

L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèse*

Frédéric ZENATI-CASTAING**

1° L'origine du problème

On ne peut aborder le sujet de l'affectation en général, de manière décontextualisée, c'est-à-dire en faisant abstraction des attentes particulières du droit québécois dans ce domaine. Une réflexion gratuite, une spéculation purement académique ne seraient pas suffisantes pour satisfaire le besoin créé par l'introduction dans le droit québécois de la notion de patrimoine d'affectation comme moyen de définir la fiducie. Il faut donc partir de la fiducie pour comprendre la problématique de l'affectation québécoise. L'introduction de la figure insolite du patrimoine sans maître par la recodification a créé des difficultés considérables, qui sont à l'origine du besoin de réfléchir sur l'affectation.

Pour comprendre la difficulté, il est indispensable d'identifier l'origine du long processus qui a conduit à cette spectaculaire innovation, en vue d'en comprendre mieux le sens et la portée. Il est constitué par l'introduction historique du *trust* dans la législation française d'Amérique. Lorsque la Nouvelle France a été conquise et colonisée par l'Empire britannique en 1760, elle a été soumise au droit anglais, ce qui eut pour effet d'abolir le droit français, qui était alors constitué par la coutume de Paris. L'assimilation des sujets français s'avérant problématique, voire impossible, il fut,

* Dans cet article, l'auteur se réfère aux contributions des professeures Gaële Gidrol-Mistral (Université du Québec à Montréal), Anne Saris (Université du Québec à Montréal), Anne-Françoise Debruche (Université d'Ottawa), Michele Graziadei (Université de Turin) qui ont été faites dans le cadre d'un atelier sur la notion d'affectation, mais qui ne sont pas publiées dans cette collection.

** Professeur à l'Université de Lyon.

par la suite, décidé de rétablir partiellement le droit français avec le *Quebec Act* du 22 juin 1774 qu'adopta le Parlement anglais (la Nouvelle France avait été, entre temps, rebaptisée Québec)¹. Cette loi autorisa les juridictions à faire application du droit civil français, tout en maintenant *la common law* dans le contentieux pénal. Elle apporta une autre réserve de taille au rétablissement du droit français, la reconnaissance de la liberté testamentaire. Cette disposition a eu pour effet d'écarter une partie importante du droit successoral français, qui, à l'époque, réduisait considérablement la liberté de disposer à cause de mort au profit d'une succession coutumière impérative. Elle a permis aux sujets anglophones de continuer à consentir sans limitation des libéralités à cause de mort prenant la forme d'un *trust*, technique qui leur permettait de consentir des substitutions. Le *trust* put ainsi s'acclimater au Québec en prenant le nom français de fiducie, phénomène tout à fait remarquable, car le droit français avait, quant à lui, oublié depuis longtemps la *fiducia* romaine. Ce phénomène est probablement dû au fait que quelques auteurs français de la fin de l'ancien droit avaient redécouvert la fiducie, précisément pour en faire un emploi dans le domaine testamentaire et les substitutions, ce qui a pu être déterminant dans l'interprétation du *Quebec Act*². Lors de la première codification du droit québécois, en 1866, la notion de fiducie fut confirmée, et, avec elle, la réception du *trust*, à une époque où la codification française avait achevé de la plonger dans l'oubli. Afin de compléter la réception en permettant la conclusion de *trusts* entre vifs, une loi subséquente vint admettre, en 1879, la possibilité de créer une fiducie par voie de donation, innovation complémentaire qui donna les moyens, comme dans le reste du monde anglo-saxon, de régler sa succession de son vivant³.

La réception du *trust*, bien que sous un nom parfaitement orthodoxe du point de vue de la langue juridique romaniste, n'a pas manqué d'être problématique. Les juridictions québécoises ont refusé de reconnaître le *trust* en dehors des formes reconnues par la codification et les lois spéciales,

¹ *British North America (Quebec) Act 1774*, 14 Geo. III c. 83 (U.K.) (ci-après « *Quebec Act* »). Voir, par exemple : Jacques LACOURSIÈRE, *Une histoire du Québec*, Sillery, Éditions Septentrion, 2002. Disponible en version anglaise : Jacques LACOURSIÈRE et Robin PHILPOT, *A people's history of Quebec*, Montréal, Éditions Baraka Books, 2009.

² Voir : Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Éditions Economica, 1981, p. 36 et suiv.

³ Voir : Sylvio NORMAND, « L'acculturation de la fiducie en droit québécois », (2014) 1 R.I.D.C. 7.

tout en acceptant de se référer parfois au droit anglais pour interpréter les dispositions gouvernant la fiducie. Une partie de la doctrine a refusé toute référence aux règles et solutions de la *common law*, estimant que la fiducie était une institution spécifiquement québécoise, issue, selon certains, de la tradition du droit français. Des auteurs sont même allés jusqu'à nier l'idée de propriété fiduciaire en soutenant que le fiduciaire n'est, rien d'autre qu'un mandataire, les biens qui lui sont confiés appartenant, en réalité, au bénéficiaire. Cette hostilité était due davantage à la méconnaissance de la fiducie qu'à son incompatibilité avérée avec le *trust*. Les auteurs français qui avaient redécouvert la fiducie à la fin de l'ancien droit l'avaient fortement déformée, ignorant que le fiduciaire fût un propriétaire et voyant en lui une espèce de dépositaire ou d'héritier fictif chargé de transmettre une succession à un autre héritier⁴. Leur patte se retrouve dans la rédaction même du Code civil du Bas-Canada de 1866, qui, à la fois présente la fiducie comme un transfert de propriété (art. 981 a) au fiduciaire et analyse ce dernier comme un dépositaire et un administrateur (art. 981 b). Il est probable que l'analyse maladroite des auteurs français de l'ancien droit a beaucoup influencé la doctrine québécoise et l'esprit dans lequel les codifications successives ont été conçues. Cette analyse rejoint l'interprétation que donnent de l'intérieur du droit anglophone les *civil lawyers* écossais, lesquels considèrent que le *trust* est un composé de dépôt et de mandat⁵.

La jurisprudence s'est, quant à elle, efforcée de parachever la réception. Son apport décisif a été l'affirmation, par la Cour suprême du Canada, de l'absence de division de la propriété fiduciaire entre le fiduciaire et le bénéficiaire, rejetant la répartition de la propriété entre le *trustee* et le *cestui que trust* du droit anglais. En revanche, elle a pleinement assumé le caractère fonctionnel de la propriété du *trustee*, admettant une remise en cause de la tradition romaniste dans ce domaine : du fait de l'absence d'*usus*, de *fructus* et d'*abusus* dans les attributs du fiduciaire, et du fait du caractère non perpétuel de son droit, elle a considéré que l'on avait là affaire à une propriété *sui generis*. Cette concession a provoqué de vigoureuses réactions d'intolérance dans la doctrine québécoise. Du fait de la force symbolique du *trust*, institution centrale de la *common law*, la fiducie avait, aux yeux de maints auteurs, toutes les allures d'un cheval de Troie. La crainte était grande que la force d'expansion de cette technique

⁴ C. WITZ, préc., note 2.

⁵ Pierre ARMINJON, Baron B. NOLDE et Martin WOLFF, *Traité de droit comparé*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, n° 249, p. 396-398.

omniprésente ne parvint, après une lente érosion, un jour, à éliminer l'indépendance du droit québécois à l'égard de la *common law*⁶.

C'est en cet état que se trouvait la question lorsque fut entreprise, au xx^e siècle, la recodification du droit québécois.

