

## Karl Salomon Zachariae

Issu de Revue des contrats - n°2 - page 631

Date de parution : 01/04/2011

Id : RDCO2011-2-039

Réf : RDC 2011, n° RDCO2011-2-039, p. 631

Auteur :

Par Pierre-Yves Gautier

1. Le *Cours de droit civil* d'Aubry et Rau constitue un monument du droit civil français, ayant donné naissance à des dizaines de théories juridiques dans le droit des obligations, de la preuve, des contrats spéciaux, des biens, des successions, etc. Sa modernité reste intacte et il continue d'être utilisé par les enseignants-chercheurs soucieux de synthèse et las des pensées analytiques et filandreuses : on y trouve de courtes définitions taillées dans le marbre, des propositions, réfutations, imprégnées de logique et proches de la philosophie.

Mais qui sait que sans leur ôter leur mérite, les deux professeurs strasbourgeois n'ont fait au moins au départ que traduire et annoter un livre de droit préexistant, celui de Zachariae ? Plus grand monde, en vérité.

Par jeu et intérêt scientifique, pour ma part, je recherche systématiquement dans Zachariae l'éventuelle racine d'une proposition d'Aubry et Rau. Et souvent (pas toujours), elle s'y trouve bien en germe.

De sorte qu'il est temps, en 2011, de payer tribut à Zachariae.

2. Karl Salomon Zachariae (1769-1843), anobli à la fin de sa vie en « de Lingenthal », était un protestant de Bohême, établi en Saxe. Il fit ses études de droit à Leipzig, passa son doctorat à la faculté de Wittenberg, puis fut nommé professeur titulaire à Heidelberg (Bade), l'un des principaux foyers de rayonnement juridique du XIX<sup>e</sup> siècle allemand.

À partir de 1810, il y enseigna le droit civil français, exporté par Napoléon Bonaparte dans ses bagages conquérants et qui s'appliquait dans la « Confédération du Rhin », structure constitutionnelle qu'il avait imposée aux pays neutres ou vaincus.

Ce qui explique qu'un Allemand ait enseigné l'essentiel de sa carrière notre Code civil à ses étudiants.

Dès 1808, il entreprit de publier, en allemand, un ouvrage sur le « droit civil français » (*Handbuch des französischen Civilrechts*), en deux volumes, qui en devinrent rapidement quatre, et qui fit l'objet de cinq éditions.

3. Loin de la pensée analytique des exégètes, qui se développait parallèlement en France, Zachariae développa sa propre méthode, avec un plan d'exposé qui ne suivait pas celui des articles du Code civil : il divisa le droit français en deux parties, théorique (la détermination des droits des hommes entre eux, leurs sources et leur histoire) et pratique (la réalisation de ces droits, dans chacun des domaines de la vie sociale) ; à chaque occasion, furent posées les notions générales et leurs applications concrètes, assorties de la jurisprudence, les exceptions souffertes, etc. Le livre est bourré de définitions et d'idées.

4. C'est ce génie conceptuel qui fascina deux universitaires français d'Alsace, Charles Aubry et Frédéric-Charles Rau, lesquels lui demandèrent alors l'autorisation de traduire son livre pour le public français. Un *Cours de droit civil français*, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae, revu et augmenté par eux, commença de paraître à partir de 1839 en cinq volumes.

Le sort du *Cours* de Zachariae est assez singulier : l'adaptation d'Aubry et Rau devint vite autonome et connue comme telle. Ce qui se ressentira sur le titre même de l'ouvrage : ainsi, 3<sup>e</sup> éd. : « d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae » ; 4<sup>e</sup> éd. (la plus connue, en huit volumes) : « d'après la méthode de Zachariae ». La nuance n'est pas mince...

Son livre fut traduit une nouvelle fois (à partir de 1854) par deux autres auteurs français, beaucoup moins prestigieux, le magistrat G. Massé et l'avocat C. Vergé, qui crurent bon de modifier le plan de l'ouvrage, pour l'inscrire dans le courant exégétique français, « suivant l'ordre du Code Napoléon » (v. leur préface dans le tome 1<sup>er</sup>).

Cette deuxième traduction tomba dans la poussière de l'histoire, le malheureux Zachariae avec elle.

Ce qui est injuste, car Aubry et Rau lui doivent beaucoup.

