

HENRI MASSOL ET LA PREMIÈRE THÉORIE DE L'OBLIGATION NATURELLE EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

Les obligations naturelles devraient être par essence immuables. Mais Clio est inconstante et abhorre l'immobilisme. Elle conduit les hommes à reprendre inlassablement leur réflexion sur ce que la nature pourrait exiger d'eux. Ce retour incessant, obsédant, sur ce qui devrait être définitivement acquis trouve une singulière illustration, en droit civil français, dans la notion d'obligation naturelle qui éprouve la distinction positiviste actuelle opérée entre droit et morale.

À l'image de l'essentiel de la théorie des obligations dont cette notion fait partie, le monde de la Rome antique est son berceau. La conception des obligations naturelles s'est formée progressivement chez les juristes classiques sous l'effet d'une philosophie jusnaturaliste grecque ambiguë¹, plus ou moins bien assimilée². Présenté à grands traits, l'apport romain se résume en quelques points. L'obligation naturelle est une obligation dépourvue d'action (*condictio*). Pourtant, elle n'est pas complètement démunie d'effets juridiques. L'exécution spontanée du débiteur donne le droit au créancier de conserver ce qui a été payé (*soluti retentio*)³ ; elle peut faire l'objet d'une novation⁴, d'une compensation⁵ et d'une extinction par

¹ Les conceptions du droit naturel dans la pensée en Grèce antique oscillent entre la reconnaissance aristotélicienne d'un « droit tiré de l'observation des choses » et l'identification d'une loi morale stoïcienne qui s'impose à tous les hommes. Elles auront une incidence dans la pensée romaine (M. VILLEY, « Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité », *RHD*, 1953, p. 475-497).

² Sur l'impact limité du droit naturel et l'imprécision de la notion romaine, J. GAUDEMET, « Quelques remarques sur le droit naturel à Rome », *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1952, t. I, p. 445-467.

³ *D.* 44, 7, 10.

⁴ *D.* 46, 2, 1.

⁵ *D.* 16, 2, 6 ; *D.* 40, 7, 20, 2.

pacté⁶. Elle peut être garantie par gage, hypothèque⁷ ou cautionnement⁸. Au nom de l'équité puis de la morale, l'obligation naturelle a pour fonction de pallier l'absence d'une obligation civile du fait de l'incapacité du débiteur⁹, sa disparition (obligation civile dégénérée)¹⁰ ou de permettre l'accomplissement d'un devoir moral¹¹. D'abord né empiriquement de circonstances sociales spécifiques à Rome¹², le régime juridique de l'obligation naturelle a été élaboré par Ulpien et surtout Julien¹³. Les juristes byzantins vont inventer la notion d'obligation à la fois civile et naturelle opérant une extension de la *naturalis obligatio* à la grande masse des obligations civiles, d'où une contamination du droit positif par le droit naturel¹⁴.

⁶ D. 46, 3, 95, 4.

⁷ D. 12, 6, 13.

⁸ D. 45, 1, 1, 2 ; D. 46, 1, 16, 3 ; D. 46, 1, 60 ; Gaius, *Inst.*, III, 119a.

⁹ Une dette naturelle pesait sur l'esclave affranchi qui avait passé, pendant sa servitude, un contrat avec son maître ou un tiers (Gaius, *Inst.*, III, 119a ; D. 44, 7, 14). Il en allait de même, après la cessation de son incapacité, de la personne libre placée sous la puissance du chef de famille qui avait contracté avec ce dernier, ou de deux *alieni juris* d'un même groupement familial unis par un lien contractuel (D. 12, 6, 38). Le fils de famille, qui avait emprunté de l'argent en violation du Sénatus-Consulte Macédonien, ne pouvait répéter l'indu (D. 14, 6, 7, 16). Enfin le pupille, qui avait contracté sans l'*auctoritas tutoris*, était tenu d'une obligation naturelle (D. 12, 2, 42 ; D. 35, 2, 21 ; D. 36, 2, 25, 1 ; D. 46, 3, 95, 4 ; D. 45, 1, 127 ; D. 39, 5, 19, 4). Le prodigue et le fou sont logés à la même enseigne (D. 46, 1, 25). Enfin, l'obligation naturelle pouvait découler d'un pacte de liberté entre le maître et l'esclave (D. 16, 1, 13) ou d'un pacte d'intérêt (D. 46, 3, 5, 2 ; C. J. 4, 32, 3-4).

¹⁰ Après la *capitis deminutio*, les dettes non délictuelles subsistent en tant qu'obligations naturelles (D. 4, 5, 2, 2). Il en est de même pour les obligations du mineur de vingt-cinq ans qui a obtenu du préteur la *restitutio in integrum* (D. 36, 2, 25, 1). Peut-être l'obligation naturelle demeurerait-elle après l'effet extinctif de la *litis contestatio* (D. 46, 8, 8, 1) ? Il est également possible que la dette naturelle ait pu survivre après l'acquiescement injuste du débiteur (D. 12, 6, 28) ou la prescription (D. 46, 8, 25, 1).

¹¹ L'esclave affranchi devait des journées de travail à son ancien maître (D. 12, 6, 26, 12). Au nom de la *pietas* ou de l'*officium*, il n'était pas possible de répéter un paiement ayant servi à la fourniture d'aliments (D. 3, 5, 33) ou à la constitution d'une dot (D. 12, 6, 32, 2). L'obligation naturelle pesait aussi sur celui qui avait reçu des cadeaux ou des bienfaits (D. 5, 3, 25, 11).

¹² Parmi une bibliographie abondante, il est possible de citer en langue française quelques présentations synthétiques : F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1911, 5^e éd., p. 639-644 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain (Les obligations)*, Scientia Verlag Aalen, 1970 (reprint de l'édition de 1954), t. I, p. 251-256 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et Ancien droit*, PUF, 1957, t. I, p. 188-193 ; R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, Albin Michel, 1977, p. 458-459 ; J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, 1998, p. 250-251. Pour un point de vue plus approfondi, voir les études de A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Turin, Giappichelli, 1955, et surtout P. DIDIER, *Evolution des notions de liens naturels dans la jurisprudence romaine classique*, thèse droit, Paris, 1967 ainsi que : « Les obligations naturelles chez les derniers Sabinien », *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1972, 3^e série, t. XIX, p. 239-273. Pour un rapprochement des solutions romaines avec les législations allemande et italienne voir M. ROTONDI, « Quelques considérations sur le concept d'obligation naturelle et sur son évolution », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1979, p. 1-12.

¹³ P. DIDIER, *op. cit.*, *passim*.

¹⁴ *Ibid.*, p. 309-310.

La réflexion des canonistes médiévaux sur le droit privé semble avoir été indifférente à l'obligation naturelle, préférant enrichir la théorie de la cause des obligations¹⁵. La notion est alors récupérée pour penser les relations politiques. Au nom d'une ontologie volontariste, nombre d'auteurs de l'École franciscaine en font un instrument d'exaltation de la liberté. Ils en viennent à dégager une nouvelle théorie de la normativité naturelle qui leur permet d'imposer des obligations au Pape, limitant ainsi le pouvoir pontifical¹⁶. Certains juristes des XIV^e et XV^e siècles invoquent l'idée d'un lien naturel pour déterminer ce qui peut contraindre la volonté du prince¹⁷. L'apogée de cette utilisation politique de l'obligation naturelle est certainement atteint avec la pensée jusnaturaliste des temps modernes. On retrouve l'écho des débats médiévaux chez Grotius¹⁸. Quant à Wolff, il fait de cette notion l'une des clefs de voûte de son analyse philosophique du droit¹⁹. Pour autant, elle est loin de rester définitivement un simple concept politique.

À la même époque, elle rebondit à nouveau dans le champ de la théorie du droit privé²⁰. Deux grands auteurs vont plus particulièrement s'intéresser à l'*obligatio naturalis*. Puisant à la source de l'héritage romain, Domat et Pothier tentent de l'acclimater à leur époque. Leur apport inspire l'article 1235 alinéa 2 du Code civil qui prévoit que la répétition n'est pas admise à

¹⁵ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 193.

¹⁶ L. PARISOLI, « Obligation naturelle et obligation positive : science normative et perfection spirituelle dans l'École franciscaine », *Archives de Philosophie du Droit*, 2000, t. 44, p. 69-91.

¹⁷ On retrouve chez ces auteurs l'idée d'une obligation naturelle. Tantôt ils traitent directement d'une *obligatio naturalis* du prince, tantôt ils insistent sur le devoir d'honnêteté ou d'honneur qui lie le pouvoir du prince, tantôt ils se réfèrent à une obligation conventionnelle issue du droit naturel, tantôt enfin ils utilisent le terme de dette d'honneur (sur l'utilisation indistincte en droit romain des termes *debitum* et *obligatio*, P. DIDIER, *op. cit.*, p. 27). Voir les citations dans R. W. et A. J. CARLYLE, *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, W. Blackwood and Sons Ltd., Édimbourg et Londres, 1936, t. VI, (Cynus de Pistoia) p. 15, (Bartole) p. 20, (Balde) p. 45, (Jean d'Imola) p. 154, (Franciscus de Accoltis) p. 155.

¹⁸ Il reprend les réflexions de Balde sur l'obligation naturelle qui pèse sur le prince (*Le droit de la guerre et de la paix*, L. II, chap. XIV, VI, 1-2, éd. D. Alland et S. Goyard-Fabre, PUF, 1999, p. 371-372).

¹⁹ Wolff fait de l'obligation naturelle un concept fondamental et la définit comme « celle qui a sa raison prochaine et immédiate dans la nature et dans l'essence de l'homme (...) sans le concours d'aucune autre raison étrangère », *Principes du droit de la nature et des gens*, (traduction de Formey, Amsterdam, 1758, p. 1-3).

²⁰ Bodin n'a pas oublié l'*obligatio naturalis* qu'il évoque sans insister (*Exposé du droit universel*, rééd. PUF, 1985, p. 53). D'Argentré, Argou, Ferrière et Dunod font allusion à cette notion : P.-J. BAUDET, *Essai d'une théorie générale des obligations naturelles*, thèse droit, Lille, 1909, p. 98-102 et 105-109.

l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Malgré la volonté napoléonienne de fixer définitivement le droit civil, le Code est cependant loin d'avoir figé la notion d'obligation naturelle. Les auteurs de la codification de 1804 étant restés laconiques quant à son contenu, elle connaît un regain d'intérêt au cours du XIX^e siècle. La jurisprudence y recourt et incite ainsi la doctrine du temps à réfléchir sur son étendue. L'un des temps forts de cette réflexion doctrinale est certainement la monographie d'Henri Massol, *De l'Obligation naturelle en droit romain et en droit français*, publiée en 1858 et rééditée dans une version augmentée en 1862²¹. Cet ouvrage eut un large écho dans la doctrine du temps²². Il n'est pourtant pas l'œuvre d'une plume célèbre et on serait bien en peine de le trouver cité dans les manuels contemporains d'histoire du droit privé.

Il faut dire que son destin a été sans grand éclat. Henri, François, Germain, Charles Massol (1804-1885)²³ est né à Toulouse dans une famille de la moyenne bourgeoisie. Son père était médecin. Après avoir envisagé de se tourner vers la théologie, il commence des études de droit dans sa cité natale. Il les achève à Paris où il obtient son doctorat en 1829²⁴. D'abord avocat à Toulouse, il occupe à partir de 1837 les fonctions de suppléant provisoire à la Faculté de cette ville. En 1839, il est chargé des fonctions de suppléant. En 1844, il est professeur suppléant titulaire. Sous le Second Empire il est premier adjoint de la municipalité toulousaine et membre du conseil général de Haute-Garonne. Sa carrière politique facilite son accession à la chaire de droit romain de la faculté de droit de sa ville natale en

²¹ H. MASSOL, *De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français*, Paris, éd. A. Durand 1858, IV-357 p., rebaptisée *De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit français*, Paris, éd. A. Durand, 1862, LX-377 p. Cette dernière version, qui donne l'état définitif de sa pensée sur le sujet, sera ici utilisée.

²² Avant même la publication de l'ouvrage de Massol, A. Rataud, professeur suppléant à l'École de droit de Paris, en donne un compte-rendu plutôt élogieux, *RHD*, 1857, p. 598-600. On retrouve un écho similaire sous la plume de G. de Caqueray, professeur à la Faculté de droit de Rennes, *Revue Pratique de Droit Français*, 1858, t. VI, p. 179-184 ainsi que sous celle de T. Huc, alors professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Toulouse, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1858, t. XIII, p. 278-284. L'opinion de Massol fait également autorité pour Dalloz, *Répertoire de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence*, t. XXXIII, 1860, V^o Obligations, p. 247-248, et dans une note du recueil de jurisprudence Sirey qui rappelle les solutions juridiques dégagées en matière d'obligation naturelle en plein Second Empire (S. 1861. 2. 2.).

²³ Les informations biographiques qui suivent sont tirées de l'étude de J. DAUVILLIER, « Le rôle de la Faculté de droit de Toulouse dans la rénovation des études juridiques et historiques aux XIX^e et XX^e siècles », *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 1976, t. XXIV, fasc. 1 et 2, p. 364-365, ainsi que du carton des Archives nationales (A.N., F/17/21274) qui contient le dossier de mise à la retraite de Massol.

²⁴ Sa thèse portait sur la théorie des obligations : *Disceptatio juridica de verborum obligationibus, quam...*, 21 p.