2° La solution trouvée

L'Office de révision du Code civil s'est tout particulièrement attaché à résoudre le problème de la fiducie, question emblématique s'il en était. C'est un lieu commun de la littérature comparatiste que de souligner les incompatibilités qui séparent le *trust* et le droit romaniste⁷. Il fallait trouver une formule permettant d'absorber définitivement dans les cadres conceptuels du droit civil le *trust* que l'on avait reçu sous le nom de fiducie⁸. L'objectif poursuivi par les codificateurs a été de rompre avec la jurisprudence de la Cour suprême en imposant la rationalité propre du droit québécois, ce qui donnait une dimension, non plus seulement technique, mais aussi politique à la difficulté. On a parlé d'une démarche consistant à « masquer l'historicité de la fiducie québécoise »⁹, mais il s'est agi d'encore plus : de couper, grâce à la *tabula rasa* de la codification, cette fiducie de ses racines historiques, le *trust*.

La solution évidente pour un juriste romaniste eût été de refouler le *trust* en lui substituant un mécanisme de personnification, et elle fut envisagée. En faisant du *trust* une personne morale, on résolvait le problème de la dualité de patrimoine occasionné par le *trust*¹⁰. Plutôt que d'être

⁶ *Id.* Les décisions évoquées sont les arrêts *Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7; *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283; *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, rendus par la Cour suprême du Canada.

⁷ Voir, par exemple: Justin P. THORENS, « The Common Law Trust and the Civil Law Lawyer », dans David Scott CLARK (ed.), *Comparative and private international law, Essays in honor of J. H. Merryman*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, p. 309.

⁸ John E. C. BRIERLEY, « The New Quebec Law of Trusts. The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 383.

⁹ Voir: S. NORMAND, préc., note 3.

¹⁰ Sur l'incompatibilité du *trust* avec la théorie du patrimoine, voir: Nicholas KASIRER, « Translating Part of France's Heritage: Aubry and Rau on the Patrimoine », (2008) 38 R.G.D. 453.

obligé d'admettre la figure d'une personne tenant deux patrimoines, ce qui a heurté longtemps les canons du droit français, les biens en *trust* eussent été attribués à une personne créée à cet effet, titulaire d'un patrimoine unique. Surtout, on surmontait la difficulté de l'éclatement de la propriété entre deux personnes. Grâce aux vertus de la technique du droit des personnes morales, le *trust* personnifié eût rempli une mission que lui assignait son objet, ce qui rendait concevable une fonctionnalisation des attributs de la propriété sans avoir à manipuler ni à adultérer le régime des biens. Par ailleurs, comme la personne morale tenant lieu de *trust* n'avait d'autre raison d'exister que les intérêts du bénéficiaire, point n'était besoin de reconnaître à ce dernier un droit sur les biens en *trust*, il suffisait d'établir des rapports d'obligation entre le *trust* personnifié et le bénéficiaire. Ces considérations ont probablement influencé Lepaulle, le spécialiste français du *trust*, lorsque, bien après la publication de son traité, il conclut que, finalement, la personnification était la meilleure manière d'assurer la réception du *trust* dans un système juridique romaniste¹¹.

Mais cette formule, bien qu'elle heurtât de front le *trust*¹², n'a pas convaincu les codificateurs. Est-ce parce qu'elle ne résolvait pas assez nettement le problème du droit de propriété *sui generis*, dont il fallait à tout prix se débarrasser? La solution retenue fut empruntée à Lepaulle¹³, en raison des garanties d'orthodoxie que présentait cet auteur. Dans sa vision française du *trust*, Lepaulle ne représentait pas cette institution sous la forme d'une propriété fiduciaire. Il en avait fait une véritable reconstruction, s'efforçant de l'acculturer en transposant des représentations propres à la pensée romaniste. Il avait repris une figure qui était encore très à la mode au lendemain de la Belle Epoque, celle du patrimoine d'affectation, qu'il avait utilisée sous sa forme radicale. Non pas simplement celle d'un ensemble de biens et de dettes indépendants du reste du patrimoine de son propriétaire, par dérogation au principe de l'unité du patrimoine, mais celle d'une universalité dépourvue de tout propriétaire. Dans la vision de Lepaulle, l'affectation constituait plus qu'un dépassement de la théorie du patrimoine, c'était une véritable alternative à la propriété : en

¹¹ Pierre LEPAULLE, «La notion de "trust" et ses applications dans les divers systèmes juridiques», dans *L'unification du droit / Unification of Law*, vol. 2, Rome, Unidroit, 1951, p. 197, à la page 206.

¹² Lionel D. SMITH, «Trust and patrimony», (2008) 38 *R.G.D.* 379.

¹³ Pierre LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Éditions Rousseau, 1932.

l'adoptant, on faisait l'économie de la propriété. Selon lui, ou bien on est titulaire d'un droit, ou bien ce droit est affecté, auquel cas, il n'a pas besoin de titulaire¹⁴. L'affectation avait la vertu de prendre la place du monstre juridique qu'était la propriété fonctionnelle et donc permettait d'en faire l'économie, réduisant le *trustee* au statut d'un simple administrateur (donc d'un détenteur précaire), puisque, dans une telle configuration, les biens n'ont plus besoin de maître. Elle permettait de renouer avec les auteurs français du XVIII^e siècle, qui voyaient dans la fiducie un dépôt ou une fiction et ignoraient la qualité de propriétaire du fiduciaire¹⁵.

La théorie du patrimoine d'affectation, ce n'est évidemment pas Lepaulle qui en a eu la paternité, il ne s'agissait que d'une transposition. Au moment où il publia son traité des *trusts*, en 1932, la doctrine du patrimoine d'affectation était bien connue et se trouvait au cœur d'une controverse qui faisait déjà partie du passé. Cette doctrine n'était pas une théorie française, mais une théorie allemande, développée à la fin du XIX^e siècle par l'école d'Ihering en vue de renverser la suprématie scientifique du pandectisme allemand, et, pour tout dire, la science du droit elle-même, qu'Ihering s'était fixé pour mission de défier. Elle était le sous-produit d'une vaste entreprise de discrédit de la science allemande, entreprise qui s'est attaquée aux apports majeurs de cette science au droit romaniste : le sujet de droit, la personnalité civile, le droit subjectif, et surtout, qui cimentait l'ensemble de ces constructions, la volonté¹⁶. Cette entreprise devait, à terme, déboucher sur la contestation radicale de la science juridique par l'école du droit libre et ouvrir sur le mouvement réaliste, qui s'est épanoui tout particulièrement, après y avoir été exporté, dans le continent américain. C'est dire l'importance de la théorie du patrimoine sans maître dans la subversion de la doctrine et, avec elle, du droit romaniste. Cette théorie a été le moyen de démystifier toutes les constructions léguées à la doctrine occidentale par Savigny et ses épigones dans leur vision volontariste du droit : la volonté ne joue aucun rôle dans le droit,

¹⁴ Voir : Sylvio NORMAND, « L'affectation en droit des biens au Québec », (2014) 48 RJTUM 599.

¹⁵ Voir : C. WITZ, préc., note 2, p. 36 et suiv.