5. La métaphysique (Zachariae assurait également à Heidelberg le cours de philosophie du droit, c'était un kantien convaincu) n'est pas absente : par exemple, les droits réels et personnels sont abordés sous l'angle du pouvoir du sujet de droit sur les « objets du monde extérieur ». C'est lui qui pose les bases des universalités juridiques, la première d'entre elles étant le patrimoine des sujets de droit (théorie que beaucoup attribuent sans guère s'en soucier à Aubry et Rau ; pas tous, v. par ex. F. Zénati, in *Aubry et Rau, Leurs œuvres, Leurs enseignements*, J.-M. Poughon (dir.), PU Strasbourg, 2006, p. 63). Exemple, paragraphe 264, t. II, de Zachariae : « Le patrimoine d'une personne est l'universalité juridique de tous les objets extérieurs qui appartiennent à cette personne. Le code ne contient dans aucun titre ou chapitre spécial, une théorie générale sur le patrimoine ». Qu'à cela ne tienne, Zachariae la pose, dans les pages qui suivent. À rapprocher maintenant du tome IX d'Aubry et Rau, paragraphe 573 (C. Aubry et C. Rau : *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> éd., par E. Bartin) : « Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit. Les rédacteurs du code n'ont pas réuni dans un même chapitre les règles relatives au patrimoine en général ».

Ou encore : la fameuse théorie de la transmission accessoire, *propter rem*, à l'ayant cause particulier du propriétaire de la chose des droits et actions qui s'y trouvent attachés ; elle est très fréquemment attribuée aux seuls Aubry et Rau, qui l'ont certes développée (C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, 6<sup>e</sup> éd., par E. Bartin, § 176) ; mais elle se trouve déjà énoncée, de façon très claire, dans Zachariae, sous le même titre, « Principes sur la transmission des biens et des droits » (t. II, § 345-348).

Les exemples pourraient être multipliés.

6. Qu'on y prenne garde : il ne s'agit pas de retirer, en quoi que ce soit, leurs vertus scientifiques à Aubry et Rau, eux aussi de purs génies, outre que leur *Cours* procède expressément du livre du professeur d'Heidelberg, de sorte que, par définition, une œuvre d'adaptation utilise le matériau intellectuel premier. On lira leur préface de la 4<sup>e</sup> édition : « Sans vouloir méconnaître le moins du monde ce que nous devons à Zachariae sous le rapport du plan et

de la méthode, il doit cependant nous être permis de revendiquer pour notre travail le caractère d'une œuvre personnelle, dont à de très rares exceptions près, le texte nous appartient aussi bien que les notes ». Sur cette dernière affirmation, c'est un peu exagéré, car il n'y a pas que sa méthode qu'ils ont utilisée et continuée, mais aussi le fond – je défends ici Zachariae (rappr. P. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 2<sup>e</sup> éd., 2001, entrée « Aubry et Rau » ; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. Quadrige, 2001, n° 34 ; et du même, entrée « Aubry et Rau », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, rééd. 2010 ; A. Sériaux, in *Aubry et Rau, Leurs œuvres, Leurs enseignements*, op. cit., p. 80 et s., toujours sur l'exemple de la théorie du patrimoine).

Il convient simplement de rendre à César ce qui est à César (v. « Rééditer », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 726 et s., avec les autres illustrations).

En vérité, cela relève surtout de la culture historique et juridique de chacun d'entre nous et des efforts à faire pour se documenter et attribuer, sans erreur ni injustice, les paternités des théories générales dans nos thèses, articles, notes et manuels.

On va maintenant prendre quatre illustrations de la pensée lumineuse de Zachariae.

**7. Méthodes de raisonnement.** – Les rédacteurs du Code civil s'étaient peu intéressés au louage de meubles. Les textes du Code civil portent presque exclusivement sur le bail d'immeubles ; on pourrait alors refuser leur extension analogique aux meubles corporels et *a fortiori* incorporels, compte tenu de leur caractère exceptionnel et dérogame au droit commun. Cependant, il n'en reste pas moins que les caractéristiques du contrat de louage ne changent pas nécessairement selon son objet. Et il lui faut bien un régime.

K. S. Zachariae, parmi les tout premiers, a en conséquence proposé un raisonnement analogique : le statut des baux immobiliers exprime un « principe général de droit commun applicable au louage de meubles comme au louage des immeubles » (K. S. Zachariae, *Le droit civil français*, t. IV, § 699, p. 356, note 5). La Cour de cassation l'a suivi à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (Cass. civ., 16 août 1882 : S. 1884, 1, p. 33, note A. Esmein) ; et depuis lors, dans l'attente d'une refonte éventuelle du Code civil sur les contrats spéciaux, l'analogie reste le raisonnement favori, pour tout ce qui n'est pas trop spécifique aux immeubles et, de ce fait, non transposable (P. Malaurie, L. Aynès et P.Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2011, n° 601 ; et les chroniques in RTD civ. 1996, p. 923 et 2000, p. 352).