1854²⁵. Mais au tout début des années 1880, alors que la République s'enracine, les autorités veulent se débarrasser de lui. Elles lui reprochent son grand âge et restent méfiantes à l'égard d'un universitaire produit par le régime précédent, dont les opinions cléricales sont à peine cachées²⁶. Aussi en 1883 est-il mis à la retraite d'office. Il laisse à sa mort six ouvrages portant sur la séparation de corps²⁷, les successions²⁸ et la théorie des obligations²⁹ ainsi que nombre de communications présentées à l'Académie de législation de Toulouse³⁰ qu'il présida en 1873³¹ : autant d'écrits au long desquels il insiste sur l'identité des solutions du droit romain et du droit français. Au risque de l'anachronisme, il veut mettre l'histoire au service des interprètes du Code Napoléon.

Sa conception de l'obligation naturelle en est une vive illustration. C'est dire le faible intérêt historiographique qu'elle peut avoir pour un romaniste. En effet, une telle démarche conduit inévitablement le juriste à plier le droit romain aux besoins de sa démonstration. De ce fait, Massol ne rencontre jamais de contradiction entre les textes romains. Il les présente synchroniquement, comme s'ils étaient issus d'une même époque et ignore superbement les divergences entre jurisconsultes comme les interpolations³². En revanche, l'ouvrage de Massol mérite davantage d'attirer l'atten-

²⁵ Dans son dossier de retraite, on retrouve les lettres de soutien à Massol du préfet Piétri ou de députés (A.N., F/17/21274).

²⁶ Les rapports sur Massol établis par les Doyens, Inspecteurs généraux ou Recteurs et envoyés au Ministère de l'Instruction publique deviennent critiques à partir de 1879, son âge commençant à lui être reproché. La connotation politique de l'exclusion apparaît clairement dans le rapport de 1882 qui est particulièrement virulent. Le Doyen Bonfils note : « d'un caractère difficile et faux. Très lié avec le parti clérical ». Quant au Recteur Perroud, il dénonce un « ennemi de l'Université » qui devrait être mis à la retraite (A.N., F/17/21274).

²⁷ *De la séparation de corps et de ses effets quant aux personnes et quant aux biens*, Paris, Joubert, 1841, VII-390 p.

²⁸ *Principe rationnel de la règle catonienne, en droit romain et en droit français*, Toulouse, Imprimerie de Bonnal et Gibrac, 1876 ; *De la règle : Nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest, en droit romain et en droit français*, Paris, Marescq aîné, 1882.

²⁹ Outre sa thèse et l'ouvrage précité sur l'obligation naturelle, il a rédigé *Du lieu du paiement et du lieu de la compétence dans les cas du paiement en droit romain et en droit français*, Paris, Marescq aîné, 1882.

³⁰ Pour ne citer que les thèmes généraux de ses communications en renvoyant aux références du *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* : les successions (1866, t. XV, p. 429-510 ; 1875, t. XXIV, p. 62-156 ; 1879-1880, t. XXVIII, p. 69-84), la théorie des obligations (1881-1882, t. XXX, p. 15-56 ; 1882-1883, t. XXXI, p. 75-107, 1884-1885, t. XXXIII, p. 22-52), la séparation de corps (1869, t. XVIII, p. 11-31 ; 1870, t. XIX, p. 85-102 ; 1871, t. XX, p. 151-159) et les honoraires des avocats (1878-1879, t. XXVII, p. 37-85).

³¹ Son discours d'installation consiste, trois ans après la défaite de Sedan, à exalter le patriotisme en évoquant l'exemple de la Rome antique (*Recueil des travaux de l'Académie de législation de Toulouse*, 1873, t. XXII, p. 15-20).

³² Sur la place des divergences entre juristes et des interpolations dans l'analyse des obligations naturelles romaines voir le compte-rendu de J.-Ph. LÉVY sur le livre d'A. BURDESE précité, *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, 1956, p. 178.

tion de l'historien du droit civil français. En effet, *De l'obligation naturelle* est la première tentative d'élaboration d'une théorie approfondie sur un tel sujet³³. Cette recherche théorique ne manque d'ailleurs pas de dérouter. Elle préfigure l'embarras auquel sont confrontés aujourd'hui les juristes français les plus positivistes devant le problème de l'obligation naturelle : comment distinguer le droit de la morale sans rendre le droit amoral, au risque de l'idéologie ? Le professeur toulousain offre ainsi une contribution intéressante, antérieure à l'essor de la réflexion doctrinale de la première moitié du XX^e siècle.

I. — Distinguer le droit de la morale

Le travail préliminaire de définition auquel se livre Massol doit aboutir à dégager un concept d'obligation naturelle afin de donner aux termes de droit et de morale des contours bien déterminés.

Une démarche conceptualisante

Un certain « intégrisme » théorique saute aux yeux dès la lecture du titre : *De l'obligation naturelle*. L'utilisation du singulier traduit son désir de dégager une catégorie unique pour rendre compte de son sujet. Selon ses termes, il veut exposer son « système »³⁴ et « essayer une théorie »³⁵. Il explicite sa profession de foi dès les premières lignes de l'étude. Il veut « formuler des règles générales applicables à tous les cas d'obligation naturelle ». Le voilà s'efforçant de « systématiser les doctrines divergentes » afin de saisir « le véritable caractère de l'obligation naturelle ». Adoptant franchement une démarche déductive, il ne doute pas que « toute obligation naturelle est apte à produire les mêmes effets ; de sorte que, quelle que soit l'espèce qui se présente, quand on veut savoir si elle constitue une obligation naturelle, on n'a qu'à se demander si elle est susceptible de produire les divers effets qui sont propres à cette obligation »³⁶.

³³ Seul un avocat parisien, J.-J. Clamageran avait rédigé en 1851 une thèse de doctorat (*Des obligations naturelles*, Paris, 1851, 81 p.). Mais celle-ci n'avait pas l'ampleur de l'étude de Massol.

³⁴ *Op. cit.*, p. V.

³⁵ *Ibid.*, p. LV.

³⁶ *Ibid.*, p. II-III.

Cette prétention théorique trouve sa justification dans la reconnaissance d'une filiation entre le droit du Code civil et ce que Massol estime être son berceau : le droit romain. Malheureusement, son interprétation de ce lien génésique incontestable dérive rapidement vers une assimilation anachronique³⁷. Exagérant la parenté juridique, il ne tient pas assez compte du fait que l'hétérogénéité des sociétés romaine et française empêche d'importer intégralement des solutions du système juridique antique dans le droit français³⁸. Il est conscient d'un tel travers, mais il en écarte les désagréments d'un geste, déclarant non sans quelque inconséquence : « cette conférence entre les deux législations met surtout en relief les principes ; elle ne fait pas obstacle à l'examen de questions différentes qui surgissent dans chaque état de société »³⁹. Il refuse de comprendre que la société individualiste et libérale du XIX^e, fondée sur le volontarisme, ne peut se satisfaire de mécanismes juridiques romains produits par une organisation sociale radicalement différente.

Cette identification caricaturale⁴⁰ le pousse ainsi à se récrier contre ceux qui estiment qu'en droit romain « les obligations naturelles ne sont pas soumises à des règles générales, que chaque espèce a ses lois particulières ». Une telle manière de voir lui paraît être « la négation de toute théorie » provoquant « des difficultés inextricables »⁴¹. Particulièrement adressé à E. Machelard, romaniste célèbre de la Faculté de droit de Paris⁴², ce

³⁷ « Les théories développées en droit romain, nous les étendons au droit français. À notre avis, l'obligation naturelle, en France, n'est que l'obligation naturelle des romains », *ibid.*, p. 3.

³⁸ Ce reproche lui avait été fait par A. RATAUD, *op. cit.*, p. 599.

³⁹ *Ibid.*, p. 3. Il admet ainsi que l'obligation naturelle en matière d'esclavage concerne simplement Rome alors que celle qui peut découler d'une cession d'office ou d'une transaction boursière n'intéresse que la France.

⁴⁰ À la fin de son ouvrage, il déclare son admiration sans condition à l'égard de Rome : « En jetant un regard sur le tableau que nous avons tracé du droit romain et du droit français, et en les comparant entre-eux, on est frappé de l'uniformité des doctrines : c'est que nul peuple n'a su, aussi bien que les romains, déterminer les cas où le devoir se convertit en une obligation. Mais les nuances intermédiaires, celles qui distinguent l'obligation de conscience, sont très difficiles à saisir. Cette partie de la doctrine romaine n'est point parfaite (...) il n'est pas étonnant que le Code français laisse lui-même à désirer à cet égard » (*ibid.*, p. 335-336).

⁴¹ *Ibid.*, p. VI.

⁴² La réédition de son ouvrage, en 1862, était une réponse au travail de Massol auquel il reconnaît cependant, avec Savigny, une dette incontestable (E. MACHELARD, *Des obligations naturelles en droit romain*, Paris, A. Durand, 1861, p. III). Sans renoncer à l'impératif d'une définition, Machelard estimait « que les obligations naturelles étaient loin d'avoir toujours une valeur uniforme. Toutefois, si l'on doit éviter de créer un type unique pour les obligations naturelles en droit romain, de les faire entrer toutes, pour ainsi dire, dans le même moule, faut-il renoncer à trouver quelque caractère qui soit indispensable pour constituer l'obligation naturelle ? Ce caractère une fois découvert (...) ce sera le critérium, à l'aide duquel il sera légitime de conclure à l'existence d'une pareille obligation » (*ibid.*, p. 524-525).

reproche atteste l'intérêt vigoureux de Massol pour la théorie à un moment où – l'époque de l'Exégèse – cette dernière n'avait pas forcément bonne presse. Il est même possible d'aller plus loin et de dire qu'il s'est véritablement efforcé de représenter son sujet par un concept. De fait, il apparaît bien que Massol définit une représentation générale d'une classe déterminée de phénomènes, établissant ainsi un schématisme réunissant les propriétés essentielles ou typiques des phénomènes à représenter⁴³. Comment expliquer un tel engagement méthodologique alors que s'impose, dans la France d'alors, l'analyse exégétique du Code article par article ? Il suffit de rappeler le milieu culturel dans lequel baignait Massol.

L'enseignement de ses professeurs à la Faculté de droit de Paris était déjà une première voie. Il est certain qu'au contact de l'exégète Jean Joseph Bugnet, le jeune toulousain a dû essentiellement se familiariser avec le respect de la lettre du Code Napoléon⁴⁴. Mais les cours d'Adolphe Marie Du Caurroy, l'un des principaux animateurs de la *Thémis*, si favorable à la science historique allemande, ne pouvaient que susciter l'intérêt des étudiants pour des auteurs d'outre-Rhin⁴⁵ auxquels le monde universitaire français commençait à s'ouvrir⁴⁶. De fait, le puissant écho des historiens allemands résonne dans les lectures de Massol. Il a assimilé l'enseignement

⁴³ Cf. la définition du terme concept dans A.-J. ARNAUD *et alii*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, p. 54.

⁴⁴ On attribue à Bugnet une célèbre formule caricaturale de l'interprétation exégétique : « Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon », citée par P. DUBOUCHET, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, L'Hermès, 1994, 3^e éd., p. 148.

⁴⁵ Sur la participation de Du Caurroy à la *Thémis* dont les promoteurs étaient germanophiles (Ph. RÉMY, « La « *Thémis* » et le droit naturel », cette *Revue*, 1987, n° 4, p. 146). Massol devait aussi suivre les cours d'un autre auteur de la *Thémis*, Antoine Marie Demante. Mais ce dernier était « le commentateur le plus orthodoxe du Code civil » de la revue (*ibid.*, p. 146, note 6).

⁴⁶ Sur les rapports des juristes français et allemands voir, le livre d'O. MOTTE, *Savigny et la France*, Berne, Lang, 1983, 247 p. ainsi que, du même auteur, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, Bonn, Bouvier Verlag, Röhrscheid, 1989, 2 vol. ; Colloque « La Science Juridique Française et la Science Juridique Allemande de 1870 à 1918 », *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, nouvelle série, 1997, n° 1. Sur le rôle essentiel des études historiques dans l'histoire de ce contact par-delà le Rhin : J. Gaudemet, « Les Écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », cette *Revue*, 1998, n° 19, p. 87-124. En ce qui concerne plus particulièrement l'accueil fait aux romanistes allemands à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence voir J.-L. MESTRE, « Les juristes aixois et la science juridique allemande au XIX^e siècle », dans *La coopération franco-allemande en Europe à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque du quarantième anniversaire du jumelage Aix-Tübingen (Aix-en-Provence, 26-27 juin 1997), PUAM, 1998, p. 105-123, *passim*. Sur l'accueil fait à la science romanistique allemande (surtout Savigny et Mommsen) à la Faculté de droit de Toulouse, notamment par l'entremise du rôle du Professeur Osmin Bénech, l'un des fondateurs et le premier secrétaire perpétuel de l'Académie de législation de Toulouse : J. DAUVILLIER, *op. cit.*, p. 363-365.

du *Traité de droit romain*, de Savigny⁴⁷, ainsi que celui de la théorie pandectiste *stricto sensu* dispensé par Mullenbruch⁴⁸, Puchta⁴⁹ ou von Vangerow⁵⁰. Ce vif intérêt pour la culture historico-juridique germanique⁵¹ ne pouvait qu'encourager Massol sur la voie de la systématisation du droit. En effet, Savigny s'était efforcé de développer une construction systématique du droit romain induite des textes afin d'établir une dogmatique future du droit civil⁵². Sous l'influence de Puchta, les pandectistes devaient aller encore plus loin en déduisant les concepts juridiques et en pliant les dispositions du droit romain à l'impératif logique, sans tenir compte de leur évolution historique⁵³. Autant d'idées qui ont profondément marqué la démarche du juriste toulousain au point de lui faire adopter comme division de son ouvrage la distinction de la science historique allemande entre partie générale et partie spéciale⁵⁴.