¹⁶ Sur cette querelle, voir entre autres : Olivier JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique allemande, 1800-1918 : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris, P.U.F., 2005, p. 41 ; Jean-Marc TRIGEAUD, « Notices pour l'histoire de la science juridique », (1987) 5 *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 125, 140 et suiv. (spécialement sur Ihering).

elle n'est ni la source de l'exercice des droits, ni la source des patrimoines ; il est tellement vrai que la volonté n'est rien, que l'on conçoit les droits et les masses de biens sans sujet, ce qui prouve de manière éclatante que l'on peut se passer d'elle dans le droit. Les théoriciens du patrimoine sans maître ont repris la grande théorie d'Ihering, qui avait détrôné le droit subjectif en lançant l'idée que ce qui est central dans le droit, ce n'est pas le pouvoir de la volonté de l'individu, mais le but que les hommes poursuivent pour la satisfaction de leurs intérêts¹⁷. Pour Ihering, le droit ne procède pas de la volonté abstraite d'individus désincarnés, mais de la confrontation brute des intérêts humains. Cette philosophie réaliste du droit a provoqué, par la suite, l'apparition en Allemagne d'une « science juridique » des intérêts (« jurisprudence » des intérêts), théorie réaliste qui défiait la doctrine, qu'on appelait, à l'époque, science juridique des concepts (« jurisprudence » des concepts). La « jurisprudence » des intérêts appelait de ses vœux une pratique du droit bannissant les abstractions et arbitrant les intérêts en conflit par leurs simples confrontation et balancement. Dans une espèce de généalogie du droit, aussi destructrice que devait l'être, par la suite, la généalogie de la morale de Nietzsche, Ihering soutint que ce sont *les buts* poursuivis par les hommes en vue de satisfaire leurs intérêts, qui, par leur conciliation en justice, produisent le droit, et non pas la logique formelle. Il en résulte que le droit dit subjectif, qui n'est jamais rien qu'une chose matérialisant un intérêt, n'appartient pas, en réalité, à un sujet, il n'appartient qu'à son destinataire. Commentant cette idée d'Ihering, Saleilles ajoutait qu'« au lieu de destinataires, il faut parler de *destination* », c'est-à-dire affirmer que le droit dit subjectif appartient à son but, en quelque sorte¹⁸.

¹⁷ La théorie de l'intérêt est développée par Rudolph von IHERING dans *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1852-1865, traduit par Octave DE MEULENAERE, *L'esprit du droit Romain*, Paris, Éditions A. Marescq, 1880. Cette théorie est couplée avec le sentiment du juste qui est développé dans Rudolph IHERING, *Der Kampf ums Recht*, Wien, Manz, 1872, traduit par Alexandre-François MEYDIEU, *Le combat pour le droit*, Paris, Éditions A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875. Celle du but l'est surtout dans Rudolph von IHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1877-1883, traduit par Octave DE MEULENAERE, *L'évolution du droit*, Paris, Éditions A. Marescq, 1901.

¹⁸ Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoires et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Éditions Rousseau, 1910, rééd. par La Mémoire du droit, 2003, p. 476 (nos italiques).

La théorie du patrimoine sans maître est un produit de l'école qui s'est construite autour de cette idée que le droit n'est pas la volonté d'un sujet abstrait, mais les buts concrets que poursuivent les hommes pour faire prévaloir leurs intérêts. Elle s'est attaquée à l'une des thèses de l'école pandectiste, la personnalité civile, fiction incarnant le règne de la volonté abstraite dans le droit. Pour déconstruire cette fiction, son principal promoteur, Brinz¹⁹, a repris l'idée d'Ihering que les droits appartiennent à leur but. Il l'a développée en distinguant l'appartenance à quelqu'un, qui a lieu lorsque le droit a un destinataire direct, et l'appartenance à un but idéal, qui a lieu « lorsqu'il n'y a que des destinataires indirects ou indéterminés, dissimulés derrière une *affectation* idéale. »²⁰ Pour soutenir que les patrimoines n'ont pas, en réalité, de maître dans aucune de ces hypothèses, il tire argument du droit romain, lequel ignorait la notion de personne morale et concevait les masses de biens sous la forme simple d'universalités non personnifiées créées pour poursuivre un but déterminé (États, cités, corporations...).

Cette thèse, malgré son caractère sulfureux et la levée de boucliers qu'elle suscita en France, a pris un certain ancrage dans la tradition du droit civil, ce qui explique qu'elle ait pu, par la suite, séduire, contre toute attente, les codificateurs québécois. En témoigne le fait qu'une partie – minoritaire, mais non des moindres – de la doctrine française lui ait donné, sous certaines réserves, un aval technique, ce qui explique qu'elle ait pu arriver jusqu'à Lepaulle. Saleilles, un tenant de la théorie de la réalité des personnes morales, l'avait évaluée, avec d'autant plus de pertinence pour notre sujet qu'il l'avait fait avec un regard à la fois de comparatiste et de civiliste (Saleilles connaissait aussi bien la *common law* que la science germanique). Il considérait cette théorie comme dangereuse pour la per-

¹⁹ Aloys von BRINZ, *Lerbuch des Pandekten*, 2^e éd., t. 3, Erlangen, Éditions Deichert, 1857-1860, § 59, 432 et suiv., p. 453-586. Son œuvre n'a pas été traduite. Voir sa lecture par Florence BELLIVIER, « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine », dans Olivier BÉAUD et Patrick WACHSMANN (dir.), *Annales – Faculté de droit de Strasbourg. La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 165. La théorie du patrimoine sans maître a aussi été soutenue par Ernst Immanuel BEKKER, « Züm Lehre von Rechtssubject », dans *Das Jahrbücher für die dogmatik*, t. 12, Iéna, Maute's Verlag (Hermann Dusst), 1873, p. 1 et suiv. Les travaux de E. I. Bekker ont été étudiés par Georges PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université de Paris, 1903.

²⁰ R. SALEILLES, préc., note 18, p. 476.

sonnalité civile – on le comprend –, mais utile pour rendre compte de situations particulières, rétives à la personnalité civile parce n'offrant à l'application de cette technique aucune réalité. Faute d'individu ou de groupe auquel on pouvait rattacher des droits, il n'est pas possible, concédait-il, de raisonner en termes de personnalité juridique. Rien ne s'oppose en ces occurrences marginales, à ce qu'on se réfère à la réalité brute des intérêts. Saleilles illustre son propos par le cas d'une collecte organisée en vue d'ériger une statue. Il se posait la question de savoir à qui appartiennent les fonds collectés. Aux collecteurs, si l'on use de la logique du droit anglais, lequel verra en eux des *trustees*, répondait-il. Il ajoutait, ce qui mérite d'être souligné au passage, que cette formule est parfaitement transposable en droit français, à condition d'organiser une propriété fiduciaire... Mais à quoi bon, poursuivait-il, et il n'aurait pas été contredit par James Penner, rechercher dans un gérant le propriétaire des fonds récoltés et celui de la statue érigée, lorsqu'il n'y a pas – la statue n'a pas de propriétaire ironisait-il – de propriétaire final? Pour lui, on peut donc admettre que l'idée d'Ihering selon laquelle les droits appartiennent à un but et non pas à leur titulaire se vérifie dans ce type de situation²¹.

Que le patrimoine sans maître soit la grille civiliste d'analyse du *trust*, comme le pensait Lepaulle, ou qu'il soit une alternative *au trust* comme le suggérait Saleilles, c'est en tout cas le choix qu'ont fait les codificateurs québécois. Bien qu'ils aient traduit le mot fiducie par *trust* dans la version anglaise du code, ils ont pensé qu'il y avait dans la théorie du patrimoine sans maître une garantie de conformité aux canons du droit civil, une technique permettant de s'affranchir des schémas juridiques du droit anglais. Grâce à l'absence d'appropriation de ce patrimoine par quiconque, il n'y avait plus besoin d'une propriété *sui generis* et encore moins d'un propriétaire dénaturé. Les biens n'appartenaient à aucune des parties à l'opération.

Pour parvenir à ce résultat radical, les artisans du code ont trouvé dans la notion d'affectation la clé de leur système²². Ils ont reconnu formellement le patrimoine d'affectation, à côté du patrimoine d'Aubry et Rau, dans les premières dispositions du code (art. 2). Ils ont même fait du patrimoine d'affectation un titre du livre des biens, en réglementant deux

²¹ *Id.*, p. 475-482.

