelle obligation sera celle d'un incapable, ou d'une personne victime de l'erreur, du dol ou de la violence. Le paiement et la dation en paiement seront nuls lorsque le créancier pourra être évincé de la chose qu'il a reçue, comme il arriverait, par exemple, si le débiteur avait donné des écus ou des billets de banque volés, et revendiqués avant la consommation par leur propriétaire (1), ou encore l'immeuble d'un tiers. Ils seront annullables, lorsqu'ils auront été effectués par un incapable (art. 1238, 2038).

Dans tous ces cas, une même question se présente : l'ancienne créance doit-elle revivre lorsque la nullité aura été reconnue ou prononcée, ou bien est-elle définitivement éteinte, et devons-nous accorder une nou-

(1) Paris, 11 nov. 1857. Notre exemple de paiement nul ne nous paraît pas devoir soulever de difficulté, bien que l'art. 1258 mette sur le même pied le paiement du non-propriétaire et celui de l'incapable. C'est là, sans doute, un vice de rédaction. Car dans le cas de paiement de la chose d'autrui, les deux parties pourront agir, le créancier qui a reçu et qui peut rendre, le débiteur qui peut répéter. Au contraire, si le paiement a été fait par un incapable, celui-ci peut répéter sans doute, mais le créancier ne serait pas admis à rendre la chose. N'est-ce pas la différence caractéristique des contrats nuls et des contrats annullables ?

velle action au créancier? L'intérêt de cette question est facile à voir; il s'agit pour le créancier de conserver ou de perdre les anciens accessoires de sa créance, à l'exception des cautions qui sont hors de cause, grâce à l'art. 2038. Mais les hypothèques, les privilèges (en ne supposant aucune main-levée, aucune radiation d'inscription), la contrainte par corps, la compétence du tribunal, l'élection de domicile, subsisteront et ne cesseront pas d'exister, si nous accordons au créancier l'ancienne action; ils seront, au contraire, perdus pour lui, si nous lui en donnons une nouvelle.

Le cas de la novation ne fait aucun doute en droit romain, dès que l'opinion de Gaius n'a pas été reçue, et qu'Ulpien exige que la seconde promesse crée un lien civil ou naturel. S'il ne résulte aucune obligation de cette promesse, l'ancienne action n'a pas cessé d'exister. Il faut en dire autant du paiement de la chose d'autrui. Si son propriétaire l'avait revendiqué, les Romains auraient rendu au créancier son action contre le débiteur. Le cas de *datio in solutum* souffrait plus de difficultés; Marcien s'exprime ainsi : *Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio* (1); décision très-juridique, et qui a l'avantage d'assimiler en ce point la *datio in solutum* au paiement et à la novation qui lui sont analogues. Au contraire, Ulpien (2) voit dans la *datio in so-*

(1) L. 46, pr., D., *De sol.* (46, 3)

(2) L. 21, pr., D., *De pignorat. act.* (15, 17). Voir aussi L. 4, C., *De evict.* (8, 45).

*lutum* une vente avec compensation du prix, et donne au créancier évincé l'action *empti utilis*. Nous n'essayerons pas de concilier ces deux textes, parce que cela ne nous paraît pas possible ; peut-être, cependant, pourrait-on dire avec Pothier (1), que, d'après les Romains, le créancier évincé avait le choix, ou de se présenter comme créancier non payé, ou comme acheteur avec compensation du prix. Quoiqu'il en soit, bien que des auteurs distinguent en droit français entre les novations nulles et les novations annulables, et, sans doute aussi, entre les paiements ou dations en paiement nuls ou annulables, nous admettrons, dans tous les cas, la restauration de l'ancienne action. Nous avons déjà présenté nos arguments en examinant la question de savoir si une obligation valable est définitivement novée par une obligation annulable ; question qui n'est qu'une espèce particulière de celle que nous envisageons en ce moment. Cela nous dispense d'insister ; nous ferons observer seulement que, nulle part dans le Code, on ne trouve marquée la différence qu'on voudrait établir entre les contrats nuls dont la nullité a été reconnue et les contrats annulables dont la nullité a été prononcée. Dans le premier cas, tous les effets apparents du contrat, et par suite la libération du débiteur disparaîtraient, et l'ancienne action n'aurait pas cessé d'exister. Dans le second, au contraire, pour ceux dont nous n'admettons pas l'opinion, le débiteur aurait été libéré malgré

(1) Vente, n° 605.

l'annulabilité de la novation, du payement et de la dation en payement; et le créancier aurait droit à une action de garantie. Nulle part, nous le répétons, le Code n'a donné à entendre qu'il y eût une semblable différence entre ces deux cas. Pour nous, après la nullité reconnue ou prononcée, il ne reste rien, absolument rien, du contrat nul ou annulable. Sans doute ils diffèrent entre eux tant que le juge n'a pas été saisi de l'action en nullité, quant à l'exercice et la durée de cette action; l'un ne peut pas être ratifié, l'autre peut être guéri de son vice; mais, l'action étant exercée, que reste-t-il d'un acte déclaré nul, et quels effets a-t-il pu produire? D'un autre côté, ce n'est point forcer la nature des choses que de comparer le contrat annulable à un contrat fait sous une condition résolutoire, en ce sens que la nullité prononcée équivaut à la condition accomplie. Or, l'art. 1183 est ainsi conçu : « La condition résolutoire est celle  
« qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de  
« l'obligation, et qui remet les choses au même état  
« que si l'obligation n'avait pas existé. » Dans la novation faite sous condition résolutoire, il n'est donc pas douteux que l'ancienne action subsisterait avec ses accessoires au cas où la condition se réaliserait; pourquoi décider autrement dans un cas analogue?

Le Code Napoléon, il est vrai, a fait exception en faveur des cautions, et l'art. 2038 les déclare libérées s'il y a éviction à la suite d'une *datio in solutum*. Mais on ne peut pas tirer de cet article une doctrine géné-

rale ; car il a été pris dans Pothier (1) qui déclare que l'obligation principale subsiste dans l'endroit même où il propose, en faveur des cautions, le tempérament d'équité reproduit par le Code. La caution, en effet, voyant le débiteur libéré (il l'est en apparence), s'est crue dégagée elle-même, et n'a pris aucune précaution contre l'insolvabilité du débiteur. Par conséquent, le motif et l'origine historique de l'art. 2038, montrent suffisamment qu'il n'a pas une portée générale ; et alors, de contraire qu'il paraissait être, il devient favorable à notre opinion ; car l'exception consacre, et prouve la règle (2).

On peut remarquer que, pour résoudre la question qui précède, nous ne nous sommes pas occupé de savoir si la dation en paiement opère ou n'opère pas novation. Cela importait peu, en effet ; si la *datio in solutum* entraîne novation, et qu'il y ait plus tard éviction de l'objet reçu par le créancier, cette novation tombe avec la *datio in solutum* ; car elle a eu lieu *sine causa*, et pour nous l'ancienne action demeure. S'il n'y a pas eu novation, l'ancienne action subsiste directement, dès que cesse la *datio in solutum*. Quant à la question en elle-même, on peut dire, dans le sens

(1) *Oblig.*, n° 106-1°.

(2) Faut-il étendre la disposition de l'art. 2038 au paiement et à la novation annulés. Les cautions seront-elles libérées ? Le cas peut être embarrassant ; car, d'une part, les exceptions sont *strictæ interpretationis*, et d'un autre côté la raison d'équité est la même dans le cas de novation, et plus forte, ce nous semble, dans le cas de paiement. Nous serions donc assez porté à l'assimilation : c'est au créancier à se précautionner et à exiger l'accession de la caution à la novation ou à la *datio in solutum*. Pour le paiement, le danger est bien moins grand à cause de l'art. 2279.

de la novation, qu'il y a entre les parties un nouveau contrat, celui dans lequel le créancier a accepté la proposition du débiteur de recevoir une chose à la place de celle qui lui était due. A quoi on peut répondre que la *datio in solutum* est un contrat qui *re perficitur*, et que le contrat qui a pu la précéder a été fait de la part du créancier *sine animo novandi*. Quelle est, en effet, l'intention du créancier? D'avoir la propriété d'une chose, et non pas la propriété d'une nouvelle créance à la place de celle qu'il a déjà. Alors, de deux choses l'une : ou le débiteur offrira un corps certain dont il est propriétaire; et le créancier acceptera; dans ce cas la *datio in solutum* sera immédiate, et le créancier cessera de l'être pour devenir propriétaire du corps certain. La propriété sera éteinte par *datio in solutum*, et non par novation. Si, au contraire, le débiteur a offert une chose dont il n'est point propriétaire, et que le créancier ait accepté, il n'y a pas davantage novation; car le créancier n'a pas entendu céder son ancien droit, moyennant l'expectative de la chose; son intention évidente est que le débiteur soit libéré au moment où il transportera la propriété de la chose, et par cette dation même.