⁴⁷ De loin les plus nombreuses, ces références (25) renvoient en fait à la traduction française de son *Système de droit romain contemporain* paru entre 1840-1849 (trad. Ch. Guenoux, 8 vol., 2^e éd., 1840-1860, intitulée *Traité de droit romain*) ; *De l'obligation naturelle...*, p. X, XXVIII, XXXI, 20, 23, 29, 32, 33, 36, 67, 90, 93, 94, 96, 108, 111, 113, 133, 137, 162, 172, 176, 179, 196, 197.

⁴⁸ Il cite l'autorité de la *Doctrina Pandectarum* (Halle, 1823-1824, 3 vol.), *De l'obligation naturelle...*, p. 22, 67, 144, 201.

⁴⁹ Il cite le *Cours d'Institutes*, 1841-1847, 3 vol. (*De l'obligation naturelle...*, p. 7) et le *Manuel des Pandectes*, Leipzig, 1838 (*ibid.*, p. 128, 140 et 175).

⁵⁰ Massol puise dans le *Traité des Pandectes*, Marburg, 1851-1852, 3 vol. (*De l'obligation...*, p. XIX, 20, 21, 30, 98, 137, 139, 143, 150, 151, 210).

⁵¹ Il faut signaler que les historiens français du droit sont peu cités par Massol : Laferrière (*De l'obligation naturelle...*, p. 15 et 186) ; Ortolan (*ibid.*, p. 207) ; Pellat (*ibid.*, p. 117 et 164).

⁵² J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien, 1997, p. 346.

⁵³ *Ibid.*, p. 349 et surtout P. DUBOUCHET, *op. cit.*, p. 144-145. La théorie pandectiste des *Institutes* est caractéristique de cette méthode qui oscille, de Savigny à la théorie la plus achevée du pandectisme sous la plume de Windscheid, entre induction à vocation systématique et déduction mutilante du réel juridique. Les *Institutes* ou institutions sont les institutions sociales principales (la famille, les obligations, la propriété, les successions, le mariage, etc) d'une société auxquelles sont rattachés les règles de droit positif. Érigées en système, les *Institutes* permettent ainsi de classer et de donner une cohérence systématique à l'ensemble des dispositions d'un droit donné. Parallèlement, ces *Institutes* permettent d'analyser et d'interpréter le droit. Lorsqu'une espèce se présente au juriste, celui-ci n'a plus qu'à la rapprocher de l'*Institute* avec laquelle elle a les relations les plus proches afin de déduire quelle règle de droit appliquer. Sur ce point voir H. COING, « Trois formes historiques d'interprétation du droit. Glossateurs, Pandectistes, École de l'Exégèse », *RHD*, 1970, t. 48, p. 539-540.

⁵⁴ Il accorde quelques pages à une partie générale (*op. cit.*, p. 1-5). La partie spéciale est implicitement évoquée dans la suite de l'ouvrage, lorsqu'il recherche, dans le droit romain et français, la présence de définitions abstraites établies dans la partie précédente. Massol récupère, en fait, cette division d'abord esquissée par Savigny (J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 347, n. 69) systématisée par Puchta, qui reprenait Wolff, et définitivement adoptée par les pandectistes postérieurs et le B.G.B. (*ibid.*, p. 349). L'utilisation par Puchta de la distinction partie générale/partie spéciale permettait de présenter un système juridique dans lequel les concepts étaient déduits logiquement les uns des autres. Il avait ainsi introduit sous la rubrique « partie générale » les bases fondamentales d'un système de droit (les normes de droit, les rapports de droit, les personnes et la possession) et dans la partie spéciale, les différentes branches spécifiques du système juridique décrit (le droit des choses, les obligations,

L'idée d'appliquer la méthodologie germanique au droit civil français est vraisemblablement inspirée par Charles Salomon Zacharia, pandectiste versé dans l'étude du strict droit civil français, dont le manuel avait été traduit par Aubry et Rau en 1839⁵⁵. Massol pouvait observer chez cet auteur allemand l'exemple d'une première tentative d'analyse synthétique du Code civil qui devait inspirer ses traducteurs français et les aider à rompre, en 1856, avec le commentaire exégétique article par article⁵⁶. Pour autant, l'auteur de *De l'obligation naturelle...* n'ignore pas complètement ses compatriotes exégètes⁵⁷, si soucieux d'acculturer les Français au Code civil⁵⁸. Mais il les utilise essentiellement pour discuter leur point de vue sur le fond du droit. Les réflexions de Massol devaient également être stimulées par sa participation aux travaux de l'Académie de législation de sa ville natale, instituée depuis 1851. Ce lieu incontournable de la recherche à Toulouse sous le Second Empire⁵⁹ favorisait la démarche théorique en

(suite de la note 54) le droit de la famille et les successions) (*ibid.*). Les adversaires des pandectistes critiquèrent une fallacieuse « jurisprudence des concepts ». Si Massol n'a pas l'ambition des pandectistes, l'esprit de cette démarche déductive demeure toutefois dans son ouvrage. Le faible nombre de pages accordé à sa partie générale lui permet de postuler le caractère opératoire de son concept d'obligation naturelle. Cette contrainte théorique l'entraîne irrésistiblement à forcer la démonstration dans les parties spécifiques consacrées au droit romain et au droit français.

⁵⁵ Le manuel de droit civil français de Zacharia est abondamment cité : *De l'obligation naturelle...*, p. 227, 229, 233, 241, 258, 260, 299, 300, 306.

⁵⁶ Sur l'apport méthodologique d'Aubry et Rau, A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, PUF, 1975, p. 56-57 et P. DUBOUCHET, *op. cit.*, p. 158-160. Même Demolombe n'arrive pas à abandonner l'analyse article par article, alors qu'il avoue vouloir dépasser « la vieille querelle du commentaire et du traité, de la méthode exégétique et de la méthode dogmatique » (cité par J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé depuis 1804*, PUF, 1996, p. 65-66).

⁵⁷ Massol cite Demolombe (*De l'obligation naturelle...*, p. 224, 228, 264, 277), Delvincourt (*ibid.*, p. 219, 279), Duranton (*ibid.*, p. 232), Marcadé (*ibid.*, p. 219, 236), Toullier (*ibid.*, p. 222, 227, 232, 251, 294), Valette pour ses notes sur Proudhon (*ibid.*, p. 270), Mourlon (*ibid.*, p. 224, 237, 243). Troplong est presque autant cité que Zacharia. Mais on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une révérence obligée, voire d'une flagornerie, vis-à-vis d'un haut personnage du régime en place. Ce dernier, après avoir été le thuriféraire de la Constitution de 1852, occupait en 1862 les postes de premier président de la Cour de cassation et de président du Sénat. Il est vrai qu'ayant été récompensé par Napoléon III, Massol se devait de manifester un grand intérêt aux travaux de Troplong. Cependant la déférence due à un puissant n'explique pas tout. Depuis la monarchie de Juillet, Troplong bénéficiait d'une réputation scientifique qui lui avait valu un siège à l'Académie des Sciences morales et politiques. Au demeurant, son œuvre juridique puisait abondamment dans les sources romaines si prisées par Massol (M. GANZIN, « Droit et pensée politique. Le juriste R. Th. Troplong, théoricien du Second Empire », *Du césarisme antique au césarisme moderne*, PUAM, 1999, p. 79-114 ; A. GIUDICELLI, « Biographie expliquée de Raymond-Théodore Troplong », cette *Revue*, 1999, n° 20, p. 95-122).

⁵⁸ Ph. RÉMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *Annales d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, 1985, n° 2, p. 100-101.

⁵⁹ L'Académie est un passage obligé pour les chercheurs professionnels. Il suffit de rappeler l'épisode de la révocation du doyen toulousain Laurens, en 1855, qui, tout en étant membre de l'Académie, s'était tenu à l'écart de ses travaux, et que le rapport accablant de l'Inspecteur général Laferrière accusait de ne pas faire assez de place aux études doctrinales dans son enseignement, M. PUZZO, « La Faculté de droit de Toulouse et le ministère durant le Second Empire », cette *Revue*, 1988, n° 1, p. 122.

permettant la discussion autour d'un mémoire prononcé pendant la séance. Il assurait un véritable renouveau scientifique rejaillissant sur la Faculté de droit, dont beaucoup d'enseignants appartenaient à l'Académie de législation⁶⁰. Le droit romain et les auteurs allemands y faisaient l'objet de discussions dont le résultat était relaté par la *Revue Wolowski*⁶¹. À n'en pas douter, le climat d'émulation scientifique de l'Académie a certainement contribué à la rédaction de *De l'obligation naturelle*⁶². La mise en évidence de cette dette intellectuelle ne doit pourtant pas conduire à minorer le mérite de Massol. À la fin des années 1850, sa démarche déductive est originale et paraît propre, par son radicalisme, à stimuler la réflexion théorique sur les obligations naturelles, encore embryonnaire. L'enjeu des discussions autour de ce sujet était pourtant de taille. Il s'agissait de revenir à l'éternelle recherche des limites entre le droit et la morale.

Une obligation naturelle découlant d'un « droit social »

En cherchant un fondement à l'obligation naturelle, Massol ne désire pas seulement mettre en défaut Holtius, qui opérait le tour de force de nier l'existence d'une telle notion en tirant argument du droit romain⁶³. Il veut éviter de basculer dans le camp de ceux qui, à l'image du célèbre romaniste, Machelard, estiment que l'*obligatio naturalis* est une dette juridiquement imparfaite, dont la raison d'être réside dans la conscience morale d'un individu⁶⁴. En effet, Massol réprovoque la dilution de la notion qu'il étudie dans

⁶⁰ *Ibid.*, p. 111.

⁶¹ Dès les premières séances de l'Académie, les travaux sont consacrés à des sujets portant sur le droit romain et la réflexion théorique : Observations sur la règle catonienne, Des effets déclaratif du partage, Des effets généraux de la chose jugée, De la propriété d'après le Code civil de Troplong. Voir Compte-rendu de l'Académie dans *Revue de Législation et de Jurisprudence*, 1852, p. 305-317. Savigny est pris à partie, *ibid.*, p. 308.

⁶² Un mémoire sur le même sujet de Ducos avait été lu devant l'Académie en 1854, *Recueil des travaux de l'Académie de législation de Toulouse*, 1854, t. III, p. 225-228.

⁶³ Romaniste d'Utrecht, il avait rédigé « Sur l'obligation naturelle dans le droit romain », *Revue de Législation et de Jurisprudence*, 1852, t. III, p. 5-29. Cet auteur justifiait l'inexistence et l'inutilité de la notion en montrant que la théorie de la cause suffisait à expliquer la non répétition de l'indu. Voir la critique de cette démonstration par J. CAUVET, même *Revue*, 1853, t. I, p. 193-216.

⁶⁴ Machelard écrit qu'« il faut se résigner, malgré l'incertitude des résultats auxquels on peut aboutir, à rechercher dans quels cas et jusqu'à quel point une obligation est possible en dehors des exigences du droit civil, en appréciant ce qui suffit, d'après les règles de l'honnêteté et de la bonne foi, pour constituer une dette qui sera incomplète et qualifiée naturelle. C'est la voie dans laquelle étaient entrés les jurisconsultes romains, qui opposent si souvent au droit proprement dit ce qu'ils appellent *aequitas*. Cette *aequitas* est précisément ce qui sert de base au *ius naturale*, et par suite aux obligations naturelles (...) de manière à s'imposer à toute conscience sainement éclairée, à tout homme loyal et juste, dans le sens large de ce mot » (*op. cit.*, p. 538-539). Il se prévaut abusivement de l'opinion de Savigny pour conforter son point de vue. Ambigu dans ses premiers écrits, le savant allemand devait préciser clairement sa position à la fin de sa vie. Il ne niait pas que l'obligation naturelle décou-

une morale exclusivement subjective⁶⁵, une telle solution conférant un fondement purement subjectif à l'obligation naturelle : la conscience individuelle du débiteur soucieux de se conformer à un idéal moral.

Cette conception subjectiviste était le fruit de l'exaltation du volontarisme par le droit naturel de Grotius et par le rationalisme cartésien⁶⁶. Dès lors, toujours diluée dans le droit naturel par les auteurs, l'obligation naturelle ne pouvait plus faire l'économie d'une analyse de la psychologie du débiteur. Désormais, la force de l'obligation naturelle se justifiait par l'attitude de ce dernier et par les motifs de son paiement volontaire irrévoicable⁶⁷. Prolongeant l'effort de Grotius en faveur d'une laïcisation du droit naturel, Pufendorf utilise l'intériorité de la conscience humaine pour expliquer comment le débiteur s'est engagé naturellement⁶⁸. Le janséniste Domat, à contre-courant de la sécularisation jusnaturaliste du droit,⁶⁹ est loin de reprendre des formules aussi tranchées que celles de Pufendorf en faveur de l'autonomie de la conscience individuelle. Mais son attachement au volontarisme⁷⁰ ne le conduit pas à remettre en cause l'analyse psycholo-

(suite de la note 64) lait d'une *naturalis ratio*. Toutefois, il opposait obligations de conscience et obligations naturelles (*Le droit des obligations*, trad. de Gérardin et Jozon, Paris, 1863, t. 1, p. 146).

⁶⁵ En critiquant Machelard, Massol n'évite pas le même amalgame entre les notions en reprochant au romaniste parisien de fonder l'obligation naturelle sur « l'équité ou la bonne foi et l'honnêteté (...) qui n'est autre que la morale » (*op. cit.*, p. X).