²² Voir S. NORMAND préc., note 3 qui cite les Commentaires du Code civil par le ministre de la Justice.

variétés de patrimoines d'affectation, la fondation et la fiducie. Ils ont ouvert le chapitre de la fiducie par une section spécialement consacrée à la nature juridique de la fiducie. Ils y déroulent la théorie de Lepaulle en deux articles.

L'article 1261 C.c.Q., qui contient les dispositions centrales, affirme que la fiducie constitue un patrimoine d'affectation sur lequel ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n'ont un droit réel, ce qui signifie, en clair, que la fiducie est un patrimoine qui n'a pas de propriétaire. La consécration du patrimoine sans maître est appuyée par une disposition générale du chapitre traitant, à l'instar du code français, des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent²³. L'article 915 C.c.Q. dispose que les biens appartiennent aux personnes ou à l'État, *ou* font, en certains cas, l'objet d'une affectation. L'alternative est claire : ou bien on est propriétaire, ou bien la chose est affectée, le cumul de la propriété et de l'affectation n'est pas possible. L'idée que la chose affectée n'a pas de propriétaire est tellement ancrée désormais dans les esprits au Québec, que l'on en vient à envisager, comme le font Gaëlle Gidrol-Mistral et Anne Saris, d'utiliser l'affectation pour régler la situation de l'embryon, chose un peu particulière, dont on répugne à faire un objet de propriété²⁴.

Mais un autre article consacré à la nature juridique de la fiducie ne semble pas aller dans le sens du patrimoine sans maître. Il s'agit de l'article 1260 C.c.Q., qui règle le mode de constitution de la fiducie. Il dispose que le constituant affecte des biens à une fin particulière. Il fait résulter cet acte d'affectation, non pas d'un acte constitutif, mais d'un transfert de propriété, celui par lequel le constituant aliène les biens qui forment l'objet de l'affectation. Ladite aliénation n'est pas consentie au fiduciaire, mais *au patrimoine fiduciaire lui-même*. Cette précision importante confirme que le fiduciaire n'est pas propriétaire, mais elle révèle aussi que c'est le patrimoine fiduciaire lui-même qui est propriétaire, ce dont on peut déduire que les biens mis en fiducie ne sont pas, en réalité, des biens sans maître. Le droit de propriété n'a pas véritablement disparu. Retiré au fiduciaire, il a été attribué au patrimoine d'affectation lui-même. On a pensé que, de la sorte, son intégrité et donc sa conformité au modèle romaniste,

²³ Ce chapitre est, dans le Code civil français, le troisième du titre de la distinction des biens. Il sert à introduire les titres suivants, consacrés à la propriété et aux droits réels. Il prend un tout autre sens dans le code québécois.

²⁴ *Supra*, p. 623, premier astérisque.

seraient assurées. Le droit de propriété demeure entier et non divisé; c'est à cet état qu'il se trouve dans le patrimoine d'affectation²⁵. Il s'ensuit que les droits du bénéficiaire ne sont pas issus de la division de la propriété; il s'agit de simples créances, qui n'affectent pas l'intégrité du droit de propriété contenu dans le patrimoine affecté.

3° Le résultat obtenu

La mission que le codificateur québécois s'est assignée a-t-elle été remplie avec le dispositif ainsi conçu? Le système de l'affectation imaginé a-t-il eu pour vertu de défaire radicalement la fiducie de ses racines anglaises? Ce système inspire un sentiment mitigé.

Il suggère une première impression: sa filiation revendiquée avec la pensée de Lepaulle et la théorie du patrimoine sans maître n'est pas aussi évidente qu'elle paraît. Dans la théorie du patrimoine sans maître, les biens sont *effectivement* dépourvus de maître. Ce sont des choses qui n'échappent au statut de *res nullius* que par le fait qu'elles sont affectées à la réalisation d'un but. Tel n'est pas tout à fait le cas de la fiducie québécoise, laquelle met en scène des biens tout à fait normaux, qui sont aliénés lors de la constitution et, par conséquent, dont la propriété persiste. S'il est vrai qu'aucune des parties ne recueille la propriété transférée, celle-ci ne disparaît pas pour autant dans l'opération d'affectation, elle est transmise à la fiducie elle-même. Comment ne pas voir que, sous couvert d'affectation, c'est, en réalité, à une banale aliénation que l'on a affaire? Le constituant transfère la propriété de son bien à une entité, la fiducie, qui devient le nouveau propriétaire. Certes, une aliénation peut être le moyen de réaliser une affectation, les fiducies romaine et française en témoignent. Mais, dans la conception pure du patrimoine sans maître, celle que les codificateurs québécois ont voulu adopter, l'affectation n'est pas une aliénation, elle *élimine* le rapport de propriété: il n'y a plus de propriétaire ni de droit de propriété; l'affectation, dans le patrimoine sans maître, n'est pas une modalité de la propriété, mais une alternative à la propriété, comme le code québécois le déclare expressément (art. 915 C.c.Q.); plutôt que de procurer des utilités sur le mode de l'exclusion, elle les procure sur le mode de la *destination*: la chose doit être utilisée selon le rôle qui lui a été imparti au lieu d'être utilisée par un propriétaire comme bon lui semble. Dans la

²⁵ Voir: S. NORMAND, préc., note 3.

vision de Brinz, personne n'est propriétaire des biens de l'État ni de ceux des cités romaines. Sans le savoir et, en tout cas sans le vouloir, les codificateurs québécois ont, en réalité, personnifié la fiducie. En faisant de cette entité un sujet de droit (la propriété des biens fiduciaires) et d'obligations (les devoirs à l'égard du bénéficiaire), le code n'a pas créé un patrimoine sans maître, il a fait de la fiducie une personne. L'opinion de certains interprètes est dans ce sens²⁶. Caroline Cassagnabère affine cette idée en soutenant que la fiducie québécoise est une personnalité démembrée, privée de la capacité d'exercice²⁷. Qu'importe la mesure dans laquelle la fiducie est un sujet, ce qui compte aux yeux des codificateurs, c'est que l'orthodoxie romaniste soit sauvegardée, et elle l'est assurément, à maints égards, on l'a vu, avec le schéma de la personnification. Au fond, la fiducie québécoise ressemble beaucoup à la fondation française, affectation de biens réalisée par personnification. D'ailleurs, le code québécois prévoit la possibilité de créer une fondation sous la forme d'une fiducie (art. 1257 C.c.Q.).

La personnification de la fiducie, bien qu'involontaire, a un mérite immense, celui de résorber une autre difficulté de taille, la distinction de l'affectation fiduciaire et du patrimoine d'affectation, notions qui sont confondues par le droit québécois malgré la distinction qu'il introduit entre affectation et division. On comprend que la doctrine québécoise ait du fil à retordre avec le patrimoine d'affectation que lui a légué le nouveau Code civil²⁸. Une chose est d'affecter un bien à un but, autre chose est de créer une universalité juridique. La première ne passe pas nécessairement par la seconde. L'aliénation d'un bien à une personne chargée de remplir une mission déterminée ne se confond pas avec la création d'un patrimoine d'affectation : son but n'est pas de réserver une masse de biens à des créanciers. Certes, comme le montre la fiducie française, l'exécution par le fiduciaire de sa mission peut faire naître des biens et des obligations qui formeront avec les biens initialement affectés un patrimoine fiduciaire, mais cela n'est qu'une suite de l'affectation fiduciaire, suite avec laquelle

²⁶ Madeleine CANTIN CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit? » dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2002, p. 129.

²⁷ Caroline CASSAGNABÈRE, « De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité. Étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois », (2012) 92 *R.L.D.C.* 63.