## CHAPITRE II.

### DE LA NOVATION APPELÉE EXPROMISSION.

Elle s'opère, dit l'article 1271, 2° : lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier.

Si le nouveau débiteur s'oblige spontanément, il y a expromission; si, au contraire, il est présenté au créancier par l'ancien débiteur, il y a délégation. Nous ne parlerons ici que de l'expromission; et la délégation fera l'objet du chapitre suivant.

L'article 1274 est ainsi conçu : la novation par la substitution d'un nouveau débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier débiteur. En effet la novation est une sorte de paiement, et l'obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, soit qu'il agisse au nom et en l'acquit du débiteur, soit qu'il agisse en son nom propre (art. 1230). Mais le consentement du créancier est indispensable; car on ne peut le forcer à recevoir une chose autre que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande (art. 1243); et dans l'expromission, le créancier reçoit une nouvelle créance à la place de l'objet de l'ancienne.

Une pareille novation est nécessairement fort rare; car, en pratique, un tiers qui voudrait s'obliger pour autrui se ferait faire une cession de la créance primi-

tive par le créancier. Aussi les juges devront-ils présumer la novation très-difficilement. Le plus souvent, l'engagement du nouveau débiteur sera une sûreté de plus pour le créancier; mais l'ancien ne cessera pas d'être tenu : *uterque tenetur, sed altero solvente alter liberatur* (1).

Mais, s'il résulte des circonstances qu'il y a bien eu intention d'éteindre l'ancienne dette, et de la nover, voyons quel sera le recours du nouveau débiteur contre l'ancien? A cet égard il faut distinguer. Si l'ancien débiteur a donné mandat au nouveau de promettre en son lieu et place, le recours aura lieu par l'action contraire de mandat; si l'intervention a eu lieu à l'insu du débiteur, mais dans son intérêt, nous appliquerons les principes de la gestion d'affaires, et nous donnerons au nouveau débiteur une action pour se faire rembourser ce que lui aura coûté la libération. Mais, dans ces deux cas, l'intervenant a pu se faire subroger par le créancier, et avoir ainsi le choix entre l'ancienne action avec tous ses accessoires, ou celle qui est née en sa personne.

Si le nouveau débiteur est intervenu malgré l'ancien, c'est peut-être pour nuire à celui-ci, et le poursuivre avec rigueur, ou bien, c'est au contraire dans une vue de libéralité, soit à l'égard du créancier, soit à l'égard du débiteur. Dans le cas où l'intervention a été faite contre l'intérêt du débiteur, ou pour donner au créancier, l'*expromissor* ne pourra agir que jusqu'à concurrence des avantages qu'il a procurés au débi-

(1) L. 8, in fine, D., De nov.

teur primitif. Ainsi il n'aura droit aux intérêts qu'à partir de la demande en justice, si toutefois la créance n'en produisait pas elle-même. Ainsi encore son action ne se prescrira pas par trente ans à compter de l'expressio, mais par le laps de temps qui restait à courir pour la prescription de la dette éteinte. Ajoutons que, dans ces deux cas, il ne pourrait se faire subroger aux droits du créancier (art. 1236). Enfin, si l'intervenant a voulu faire une libéralité au débiteur, on appliquera les règles des donations : seulement ici l'acceptation du donataire n'est pas demandée, parce que la libéralité ne lui est pas offerte ; elle lui arrive indirectement.

Il se pourrait que l'*expromissor* n'acquittât pas sa dette envers son créancier ; celui-ci, sauf le cas de novation conditionnelle, ne recouvrerait pas son ancienne créance ; seulement il pourrait, par l'action de l'art. 1166, exercer tous les droits que nous venons de reconnaître au nouveau débiteur contre l'ancien.

Nous avons dit plus haut que l'art. 1278 autorise la réserve des privilèges et hypothèques dans le cas de novation entre les mêmes parties : ces garanties passent d'une créance à l'autre. En matière d'*expromissio*, il est clair que les hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur, et l'art. 1270 prend un soin inutile en nous le disant. En effet, personne n'aurait imaginé de transporter ainsi des hypothèques au préjudice des autres créanciers de l'*expromissor*. Celui-ci peut seulement consentir des hypothèques à la date présente

pour sûreté de son engagement envers le créancier. Mais, du principe posé en l'art. 1278, il résulte qu'on peut fort bien réserver les hypothèques portant sur les biens de l'ancien débiteur pour assurer l'exécution de la nouvelle dette, car rien n'empêche d'avoir des immeubles hypothéqués à la dette d'autrui. Si l'ancien débiteur y consent, il n'y a pas de difficulté; il semble même qu'il n'y en a pas davantage s'il n'y consent pas, car il gagne toujours à la novation, puisque au lieu d'être tenu personnellement et hypothécairement, il n'est plus tenu qu'hypothécairement. Certains auteurs disent aussi que ni l'art. 1278, ni l'art. 1270 n'exigent l'accession de l'ancien débiteur pour la conservation des privilèges et hypothèques dont ses biens se trouvent grevés (1). Cependant nous n'admettrons pas cette opinion, parce qu'une erreur de Pothier a évidemment entraîné les rédacteurs du Code à exiger à tort le consentement de l'ancien débiteur pour cette réserve. Pour le prouver, il suffit de se reporter à Pothier : « Observons, dit-il, que cette translation des hypothèques de l'ancienne créance à la nouvelle ne peut se faire qu'avec le consentement de la personne à qui les choses hypothéquées appartiennent; » et, après avoir cité un exemple, il appuie sa décision sur un texte de Paul, la loi 30 du Digeste *De novationibus*, qui est cependant étrangère à la question. Après quoi il continue : « Suivant les mêmes principes, si l'un d'entre plusieurs débiteurs

(1) MM. Aubry et Rau, t. 3, § 324, note 42. — Toullier, t. 7, 512; M. Duranton, t. 12, 310 et 311.

« solidaires contracte envers le créancier une nouvelle  
« obligation, et qu'il soit porté par l'acte que les par-  
« ties ont entendu faire novation de la première dette,  
« sous la réserve des hypothèques, cette réserve ne  
« peut avoir d'effet que pour l'hypothèque des biens  
« de ce débiteur qui contracte la nouvelle, et non  
« pour les hypothèques des biens de ses codébiteurs,  
« leurs biens ne pouvant pas être hypothéqués à cette  
« nouvelle dette sans leur consentement. » Cette théo-  
rie, quant aux débiteurs solidaires, a passé tout en-  
tière dans l'art. 1281, et puisqu'elle est présentée  
par Pothier comme la conséquence d'un principe gé-  
néral, il est impossible de décider que les rédacteurs  
du Code ont sanctionné la conséquence sans admettre  
le principe. Donc la réserve des hypothèques ne peut  
encore aujourd'hui se faire sans le consentement de  
l'ancien débiteur. Pour achever la démonstration, il  
suffit de faire remarquer que les partisans de l'opinion  
adverse sont forcés de distinguer entre la novation avec  
l'un des débiteurs solidaires et la novation avec un  
tiers et de dire : la réserve des hypothèques sur les biens  
des codébiteurs solidaires n'est pas possible sans leur  
consentement ; au contraire, la réserve des hypothè-  
ques sur les biens de l'ancien débiteur est possible  
sans son consentement. Mais, pour distinguer ainsi, il  
faut en donner une raison autre que celle-ci ; la loi l'a  
ainsi voulu ; et, dans l'espèce, non-seulement toute  
autre raison fait défaut, mais encore il faut décider  
à *fortiori* que l'art 1281 doit s'appliquer à l'*expromissio*  
en général ; car on aurait plus facilement encore com-

pris, à cause du mandat réciproque d'anéantir et de diminuer la dette qui existe entre débiteurs solidaires, que l'un d'eux, sans l'aveu des autres, éteignit leur obligation personnelle en conservant l'hypothèque. Pour en finir sur ce point, nous répèterons que les rédacteurs du Code ont eu tort de transporter dans notre droit la théorie romaine : celle-ci se justifiait par les effets absolus de la stipulation ; et comme ces effets ne se retrouvent pas chez nous, leur conséquence aurait dû rationnellement disparaître.