⁶⁶ Sur la place de ces deux auteurs dans l'histoire d'une autonomisation de la volonté contractuelle : P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 113. Sur les conséquences d'un « constructivisme » cartésien, fondé sur le doute et le rejet de la tradition, comme soubassement d'une modernité politique, voir A. RENAULT, « Représentation moderne du monde et humanisme », A. RENAULT (dir.), *Histoire de la philosophie politique, Naissances de la modernité*, Calmann-Lévy, 1999, p. 194-201.

⁶⁷ On peut se demander si le succès d'un tel raisonnement, pourtant issu d'une philosophie en voie de laïcisation, ne s'explique pas par son homologie avec l'introspection qui conduit le pécheur chrétien à se repentir. Après tout, l'innovation philosophique se mariait bien avec la mentalité traditionnelle, et peut-être s'en nourrissait-elle, en transposant l'idée de conscience religieuse à celle de conscience morale humaine. Les réflexions de Pufendorf conduisent à accrédi-ter une telle hypothèse (cf. la note suivante).

⁶⁸ Il écrit que « la force de l'obligation naturelle consiste principalement à agir sur la Conscience, c'est-à-dire à nous convaincre intérieurement, qu'en manquant une pareille obligation, on commet une action contraire à la volonté de Dieu », (*Le droit de la nature et des gens*, J. R. Thournesein, Frères, Bâle, 1732, L. III, chap. IV, § 6, p. 354-355). Ce trouble psychologique vise à pousser le débiteur à « s'acquitter volontairement » car le propre de toute obligation est de nous déterminer « à agir par un principe de conscience, et par la persuasion où l'on est de la justice des Devoirs qu'elle nous impose » (*ibid.*, p. 355).

⁶⁹ Voir M.-F. RENOUX-ZAGAME, « Domat, le Salut, le droit », cette *Revue*, 1989, n° 8, p. 69-111 ; S. GOYARD-FABRE, « César a besoin de Dieu ou la loi naturelle selon Jean Domat », dans H. MÉCHOULAN et J. CORNETTE (dir.), *L'État Classique. 1652-1715*, Vrin, 1996, p. 148-160.

⁷⁰ J.-L. GAZZANIGA, « Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Droits*, 1990, n° 12, p. 40.

gique rationaliste⁷¹. Cette plongée dans l'intériorité du débiteur est encore plus présente chez Pothier, grand inspirateur du Code civil. Il caractérise l'obligation naturelle comme « celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui est convenu »⁷², définition subjective consacrée à la veille de la Révolution par Merlin⁷³. Rien d'étonnant à ce que ce « psychologisme » se retrouve lors de la discussion sur l'article 1235 al. 2 du Code civil⁷⁴ et qu'il ne suscite alors aucune contestation⁷⁵. La plupart des grands commentateurs du Code Napoléon de la première moitié du XIX^e siècle ne devait rien trouver à redire⁷⁶, d'autant qu'une telle conception se mariait parfaitement à la théo-

⁷¹ Abordant le thème de la loi naturelle, il évoque implicitement l'obligation naturelle qui pèse sur le mineur contractant. Il recherche l'attitude psychologique de ce dernier en expliquant alors « qu'on excepte de la restitution des mineurs, les engagements ou une conduite raisonnable les a fait rentrer » (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1735, Brunet, t. I, 1^e partie, L. II, Tit VII, Sect. I, n° X, p. 173). Plus généralement, il reconnaît que « les débiteurs qui acquittent volontairement des dettes qu'ils auraient pu faire annuler en justice, mais que l'équité naturelle rendait légitime ne peuvent revenir contre cette approbation... car dans ce cas il y avait une obligation naturelle que le débiteur a pu acquitter », (*Traité des lois*, Bibliothèque de philosophie politique et juridique. Textes et documents, Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989, [reprise de l'édition Didot, 1828], chap. XI, 21, p. 65).

⁷² *Traité des obligations*, *Œuvres de Pothier*, Paris, Alphonse Leclere, 1823, II^e partie, chap. I, § I, n° 173.

⁷³ Merlin fonde l'obligation naturelle sur le « droit naturel » et « l'équité » et reprend Pothier en estimant que les obligations civiles et naturelles sont celles qui « obligent le débiteur dans le for de la conscience et qui peuvent le faire contraître juridiquement », V^o Obligation (signé par Merlin), GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1784, t. XII, p. 275.

⁷⁴ Le rapporteur devant le Corps législatif, Bigot de Préameneu, estime que pour le débiteur naturellement obligé, le « paiement est une renonciation de fait... que la bonne foi seule et le cri de la conscience sont présumés avoir provoqué » : Rapport du 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804) sur le titre III, L. II – sur les contrats et les obligations conventionnelles en général –, *Archives Parlementaires (A. P.)*, 2^e série, t. V, p. 273. Examinant les raisons qui poussent le débiteur naturel à payer, Jaubert, plus explicite, affirme devant le Tribunal : « Ne faut-il pas remonter au motif qui a déterminé le paiement, pour savoir si c'est une erreur absolue qui l'a occasionné, ou si, placé entre la loi civile et sa conscience, le débiteur a refusé de se prévaloir du secours de la loi civile pour obéir à une loi plus impérieuse, celle de la conscience ? Oui, loin de nous la pensée que les droits de l'équité naturelle puissent être indifférents au législateur civil ! La foi intime ne sera-t-elle pas toujours le premier lien de la société ? Le fondement de toute obligation est dans la conscience de celui qui la contracte (...) la véritable base de l'obligation est toujours dans la conscience des contractants : si donc cette base primaire apparaît au magistrat, le paiement qui en a été l'effet doit être sanctionné par toute la puissance de la loi » : Rapport sur le Titre III, L. III, chap. IV (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général) fait au Tribunal le 13 pluviôse an XII (3 février 1804), *ibid.*, p. 344.

⁷⁵ Noter le silence des conseillers d'État ou des tribuns sur la conception du futur article 1235 du Code civil, *Recueil complet des discours prononcés lors de la discussion du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunal et discussions particulières de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi*, Paris, Firmin Didot frères, 1841, t. I (Discussions), p. 472.

⁷⁶ Merlin adhère à l'interdiction de la répétition de sommes payées en vertu de « l'équité naturelle » (*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1813, 4^e éd., t. IX, p. 142). Pour Duranton, « l'obligation naturelle est celle qui doit être exécutée si l'obligé suit les lois de la conscience, mais à laquelle la loi civile (...) n'a point attaché d'action » (*Cours de droit*

rie en vogue de la volonté interne utilisée pour justifier la force des actes juridiques⁷⁷. La jurisprudence, qui n'hésitait pas à recourir à l'occasion au droit naturel⁷⁸, s'accommoda également fort bien de cette solution⁷⁹.

Pourtant, ce recours à la conscience vertueuse du débiteur posait d'épineux problèmes pratiques. Le premier consistait à se demander si toutes les obligations imposées par la conscience pouvaient entraîner des obligations naturelles interdisant la répétition de l'indu. Certains auteurs favorables à la théorie subjectiviste de l'obligation naturelle avaient essayé maladroitement de déterminer des devoirs strictement moraux sans conséquences juri-

(suite de la note 76) *civil français suivant le Code civil*, Paris, 1830, t. X, n° 34, p. 20-21). Après avoir évoqué le thème libéral du passage de l'état de nature à l'état civil, Toullier écrit que « les obligations qui n'étaient d'abord fondées que sur la loi ou sur l'équité naturelle, le furent donc également sur la loi civile qui les munit de sa sanction. Elles devinrent en même temps obligations naturelles et civiles. Mais la loi civile ne prêta point sa force à toutes les obligations naturelles. Des raisons de politique ou d'ordre public (...) en firent excepter quelques unes qui restèrent telles qu'elles étaient avant l'état civil, c'est-à-dire abandonnées à la bonne foi des débiteurs » (*Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, 1830, t. VI, p. 408). Examinant l'article 1235, Larombière considère que « le droit philosophique reconnaît certains devoirs auxquels la loi refuse sa sanction (...) ils constituent des obligations naturelles (...) tels sont, par exemple, les devoirs indiqués par la conscience, par les lois de la délicatesse et de l'honneur ou imposés par les liens du sang, par la piété filiale, par la foi due à la parole donnée, par les sentiments de gratitude et de bienfaisance » (*Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1857, t. III, n° 6, p. 58-59). D'autres auteurs, sans abandonner la conception subjectiviste, cherchent à raccrocher l'obligation naturelle à un élément moins subjectif. Ainsi, Delvincourt distingue « l'obligation parfaite » conférant au créancier « un droit dans le for extérieur, soit par voie d'action, soit par voie d'exception » et « l'obligation imparfaite » qui n'a d'effet que dans le for de la conscience ». Il admet que l'obligation naturelle est parfaite (permettant d'empêcher la répétition) mais elle « ressemble à l'obligation imparfaite en ce qu'elle ne produit pas d'action » (*Cours de Code civil*, Dijon et Paris, 1834, t. II, p. 116). Visant directement Pothier, Demolombe explique que l'obligation naturelle est « celle que la loi n'a pas munie d'une action (...) mais qui oblige l'honnête homme dans le for intérieur, aussi étroitement que si l'exécution pouvait en être exigée contre lui dans le for extérieur » (Quatrième vol. du *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1876, t. XXVII, n° 34, p. 26). Toutefois, il cherche un moyen de preuve de ce type d'obligation moins tributaire d'une introspection du débiteur. Il le trouve dans « l'aveu de l'obligé... élément constitutif » de l'obligation naturelle (*ibid.*, p. 27).

⁷⁷ À l'honneur chez les juristes français jusque vers la fin des années 1880, cette théorie opérait une totale assimilation des éléments générateurs de l'effet des actes juridiques avec le comportement psychologique de leur auteur imposant de recourir à une introspection de l'auteur de l'acte (J.-J. BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, 1999, n° 28, p. 6-7).

⁷⁸ B. BEIGNIER, « La jurisprudence au temps de l'exégèse », dans J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 1999, p. 289-291.

⁷⁹ La même conception subjectiviste imprégnait le raisonnement des juges judiciaires. Ils fondaient l'obligation naturelle sur la « délicatesse et l'honneur » (Grenoble, 4 juin 1860, S. 1861. 2. 151-153), les « lois morales de l'honneur et de la délicatesse » (solution reconnue implicitement en validant la décision de la Cour royale : Cass., 22 août 1826, Colnet/Langordière, S. 1827. 1. 152-153), les « règles de l'honneur » (Cass., 25 février

diques⁸⁰. La Cour de cassation renvoyait la question au pouvoir d'appréciation des juges du fait⁸¹ précisant simplement que l'obligation de conscience, nécessaire à la caractérisation d'une obligation naturelle, ne pouvait peser sur un débiteur que s'il avait été « personnellement la cause » des pertes du créancier⁸². Encore faut-il préciser que l'identification de cette dette morale par le juge n'empêchait pas une autre difficulté de se poser. Un fondement aussi flou rendait malaisée la distinction entre une obligation naturelle et une libéralité, catégories induisant des régimes juridiques différents, ne serait-ce que sur le plan fiscal. La jurisprudence restait peu loquace et considérait simplement que l'*animus donandi* était « libre et spontané »⁸³ et qu'il n'était pas conditionné par un autre engagement, aussi moral fût-il⁸⁴. Pourtant l'altruisme n'impliquait-il pas de donner au nom de la morale ?⁸⁵

(suite de la note 79) 1835, Calvimont/Baritault et Peyrelongue, S. 1835. 1. 225-227), un « devoir d'honneur » (Cass., 3 août 1814, Enregistrement/Masnadaud, S. 1815. 1. 12), des motifs de délicatesse et de conscience (Aix, 22 avril 1828, Barbaroux/de Castellane, S. 1829. 2. 108-109), une « obligation de justice et de conscience » (Cass., 5 mai 1835, de Laroche-foucauld/de Laroche-foucauld, S. 1835. 1. 466-473), « un devoir de conscience » (Nîmes, 5 décembre 1860, de Gray/Cler, S. 1861. 2. 5-6) « le sentiment d'équité » (Cass., 3 décembre 1813, Les adjudicataires des biens Bourgoïn/Les héritiers Bourgoïn), S. 1814. 1. 85-86). La jurisprudence actuelle n'a toujours pas abandonné cette solution admettant l'obligation naturelle en vue de l'accomplissement de devoirs moraux par le débiteur (R. BOUT, V° Obligation naturelle, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 1998, t. VII, n° 42-57).

⁸⁰ Duranton évoque laconiquement « des devoirs » qu'il ne faut pas confondre avec les obligations naturelles (*op. cit.*, n° 42, p. 27). Guère plus explicite, Delvincourt identifie les obligations imparfaites qui n'ont d'effet que dans le « for intérieur de la conscience ». Il cite « l'obligation de faire l'aumône, de reconnaître un bienfait » (*eod. loc.*). Demolombe est tout aussi évasif, se référant à de « simples devoirs dans l'accomplissement desquels l'homme ne relève que de sa conscience et n'est responsable qu'envers Dieu » (*op. cit.*, n° 7, p. 7).

⁸¹ Cass., Colnet/Langordière, précité. Cette solution ne choquait pas Duranton car, selon cet auteur, elle dépendait du « pouvoir de discrétion et de sagesse » du juge du fait qui « en descendant dans sa conscience » devait y puiser sa décision toujours droite puisque issue de « l'équité » (*op. cit.*, n° 36, p. 23). En revanche, la Cour de Colmar, adoptant une position isolée, s'opposa à cette jurisprudence « subjectiviste ». Saisi d'une affaire où un débiteur réclamait la répétition de l'indu, alors qu'il avait reconnu précédemment devoir à son créancier plus que les sommes prévues par une transaction, les juges confirmaient une décision du Tribunal de commerce de Mulhouse indiquant qu'aucun lien de droit ne pouvait émaner « de promesses, d'engagements d'honneur, ne relevant que de la conscience, du for intérieur » (Colmar, de Loys/Dufay, D. P. 1853. 2. 164, note critique).