²⁸ S. NORMAND, préc. note 14. Normand s'efforce de distinguer affectation et division, patrimoine d'affectation et patrimoine sans sujet, patrimoine d'affectation et patrimoine fiduciaire, division avec ou sans affectation volontaire...

elle ne se confond pas. Bien sûr, lorsque des engagements sont contractés par le fiduciaire dans l'accomplissement de sa mission, les biens fiduciaires sont engagés, ce qui suggère que leur affectation au passif est une manière de réaliser l'affectation des biens fiduciaires. Mais cette dépendance des deux affectations, qui est un élément de complexité, ne doit pas conduire à les amalgamer. Le droit québécois est, quant à lui, obligé de les amalgamer parce qu'il se sert du patrimoine d'affectation comme d'un stratagème pour éviter la propriété fiduciaire, ce qui le conduit à créer dès le départ un patrimoine, même s'il n'existe encore aucune dette au commencement de la fiducie. Le postulat selon lequel la fiducie est un patrimoine le contraint à *confondre affectation au passif et affectation au but de la fiducie*. C'est cette aporie qui disparaît si l'on considère que le code québécois a, en réalité, fait de la fiducie une personne. Comme il va de soi qu'une personne a un patrimoine, sa création emporte immédiatement la naissance d'un patrimoine, même dépourvu de contenu. Grâce à cette analyse, l'affectation fiduciaire ne se confond pas avec l'affectation de l'actif au passif, elle s'y ajoute.

Si le Code civil du Québec n'est pas vraiment parvenu à créer un patrimoine sans maître, est-il, du moins, arrivé, ce qui était son but ultime, à se démarquer de la *common law*? L'influence de ce système juridique persiste dans l'adoption d'une nomenclature des fiducies, qui ressemble fort à la casuistique des *trusts*²⁹. Les fiducies d'utilité sociale, notamment, ressemblent beaucoup aux *charitable trusts*, les fiducies d'utilité privée aux *non charitable purpose trusts*, etc. L'utilisation privilégiée de la fiducie dans le domaine des libéralités témoigne aussi de la persistance de l'influence du *trust* (on sait qu'elle n'a pas droit de cité en France). Les codificateurs ont eu, par-delà les principes qu'ils ont proclamés, le souci de fournir à la pratique des outils utilisables dans un environnement de *common law*. C'est dans les principes que leur souci de démarcation doit surtout être recherché. Sur ce point, l'entreprise constitue, à première vue, une réussite. Si les variétés de *trust* transparaissent dans les différents types de fiducie, ces derniers sont ordonnés dans une nomenclature bien ordonnée et binaire, caractéristique de la culture française. Le principe même de dispositions consacrées à la nature juridique de la fiducie défie, à lui seul, la logique anglo-saxonne, laquelle, sous sa forme pure, ne voit le droit qu'à travers des situations concrètes. Cela explique les difficultés rencontrées

²⁹ Cette nomenclature est déployée dans la section du chapitre de la fiducie consacrée aux différentes espèces de fiducie et à leur durée. Voir : C.c.Q., art. 1266 et suiv.

par James Penner pour aller à la recherche de l'affectation et du but dans la *common law*. Le titre de sa contribution est d'ailleurs éloquent, qui ne parle pas d'affectation et n'utilise le mot « but » qu'au pluriel, pour se garder de toute généralisation. Il nous en avertit d'emblée, en *common law*, les *trusts* affectés à un but sont nuls et la recherche d'un but dans le *trust* est généralement considérée comme le produit d'une confusion. Cela est si vrai que les juges et législateurs de *common law* s'ingénient à trouver des moyens pour sauver les dispositions des *trusts* visant à créer une œuvre sans bénéficiaire déterminé, moyens qu'ils recherchent en dehors du *trust*, qui est génétiquement incompatible avec l'idée d'affectation. Notre collègue cite l'exemple savoureux de ce *trust* que Georges Bernard Shaw avait constitué pour que soit inventé un alphabet anglais de quarante signes, *trust* déclaré nul, mais dont les dispositions furent sauvegardées sur un autre fondement (et, avec elles, Dieu merci, l'esprit de Pygmalion). Cette fin de non-recevoir est objectivement un *satisfecit* pour le codificateur québécois : avec son idée d'affectation, la fiducie ressemble peut être au *trust*, mais ce n'est pas un *trust*. Bien sûr, il y a dans le droit des *trusts* plusieurs manifestations de l'idée de but, mais elles ont un caractère marginal. Le *trust* est avant tout une opération tendant à gratifier une personne, il est génétiquement conçu pour consentir une libéralité, et ne se conçoit donc pas comme un but à l'état pur. Il ne peut pas y avoir de *trust* sans bénéficiaire.

Mais la théorie de l'affectation disconvient-elle vraiment de cela ? Les *common lawyers* semblent considérer la figure de l'affectation à un but comme propre à des opérations sans bénéficiaire. Ce n'est pas ainsi que la loi québécoise entend l'affectation, notion qu'elle utilise à d'autres fins que celle de régir les opérations non destinées à un bénéficiaire particulier. L'affectation est, à ses yeux, une clé pour comprendre la fiducie, non pas une forme particulière de fiducie. Là est peut-être le malentendu qui semble exister entre les deux systèmes juridiques, méprise évidemment liée à des idiosyncrasies culturelles. Le droit québécois crée au fronton de son régime de la fiducie une théorie juridique qui prétend éclairer l'ensemble des dispositions qui la gouvernent, ce qu'est radicalement inapte à concevoir le droit anglais, et même, ce qu'il refuse de faire, par méfiance à l'égard des règles générales. À ses yeux, le but ne peut être conçu que comme une règle particulière. Voilà à quoi, en dernière instance, se réduit la différence entre le *trust* et la fiducie québécoise. N'était l'appropriation des biens fiduciaires par une entité autre que le fiduciaire, il n'y aurait, pas

d'autre différence fondamentale que celle-là entre le droit québécois et le droit des *trusts*. Il se pourrait donc bien que, plutôt que d'avoir rejeté le *trust*, le droit québécois l'ait, en fait, rationalisé en tentant d'en dégager l'essence³⁰. Si tel est le cas, la volonté politique de rupture qui a animé cette partie du code est un échec, ou du moins un échec partiel : ce n'est qu'en la forme que la fiducie a coupé les ponts avec le *trust*. La contribution de Michele Graziadei tend à l'accréditer³¹. Sa thèse, qui contredit celle de James Penner, est que la *common law* fait, comme un personnage célèbre de Molière, de l'affectation sans le savoir, et qu'il appartient au droit comparé de dire en quoi le *trust* est un mécanisme d'affectation.

Sous cet angle, le projet de construire une théorie de l'affectation, n'est pas aussi nationaliste qu'il paraît à première vue. Si l'affectation est une tentative de rendre compte de la nature du *trust*, elle peut prétendre avoir d'authentiques vertus comparatives³². Qu'importe, au fond, que les biens fiduciaires soient transférés au fiduciaire ou qu'ils le soient à une autre personne qui incarne la fiducie, ce qui compte, c'est le mécanisme fiduciaire en lui-même. Il y a place pour une recherche, conforme à l'esprit universaliste du code québécois, d'un droit commun de l'affectation³³.

4° Le malentendu

L'incompréhension qui existe entre le droit anglais et le droit québécois va au-delà d'une différence d'approche générale du droit. Il n'est pas du tout certain que les craintes qui sont à l'origine de cette invention qu'est l'affectation aient été justifiées.