**8. Modes d'interprétation des actes juridiques.** – L'interprétation d'un contrat doit être fréquemment effectuée, leur rédaction n'étant pas toujours limpide. C'est un mal partagé avec les lois. Mais il ne faut pas pour autant oublier le principe, même s'il devient de plus en plus rare : il n'est « pas nécessaire » d'interpréter un contrat entièrement clair, puisqu'il se suffit à lui-même, faute de quoi on dénaturerait la volonté non équivoque et explicite des parties. « *Si verba sunt clara, non debet admitti voluntatis quaestio* », si les mots sont clairs, il n'y a pas à s'interroger sur la volonté des parties (v. K. S. Zachariae, *Le droit civil français*, op. cit., t. III, § 618).

**9.** Zachariae est encore un des tout premiers à s'être interrogé sur l'interprétation des « engagements unilatéraux » de volonté, à commencer par les testaments, et à rechercher les solutions applicables. Pour lui, il s'agit de la même façon de rechercher les volontés réelles du testateur, de sorte que les règles du Code civil (art. 1156 et s.) sur l'interprétation des contrats s'appliquent par analogie, raisonnement qu'on retrouve ainsi : « Les testaments doivent être en général interprétés conformément à l'intention présumée du testateur, eu égard à son langage habituel et à l'économie de l'acte (art. 1156 et s.). Dans le doute, on doit supposer que le testateur a voulu ce qu'il devait et pouvait légalement vouloir ». Pour donner un autre exemple de l'adaptation française oubliée, Aubry et Rau ont fidèlement repris cette idée de fond et transposé ce fragment (C. Aubry et C. Rau : *Cours de droit civil français*, t. XI, 5<sup>e</sup> éd., par E. Bartin, § 712).

**10. Garanties.** – Une très ancienne modalité de garantie personnelle à l'endroit du créancier, sans constituer une sûreté à proprement parler, est la clause de *ducroire* (étymologie italienne, *del credere*, « de la confiance », ancien français « du croire ») ; il consiste en l'engagement spécial d'un commissionnaire, pris à l'endroit de son commettant, de ce qu'il honorera en toute hypothèse les engagements du tiers contractant (P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier : *Contrats spéciaux*, op. cit., n° 538, avec les réf.).

La garantie fonctionne ainsi comme une sorte d'« assurance » ; c'était précisément le fondement que Zachariae donnait à la garantie *ducroire* (K. S. Zachariae, *Droit civil français*, op. cit., t. V, § 757).

Les tribunaux français ont eu l'occasion de l'appliquer au profit... d'un professeur de droit des affaires et au détriment d'un avocat, codébiteur solidaire de son client, qui n'avait pas réglé le prix d'une consultation (TGI Versailles, 28 mars 2006 : RTD civ. 2006, p. 576, avec les obs.).

**11. Contrats spéciaux et responsabilité civile.** – Une question pratique et assez rarement abordée en doctrine est celle de la responsabilité civile du tiers cocontractant à l'égard du mandataire. Qui peut se produire lorsque le premier cause un dommage au second, l'empêchant par exemple de recevoir sa rémunération. Zachariae s'en était préoccupé : le mandataire « ne peut agir en justice en son propre nom » contre le tiers, sur la base du contrat (K. S. Zachariae, *Droit civil français*, t. V, op. cit., § 755). L'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée sur ce point dans un arrêt du 9 mai 2008 : sans démentir cette position, pas d'action contractuelle, elle a estimé que l'acheteur de l'immeuble qui manœuvre pour priver l'agent de sa commission engage sa responsabilité « délictuelle » à l'égard de ce dernier et doit de ce fait l'indemniser à hauteur de son dommage (Cass. ass. plén., 9 mai 2008 : RTD civ. 2008, p. 485, obs. B. Fages, et p. 498, avec les obs. : RDC 2008, p. 1151, obs. S. Carval ; JCP G 2008, II, 10183, note H. Kenfack ; Defrénois 2008, p. 1986, note E. Savaux).

**12.** En faisant apparaître Zachariae dans la lumière, on donne en même temps l'occasion de reparler d'Aubry et Rau, car leur gloire d'hier est elle-même en péril, beaucoup de professionnels du droit ignorant jusqu'à leur nom. C. Wiederkehr, il y a peu, proposait de façon facétieuse et un brin assassine de traiter le sujet de leur œuvre selon le plan suivant : « 1<sup>re</sup> partie : les auteurs qui ont lu Aubry et Rau ; 2<sup>e</sup> partie : les auteurs qui ne les ont pas lus » (C. Wiederkehr, in *Aubry et Rau, Leurs œuvres, Leurs enseignements*, op. cit., p. 126 et s.). Soyons tous dans la première partie et mettons Zachariae dans le I-B !