Les créanciers d'une succession ont le droit de demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier. Mais l'art. 879 dit que ce droit ne peut plus être exercé lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. Il ne peut être ici question de novation proprement dite s'opérant d'un nouveau débiteur à l'ancien, puisque l'héritier continue la personne du défunt par l'effet de la saisine. Aussi cette novation d'une espèce particulière peut-elle exister indépendamment des conditions exigées en matière de novation ordinaire, et les juges peuvent-ils l'induire bien plus facilement des actes passés par les créanciers avec l'héritier ? Observons en outre que cette acceptation de l'héritier pour débiteur, acceptation que le législateur qualifie de novation dans cette matière (1), n'a pas d'autre effet que celui de faire perdre aux créanciers le droit de demander la sépara-

(1) Cass., 7 déc. 1811. Sirey, t. 13, p. 97.

tion des patrimoines; en conséquence, tous les accessoires de la créance subsistent (1). Nous dirons également un mot d'une disposition empruntée par le Code à l'ancien droit, et dans laquelle il est facile de trouver une novation par changement de débiteur. Nous voulons parler de l'art. 1406, qui prévoit l'espèce suivante : un père, en mariant sa fille sous le régime de la communauté, lui promet en dot une somme d'argent; la communauté en devient évidemment créancière. Plus tard, le père, au lieu de s'acquitter, abandonne à sa fille un immeuble; la loi décide que cet immeuble, au lieu de tomber dans la communauté comme équivalent de la somme promise, restera propre à la fille, qui sera tenue de payer la communauté. Celle-ci, qui joue le rôle de créancier, a donc changé de débiteur, puisqu'au lieu de poursuivre le père, elle doit désormais s'adresser à la fille. Mais pourquoi l'immeuble n'est-il point tombé dans la communauté à titre de *datio in solutum*? C'est parce qu'une pareille transmission ne présente pas les caractères d'une convention ordinaire à titre onéreux, mais bien plutôt ceux d'un arrangement de famille. Si l'immeuble vaut plus que la somme promise, c'est pour la fille un avancement d'hoirie, et un avantage dont la communauté ne doit pas tirer profit; si l'immeuble vaut moins, la fille fait, en l'acceptant, un sacrifice dont la communauté ne doit pas souffrir. La même décision serait applicable s'il s'agissait du mari au lieu de la femme, car l'art. 1406 ne fait pas de distinction.

(1) Toullier, 7, 283; M. Aubry et Rau, t. 5, § 619, note 6.

### CHAPITRE III.

#### DE LA NOVATION APPELÉE DÉLÉGATION. DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE CRÉANCIER.

*Delcogore*, dit la loi romaine, est *vice sua alium reum dare creditori* (1), déléguer, c'est donner à sa place un autre débiteur à son créancier. Cette définition doit être suivie chez nous, comme on peut le voir en lisant l'art. 1275. Il en résulte qu'il faut, de toute nécessité, pour la délégation, une relation de créancier à débiteur entre le délégataire et le délégant; mais, d'autre part, rien n'exige cette même relation entre le délégant et le délégué. Cependant, dans la pratique, il arrivera presque toujours que le délégué sera débiteur du délégant; et alors, comme il s'oblige envers le délégataire, il y aura pour lui novation par le changement de créancier. Mais le contraire est possible, et le délégué peut n'être pas obligé envers le délégant; dans ce cas, la délégation ne suppose pas de novation par changement de créancier. Enfin, remarquons que, dans toutes les hypothèses, le délégataire change de débiteur. De ces observations, il résulte que la délégation comporte toujours, si l'on s'en tient à la définition, novation par changement de débiteur de la part du délégataire, mais qu'elle n'emporte novation par changement de créancier de la

(1) L. 11, pr., D., *De nov.*

part du délégué que si celui-ci est débiteur du délégant.

Ainsi, nous venons de trouver un cas où la délégation ne se confond pas avec la novation par changement de créancier, puisqu'elle ne l'entraîne pas ; mais on peut en montrer un autre ; pour cela, il faut supposer une délégation improprement nommée dans laquelle le délégant n'était pas débiteur du délégataire ; par exemple, Primus a un débiteur Secundus auquel il mande de promettre à Tertius. Si Primus doit à Tertius, il y a délégation ; sinon, nous n'avons plus le droit d'appeler délégation ce qui vient de se passer si notre terminologie est précise ; et nous devons dire qu'il y a pour Secundus novation par changement de créancier.

Mais cette dernière opération est fort rare ; car pourquoi mêler Secundus à l'affaire, et la compliquer, au lieu de céder la créance directement à Tertius ? d'autant plus qu'il y a avantage pour Tertius ; car les accessoires sont conservés dans la cession, les hypothèques et cautionnements ne s'éteignent pas ; tandis que la novation détruit l'ancienne créance avec tout ce qui s'y rattachait. Ainsi, en fait, la novation par changement de créancier se confondra avec la délégation, et c'est pourquoi nous les avons réunies dans un même chapitre.

La novation par changement de créancier est cependant prévue par le Code ; elle a lieu, dit l'art. 1271, 3, « lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers

• lequel le débiteur se trouve déchargé. • L'espèce prévue par l'article peut être aussi bien une délégation qu'une simple novation par changement de créancier; mais on voit que dans les deux cas, il faut trois consentements, celui de l'ancien créancier, du nouveau et du débiteur qui s'engage envers une autre personne. Si ce dernier refuse de consentir, on devra se servir de la cession de créance.

D'après Toullier, il faut supposer (pour la novation par changement de créancier) • que le nouvel engagement que le débiteur contracte envers le nouveau créancier, de l'ordre de l'ancien, a un autre objet que la première obligation; car, s'il avait le même, le nouvel engagement ne produirait pas d'autre effet que celui d'un transport de créance, qui substitue, à la vérité, un créancier à un autre, mais non pas une nouvelle obligation à une ancienne(1) ». Nous avons, par avance, réfuté cette doctrine en montrant la différence qui existe entre le transport de créance et l'opération intervenue. Du reste, le n° 3 de l'art. 1271 n'exige en aucune façon, un changement d'objet, et Pothier pas davantage : • Lorsque la novation, dit-il, 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(2). »

L'intention de nover est nécessaire dans la nova-

(1) T. 7, n° 274.

(2) *Traité des obligat.*, t. 2, n° 509.

tion par changement de créancier et dans la délégation, comme dans toute autre novation : l'art. 1277 fait l'application de ce principe à des hypothèses qui n'auraient d'ailleurs présenté aucun doute : « La simple indication faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation. Il en est de même de la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui. » Il est évident que ces personnes indiquées par le débiteur ou par le créancier sont de simples mandataires.

Nous pouvons maintenant revenir à la délégation pour nous en occuper d'une manière spéciale.