⁸² Cass., de Laroche-foucauld/de Laroche-foucauld, précité. Cette affaire concernait une rétrocession de biens déguisée de la part de la femme divorcée d'un émigré afin de compenser les pertes de son ancien mari sous la Révolution.

⁸³ Nîmes, de Gray/Cler, précité.

⁸⁴ La Cour de cassation se prononça dans deux affaires portant sur l'exécution d'un legs verbal invalide au regard de la loi et dont l'exécution devait se faire par l'intermédiaire d'une donation du successeur légitime. Elle considérait que l'engagement pris auprès du *de cuius* avait conditionné son successeur légitime à remettre le legs à un tiers : Cass., 26 janvier 1826, de Lauzon et Berlaud/Bonnard, S. 1827. 1. 139-140 et Cass., 19 décembre 1860, Administration de l'enregistrement/Chassaing, S. 1861. 1. 370-371.

⁸⁵ La doctrine actuelle semble ne pas arriver à dépasser la contradiction. Certains auteurs évoquent même une obligation naturelle de donner, notion qui est loin de clarifier le débat, R. BOUT, *loc. cit.*, n° 47.

Toutes ces impasses logiques devaient conduire Massol à dépasser la « subjectivisation » de l'obligation naturelle en montrant que cette dernière ne découlait pas de la morale mais procédait du droit strict. Il trouvait les bases de sa démonstration à la fois dans un pessimisme augustinien et dans l'anthropologie mécaniciste désabusée des rédacteurs du Code civil aux accents si souvent hobbesiens⁸⁶. À ses yeux, « les passions et les penchants égoïstes » éloignaient l'homme de la morale divine qui devrait inspirer sa conscience et sa conduite. Voilà ce qui justifiait « la nécessité du contrôle de l'autorité civile ». Celle-ci est loin d'être une panacée : « imparfaite elle-même, cette autorité ne tend pas à ce qui serait la perfection ». L'État est seulement le réceptacle des « habitudes et l'esprit du peuple ». De ce fait, il légifère seulement « pour arriver à un bien relatif »⁸⁷. Est-ce à dire que le législateur serait omnipotent ? Massol ne le pense pas et reconnaît que « dans certaines circonstances », le pouvoir étatique peut « ne pas rompre entièrement les liens que les parties ont volontairement formés », sans pour autant « les confirmer expressément »⁸⁸.

Il ne faudrait pas croire qu'il se borne à répéter le dogme libéral, inscrit dans l'article 5 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel ce qui n'est pas interdit est permis. Massol n'éprouve pas la méfiance des libéraux à l'égard de l'action étatique sur la société, crainte par ailleurs inconnue des rédacteurs du Code civil⁸⁹. Sans épouser totalement l'organicisme de Savigny ou Puchta, il ne récuse pas totalement l'idée d'un État qui serait la forme corporelle d'une communauté spirituelle⁹⁰. Le droit édicté par le législateur n'est que l'expression de cette communauté culturelle entendue par Massol comme ce qui est commun aux peuples. Il écrit donc que lorsque l'acte juridique d'un individu dispose d'un « point d'appui dans le droit admis chez les divers peuples, il ne sera pas vraisemblable que le législateur ait entendu le proscrire complètement » car ce droit procède d'une « législation rationnelle »⁹¹. Bon catholique et chauvin,

⁸⁶ Sur ce point lire de X. MARTIN, « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits*, 1985, n° 2, p. 117-128 ; « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *RHD*, 1982, n° 4, p. 601-610 ; « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », cette *Revue*, 1987, n° 4, p. 117-118. Plus généralement on renverra à son ouvrage, *Nature humaine et Révolution française, du siècle des lumières au Code civil*, D.M.M., Bouère, 1994.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 1-2.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 2.

⁸⁹ Cf. les études de X. MARTIN précitées et J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 39-40, ainsi qu'A. BÜRGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *Revue trimestrielle de droit civil*, Janvier-Mars 2000, n° 1, p. 1-24.

⁹⁰ O. JOUANJAN, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraire d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits*, 1999, p. 65.

⁹¹ *Eod. loc.*

Massol ne peut s'empêcher de préciser que ce droit commun est constitué par « la législation des peuples chrétiens et notamment des Français »⁹². Il reste que le recours à cette notion juridique, vraisemblablement inspiré tant par Savigny⁹³ que par Vico⁹⁴ et Troplong⁹⁵, lui permet désormais de dégager la théorie de l'obligation naturelle de son fondement subjectiviste.

Rompant avec le « psychologisme » ambiant qui fondait l'obligation naturelle sur l'exécution d'un devoir de conscience, il considère que l'État, guidé par la recherche du « bien être social », ne s'occupe que des affaires concernant le « for extérieur » des individus. Sa fonction n'est pas de contrôler « tous les actes de la conscience », sauf si l'intérêt public le commande. Désormais débarrassé de toute introspection intempestive, il peut s'extraire aisément des incertitudes de la morale. Il estime de ce fait que lorsque le législateur « admet une obligation que l'on nomme naturelle fondée sur l'équité, ce n'est pas l'équité envisagée d'une manière absolue, et qui est une et immuable, mais bien l'équité dont l'ordre social peut tenir compte ». Quant à l'acte qui ne relève que de la conscience seule, il ne constitue plus qu'un « devoir que l'on désigne sous le nom d'obligation morale »⁹⁶. À ses yeux, un engagement découlant de la nature ne saurait donc se fonder exclusivement sur la morale. Massol lui cherche une base plus concrète. Il peut ainsi faire dériver l'obligation naturelle « du droit positif admis chez les divers peuples » et considérer qu'elle constitue « une simple obligation civile imparfaite »⁹⁷. Manifestant ici un positivisme bien plus radical que celui de Zacharia ou de ses traducteurs français Aubry et

⁹² *Ibid.*, p. 4 note 1.

⁹³ Appellant les juristes à puiser dans le droit romain, Savigny, si bien connu de Massol, leur enjoignait de produire « une science juridique qui progresse de manière organique et qui puisse être commune à toutes les nations » afin de dégager un droit romain « national » (cité et commenté par J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, 2^e éd., PUF, 1999, p. 349).

⁹⁴ Sur l'importance du thème de la nature commune des nations dans la philosophie de Vico qui privilégie fortement le rôle du droit, F. M. ZINI, « Entre anciens et modernes : Vico et Montesquieu », dans A. RENAULT (dir.), *op. cit.*, p. 355 et s.

⁹⁵ Grand lecteur de Vico (cf. M. GANZIN, *loc. cit.*, p. 83 et A. GIUDICELLI, *loc. cit.*, p. 108), Troplong, que Massol lisait (cf. *supra*), usera du terme de « droit commun des nations civilisées » (cité par Ph. RÉMY, *loc. cit.*, p. 101).

⁹⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 6.

Rau⁹⁸, il rejoint Marcadé⁹⁹ et Colmet de Santerre¹⁰⁰. De fait, pour Massol, l'obligation naturelle trouve sa source dans ce qu'il nomme un « droit des gens » qui n'est pas du droit naturel mais des règles positives de droit privé¹⁰¹. Fidèle à un positivisme étatiste hérité des soubresauts révolutionnaires, il confère à l'État le pouvoir de contrôler le développement d'une obligation tirée de ce *jus gentium* transfiguré car elle ne doit se manifester « qu'autant que le législateur n'a pas voulu la proscrire »¹⁰².

⁹⁸ Pour Zacharia, « les obligations naturelles sont les devoirs que le droit philosophique considère comme emportant un lien juridique (...) ; les obligations naturelles se distinguent des devoirs de pure morale, en ce que la raison permettrait d'employer, pour exiger l'accomplissement des premières, une coercition extérieure dont elle n'autorise pas l'emploi pour réclamer l'exécution des seconds. Les obligations naturelles sont donc celles que la législation positive aurait pu sanctionner sans sortir de la sphère légitime du droit et sans empiéter sur la morale » (*Cours de droit civil français*, traduit par Aubry et Rau, Strasbourg, 1839, t. II, p. 255-256). Dans cette citation, il est préférable de remplacer le terme de droit philosophique par celui de droit naturel, plus proche de la pensée de Zacharia (conformément aux remarques de N. KANAYAMA, « Les civilistes français et le droit naturel dans la première moitié du XIX^e siècle », cette *Revue*, 1989, n° 8, p. 147, note 73). Cette erreur de traduction ne doit pas conduire à opposer totalement Zacharia et ses traducteurs. En effet, on ne peut suivre N. Nakayama lorsqu'il écrit qu'en utilisant le terme de droit philosophique, Aubry et Rau manifestent un surcroît de positivisme (*ibid.*, p. 147). Il est vrai, comme le note N. Nakayama, que cette expression disparaît dans les éditions ultérieures dans lesquelles les auteurs expriment plus volontiers leur opinion (*ibid.*, p. 147, note 74). Mais Aubry et Rau estiment alors que les obligations naturelles sont celles qui « seraient légitimement et rationnellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure » (*Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1871, 4^e éd., 1871, t. IV, p. 4). Ces auteurs considèrent donc que les obligations naturelles sont issues d'une raison philosophique, proche de celle qu'invoque un Voltaire si hostile à un droit naturel immuable. Ils sont loin de basculer dans un positivisme intégral simplement fondé sur les textes de loi.

⁹⁹ « L'obligation naturelle est celle que le législateur, après lui avoir refusé l'efficacité ordinaire parce qu'elle se trouve sous le coup d'une présomption générale d'inexistence ou d'invalidité, arrive à sanctionner ensuite, parce qu'une exécution libre, une novation volontaire ou quelque autre acte d'où résulte l'aveu de la valeur réelle de la dette, vient prouver au législateur que sa présomption était en défaut » (*Éléments de droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du Code civil*, Paris, 1846, t. IV, p. 603). En mariant la volonté du débiteur à celle de l'État, Marcadé commence à rompre avec la conception d'un fondement subjectif de l'obligation naturelle.

¹⁰⁰ « Quand au contraire le droit existe, sans que le créancier puisse l'exercer par une action en justice, l'obligation reçoit la qualification de naturelle. Reconnue par la législation positive qui lui attribue des effets importants... cette obligation est moins énergiquement sanctionnée que celles qui sont protégées par des actions » (E. DEMANTE, E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, Paris, 1865, t. V, p. 2, volume rédigé par le second auteur). Il faut noter que ce radicalisme positiviste conduit l'auteur à trouver un fondement purement objectif à l'obligation naturelle. Mais il n'explique pas alors pourquoi l'État sanctionne moins cette dernière qu'une obligation purement civile.

¹⁰¹ « Il faut avoir soin de distinguer le droit naturel proprement dit du *jus gentium* : le premier existe sans le secours de la loi civile ; il en est autrement du second (...) ce droit naturel n'est en définitive qu'une abstraction et n'a aucune importance pratique » (*op. cit.*, p. 12).

¹⁰² *Ibid.*, p. 4. C'est ce radicalisme étatiste qu'oubliait P.-J. Baudet lorsqu'il minorait le positivisme de Massol (*op. cit.*, p. 141).

En prononçant le divorce entre droit naturel et droit des gens, Massol s'inscrit dans un effort amorcé depuis la Seconde Scolastique¹⁰³. Mais, il élargit le contenu de la notion de droit des gens qui recouvre désormais tout autre chose que les simples règles de droit international public¹⁰⁴. Son originalité ne s'arrête pas là : en fondant l'obligation naturelle sur le droit des gens, Massol précise qu'il s'agit du « droit social »¹⁰⁵ qui « régit la société en général »¹⁰⁶ et qui est suscité par « les besoins sociaux »¹⁰⁷. Cette inflexion permet de percevoir, par-delà l'influence diffuse de Savigny si soucieux d'un droit sécrété par la société, une certaine convergence entre ce croyant et ceux qui cherchaient depuis 1801 à promouvoir une science sociale¹⁰⁸, dont l'audience avait crû sous le Second Empire¹⁰⁹. Sans basculer dans un scientisme intégral, Massol n'hésite pas à reconnaître tout de même que « les règles de la conscience ne sont pas les mêmes que les règles admises par les législations des divers peuples. La morale est plus sévère, plus délicate que le droit positif »¹¹⁰ : c'est dire que ce dernier procède d'abord du réalisme des relations sociales, ce qui empêche de le rapprocher du sociologue catholique conservateur Frédéric Le Play. Il ne faudrait cependant pas en conclure que Massol évacue complètement le problème de l'existence de la morale *stricto sensu*, mais il la ravale au rang de simple motif psychologique susceptible de conduire à une manifestation de volonté, seule instance créatrice d'acte juridique. Il distingue à cet effet une « obligation morale ou de conscience » issue de l'« équité (...) absolue », de « la morale »¹¹¹, disposant d'effets juridiques à partir du moment où celui sur lequel elle pèse s'en acquitte volontairement¹¹². Afin de caractériser cette nouvelle notion, il n'hésite pas à dénaturer la catégorie des libéralités qui est totalement exclue du champ de la théorie des obligations. En effet, aux yeux de Massol, « en

¹⁰³ M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « La disparition du droit des gens classique », cette *Revue*, 1987, n° 4, p. 23-53.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰⁵ « L'obligation naturelle est une dérivation du droit social » (*ibid.*, p. 24). Les termes de « droit des gens » et de « droit social » sont indifféremment utilisés l'un à la place de l'autre dans l'ouvrage de Massol.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 2.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 15.