³⁰ Le but est loin d'être étranger au *trust*, si l'on en croit la définition que donne du *use* le dictionnaire que la société *Microsoft* met à la disposition des utilisateurs de son logiciel de traitement de texte [*Bing*, qui renvoie à <dictionary.com> (site consulté le 20 juin 2014)]. La première définition du verbe *use* est : *to employ for some purpose*.

³¹ *Supra*, p. 623, premier astérisque.

³² Voir : Lionel SMITH, « Introduction », dans Lionel SMITH (dir.), *Re-imagining the Trust, Trusts in Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

³³ Faut-il rappeler que le *Code civil du Québec* s'est beaucoup nourri de droit comparé dans son élaboration et qu'il se présente lui-même dans sa disposition préliminaire comme une déclaration du droit commun ? Voir : H. Patrick GLENN, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339.

Avant même de voir en quoi, on ne peut pas ne pas éprouver une certaine perplexité devant les sources dans lesquelles les codificateurs ont recherché l'orthodoxie de la tradition du droit civil. Jusque dans leur œuvre politique de réforme, dont fait partie la fiducie³⁴, ils se sont attachés à s'inspirer de la science du droit. Tant la science française que la science québécoise ont été les références qui ont structuré leurs innovations. Il est donc logique, à cet égard, qu'ils se soient, pour construire la nouvelle fiducie, inspirés d'un comparatiste français, autorisé au demeurant dans la matière des *trusts*. Il reste que l'essai de Lepaulle avait été construit sur un terreau fragile, celui de la crise de la science du droit de la Belle Epoque, une période, certes, d'intense créativité doctrinale, mais, en même temps, une époque d'années folles. Ceci explique pour beaucoup que cette construction ait été désavouée par son propre auteur arrivé à la maturité. La théorie du patrimoine sans maître est, pour le moins, hétérodoxe. Elle est un des produits de la décadence de la science allemande soumise aux coups de boutoir de l'école d'Ihering, son ennemi juré, qui déconstruisit l'œuvre splendide des pandectistes du XIX^e siècle, et qui annonçait le réalisme, négation de la science du droit, pour ne pas dire du droit tout court. Cette théorie, comme celles du mouvement objectiviste de la jurisprudence des intérêts, n'est pas tant de la science qu'une rhétorique visant à prendre en défaut la science, et à la discréditer. Pour démontrer que la volonté ne joue aucun rôle dans le droit et que les personnes morales n'existent pas, ses auteurs ont conçu la notion des droits sans sujets. Loin d'incarner la pensée romaniste, cette notion en est la négation. Ce sont les savants du moyen-âge, incarnation de la culture romano-germanique, qui ont inventé les personnes morales et qui ont, ce faisant, promu le sujet. Ils l'ont fait, dans l'interprétation des lois romaines pour conférer un caractère plus intégré à la propriété collective³⁵. Savigny et ses épigones, qui étaient la cible de Brinz, n'ont fait que reprendre cette construction en l'améliorant. Tenter de la détruire, c'était attenter au droit romaniste lui-même. Saleilles le soulignait en montrant que la théorie de Brinz ne vise pas simplement à régler des situations marginales, qu'elle remet en cause le principe même de l'appropriation et conduit dangereusement à un

³⁴ Paul-André CRÉPEAU, « Une certaine conception de la recodification », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER and Jean-Guy BELLEY, *Du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 23.

³⁵ Voir: Frédéric ZÉNATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*2006.445.

droit hyperobjectiviste³⁶, analogue à celui souhaité par Duguit, autre contempteur de la science du droit, et de surcroît lui aussi théoricien de l'affectation, qui voulait débarrasser, notamment grâce à elle, le droit de la métaphysique doctrinale ainsi que de ses concepts de sujet de droit et de droit subjectif³⁷.

Sur le fond, l'idée qu'un bien ou qu'un patrimoine appartient à un but est pour le moins discutable, pour ne pas dire absurde dans sa formulation. Pour prendre en défaut la théorie médiévale qui personnifie les patrimoines, Brinz a utilisé la méthode de ses adversaires, les pandectistes, l'analyse des sources romaines. À Rome, il existait des patrimoines sans sujet, qui occupaient une position centrale, l'État et la Cité. Ces patrimoines étaient une institution tellement familière que les jurisconsultes s'en sont servis comme modèle pour rendre compte de la nature des corporations, lesquelles leur ont été assimilées. Il était difficile, à cette époque, de concevoir ces patrimoines comme appartenant à des sujets, car les personnes morales n'existaient pas. Il est donc facile d'en déduire que ces patrimoines n'étaient pas des propriétés, mais de simples masses de biens constituées pour remplir une fonction déterminée, et donc qu'ils étaient affectés au lieu d'être appropriés. Cette déduction marquée au coin de l'évidence est cependant inexacte. S'il est vrai que les Romains étaient incapables d'attribuer des masses de biens à une entité personnifiée, ils n'en étaient pas moins tout à fait habiles à concevoir leur appropriation. L'État, les cités et les groupements privés, voire les fondations à partir du Bas Empire, étaient considérés comme propriétaires de leurs biens, capables d'en acquérir et aptes à les administrer et à en disposer par des actes juridiques et des actions en justice. Elles n'étaient pas regroupées sous le concept de personnes, certes, mais elles n'en étaient pas moins propriétaires. Elles ont connu un début de conceptualisation générique en étant qualifiées d'*universitas*, *universitates rerum* pour les fondations et d'*universitates personarum* pour les autres. Il allait de soi que l'*universitas*,

³⁶ R. SALEILLES, préc., note 18, p. 478 et suiv.

³⁷ Duguit a d'ailleurs accueilli hospitalièrement la théorie de Brinz en France, voir : Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, Éditions Fontemoing, 1927, p. 309. L'affectation est tellement centrale dans sa vision du droit privé que, niant que la propriété soit un droit, il y voit une affectation, une affectation légale à un but déterminé, notamment la satisfaction d'un intérêt individuel (*id.*, p. 445). Il percevait déjà la force destructrice qu'exerce l'affectation sur les notions fondamentales du droit privé, *infra*, sections 5° et 6°.

autant que la *persona*, qui servait à désigner les personnes physiques, était un pôle d'appropriation et non pas une rudimentaire affectation³⁸. Le patrimoine sans maître est donc une invention, et il n'a pas l'autorité des sources qu'ont prétendu lui attribuer ses inventeurs. L'erreur commise par les théoriciens du patrimoine sans maître, c'est de ne pas avoir compris que le droit romain a conçu la possibilité d'une appropriation autre que celle des personnes, qu'il a, le premier, créé des entités abstraites d'appropriation capable d'acquérir et d'agir juridiquement. Cette erreur est due à une incapacité des droits romanistes à concevoir une appropriation sans recourir à la notion de personne, alors qu'au moment où les médiévaux ont inventé les personnes morales, ils n'ont fait que renommer une technique qui existait déjà en droit romain : les cités, l'État les corporations et les collèges étaient bel et bien des propriétaires³⁹. La théorie du patrimoine sans maître repose sur un contresens historique.

Était-il vraiment nécessaire de se réfugier dans ce miroir aux alouettes ? Revenons au point de départ : l'idée d'une propriété sans utilités, qui est à la base du *trust*, serait incompatible avec la logique du droit civil. Voire ! Le droit romaniste est parfaitement familiarisé avec l'idée d'une propriété dépourvue d'utilités ; il en donne notamment l'exemple avec l'usufruit. Ce qu'on appelle la nue-propriété est, en réalité, un véritable droit de propriété, bien que la propriété nue ne confère aucune vocation aux utilités de la chose. On ne peut pas en disconvenir, car la qualité de propriétaire du nu-propriétaire est inscrite en toutes lettres dans le Code civil⁴⁰.