La délégation est le contrat par lequel un débiteur procure à son créancier ou à la personne désignée par celui-ci, l'engagement d'un autre débiteur à sa place. Il est possible que le créancier accepte le nouvel engagement sans libérer l'ancien débiteur ; alors la délégation est dite imparfaite, et l'accession du nouveau débiteur est une sûreté de plus ; mais il n'y a pas de novation. Au contraire, il se peut que le créancier décharge son ancien débiteur moyennant l'engagement du nouveau : alors la délégation est dite parfaite, et elle entraîne pour le créancier novation par changement de débiteur : c'est de celle-ci que nous aurons spécialement à parler, et c'est elle que nous avons définie, comme le montrent les mots à *sa place*, qui ne devraient pas se trouver dans la définition de la délégation imparfaite. Les Romains, à qui nous avons emprunté notre définition, n'appelaient pas délégation

cet engagement d'un nouveau débiteur sans novation ; mais le Code lui donne positivement ce nom dans l'art. 1275.

Mais quand la délégation sera-t-elle parfaite et entraînera-t-elle novation ? L'art. 1275 répond à cette question : « La délégation par laquelle un débiteur « donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige « envers le créancier, n'opère point de novation, si le « créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait « décharger son débiteur qui a fait la délégation. » Si par cet article, on entend que la novation ne doit pas se présumer, qu'on doit plutôt prêter au créancier l'intention d'avoir un second débiteur, et par là même une sûreté de plus, rien de mieux et de plus conforme au principe général de l'art. 1273. C'est bien ainsi que paraît l'entendre Toullier quand il dit : « La délégation ainsi parfaite n'opère point de novation, si « le créancier n'a expressément déclaré qu'il entend « décharger son débiteur qui a fait la délégation (1275) « ou si cette décharge ne résulte des termes de l'acte, « comme, par exemple, si le créancier dit qu'il accepte le délégué pour son seul débiteur (1) ». Si la décharge peut résulter des termes de l'acte, c'est qu'elle n'a pas besoin d'être expresse et que Toullier ne prend pas au pied de la lettre la disposition de l'art. 1275. MM. Aubry et Rau paraissent professer sur cet article une opinion assez difficile à dégager ; car ils disent : « Cet article (1275) qui n'admet de no-

(1) T. 7, n° 290.

« vation par suite de délégation, qu'autant que le  
« créancier a expressément déclaré qu'il entendait dé-  
« charger son débiteur, est évidemment plus rigoureux  
« que l'art. 1273, d'après lequel il suffit que la vo-  
« lonté d'opérer novation résulte clairement de l'acte. Une  
« décharge qui ne serait point expresse, et que l'on vou-  
« draît faire résulter de l'intention plus ou moins clai-  
« rement établie du créancier, serait donc insuffisante  
« pour opérer novation. » Ainsi, la sévérité plus grande  
de l'art. 1275 consisterait en ce que la décharge doit  
être *expresse*; et le Code, qui n'a pas admis la cons-  
titution de Justinien pour la novation ordinaire, la re-  
produirait pour la délégation.

Les mêmes auteurs justifient cette différence en ces  
termes : « Ce n'est pas sans raison que le législateur  
« en a disposé ainsi : il a voulu par là couper court  
« à toutes les contestations qu'aurait fait naître la  
« question de savoir si, en acceptant la délégation,  
« le créancier n'a pas virtuellement et nécessairement  
« déchargé le délégant. » Après quoi, ils concluent :  
« En exigeant une déclaration expresse du créancier,  
« nous ne prétendons pas cependant que les expres-  
« sions de l'art. 1275 soient sacramentelles, et nous  
« admettons qu'elles peuvent être remplacées par des  
« réserves équivalentes. » (1). Cette dernière conces-  
sion nous paraît emporter tout le système en rouvrant  
la porte à toutes les contestations sur le point de savoir  
si le créancier n'a pas déchargé le délégant. Ainsi

(1) MM. Aubry et Rau, t. 3, § 321, note 28.

nous ne comprenons pas de système intermédiaire ; ou bien, ce nous semble, l'art. 1275 n'est qu'une application du principe déposé dans l'art. 1273, ou bien il reproduit la constitution de Justinien, en exigeant une déclaration expresse. Comme cette constitution n'était pas reçue dans notre ancienne jurisprudence, comme Pothier ne signale pas entre la délégation et les autres espèces de novations de différences quant à la recherche de l'*animus novandi* ; comme enfin notre droit répugne aux paroles sacramentelles, aux querelles de mots, et recherche avant tout, dans les expressions employées, l'intention manifeste des parties, nous pensons qu'il faut voir dans l'art. 1275 une application de principe général que la novation doit résulter clairement, mais non pas expressément de l'acte intervenu entre les parties.

Nous avons déjà fait observer que la délégation suppose trois consentements, celui du débiteur déléguant, du créancier délégataire qui change de débiteur, et enfin du débiteur délégué qui s'oblige envers le créancier. La nécessité de ce triple concours caractérise la délégation, et sert à la distinguer de l'expromission (1276) qui n'exige pas le consentement de l'ancien débiteur, et aussi de la cession de créance, qui ne demande pas davantage l'adhésion du débiteur, et enfin de la subrogation dans laquelle on se passe tantôt du consentement de l'ancien créancier, tantôt de celui du débiteur, et qui d'ailleurs résulte souvent de la loi elle-même. Quant aux différences de fond entre ces diverses opérations, nous les avons déjà signalées.

Cependant, en comparant la cession de créance avec la délégation, on pourrait se demander s'il faut, lorsque le délégué était le débiteur du délégant, que l'acceptation du délégué ait lieu dans un acte authentique pour que le délégataire soit saisi à l'égard des tiers. Il faudrait en effet un acte authentique ou une signification aux termes de l'art. 1690, si la délégation avait pour effet de transporter la créance du délégant au délégataire; mais il n'en est rien : cette créance n'est pas transportée, mais éteinte et remplacée par une autre, et il ne faut pas plus observer l'art. 1690 que dans la subrogation.

Des développements qui précèdent, il résulte que nous appelons délégation proprement dite : 1° le contrat par lequel un débiteur fait accepter son propre débiteur au créancier, qui donne décharge de l'ancienne dette; 2° le contrat par lequel un débiteur fait accepter, moyennant sa décharge, au créancier une personne qui s'engage sans être tenue envers le débiteur délégant; et délégation improprement dite, le contrat par lequel une personne qui ne doit rien à une autre fait accepter à celle-ci son propre débiteur. Nous avons vu que cette dernière opération devrait se nommer proprement *novation par changement de créancier*, mais par abus de langage, on l'appelle aussi *délégation*.

Dans les trois cas, le premier effet produit est une novation double dans le premier, simple dans les deux autres. Lorsque le délégué est le débiteur du délégant, et que le délégant est également débiteur du délégataire, il y a, disons-nous, une double novation : le

délégataire consent à une novation par changement de débiteur, et le délégué à une novation par changement de créancier; deux dettes sont remplacées par une troisième. Cette opération simplifie donc les rapports obligatoires qui peuvent exister entre certaines personnes, et c'est ce qui la rend très-pratique; observons même que nous avons pris l'espèce la plus simple; car, si nous supposons Primus créancier de Secundus, Secundus de Tertius, Tertius de Quartus, etc., l'utilité de la délégation apparaîtra bien mieux encore, puisque toutes ces obligations peuvent être novées par une seule, celle de Quartus envers Primus, de façon à faire disparaître toutes les créances intermédiaires.

Lorsque le délégué n'est pas le débiteur du délégant, et qu'il s'engage par esprit de libéralité, il n'y a plus qu'une seule novation : le délégataire novo sa créance par changement de débiteur.

Enfin, lorsque le délégant n'est pas débiteur du délégataire et qu'il lui délègue cependant son débiteur pour lui faire une donation, il y a encore une seule novation. Le débiteur délégué novo sa dette par changement de créancier, puisqu'il cesse d'être obligé envers le délégant pour devoir désormais au délégataire.