¹⁰⁸ L'expression science sociale apparaît en 1801 (A. REY, dir., *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1999, t. III, p. 3531) sous la plume des idéologues.

¹⁰⁹ Notamment les saint-simoniens, P. ORY, (dir.), *Nouvelle Histoire des idées politiques*, Hachette, 1987, p. 242.

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. XI.

¹¹¹ *Ibid.*, p. X. L'opposition entre obligation morale et obligation naturelle lui paraît claire : la première « tient surtout du for intérieur (de l'individu) » et la seconde du « for extérieur » (*ibid.*, p. XI).

¹¹² *Ibid.*, p. XXIV.

remplissant un devoir moral, on n'acquiesce pas une obligation et par voie de suite, nous disons que l'on fait ainsi une libéralité au point de vue du droit positif »¹¹³. Ce cantonnement de la morale lui permet ainsi de parachever sa définition de l'obligation naturelle.

De fait, pour Massol, une prestation volontaire licite « doit être l'acquiescement d'une dette ou une libéralité, il ne saurait y avoir de milieu »¹¹⁴. L'obligation naturelle est une « dette » susceptible d'une « détermination (...) d'un chiffre », alors que l'obligation morale reste « vague et indéterminée »¹¹⁵. Il peut donc considérer que l'obligation naturelle fait partie « des biens du créancier »¹¹⁶ et, recourant même au nouveau concept d'Aubry et Rau, il fait de cette dernière l'un des éléments qui peut « composer ou augmenter l'actif du patrimoine »¹¹⁷. Cette assimilation d'une obligation à une chose, ou plutôt à un droit sur la chose, n'était pas inconnue des rédacteurs du Code de 1804¹¹⁸ et se retrouve encore aujourd'hui dans la théorie du droit civil¹¹⁹. Cependant, chez Massol, cette véritable « réification » de l'obligation naturelle a un but spécifique. Elle permet de faire pénétrer ce type d'obligation dans le champ des obligations civiles. Il peut ainsi déterminer son régime juridique. C'est alors que sa démarche sombre en plein paradoxe. Après s'être efforcé de séparer le droit et la morale, il ne peut s'empêcher d'analyser le droit en donnant des leçons de morale.

II. — La moralisation du droit au risque de l'idéologie

La fonction impartie depuis l'Antiquité à la théorie des obligations naturelles consiste à promouvoir un système juridique conforme à la conscience sociale d'une époque. La construction intellectuelle de Massol ne fait pas exception à la règle. Son *credo* positiviste n'est en réalité qu'un

¹¹³ *Ibid.*, p. XXIII.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 42-43.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 7.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 42. Sur la construction de la notion de patrimoine par Aubry et Rau entre 1856-1858, voir R. SEVE, « Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *Archives de philosophie du droit*, 1979, p. 247-257 ainsi que l'exposé de F. CHABAS dans H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, 1996, 11^e éd., t. I, vol. I, p. 403-411.

¹¹⁸ En interprétant l'article 1235 du Code civil, Bigot de Préameneu déclare que « L'obligation naturelle ne devenant un bien civil que par induction tirée du paiement, cette obligation ne peut avoir d'autre effet que celui d'empêcher la répétition de ce qui a été payé » : rapport du 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804) sur le titre III, L. II, Sur les contrats et les obligations conventionnelles en général, *A. P., op. cit.*, p. 273.

¹¹⁹ J. HENRIOT, « De l'obligation comme chose », *Archives de philosophie du droit*, 1979, p. 235-245.

paravent chinois. Il dissimule un juriste qui morigène et révèle un discours idéologique. Le régime juridique et le champ d'application de l'obligation naturelle qu'il propose dévoilent l'opinion d'un catholique libéral conservateur.

*Un régime juridique de l'obligation naturelle
inspiré par un libéralisme modéré*

Influencé par le modèle romain, Massol cherche à forger le régime juridique de l'obligation naturelle en puisant dans la seule théorie des obligations contractuelles. L'idée qu'un quasi-contrat, voire qu'un délit ou quasi-délit civil puisse lier naturellement un individu ne l'effleure même pas. Il ignore les efforts de la jurisprudence et de la doctrine du XIX^e siècle qui essayaient d'élargir l'obligation naturelle en l'étendant hors du champ purement contractuel¹²⁰. Massol fait ainsi apparaître le visage d'un libéral pour lequel le contrat est le mode naturel de constitution des relations sociales. Il s'appuie donc sur la logique juridique des dispositions du Code de 1804 relatives aux seules obligations contractuelles afin de déterminer les effets et les modes d'extinction de son obligation naturelle.

Partant de l'axiome de la théorie des contrats, l'article 1134 du Code, qui prévoit que l'obligation légalement formée peut produire des effets juridiques, il estime que le fondement des obligations morales ou de conscience est le plus éloigné des exigences imposées par l'ordre juridique positif. Leur accordant les effets *minima* : « empêcher la répétition (et) servir de motif à une nouvelle obligation »¹²¹, Massol peut justifier, sans remettre en cause son système théorique, l'interprétation jurisprudentielle selon laquelle l'obligation naturelle visée à l'article 1235 alinéa 2 du Code civil pourrait servir de cause à une obligation civile¹²². À ses yeux, les juges se sont trompés en utilisant la notion d'obligation naturelle dans leur

¹²⁰ P.-J. BAUDET, *op. cit.*, p. 253 et s.

¹²¹ *Op. cit.*, p. 8.

¹²² L'idée qu'une obligation naturelle puisse servir de cause à une obligation civile fut utilisée par la jurisprudence pour légitimer : la prorogation déguisée d'une rente féodale (Cass., 3 juillet 1811, Rigaud frères/Berjaud, S. 1811. I. 321-323 ; Angers, 31 juillet 1822, Vicomte de Serrant/Royer, S. 1823. 2. 30-31), la restitution volontaire de biens à des émigrés frappés par la Révolution (Cass., Les adjudicataires des biens Bourgoin/Les héritiers Bourgoin, précité ; Aix, Barbaroux/de Castellane, précité), refuser la répétition d'une somme octroyée à une fille naturelle si elle perdait son procès en revendication d'une part d'héritage (Cass., Colnet/Langordière, précité), empêcher la répétition d'une indemnisation versée par un huissier à son concurrent frappé d'une interdiction de résidence dans la ville où ils exerçaient (Grenoble, 4 juin 1860, Faure/Rougier, S. 1861. 2. 151-153) ou justifier un legs verbal (Cass., de Lauzon et Berlaud/Bonnard, précité).

raisonnement. Tels M. Jourdain à l'égard de la prose, ces magistrats recouraient à l'obligation morale sans le savoir. Cette requalification offre deux avantages pour Massol. Elle lui permet d'assimiler l'interprétation jurisprudentielle subjectiviste de l'article 1235 al. 2 à ses théories. Parallèlement, elle permet de libérer l'obligation naturelle d'un fondement juridique textuel trop étroit. Désormais, Massol peut librement rapprocher ce type d'obligation, chargé de corriger les imperfections inhérentes au système juridique français, avec les obligations civiles parfaites. Il reconnaît que l'imperfection juridique de l'obligation naturelle lui permet de peser sur des contractants frappés d'incapacité¹²³, mais lui interdit de produire les effets classiques tels que fonder une action en justice ou permettre la compensation prévue par le Code civil¹²⁴. Cependant, la différence avec une obligation civile s'arrête là. C'est qu'en réalité il souhaite utiliser l'obligation naturelle pour instaurer un équilibre contractuel particulier entre le créancier et celui qui lui est redevable : puisque l'individu tenu par une obligation naturelle a failli aux règles de la morale sociale, il n'y a aucune raison pour que ce dernier invoque la rigueur du droit civil pour s'exonérer de sa dette. Massol veut obtenir l'acquiescement de cette dernière. Pour cela, il faut faciliter la transformation du lien contractuel naturel en obligation civile. Il met alors les ressources du Code de 1804, ce « Code du créancier »¹²⁵, au service du triomphe d'une morale bourgeoise de la société des notables du XIX^e siècle.

Il estime ainsi contre Zacharia que l'obligation naturelle peut faire l'objet d'une novation¹²⁶. Cette position doctrinale, largement partagée par les grands auteurs de son siècle¹²⁷, pouvait se prévaloir de la jurisprudence sur la cause naturelle d'une obligation civile. En effet, à partir du moment où une obligation naturelle pouvait causer une obligation civile, ne pouvait-on estimer que la première obligation, imparfaite, avait été novée en obligation

¹²³ Massol évoque le cas de l'interdit (*op. cit.*, p. 265 et s.), du mineur (*ibid.*, p. 268 et s.), du prodigue (*ibid.*, p. 280 et s.), de la femme traitant sans l'autorisation de son mari (*ibid.*, p. 282 et s.).

¹²⁴ *Ibid.*, p. 7-8.

¹²⁵ R. SZRAMKIEWICZ et J. BOUINEAU, *Histoire des Institutions (1750-1914)*, Litec, 1998, p. 331.

¹²⁶ ZACHARIA, *op. cit.* (éd. de 1839), p. 259, note 12. MASSOL, *op. cit.*, p. 245-246.

¹²⁷ TOULLIER, *op. cit.*, p. 423 ; MARCADÉ, *eod. loc.* ; LAROMBIÈRE, *op. cit.*, n° 9, p. 61 ; DEMANTE et COLMÉT DE SANTERRE, *op. cit.*, p. 304 ; DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 45, p. 39.

parfaite¹²⁸ ? Il reste que l'article 1271 du Code civil définit la novation comme la substitution d'une dette à une autre. Elle suppose donc une identité de nature entre l'obligation qui s'éteint et celle qui naît¹²⁹. Or, l'acquiescement volontaire d'une obligation naturelle consiste plutôt à transmuter la nature de cette obligation en lui conférant le caractère de contrainte spécifique des obligations civiles¹³⁰. Massol n'échappe également pas à la controverse lorsqu'il admet que l'obligation naturelle peut être susceptible d'une confirmation ou ratification, à l'égal de n'importe quelle obligation dont l'exécution aurait été bloquée dans le passé par l'invocation d'une exception personnelle au débiteur¹³¹. Cette opinion, également défendue par Toullier¹³², reposait sur le fait que l'acquiescement de la dette naturelle était un acte volontaire, à l'image des actes confirmatifs. Elle était confortée par l'article 1338 du Code civil prévoyant que la confirmation et la ratification d'une obligation ne sont pas rétroactives. Ainsi, l'imperfection origininaire du lien naturel était couverte. Pourtant, Larombière devait objecter que « l'exécution volontaire » ne conférait pas véritablement à l'obligation naturelle « le caractère de l'obligation civile », seule susceptible de confirmation ou de ratification¹³³. Dans cette hypothèse, l'absence de rétroactivité de l'acte confirmatif importait peu puisqu'il n'était pas assimilable au paiement du débiteur naturellement tenu. On peut ajouter à l'appui de cette thèse que la confirmation, opérant renonciation à l'action en nullité, est abdicative alors que l'engagement du débiteur naturel est plutôt attributif¹³⁴.

De tels recours contestables au Code civil n'empêchent pas Massol de surenchérir. Sa voix tonne particulièrement lorsque, rappelant que l'obligation naturelle fait partie des biens du créancier, il en infère que certains de

¹²⁸ Toullier justifie ainsi la novation en considérant que « la question se réduit à savoir si une obligation naturelle qu'on veut éteindre peut être la cause d'une nouvelle obligation civile qu'on veut lui substituer » (*ead. loc.*). Pour Demolombe, l'obligation naturelle étant une « cause légitime de paiement (...) elle peut être valablement novée » : 1^{er} vol. du *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Cours de Code Napoléon*, Paris, 1877, n° 6, p. 6.

¹²⁹ Cette interprétation est confortée par l'examen des travaux préparatoires du Code qui ne font jamais mention de l'hypothèse de la novation d'une obligation naturelle. Ajoutons que la Cour royale d'Angers avait retenu cette façon de raisonner, distinguant novation et exécution d'une dette naturelle (Angers, Vicomte Serrant/Royer, précité).

¹³⁰ La Cour de cassation a adopté ces arguments, revenant sur sa jurisprudence favorable à la novation de l'obligation naturelle en 1995, R. BOUT, *op. cit.*, n° 66.

¹³¹ *Ibid.*, p. 56-57 et p. 242-244.

¹³² *Op. cit.*, n° 391, p. 423.

¹³³ *Op. cit.*, n° 9, p. 61.

¹³⁴ C'est l'opinion que J.-J. Dupeyroux oppose au reste de la doctrine plutôt favorable à la ratification de l'obligation naturelle. Voir la thèse de cet auteur, *Contribution générale à l'acte à titre gratuit*, LGDJ, 1955, n° 372, p. 372.

ses effets « *sont indépendants de la volonté du débiteur* »¹³⁵. Pour autant, Massol ne bascule pas dans l'autoritarisme. Il ne cherche pas un moyen juridique de forcer la volonté de l'individu engagé naturellement. Il se demande simplement si la mauvaise volonté du débiteur, censée paralyser l'exécution de l'obligation, n'empêche pas de trouver des personnes qui pourraient acquitter la dette à sa place. Aussi n'hésite-t-il pas à admettre le cautionnement de l'obligation naturelle à la suite d'un Domat fidèle au droit romain¹³⁶, mais à l'inverse de Pothier¹³⁷. La validité de cette thèse, soutenue par ailleurs par Toullier¹³⁸, Larombière¹³⁹, Colmet de Santerre¹⁴⁰ ou Demolombe¹⁴¹, se trouvait confortée par l'article 2012 alinéa 2 du Code Napoléon selon lequel « on peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle ». Mais la caution s'engage-t-elle civilement ou naturellement ? En 1804, devant le Tribunal, le rapporteur Chabot avait considéré que la caution ne pouvait se prévaloir d'une exception purement personnelle au débiteur pour s'exonérer du paiement¹⁴². Massol étend la solution au débiteur de l'obligation naturelle et juge que « lorsque l'on s'oblige, on est censé vouloir se lier entièrement et se soumettre au droit civil qui est plus efficace que le droit social »¹⁴³, faisant ainsi écho à Larombière¹⁴⁴. Le juriste toulousain en

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 8.