Bien mieux, c'est une méprise qui est à l'origine de l'idée que le droit civil ignore la propriété fiduciaire. La propriété fiduciaire n'est pas née dans la *common law*, mais bien avant, à Rome⁴¹. On l'a oublié parce que la

³⁸ Cette critique de Brinz a été faite par Hölder, dans son ouvrage sur les personnes morales. Voir : Eduard HÖLDER, *Natürliche und juristische personen*, Leipzig, Duncker un Humblot, 1905, évoqué par Saleilles. Voir : R. SALEILLES, préc., note 18, p. 111. Hölder voit dans les personnes publiques des propriétaires fonctionnels, « *Amtsvermögen* ». Saleilles rapproche du *trust* cette propriété fiduciaire, ce qui est la négation de la thèse que devait soutenir, par la suite, Lepaulle.

³⁹ F. ZÉNATI-CASTAING, préc., note 35, 456 et suiv. (spécialement la note 49).

⁴⁰ Notamment à l'article 578 C. civ. fr., qui définit l'usufruit comme le droit de jouir d'une chose dont un autre a la propriété, définition reprise par le Code civil du Québec à l'article 1120.

⁴¹ Voir : François GÉNY, *Étude sur la fiducie*, thèse de doctorat, Paris, Académie de Nancy, Université de France, 1885 ; René NOUËL, *De l'aliénation fiduciaire – Droit romain*,

fiducie ayant décliné au Bas-Empire, notamment en raison de son formalisme, elle ne figure pas dans les compilations de Justinien, qui sont le testament du droit romain. Cet oubli, particulièrement perceptible en droit français (d'autres droits romanistes ne l'ont pas commis) est largement à l'origine du préjugé vivace qui veut que la propriété fiduciaire soit étrangère au droit civil. La *fiducia* n'était pourtant pas une institution marginale, elle a eu un caractère fondateur. Elle est née aux temps les plus reculés de Rome, à une époque où l'on ne distinguait pas la propriété de la possession. Lorsque l'on confiait un bien à titre précaire à autrui, on ne pouvait pas faire autrement que lui en transférer la propriété et lui faire contracter l'obligation de la rétrocéder. Qu'il se fût agi de confier la conservation d'une chose, de la prêter ou de la mettre en garantie, tout passait par la fiducie, qui était une technique universelle, comme l'est aujourd'hui le *trust* en *common law*. On s'en servait jusque dans les aliénations à titre gratuit, où elle ne servait pas à rétrocéder son bien à l'aliénateur, mais à le rétrocéder à un tiers. Il était possible d'user d'une fiducie pour gratifier par donation, et il fut admis, par la suite, d'en faire usage dans un testament. On ne se posait pas la question, en ces temps, des attributs de la propriété, notion qui devait être inventée bien après, par les médiévaux. Le fiduciaire était propriétaire et avait, comme tout propriétaire, la *plena in re potestas*: il pouvait faire ce qu'il voulait de la chose, sous réserve de ne pas se mettre dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de rétrocession. Tel est le vrai droit civil.

Il n'y a pas beaucoup de différence entre ce régime et celui du *use*, appellation initiale du *trust*, apparu dans l'Angleterre médiévale. Il faut rappeler ce lieu commun de la littérature anglaise qu'est la controverse sur l'origine du *trust*. Les auteurs classiques, dont Blackstone, étaient convaincus de l'origine romaine du *trust*, qui, selon les avis, pourrait dériver de l'usufruit, du fidéicommiss, voire de la fiducie elle-même, alors que certains auteurs plus récents, mais qui ne font pas l'unanimité, soutiennent que le *use* serait d'origine germanique⁴². L'originalité du *trust*, emblème de

Paris, Éditions Larose et Forcel, 1890; René JACQUELIN, *De la fiducie*, Paris, Éditions A. Giard, 1891.

⁴² Henri LÉVY-ULLMANN, *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 511 et suiv., cite aux côtés de Blackstone Gilbert, Sanders, Spence et Digby. C'est l'Américain Holmes qui a recherché l'origine du *trust* dans le *salman* de l'ancien droit germanique, contredit par J. B. Ames de l'université de Harvard. Du côté continental, on est frappé par la ressemblance du *use*, terme latin, avec la *fiducia*. Voir: René DAVID, *Le*

la *common law*, est un mythe⁴³. Le *feoffee to use*, ancêtre du *trustee*, avait la pleine propriété de la chose qui lui était confiée et son obligation de rétrocession, qui, pouvait bénéficier au *feoffor* (constituant), aussi bien qu'à un tiers, le *cestui que use*, est demeurée très longtemps dépourvue de sanction, autant de caractères qu'il partageait avec le fiduciaire romain. Dans les deux systèmes juridiques, c'est le juge (le préteur à Rome et le chancelier en Angleterre) qui a fini par donner au bénéficiaire une action personnelle en exécution de la rétrocession.

Dans aucun des deux droits il ne serait venu à l'idée de mettre en doute la qualité de propriétaire du fiduciaire au nom d'une théorie des attributs de la propriété. C'est le droit savant construit au moyen-âge dans l'interprétation des textes romains qui a fait apparaître cette idée curieuse d'énumérer les pouvoirs du propriétaire, curieuse, car, *a priori*, il les a tous. Cette idée procède de la confusion par les glossateurs de la propriété et de l'usufruit, confusion qui les a conduits à rechercher dans la structure de la

droit anglais, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1969, p. 113. L'on suggère que, malgré l'absence de réception du droit romain en Angleterre, il y a pu y avoir un emprunt dans ce domaine. Voir: Hans Albrecht SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, Paris, L.G.D.J., 1977. J'ai montré, dans une communication au colloque *Stateless law? The Future of the Discipline*, qu'il y a eu une certaine forme de réception du droit romaniste dans l'Angleterre du moyen-âge. Voir: Frédéric ZÉNATI-CASTAING, « POURRIEZ-VOUS NOUS INDIQUER LE TITRE DE VOTRE ARTICLE SVP, MERCI » dans Shauna VAN PRAAGH et Helge DEDEK (dir.), *Stateless Law: Evolving Boundaries of a Discipline*, Farham, Éditions Ashgate, 2014 (à paraître). La conquête de l'Angleterre par les rois normands a établi un pont entre cette contrée et le reste de l'occident et a créé les conditions d'un renforcement de l'influence romano-chrétienne. Guillaume le conquérant, escomptant un gain de légitimité et d'influence sur l'étranger, attira en Normandie un membre réputé de l'école de Pavie, Lanfranc, dont il fit son conseiller et qu'il nomma archevêque de Canterbury. Lanfranc enseigna en Normandie, où il créa une école qui rayonna sur la partie d'outre-manche du royaume et son style savant influença l'administration et la législation royale: Theodore Frank T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010. Ses successeurs entretenirent l'influence du droit romain et firent venir au XII^e siècle, un glossateur, Vacarius, qui créa à Canterbury un enseignement de droit romain et de droit canonique, et qui légua à la postérité son *Liber pauperum*, compilation de sources romaines. C'est à partir de cette importation que l'enseignement de ces disciplines se répandit au moyen-âge dans les universités anglaises et en particulier à Oxford: H. LÉVY-ULLMANN, préc., note 42, p. 53 et suiv. L'hypothèse que le *use* procède de la *fiducia* est donc plausible.