Revenons à la délégation proprement dite. Le créancier, avons-nous dit, a désormais le délégué pour débiteur à la place du délégant. Celui-ci ne peut donc plus être inquiété, et il semblerait que, dans aucune hypothèse, le créancier ne pourrait recourir contre lui, parce qu'il doit être considéré comme ayant payé. La loi n'a pas trouvé

cette décision trop rigoureuse lorsque le délégué était solvable au moment du contrat; peu importe alors qu'il devienne insolvable dans la suite; le délégant ne pourra être inquiété. Mais si des réserves ont été faites pour ce cas d'insolvabilité, ou si même le délégué était dans cette fâcheuse situation lors de la délégation, la loi vient au secours du délégataire, soit pour respecter les réserves faites, soit par un motif d'équité. Le principe général et l'exception résultent de l'art. 1276 : « Le créancier qui a chargé 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. » Avant d'aller plus loin, remarquons la rédaction singulière de l'article qui dit : Il n'y aura pas de recours si le délégué devient insolvable, à moins qu'il ne le soit déjà au moment de la délégation. Si le délégué est déjà insolvable, il n'a pas à le devenir, et l'article implique contradiction. Mais on comprend assez la pensée de la loi. Deux cas sont prévus : le délégué devient insolvable, et l'acte contenait des réserves pour cette hypothèse; ou bien le délégué était déjà insolvable au moment de la délégation; il y aura recours du délégataire contre le délégant dans l'un et l'autre de ces cas. Quand il y a des réserves, rien n'est plus naturel; mais quand il n'y en a pas et que le débiteur était insolvable, pourquoi ce recours? Nous savons que le droit romain ne

l'admettait pas, sauf le cas de dol, qui, chez nous, vicierait la délégation comme tout autre contrat. Pothier va nous expliquer cette innovation : « La délégation renferme entre le délégant et le créancier une convention de la nature de celles qui sont intéressées de part et d'autre, dans lesquelles chacun entend recevoir autant qu'il donne. L'équité de ces conventions consiste dans l'égalité; elles sont iniques, lorsqu'une des parties donne beaucoup et reçoit peu à la place (1). » C'est donc par un motif d'équité que le Code n'a pas poussé jusqu'à ses dernières conséquences le principe que la novation équivaut à un paiement; et le délégant répond de l'insolvabilité actuelle du délégué, mais non pas de son insolvabilité future, sauf le cas de réserve expresse.

Mais nous n'appliquerions pas l'art. 1276, si le créancier connaissait la faillite ou la déconfiture du délégué, lorsqu'il acceptait son engagement. Puisqu'il connaissait la situation, il n'a pas à se plaindre, et le délégant ne lui a causé aucun tort. Seulement que devons-nous présumer? Sera-ce la connaissance ou l'ignorance du créancier? Cette question est très-importante au point de vue de la preuve; car, si nous présumons la connaissance, le créancier devra établir son ignorance; si au contraire nous présumons l'ignorance, le délégant devra prouver la connaissance du créancier. C'est une règle de droit que personne ne doit être supposé dans l'ignorance de l'état de son co-

(1) *Traité des obligat.*, n.º 604.

contractant; mais cela s'entend de l'état au point de vue civil, du *status*, de l'état de mineur ou majeur, de femme mariée, ou de fille ou veuve, et, si l'on veut, de commerçant failli ou n'étant pas en faillite, mais cela ne peut pas s'entendre de la qualité de solvable ou insolvable pour une personne non commerçante, ou pour un commerçant dont la faillite n'est pas déclarée, mais simplement ouverte. De cette observation, il résulte que la maxime n'est pas applicable à cette question, si ce n'est dans le cas de faillite déclarée. Ce point écarté, voici, ce nous semble, quel doit être l'ordre naturel des preuves; comme on doit réputer un homme solvable plutôt qu'insolvable (*presumptio oritur de eo quod plerumque fit*), le créancier, en recourant contre le délégant, devra établir que le délégué était insolvable au moment de la délégation, et par cela seul il aura prouvé son droit à un recours; c'est ensuite au délégant à le combattre en lui disant: Mais cette insolvabilité, vous la connaissiez, et dès lors vous ne pouvez vous en armer contre moi. Il nous semble qu'il y aurait quelque chose de choquant à prétendre que le créancier doit établir, outre l'insolvabilité du délégué, sa propre ignorance de cette situation; car on ne peut dire à la fois qu'un homme sera réputé solvable jusqu'à preuve contraire, et qu'un autre homme sera réputé connaître l'insolvabilité du premier jusqu'à preuve contraire. Cette manière de voir est confirmée par l'art. 447 et l'art. 449 du nouveau Code de commerce. Ils demandent la preuve de la connaissance de la cessation de paiements du

débiteur par les syndics de la faillite, pour autoriser l'annulation de paiements ou autres actes à titre onéreux faits par le failli (et la délégation que nous supposons ici est du nombre), ou le rapport par le tireur des sommes payées en vertu de lettres de change par le failli entre la cessation des paiements, c'est-à-dire le commencement de l'insolvabilité, et le jugement déclaratif de faillite.

L'ancien Code de commerce, dans son art. 445, contenait une disposition semblable quant aux engagements pour faits de commerce, consentis par le débiteur dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. Il les déclarait nuls lorsqu'il était prouvé qu'il y avait eu fraude de la part de ceux qui avaient contracté avec le failli ; donc, dans ce cas, il aurait fallu prouver que le délégataire connaissait le mauvais état des affaires du délégué, et pressentait la prochaine ouverture de sa faillite ; en conséquence son ignorance était presumée, et à plus forte raison devons-nous appliquer cela à la déconfiture ; car les dispositions du Code de commerce ancien et même nouveau sont beaucoup plus sévères que celles du droit civil à l'égard de ceux qui traitent avec un débiteur insolvable. Pour en finir sur ce point, nous dirons un mot de l'expression de *faillite ouverte*, dont se sert l'art. 1276. Cette manière de parler se rapporte à une situation commerciale reconnue jusqu'au remaniement du livre des faillites par la loi des 28 mai, 8 juin 1838. L'ouverture de la faillite était fixée, soit par la retraite du débiteur, soit par la clôture de ses magasins, soit par

tous actes constatant le refus d'acquitter les engagements commerciaux. Il était important d'en préciser la date, parce qu'elle était prise pour point de départ des nullités absolues ou relatives prévues par l'ancien Code. La loi nouvelle a remplacé cette époque par celle de la cessation des paiements telle qu'elle est déterminée et fixée par le tribunal de commerce (1).

Nous n'appliquerions pas davantage l'art. 1276 en ce qu'il donne action au délégataire contre le délégant lorsque la délégation a eu lieu à titre gratuit, le délégant n'étant pas le débiteur du délégataire. En effet, les donateurs ne sont pas tenus de l'obligation de garantie, excepté lorsque la donation a eu lieu *dotis causa*.

Nous savons maintenant dans quels cas le délégataire, non payé par le délégué, pourra recourir contre son ancien débiteur, le délégant ; il nous reste à déterminer quelle sera cette action. Deux opinions sont en présence : pour les uns la délégation est à considérer comme non avenue, et l'ancienne action du délégataire contre le délégant doit revivre, ou plutôt n'a jamais été éteinte : pour les autres, c'est une simple action en garantie qui appartient au délégataire ; et l'intérêt de la question est sensible, si l'ancienne créance était pourvue de sûretés, telles que gages, hypothèques, privilèges, qui subsisteront dans la première opinion, et qui, dans la seconde, manqueront à l'action en garantie.

Il est évident que nous adoptons l'avis de ceux qu

(1) Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 532.

prétendent que le délégataire a une action de garantie, et non pas son ancienne créance. En traitant la question de savoir ce qui arrive lorsque la nouvelle obligation a été déclarée nulle, nous avons dit que l'ancienne action revit toutes les fois que, dans la novation, le créancier n'a pas obtenu un engagement nouveau à la place de l'ancien; dans tout autre cas, nous appliquons la maxime : *obligatio semel extincta non reviviscit*. Or, dans l'espèce, le créancier a obtenu une nouvelle obligation plus ou moins efficace, donc l'extinction de l'ancienne n'a pas été sans cause; la novation s'est produite, et elle demeure irrévocable. Ce raisonnement suffirait à lui seul pour combattre le système adverse, mais l'art. 1274 nous fournit en outre un argument auquel il est difficile de répondre, car il qualifie de *recours* l'action qui nous occupe, soit que le créancier se soit réservé expressément ce recours en cas d'insolvabilité future, soit que l'équité lui fasse accorder le même recours s'il y a insolvabilité actuelle. Pourrait-on appeler *recours* la restauration des anciens droits de ce créancier? Et ce recours, quelle cause a-t-il, sinon l'extinction de l'ancienne créance et l'impuissance de la nouvelle?