¹³⁶ « On peut aussi donner caution de cette sorte d'obligation qu'on appelle simplement naturelle (...) car dans ces sortes d'obligations il se forme un engagement naturel que celui qui se rend caution fait valoir en sa personne encore que la personne du principal obligé lui soit inutile » (*Les lois civiles, op. cit.*, L. III, Tit. IV, sect. I, n° III, p. 218).

¹³⁷ Pothier rejette le cautionnement de la dette due à un cabaretier ou de celle de la femme mariée (*op. cit.*, II^e partie, chap. II, n° 194). Sa solution est cependant générale car il ajoute immédiatement après : « le seul effet de nos obligations purement naturelles, est que, lorsque le débiteur a payé volontairement, le paiement est valable et n'est pas sujet à répétition » (*ibid.*, n° 195, p. 99).

¹³⁸ À ses yeux, le cautionnement n'est possible qu'au sein d'une même famille car la caution a « intérêt à ménager la réputation de (ses) parents » (*op. cit.*, n° 391, p. 426).

¹³⁹ *Op. cit.*, n° 10, p. 61.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 304.

¹⁴¹ Quatrième vol. du *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, n° 45, p. 39.

¹⁴² Pour Chabot, « le cautionnement subsiste, lorsqu'il s'agit d'une obligation qui ne peut être annulée que par une exception purement personnelle à l'obligé ». Il cite le cas du mineur qui invoque la lésion pour faire annuler un engagement et estime que « cette exception lui est purement personnelle : elle ne peut servir qu'à lui, et ne profite pas à la caution, qui a dû prévoir l'événement et a pu volontairement s'y exposer » : rapport du 21 pluviôse an XII (11 février 1804) sur le titre V, L. III du Code civil (Du cautionnement), *A. P.*, *op. cit.*, p. 460.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 238. Il admet qu'il faut se demander si la caution avait connaissance du vice entachant la capacité du débiteur. Cependant, à l'égard de l'incapacité du mineur, la caution est présumée avoir consenti à prémunir le créancier contre l'exception (*ibid.*, p. 239-240).

¹⁴⁴ Cet auteur justifie l'engagement civil de la caution par la novation. Il écrit : « Si les obligations naturelles sont susceptibles de recevoir l'accession d'un cautionnement, c'est seulement à la condition que le cautionnement opère une novation dans le caractère juridique de la dette et substituée, par rapport au fidéjusseur, un engagement civil à l'engagement naturel » (*op. cit.*, n° 10, p. 61).

déduit que la caution, alors subrogée au droit du créancier en vertu de l'article 2029 du Code civil, n'aura aucune action contre le débiteur toujours tenu à une obligation naturelle. Cette solution bien sévère, qui n'aura finalement pas la faveur du droit français¹⁴⁵, est pourtant bien loin de le contenter. En cas d'absence de caution, il cherche à limiter les conséquences du mauvais vouloir du débiteur naturel.

Il recourt au droit de rétention, création de l'« équité »¹⁴⁶, du « droit des gens »¹⁴⁷, qui s'impose au « législateur français »¹⁴⁸. Ainsi, le créancier d'une obligation naturelle aura un moyen qui « facilitera son paiement, et qui sera par rapport au débiteur, un moyen coercitif », sans préjuger des droits des créanciers privilégiés ou hypothécaires détenteurs d'un droit sur le bien retenu¹⁴⁹. Cette prérogative doit cependant être limitée, car elle vise à empêcher que, dans le cadre d'un contrat synallagmatique, le créancier ne souffre de son engagement à l'égard du débiteur naturel, valable aux yeux de la loi. Massol limite l'utilisation du droit de rétention à une « affaire unique »¹⁵⁰. À ses yeux, « la bonne foi serait blessée » si l'obligé naturellement exigeait l'exécution entière du contrat en sa faveur et ne remplissait pas les engagements qui lui incombent¹⁵¹. Le créancier doit donc pouvoir « retenir ce qu'il perçoit, pour s'indemniser de ses déboursés »¹⁵². Le droit de rétention est utilisé pour paralyser totalement l'exécution des engagements prévus au contrat. La rétention pourrait être exercée, selon lui, sous la forme d'un droit de gage circonscrit à la chose impliquée dans la contre-prestation du

¹⁴⁵ R. Bout cite simplement deux décisions de Cours d'Appel de la fin du XIX^e siècle en faveur du cautionnement de l'obligation naturelle (*op. cit.*, n° 60). On peut d'ailleurs douter qu'une telle position fût en conformité avec l'esprit de l'article 2013, al. 1, qui prévoit que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. En effet, le cautionnement de l'obligation naturelle ne permettrait pas à la caution qui aurait payé la dette de se retourner contre le débiteur naturel originaire.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 247.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 71.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 247 et s. Il induit arbitrairement des dispositions du Code civil une présomption en faveur d'un droit de rétention étendu à l'ensemble du droit contractuel. Il se fonde sur un rapprochement entre une solution prévue par le Code dans l'hypothèse de l'accession du propriétaire aux fruits produits par des tiers (art. 548) et le cas du dépositaire (art. 1948).

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 248.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 252.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 249.

¹⁵² *Eod. loc.*

créancier¹⁵³ ou sous celle d'une catégorie particulière de compensation¹⁵⁴ : la compensation *ex eadem causa* tirée du droit romain¹⁵⁵. Il ne peut appliquer l'article 1293 du Code civil, qui autorise la compensation de dettes causées par deux opérations juridiques différentes car l'article 1291 précise qu'il faut que les deux dettes soient exigibles, caractère qui fait défaut à l'obligation naturelle. Au demeurant, Massol souhaite moins obtenir la compensation de la dette naturelle à tout prix que donner au créancier un moyen de pression psychologique sur le débiteur naturel afin qu'il s'acquitte volontairement de ce qu'il doit. En bon libéral, il est favorable à la stabilité des conventions.

En revanche, la teinte libérale de sa pensée s'estompe rapidement lorsqu'il examine à quel moment il est de l'intérêt de l'État que les obligations naturelles s'éteignent. Son positivisme le conduit à exalter le pouvoir de l'État. Il est vrai qu'il reconnaît que les exceptions qui détruisent l'obligation civile laissent subsister l'obligation naturelle¹⁵⁶. Mais cette dernière procède du « droit social »¹⁵⁷ qui est consacré par l'État. La stabilité des situations juridiques, dont ce dernier est le garant, peut justifier l'extinction de toutes les obligations. Aussi la prescription, institution « du droit des gens »¹⁵⁸, tout à la fois mesure « d'ordre public »¹⁵⁹ et « institution politique »¹⁶⁰, efface l'obligation naturelle¹⁶¹, position qui le fait s'opposer sur un problème intensément débattu à la doctrine dominante du XIX^e siècle et rejoindre seulement Dunod et Troplong¹⁶². De la même façon, l'intérêt étatique peut justifier que l'autorité de chose jugée constitue un obstacle

¹⁵³ D'autant que Massol a reconnu que l'obligation naturelle pouvait se prêter au gage (*ibid.*, p. 32). Il précise à propos de la rétention que « celui qui est le créancier et qui doit à son tour prêter une chose, n'est pas tenu de s'en dessaisir jusqu'à ce qu'il soit désintéressé, parce qu'une fois dénant, il lui serait plus difficile de se faire payer ; ce créancier, en faisant des avances, était fondé à croire qu'il lui serait permis de retenir la chose, lorsque c'est à cause d'elle ou à son occasion que la dette dont il réclame le montant a pris naissance » (*ibid.*, p. 62).

¹⁵⁴ Opérant une déformation juridique, Massol estime que la compensation est une manifestation de la rétention (*ibid.*, p. 62).

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 249. La compensation romaine *ex eadem causa* s'appliquait à des dettes issues de la même opération juridique (Gaius, *Inst.*, IV, 63 ; *D.* 37, 4, 1, 4), mais Massol évoque une compensation qui n'était pas obligatoire pour les parties.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 92.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 256. Assez curieusement, Massol écrit que la prescription ne prend pas « sa source dans les lois morales qui constituent l'ordre public » (*op. cit.*, p. 331). En fait il veut dire qu'elle ne fait pas partie des règles immuables qui forment en partie l'ordre public.

¹⁶⁰ *Eod. loc.*

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 92.

¹⁶² N. KANAYAMA, *loc. cit.*, p. 129-154.

insurmontable à l'existence d'une obligation naturelle ou morale¹⁶³ car « le bien de la société demande que la chose jugée soit réputée la vérité, quoiqu'il arrive que dans certains cas les juges aient erré et que la justice, considérée d'une manière absolue, soit blessée »¹⁶⁴. Cette opinion, aux antipodes de celle de Colmet de Santerre¹⁶⁵ ou de Demolombe¹⁶⁶, ne peut que le conduire logiquement à accepter qu'au sein du prétoire l'obligation naturelle puisse être facilement effacée. Massol décide ainsi que le serment décisoire peut éteindre toute obligation car il est le fruit de la transaction des parties¹⁶⁷, adoptant à nouveau une thèse qui est loin de faire l'unanimité¹⁶⁸. Tout au plus consent-il à reconnaître que le serment supplétoire déferé par un jugement, qui pourra être « critiqué », n'éteint pas le lien naturel¹⁶⁹.

Sa fidélité à l'égard de la toute puissance de l'État est particulièrement évidente lorsque, invoquant l'article 6 du Code civil, il écrit que « l'ordre social empêche évidemment l'obligation naturelle de naître quand les dispositions prohibitives de certains engagements sont basées sur des motifs d'ordre public ». Il n'éprouve donc aucun scrupule à avouer que le législateur peut interdire les conventions bien qu'en réalité « elles ne soient pas nuisibles »¹⁷⁰. Il condamne ainsi – faisant montre d'un positivisme rigoriste – le recours du juge judiciaire à la notion d'obligation naturelle afin de justifier le maintien déguisé des rentes féodales abolies¹⁷¹ ou de consacrer une indemnisation des propriétaires de biens nationaux¹⁷². Il est pourtant

¹⁶³ *Op. cit.*, p.105, et 260-261.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. XIX.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 306.

¹⁶⁶ *Op. cit.* n° 39, p. 29-30.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 114.

¹⁶⁸ Pour une interprétation contraire à celle de Massol, voir DEMANTE et COLMET DE SANTERRE (*eod. loc.*) ainsi que DEMOLOMBE (*op. cit.*, *eod. loc.*).

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 263.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 226-227.

¹⁷¹ La Cour de cassation valida des contrats de bail dont le but était de prolonger après 1789 des rentes féodales supprimées (Cass., Rigaud frères/Berjaud, précité ; Angers, Vicomte de Serrant/Royer, précité ; Cass., 26 juillet 1823, Delorme/Guyot et consorts, S. 1823. 1. 378-381). Elle refusa de reconnaître la connexité entre les baux et les anciens actes féodaux. Cette attitude était conforme à la bienveillance de la Cour à l'égard des anciens bénéficiaires de rentes féodales (A.-M. PATAULT, « Un conflit entre la Cour de cassation et le Conseil d'État : l'abolition des droits féodaux et le droit de propriété », *RHD*, 1978, p. 427-444).

¹⁷² La Cour de cassation a admis que les émigrés bénéficient d'une rétrocession de leurs biens ou reçoivent une indemnité compensatrice lorsque les nouveaux possesseurs des biens confisqués avaient consenti pleinement à cette opération juridique (Cass., Enregistrement/Masnadaux, précité ; Cass., Les adjudicataires des biens Bourgoin/Les héritiers Bourgoin, précité ; Aix, Barbaroux/de Castellane, précité ; Cass., 21 novembre 1831, Jouanne/Berruyer, S. 1832. 1. 383-385). Inversement, lorsque le consentement du propriétaire légal après la confiscation était contestable, la Cour de cassation n'a pas hésité à empêcher l'indemnisation des anciens émigrés en invoquant l'ancienne incapacité de ces derniers,

loin de se satisfaire de ce large domaine offert à la prohibition du législateur. À son sens les conventions qui, sans porter atteinte à l'ordre public, s'opposent « à des lois qui dans un ordre secondaire ont eu en vue l'intérêt général », ne sauraient engendrer une obligation naturelle¹⁷³. Bien entendu aucune définition limitative du droit social, de l'ordre public ou de l'intérêt général n'est donnée, laissant ainsi libre cours à l'imaginaire étatique. Son positivisme le conduit en définitive à afficher un légalisme qui fait basculer sa théorie de l'obligation naturelle vers un certain conservatisme. Le champ d'application qu'il confère à l'obligation naturelle confirme cette tendance idéologique et illustre son catholicisme.