Mais le créancier aurait un moyen de recouvrer sa situation première s'il n'était pas payé de la nouvelle créance, ce serait de consentir seulement à une délégation conditionnelle, c'est-à-dire de décharger le délégant à condition que le délégué accomplirait son obligation. En ce cas comme dans toute novation conditionnelle, tout demeurerait en suspens jusqu'à l'é-

chéance de la nouvelle dette ; alors seulement on saurait si l'ancienne a été novée, et duquel des deux débiteurs le créancier recevra son paiement. Jusqu'à ce moment, le délégant et le délégué seraient chacun débiteur sous condition.

Dans la cession de créance, le cédant garantit seulement au cessionnaire l'existence du titre cédé ; mais il ne répond ni de l'insolvabilité future, ni même de l'insolvabilité actuelle de ce débiteur. Nous venons de voir qu'il en est autrement dans la délégation, et que le délégant garantit la solvabilité actuelle du délégué. La raison de la différence est bien connue : le délégataire rend un service au délégant en le tenant quitte moyennant l'engagement du délégué, et il ne faut pas que ce service lui coûte trop cher. Au contraire, le cessionnaire est un spéculateur qui veut gagner, et il ne rend un bon office ni au cédant auquel il achète à vil prix, ni au cédé qu'il va poursuivre avec un acharnement que le créancier n'y aurait certes pas mis, bien qu'il perde pour avoir prêté à un homme insolvable. Aussi la loi, sachant que ce triste métier d'acheteurs de créances n'est exercé que par des hommes avides, est-elle satisfaite dès qu'on ne leur a pas vendu une valeur chimérique, et les prive-t-elle de toute action contre le cédant !

Nous avons supposé jusqu'à présent le délégué réellement débiteur du délégant : mais s'il s'était obligé envers le délégataire en se croyant par erreur tenu envers le délégant, devrait-il néanmoins remplir son obligation envers le délégataire ? Évidemment oui ;

car le délégataire n'a libéré le délégant que moyennant l'obligation du délégué; en conséquence il ne doit pas souffrir de l'erreur de ce délégué. Celui-ci devra donc payer le créancier qu'il s'est donné mal à propos dans la délégation; seulement il aura recours contre l'ancien débiteur, le délégant, dont il a acquitté la dette, en remplissant le mandat qu'il en avait accepté. Nous donnerions la même décision si le délégué s'était obligé envers le créancier sur le mandat d'un de ses amis en sachant bien qu'il n'était pas débiteur de ce dernier. Seulement, il se pourrait qu'il n'y eût pas lieu à un recours, si le bon office du délégué, au lieu d'être une simple avance, était une véritable donation.

Enfin que dirions-nous du cas où le délégataire n'était pas le créancier du délégant? Si le délégué est le débiteur du délégant, il devra payer le créancier délégataire qui reçoit ainsi une donation du délégant. Mais si le délégué s'est engagé par erreur, se croyant faussement tenu envers le délégant, devra-t-il encore payer le délégataire, sauf recours contre le délégant? Nous ne le pensons pas; ici les rôles sont changés; le délégataire n'étant pas créancier, mais bien donataire du délégant, ne risque plus de perdre mais cherche plutôt à gagner; au contraire le délégué, n'étant pas débiteur du délégant, cherche à éviter une perte; car son recours contre le délégant pourrait être illusoire. Sa cause est donc plus favorable, et nous devons décider, comme en droit romain, qu'il pourra légitimement se refuser à payer le délégant.

Le délégué qui s'est obligé envers le créancier du

délégant ne peut pas lui opposer les exceptions qu'il eût pu opposer à son propre créancier, le délégant ; car le délégataire, avons-nous vu en droit romain, ne peut ni ne doit savoir, sous peine de paraître indiscret, ce qui s'est passé entre le délégant et le délégué. Cette décision doit être donnée, soit que le délégué connût ces exceptions, soit qu'il les ignorât. S'il les connaissait, il en a fait remise ; s'il les ignorait, le délégataire ne doit pas en souffrir et recevra néanmoins ce qui lui est dû. D'ailleurs nous venons de voir que le délégué devrait payer alors même qu'il ne serait aucunement débiteur du délégant. Mais le délégué peut-il du moins opposer au délégataire les exceptions qui existaient au profit du délégant contre son créancier ? Il nous semble qu'il faut distinguer : si le délégant connaissait ces exceptions, il est censé en avoir fait remise au délégataire en lui donnant un nouveau débiteur, sauf les réserves ; si, au contraire, le délégant ignorait l'existence de ces exceptions (ce qu'il faudra prouver), nous pensons que le délégué pourra s'en servir contre le délégataire.

Nous avons jusqu'ici pensé toujours à la délégation d'une créance actuellement exigible ; mais on peut très-bien déléguer des créances à terme et non échues, des créances futures même, comme celles de loyers ou fermages à échoir. La loi du 23 mars 1855 a même prévu cette hypothèse de délégation ou de cession ; car elle a soumis, dans son art. 2, n° 5, à la formalité de la transcription « tout acte ou jugement constatant..... quittance ou cession d'une somme équiva-

« lente à trois mois de loyers ou fermages non échus. » Il est évident que dans ce texte le mot *cession* comprend même les délégations; si la loi a parlé plutôt de la cession, c'est qu'elle est plus usitée en pareil cas. Le danger est le même pour les tiers dans la délégation que dans la cession, et le moyen d'y parer doit être aussi le même.

La délégation peut être nuisible aux autres créanciers du délégant; si, par exemple, il est au-dessous de ses affaires, il pourra payer ainsi intégralement un de ses créanciers, tandis que les autres ne recevront qu'un dividende. Doit-on admettre les autres créanciers du délégant à exercer l'action paulienne contre le délégataire, et peuvent-ils faire ainsi rentrer dans leur gage la créance du délégant contre le délégué? Nous pensons qu'il faut distinguer. Si le délégant n'est pas commerçant, l'action révocatoire ne sera pas possible, quand bien même le créancier délégataire aurait connu la préférence dont il était l'objet: *Nihil dolo facit creditor qui suum recipit* (1). En effet, la délégation est analogue au paiement, et les paiements ne sont pas soumis à l'action paulienne lorsqu'ils ont été faits dans l'intérêt légitime de l'un des créanciers. Si au contraire le délégant est commerçant, la loi spéciale au commerce nous oblige à une autre distinction, en admettant, bien entendu, la délégation faite avant le jugement déclaratif de faillite. Si les créances offertes au délégataire sont des effets de commerce, la

(1) L. 6, § 6, D., *Quæ in fraud* (12, 8).

délégation pourra être annulée par le tribunal, mais à une double condition : 1° qu'elle ait été faite depuis la cessation des paiements ; 2° que le délégataire ait eu connaissance de la cessation des paiements (art. 447, C. com.). Si les créances offertes au délégataire sont autres que des effets de commerce, sont des titres notariés, par exemple, que signerait le délégué à la place de ceux qu'avait contre lui le délégant, la délégation sera nulle et de nul effet relativement à la masse, à la condition qu'elle ait eu lieu depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque (art. 446). Mais le droit civil est applicable dès que la délégation a eu lieu, dans le premier cas avant la cessation des paiements, dans le second avant les dix jours qui ont précédé cette époque. Nous avons, en terminant, à peine besoin de faire remarquer combien les hypothèses que nous avons prises en droit commercial sont peu vraisemblables en ce sens qu'on sera toujours, en pareils cas, en présence d'endorsements ou de cessions, et non en présence de délégations qui nécessitent la confection de nouveaux titres.



## POSITIONS.

### DROIT ROMAIN.

I. Du temps des jurisconsultes classiques, la promesse du pupille faite *sine tutoris auctoritate* produisait une obligation naturelle, non-seulement à l'encontre des tiers, mais encore à l'encontre du pupille lui-même.

II. Pour Gaius, les deux effets de la novation ne sont pas la condition l'un de l'autre, et l'ancienne obligation est éteinte quand même la nouvelle stipulation ne produirait ni obligation civile, ni obligation naturelle. Cela résulte du § 176 (comm. 3).

III. La règle générale, en droit romain, était que l'hérédité jacente représentait la personne du défunt, et non celle de l'héritier futur.

IV. La proposition du § 177 (comm. 3) de Gaius, reproduite par Justinien aux Institutes, est trop générale, en ce sens qu'une chose nouvelle, *aliquid novi*, n'est pas nécessaire dans la seconde stipulation pour qu'elle nove la première. Il suffit, pour opérer novation, de cette seconde stipulation quelle qu'elle soit, et de l'*animus novandi*.

V. La constitution de Justinien relative à l'intention de nover exige que cette intention soit formellement exprimée.

VI. L'un des *correi stipulandi* peut faire seul novation de la créance commune; mais tous les juricon-

sultes n'étaient pas de cet avis, et les lois 31, § 1, D., *De novationibus* (46, 2), et 27, pr., D., *De pactis* (2, 14) sont inconciliables.

VII. La novation conditionnelle purge la demeure sans qu'on doive avoir égard à la distinction proposée par Marcellus dans la loi 72, § 3, D., *De solutionibus* (46, 3). Mais Vénuléius n'était pas de cet avis, et la loi 31, pr., D., *De novationibus* (46, 2) ne peut se concilier avec aucune de celles qui admettent la *purgatio moræ*.

VIII. Si, dans le cas de novation conditionnelle, le débiteur payait *pendente conditione*, il n'aurait pas droit à la *condictio indebiti*. Il en serait autrement si la promesse conditionnelle avait été faite par une nouvelle personne; et celui des deux débiteurs, qui payerait, par erreur, *pendente conditione*, aurait la *condictio indebiti*.

IX. Dans le cas de novation conditionnelle avec changement de débiteur, aucun des deux débiteurs de l'ancien ou du nouveau ne peut être mis en demeure *pendente conditione*, et la loi 56, § 8, D., *De verborum obligationibus* (45, 1), est étrangère à la matière de la novation.

X. Si un débiteur insolvable a été délégué par une femme à son mari, celui-ci supporte les risques de cette insolvabilité en ce sens seulement qu'il n'aura pas de recours contre sa femme, bien qu'il reçoive une dot moindre; mais il devra seulement restituer ce qu'il aura reçu du débiteur.

XI. Le pacte de constitut aurait pu, si telle avait

été l'intention des parties, produire novation *ipso jure* d'une obligation naturelle; mais il n'aurait pu éteindre une obligation civile que *exceptionis ope*.

XII. La *litis contestatio* opère une transformation de l'obligation distincte de la novation; c'est par une assimilation peu exacte qu'on appelle cet effet produit par la *litis contestatio* : novation judiciaire.

## DROIT FRANÇAIS.

### CODE NAPOLEÓN.

I. Dans le cas d'une novation par une obligation annulable, le créancier exercera son ancienne créance avec toutes ses garanties, sauf le cautionnement, si la nullité de la nouvelle obligation est prononcée.

II. Le mari ne peut, sous le régime de la communauté, faire seul novation des créances mobilières propres à sa femme.

III. Le vendeur qui reçoit en paiement du prix de la vente des lettres de change perd son privilège et son droit de résolution par la novation qui s'opère.

IV. Lorsque la novation est faite sous condition résolutoire, les accessoires de l'ancienne créance revivent avec elle si la condition se réalise; il n'y a pas à cet égard de différence entre les effets de la condition résolutoire accomplie et ceux de la condition suspensive défaillie.

V. Lorsque le délégué était en faillite ouverte ou en déconfiture au moment de la délégation, le délégataire a contre le délégant, non pas son ancienne action, mais un recours en dommages-intérêts.

VI. Les créanciers de celui qui a constitué une dot doivent, pour faire annuler cette constitution, prouver la complicité du mari, mais non celle de la femme.

VII. La femme peut exercer le retrait d'indivision avant la dissolution de la communauté.

VIII. La possession d'état fait preuve de la filiation naturelle.

#### DROIT CRIMINEL.

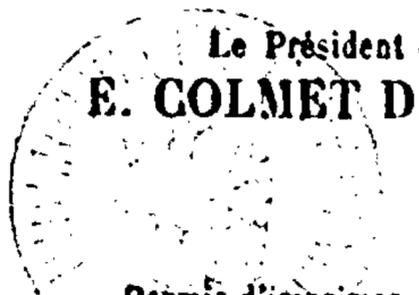
I. Celui qui a été acquitté par une Cour d'assises ne peut plus être poursuivi devant le tribunal correctionnel pour le même fait qualifié délit.

II. La législation criminelle française réprime le duel.

#### DROIT DES GENS.

I. Les étrangers jouissent en France de tous les droits civils qui ne leur ont pas été spécialement retirés par la loi.

II. La grande naturalisation a cessé d'exister.

  
Le Président de la thèse,  
**E. COLMET DE SANTERRE.**  
Permis d'imprimer,  
Le Vice-Recteur,  
**A. MOURIER.**