Le champ d'application de l'obligation naturelle : illustration du catholicisme conservateur de Massol

En calquant son régime juridique sur le modèle de l'obligation contractuelle, Massol offre à l'obligation naturelle un champ d'application plus restreint que celui qu'octroie la jurisprudence¹⁷⁴. Son attitude reste cependant typique d'une période où l'autorité de la jurisprudence est loin de s'imposer à la doctrine¹⁷⁵. Pour autant, cette circonscription du lien naturel au seul domaine des contrats est loin d'être neutre ; elle lui permet de témoigner de ses propres convictions catholiques et conservatrices. Il se livre largement à cet exercice dans la dernière partie de son ouvrage intitulée, non sans pudeur, « questions isolées ». Il y discute le bien fondé de l'application de l'obligation naturelle dans certaines hypothèses et y aborde certains thèmes, offrant un discours juridique frisant parfois le cocasse.

(suite de la note 172) en recourant à la lésion ou aux dispositions constitutionnelles garantissant l'irrévocabilité des ventes de biens nationaux (Cass., 11 avril 1820, Chaylan et consorts/d'Eguilles, S. 1820. 1. 244-251 ; Cass., 4 août 1824, Comtesse Pauline de Latour-d'Auvergne/M. le Marquis de Vaudreuil, S. 1824. 1. 571-578.) La Cour de cassation a également refusé d'admettre la rétrocession à l'ancien émigré si son bien n'était pas échu dans les mains du nouveau propriétaire du fait direct des confiscations révolutionnaires (Cass., de Larochehoucauld/dé Larochehoucauld, précité).

¹⁷³ *Ibid.*, p. 25.

¹⁷⁴ La jurisprudence avait reconnu que le legs verbal à un tiers, déguisé par une donation des héritiers légitimes ou par leur engagement d'acquitter le don voulu par le *de cuius*, n'était pas une libéralité révocable mais l'acquittement d'une obligation naturelle empêchant la répétition (Cass., de Lauzon et Berlaud/Bonnard, précité ; Cass., Administration de l'enregistrement/Chassaing, précité ; Nîmes, de Gray/Cler, précité). Massol condamne cette jurisprudence, sans réellement nier ses conséquences pratiques, estimant que ces donations sont des « obligations morales » ne pouvant être répétées (*op. cit.*, p. 294 et s., ainsi que p. 299). Cette volonté de séparer absolument donation et contrat allait être condamnée par la Cour de cassation qui admettait qu'une donation rémunératoire prit la forme d'un contrat à titre onéreux (Cass., 7 janvier 1862, Schauer/Fortmann, D. P. 1862. 1. 188-189).

¹⁷⁵ F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 57 et s. et p. 73 et s. Massol n'évoque d'ailleurs presque jamais les décisions de justice.

Bien que l'obligation naturelle constitue une dette, il exclut l'application de cette notion au droit de la famille. Il peut ainsi promouvoir un modèle familial conforme à la religion catholique. Fidèle au *credo* du Code de 1804, seule la filiation légitime lui paraît mériter la protection complète du droit civil¹⁷⁶. Sensible à la manifestation de l'altruisme au sein de relations légales, il souligne l'intérêt de l'adoption en incitant le législateur à sanctionner une obligation d'aliment entre adoptant et adopté¹⁷⁷. Mais la reconnaissance de la filiation naturelle sous seing privé est loin d'obtenir son approbation. Il concède, tout au plus, qu'elle puisse entraîner une « obligation morale » empêchant seulement la répétition des sommes payées¹⁷⁸, se situant ainsi en retrait de la générosité de Toullier¹⁷⁹. Son attitude à l'égard du monde des transactions financières est plus contrastée. Son catholicisme ne le conduit pas à réprover le prêt à intérêt. Il est assez sensible « (aux) nouveaux besoins de l'Industrie et (au) nouveau système financier du gouvernement industriel » pour reconnaître que « celui qui emprunte sans intérêt reçoit un avantage dont se prive le prêteur ». Aussi dans le doute, estime-t-il que le prêt est forcément rétribué par l'intérêt car « une donation ne se présume pas ». Le débiteur a donc l'« obligation morale » de payer le prix du crédit¹⁸⁰ sauf à un taux usuraire¹⁸¹. Son souci de protection de ceux qui financent l'essor économique de l'Empire le pousse à imposer au failli « l'obligation naturelle de rembourser l'intégralité de sa dette » malgré la transaction obtenue auprès de ses créanciers lors du concordat¹⁸². Son opinion fera date puisqu'elle sera suivie par la Cour de cassation¹⁸³. Pourtant, sa bienveillance à l'égard du nouveau monde des affaires s'arrête là. Il adopte ainsi une attitude hostile à l'égard du marché boursier à terme, estimant qu'aucune obligation ne saurait découler de ce négoce. Lançant une forte charge aux accents catholiques, il s'écrie : « l'opération nous paraît

¹⁷⁶ *Op. cit.*, p. 222. La Cour de cassation devait aller plus loin en considérant qu'un père légitime, frappé d'interdiction comme émigré sous la Révolution, était toujours soumis au « droit naturel et des gens ». La donation du père incapable à son fils qui se mariait n'était donc que « l'accomplissement d'une obligation naturelle » (Cass., 14 juin 1827, Héritiers de Luxembourg/née de Launoy, comtesse de Bérenger, S. 1827. I. 475).

¹⁷⁷ « Cette prétendue obligation naturelle serait vivifiée par une action » déclare-t-il de façon provocatrice à l'intention du législateur (*ibid.*, p. 225).

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 223.

¹⁷⁹ Ce dernier pensait que la reconnaissance faisait naître une « obligation naturelle » à l'égard du père, susceptible notamment d'un cautionnement (*op. cit.*, n° 384, p. 419).

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 319-320.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 206 et 319.

¹⁸² *Ibid.*, p. 267.

¹⁸³ Adoptant la solution opposée à celle adoptée par la Cour de Colmar (Colmar, de Loys/Dufay, précité), la Cour de cassation entérina cette nouvelle obligation naturelle du failli (Cass., 1^{er} décembre 1863, Salles/Salles, S. 1864. I. 158-159).

répréhensible au point de vue de la conscience lorsque le capitaliste achète des rentes sachant qu'il va les céder avec grand profit à des personnes déterminées, sur lesquelles il exerce une certaine pression à cause de leurs embarras financiers »¹⁸⁴. La loi du 25 mars 1885 lui opposera un complet démenti. Son attitude est d'autant plus déroutante qu'il censure la jurisprudence de la Cour de cassation refusant de voir dans l'exécution de contre-lettres en matière de vente d'office le respect d'une obligation naturelle. À la motivation raisonnable de la Cour¹⁸⁵, Massol oppose des arguments de mauvaise foi. Il ne conteste pas la puissance de l'État qui peut annuler les conventions heurtant les lois politiques. Mais son adhésion à un positivisme étatique s'érousse rapidement : pour lui, l'État français « ne peut étendre son empire jusqu'à l'obligation de conscience ». Et visant l'absence de loi en matière de contre-lettres relatives à des ventes d'offices, il estime que toute prohibition « ne se présume pas, il faudrait qu'elle fût exprimée »¹⁸⁶. L'hypocrisie atteint son comble lorsque, indigné, il considère qu'en prohibant ces contre-lettres l'État « refuse de maintenir ce qui est l'accomplissement d'un devoir ». « L'État peut-il empêcher que le titulaire d'une charge consente des donations ? » s'insurge-t-il¹⁸⁷. La solidarité à l'égard du monde des praticiens du droit, dont Massol a fait partie, ne suffit pas à expliquer les contradictions qui marquent son approche du marché boursier et de celui des offices ministériels. Il semble qu'il faille y voir également le malaise du civiliste face à un phénomène tel que la bourse, si rebelle aux règles de droit commun édictées par le Code de 1804¹⁸⁸. Ces volte-face démontrent, en tous les cas, que le conservatisme moraliste de Massol est à géométrie variable.

Une vive illustration de ce trait de caractère peut être décelée lorsque notre juriste aborde le problème de la validité des dettes occasionnées par le jeu et les paris. Il fait remarquer, avec une fausse ingénuité qui peut prêter

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 315.

¹⁸⁵ Adoptant des accents dignes d'un réquisitoire contre les offices d'Ancien Régime, la Cour fonda sa décision d'interdiction de ces contre-lettres sur le fait que « les offices ne sont pas une propriété dont les titulaires peuvent disposer à leur gré et d'une manière absolue... leur transmission intéresse essentiellement l'ordre public », et qu'« il importe à la société que (les officiers ministériels) présentent des garanties d'aptitude et de moralité, mais encore que l'exagération des charges, en leur enlevant le moyen d'y trouver une honnête existence, ne les entraîne hors de la ligne de leurs devoirs » (Cass., 30 juillet 1844, Chedeville/Delamotte, S. 1844. 1. 584).

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 331.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 332.

¹⁸⁸ Il faut rappeler qu'au XIX^e siècle les juristes ont eu des difficultés à reconnaître au droit commercial une certaine autonomie par rapport au droit civil, J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 122 et 134.

à sourire, que « le jeu ayant la spéculation pour mobile, ne procure aucun avantage à la société, il lui est souvent préjudiciable. Le pari sert quelquefois au bien social, vient en aide à l'humanité et contribue à la réalisation d'entreprises utiles »¹⁸⁹. Les courses de chevaux vont-elles faire perdre la tête à notre notable rigoureux ? Non, à ses yeux « le jeu et le pari ne sont pas aptes à créer l'obligation civile, naturelle ou de conscience »¹⁹⁰. Son positivisme étatique lui fait tout au plus tolérer que le législateur ne « voit pas tous les jeux avec la même défaveur ». Il conclut donc que les dettes suscitées par les jeux « qui sont un exercice du corps ou de l'esprit » ne sont pas totalement réprouvées par la loi¹⁹¹, paraphrasant tel un mauvais exégète l'article 1166 du Code civil. Ainsi se trouve sèchement justifié l'article 1967 qui impose au perdant de ces jeux de ne pas répéter ce qui a été volontairement payé.

*

* *

L'exemple de Massol permet de mieux saisir comment le milieu enseignant des facultés de droit pouvait assimiler la nouveauté doctrinale venue d'outre-Rhin. Malgré d'évidentes faiblesses, sa pensée n'est pas dépourvue d'originalité. Elle fait penser aux tentatives des premiers aventuriers de l'aviation dont les constructions bien souvent fantasques préfigurent les transports modernes. Ce membre oublié de la doctrine du XIX^e siècle est un véritable primitif de la science juridique positiviste. Son concept de droit social le situe aux origines du positivisme sociologique¹⁹². Hauriou a d'ailleurs certainement suivi son enseignement et l'a même remplacé dans son cours de Pandectes¹⁹³. Massol est donc un des chaînons qui permet de montrer l'influence de Savigny sur le positivisme sociologique défendu par certains juristes français, loin de découler seulement de la doctrine d'Auguste Comte ou d'Émile Durkheim. La place de Massol dans l'histoire de

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 312.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 316.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 312.

¹⁹² Parmi une bibliographie de plus en plus imposante voir sur ce sujet : J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Seuil, 1994, p. 73 et s. ; J.-F. NIORT, « La naissance du concept de Droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1994, n° 58, p. 773 et s. Sur l'utilisation de la notion de droit social en droit privé, F. TELLIER, « Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social », cette *Revue*, 1999, n° 20, p. 149-180.

¹⁹³ Comme le signale une note manuscrite du dossier *A. N.* précité.

la pensée juridique nous fait mieux comprendre pourquoi il écrit *De l'obligation naturelle* en plein milieu du XIX^e siècle, alors que l'apogée de l'influence savignienne est atteint. En effet, depuis la codification napoléonienne, la doctrine française évite le recours au droit naturel pour expliquer l'ordre juridique positif sans en nier l'existence¹⁹⁴. Mais comment suppléer les insuffisances d'un législateur sans recourir à la nature ? La méthode historique savignienne offrait un outil : l'idée d'un droit secrété par la société. La notion de droit social, dégagée par Massol, en est directement inspirée. Elle est un véritable pavillon de contrebande qui autorise une doctrine juridique française, largement dominée par un positivisme étatiste peu sensible au naturalisme, à recourir à des normes dont la rationalité a pour fonction de pallier les insuffisances du sacre de la loi. La notion d'obligation naturelle mentionnée par l'article 1235 alinéa 2 du Code civil offrait une belle occasion à Massol d'illustrer l'intérêt technique de ses idées.

Son ouvrage constitue une répétition générale du grand débat contemporain qui agitera les civilistes. L'opposition, consacrée au XX^e siècle, entre le subjectivisme exacerbé de G. Ripert¹⁹⁵ et une théorie plus objectiviste défendue par J.-J. Dupeyroux¹⁹⁶ n'est pas sans rappeler la tension qui anime le raisonnement lancé par *De l'obligation naturelle*. En tentant de dégager une théorie purement positiviste de l'obligation naturelle, Massol a-t-il échoué ? Il semble que la « subjectivisation » de cette notion soit un invariant. N'est-elle pas la condition *sine qua non* afin d'éviter de basculer dans un droit naturel objectif ? À moins qu'au contraire elle ne soit l'une des voies de sa résurrection occultée par la ruse d'une bien étrange raison.

Olivier THOLOZAN,
Maître de conférences à la Faculté de droit d'Aix-Marseille

¹⁹⁴ Voir B. BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », cette *Revue*, 1986, n° 6, p. 76-101 ; Ph. RÉMY, « La « *Thémis* » et le droit naturel », p. 146-160 ; N. KANAYAMA, *loc. cit.*, p. 128-154.

¹⁹⁵ Aux yeux de cet auteur, l'obligation naturelle ne serait qu'un « déguisement » juridique de la morale (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n° 193, p. 378).

¹⁹⁶ Étude précitée.