Vu : Le doyen de la Faculté,  
**C. A. PELLAT.**

## TABLE DES MATIÈRES.



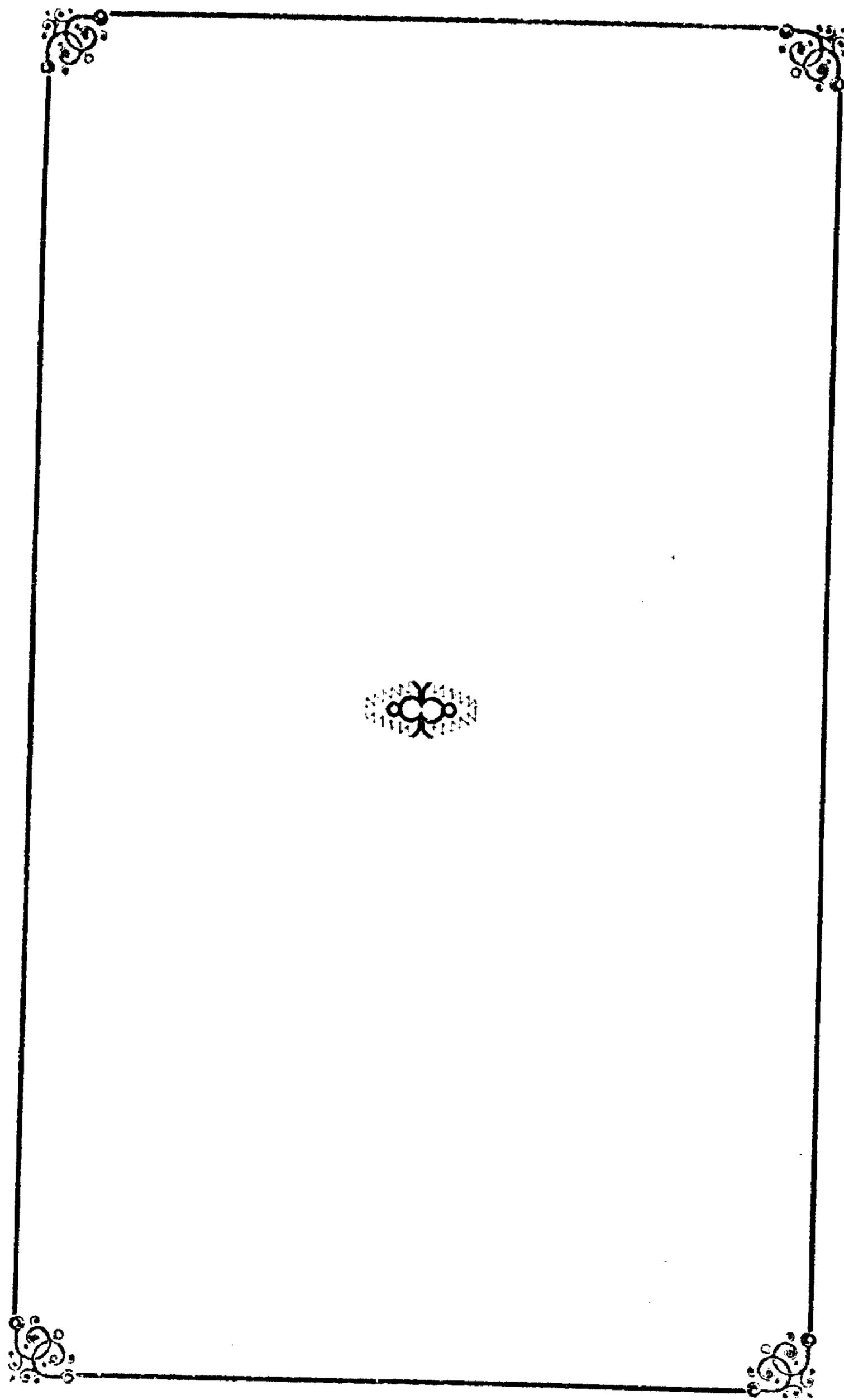
### DROIT ROMAIN

	Pages.
Prolégomènes.....	1
PREMIÈRE PARTIE. — De la novation volontaire.....	7
SECT. I. — De la novation volontaire par stipulation...	7
CHAP. I. — De la novation proprement dite.....	8
§ 1. — De l'obligation de nover et de celle qui nove.	8
§ 2. — De l'intention de nover.....	35
§ 3. — De la capacité des parties.....	43
§ 4. — Des effets de la novation.....	54
CHAP. II. — De l' <i>expromissio</i> .....	64
CHAP. III. — De la délégation.....	77
Paragraphe relatif aux délégations où figure une femme..	95
SECT. II. — De la novation par la <i>dotis dictio</i> .....	101
SECT. III. — De la novation par le contrat <i>litteris</i> .....	106
DEUXIÈME PARTIE. — De la novation judiciaire ou forcée..	112

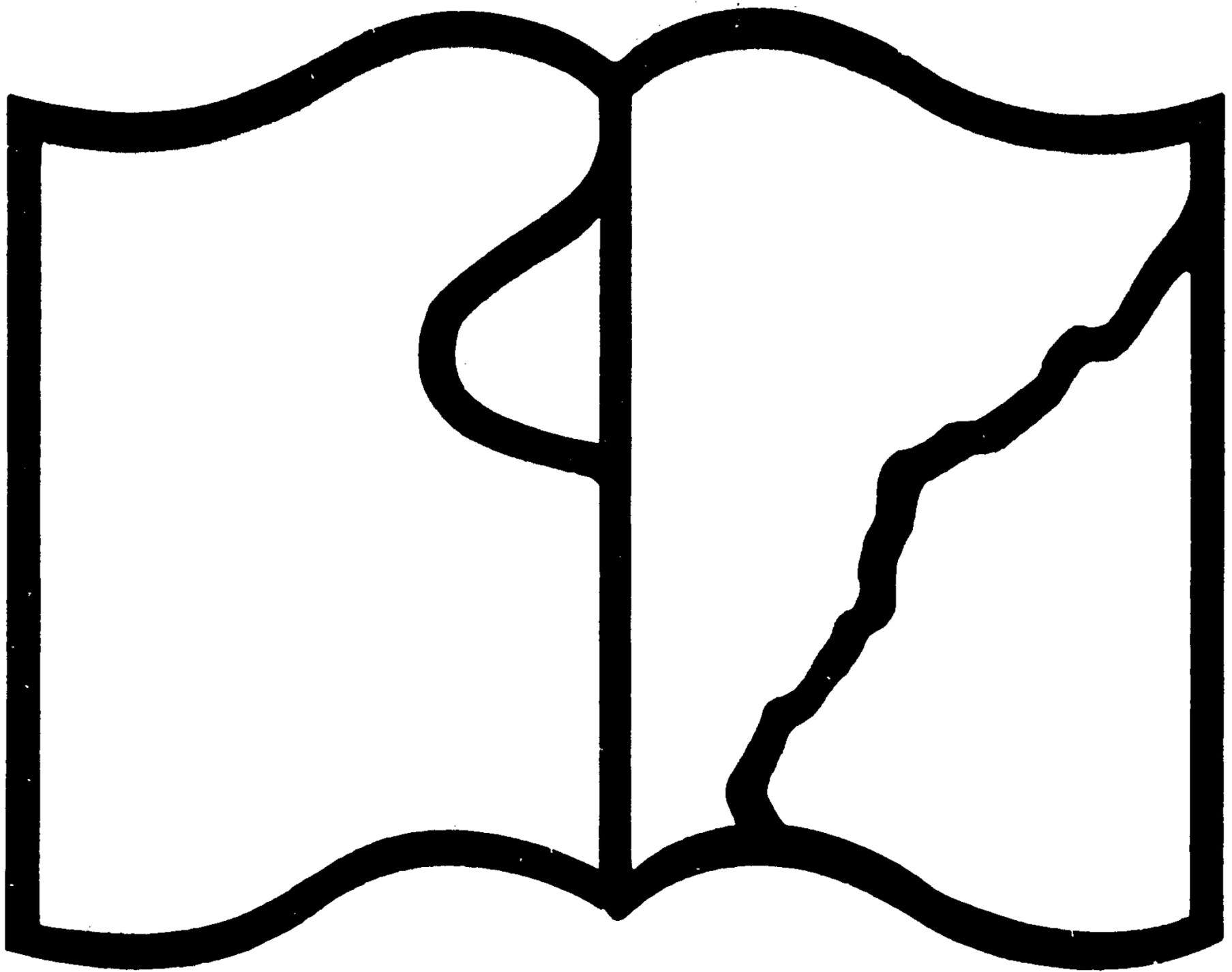
**DROIT FRANÇAIS**

	Pages.
De la novation. Prolégomènes.....	119
<b>CHAP. I. — De la novation proprement dite.....</b>	<b>125</b>
§ 1. — De l'obligation de nover et de celle qui nove.	125
§ 2. — Quelles personnes peuvent nover?.....	133
§ 3. — De l'intention de nover.....	140
§ 4. — Des effets de la novation.....	147
<b>CHAP. II. — De la novation appelée <i>expromission</i>.....</b>	<b>161</b>
<b>CHAP. III. — De la novation appelée délégation. De la no-</b>	
<b>vation par changement de créancier.....</b>	<b>168</b>
<b>Positions.....</b>	<b>189</b>









Texte détérioré — reliure défectueuse

**NF Z 43-120-11**

## DROIT ROMAIN

Prolégomènes

PREMIERE PARTIE. - De la novation volontaire

SECT. I. - De la novation volontaire par stipulation

CHAP. I. - De la novation proprement dite

§ 1. - De l'obligation de nover et de celle qui nove

§ 2. - De l'intention de nover

§ 3. - De la capacité des parties

§ 4. - Des effets de la novation

CHAP. II. - De l'*expromissio*

CHAP. III. - De la délégation

Paragraphe relatif aux délégations où figure une femme

SECT. II. - De la novation par la *dotis dictio*

SECT. III. - De la novation par le contrat *literis*

DEUXIEME PARTIE. - De la novation judiciaire ou forcée

## DROIT FRANCAIS

De la novation. Prolégomènes

CHAP. I. - De la novation proprement dite

§ 1. - De l'obligation de nover et de celle qui nove

§ 2. - Quelles personnes peuvent nover?

§ 3. - De l'intention de nover

§ 4. - Des effets de la novation

CHAP. II. - De la novation appelée *expromission*

CHAP. III. - De la novation appelée délégation. De la novation par changement de créancier

Positions