⁴³ Voir: T.F.T. PLUCKNETT, préc., note 42, p. 575, qui inventorie plusieurs systèmes juridiques connaissant un régime de propriété fiduciaire.

propriété les droits de l'usufruitier. Cette logique devait déboucher sur l'immortelle définition de la propriété de Bartole, le droit de disposer d'une chose, dont est issue, au XVI^e siècle, la fameuse définition de la propriété en *usus, fructus, abusus*. C'est là, c'est dans cette croyance, que se trouve l'orthodoxie au nom de laquelle le Code civil du Québec a révisé la fiducie, il est vrai conforté par la codification française (art. 544 C. civ. fr.), imitée par le Code civil du Québec (art. 947). L'ancien droit français, censé avoir été recueilli par le Code civil, n'était pourtant pas fixé en ce sens. Son plus illustre représentant, Pothier, le plus grand romaniste français du XVIII^e siècle, définissait de manière minimaliste la propriété comme ce qui est propre et le contraire de ce qui est commun⁴⁴, il la définissait donc par l'exclusivité, comme le fait la *common law*, que rappelle James Penner sur ce point. D'autres codifications, qui incarnent avec autant de légitimité la tradition romaniste, ont mieux fait que leur illustre devancière française. Le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) n'est pas loin de Pothier, lorsqu'il définit la propriété comme le droit de se comporter à l'égard d'une chose ainsi qu'on l'entend et de s'opposer à toute intervention d'autrui (§ 903). On trouve la même approche générale et non énumérative, beaucoup plus fidèle au droit romain que le prestigieux triptyque, dans le Code civil néerlandais, qui définit la propriété comme le droit le plus étendu qu'une personne puisse avoir sur une chose (art. 5.1.1). Dès lors que la propriété est un pouvoir abstrait, *plena in re potestas*, tout devient possible, des pouvoirs les plus extrêmes jusqu'aux maîtrises les plus modestes : on comprend qu'avec une définition aussi plastique de la propriété, les Romains n'aient pas eu d'état d'âme pour reconnaître la propriété fiduciaire au point même d'en faire la cheville ouvrière de leur régime des contrats réels.

L'affranchissement à l'égard du *trust* n'était donc pas aussi impérieux qu'il pouvait paraître sur le plan des utilités de la propriété. L'était-il afin d'éviter une division de la propriété ? Il faut commencer par tordre le cou à une vérité qui a tout sauf les caractères de la certitude, celle qui attribue au *trust* un effet réel décomposant la propriété entre deux personnes. Tout d'abord, les droits de propriété en présence dans un *trust*, si l'on doit les nommer ainsi, ne sont pas issus d'un démembrement, mais d'une création concurrente, l'apparition d'un droit équitable reconnu au bénéficiaire à la fin du moyen-âge. Ensuite, il n'est pas du tout certain que ce droit soit un

⁴⁴ Robert Joseph POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris, Éditions Chez Debure, 1776-1777, n° 4, 16 et 17, p. 6 et 17-19. Pothier n'évoque le triptyque qu'à propos des effets de la propriété.

droit de propriété. L'immixtion de la juridiction de l'*Equity* dans les *uses* a pris la forme d'une action *sub poena*, action personnelle, se traduisant par une injonction contre le défendeur, sanctionnée par un emprisonnement. En est résultée la maxime *Equity acts in personam and not in rem*⁴⁵. Il y a une controverse, en *common law* sur la nature juridique du droit du bénéficiaire, et qui n'a toujours pas été résolue, si l'on en croit l'inscription de James Penner dans le courant ne reconnaissant au bénéficiaire qu'un droit personnel⁴⁶. Il n'y a pas, souligne-t-il, de pouvoir du bénéficiaire sur les biens en *trust*, si ce n'est celui d'en obtenir la propriété à l'échéance. Bien sûr, ajoutera-t-on, le bénéficiaire peut s'opposer à ce que les créanciers personnels du *trustee* saisissent les biens du *trust*, mais cela peut s'expliquer, dans la lecture continentale du *trust*, par le patrimoine d'affectation, sans qu'il soit besoin de reconnaître un droit du bénéficiaire sur ce patrimoine. Le seul mécanisme qui milite en faveur de la reconnaissance d'un droit du bénéficiaire sur les biens en *trust* est l'action dont il jouit contre les sous-acquéreurs du *trustee*. Mais est-il besoin, pour rendre compte de cette action, de lui reconnaître un droit de propriété? L'*Equity* considère que le sous-acquéreur devient *trustee* et se trouve, par suite, tenu des mêmes obligations que son auteur. Qui ne voit que l'on a là affaire à une obligation *propter rem*? Ce n'est pas un droit de propriété que le bénéficiaire exerce contre le sous-acquéreur, c'est un droit à la propriété, ce qui est très différent⁴⁷. Il s'agit d'une créance qui a la particularité, dans le *trust*, d'être assortie d'un droit de suite. Elle fait songer au *jus ad rem*, ancêtre du droit personnel⁴⁸. Il est donc possible de soutenir que le *trust*

⁴⁵ Pierre AMINJON, Baron BORIS NOLDE et Martin WOLFF, *Traité de droit comparé*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1950, n° 674, p. 515-521 ; Pierre AMINJON, Baron BORIS NOLDE et Martin WOLFF, *Traité de droit comparé*, t. 3, Paris, L.G.D.J., 1951, n° 788, p. 66-68.

⁴⁶ Dans le même sens, L. SMITH, préc., note 32. Il semble que la théorie de la propriété divisée soit due au seul texte de loi qui ait défini le *trust*, l'*Indian trusts act* de 1882. Le *trust* y est défini comme une obligation annexée à un droit de propriété, ce qui suggère que le *trustee* est débiteur d'une obligation réelle et donc que le bénéficiaire est titulaire d'un droit sur la chose d'autrui, comme nous le suggérons ci-après.

⁴⁷ C'est l'action en revendication d'un immeuble de l'article 526 du Code civil français, de laquelle les interprètes ont déduit la notion plus compréhensive de créance immobilière.

⁴⁸ Le *jus ad rem* est né au moyen-âge, bien avant le droit réel. Il permettait d'exiger la tradition d'un bien. C'était un droit à la chose, qui avait la particularité de comporter l'exécution forcée et de pouvoir être exercé contre tout possesseur (Voir: Michel VILLEY, « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », *Publ. Inst. Dr. Rom. Univ. Paris*.1950.VI.199). À l'époque moderne, il a été opposé au *jus in re*, provoquant la naissance de la distinction des droits réels et des droits personnels (voir: Louis

n'est pas fondamentalement différent de la fiducie, qu'il est un droit de propriété pesant sur une personne tenue d'une obligation, avec cette particularité que l'obligation a un caractère réel, technique familière au droit civil.

Si, en dépit de ces considérations, on persiste à donner crédit à la thèse selon laquelle le bénéficiaire est un propriétaire en équité, faut-il dire du dédoublement qui en résulte qu'il constitue une figure radicalement incompatible avec le droit civil? Assurément pas pour ce qui est du droit romain, puisque ce système juridique – c'est une de ses ressemblances majeures avec la *common law* – reconnaissait au prêteur, à côté de l'application du droit civil, le pouvoir de remédier à l'incomplétude et aux imperfections de ce droit par des décisions rendues en équité, prêteur dont la jurisprudence a fini par constituer un droit rival du droit civil, le droit prétorien. Ce dualisme des sources du droit existait tout particulièrement dans le domaine de la propriété, où le prêteur a créé, à côté de la propriété du droit civil, une propriété prétorienne profitant à des plaideurs non considérés comme civilement propriétaires, simplement parce qu'il apparaissait juste qu'ils le fussent. La ressemblance des sources du droit romain avec les sources du droit anglais sur ce point est trop connue et trop visitée⁴⁹ pour qu'il soit besoin d'y insister. Le dualisme propriétaire est encore moins incompatible avec le droit romaniste médiéval, celui dont nous avons hérité, puisqu'il est la clé de voûte de son régime des biens : pour s'adapter aux rapports féodaux, les savants du moyen-âge ont construit notre droit des biens à partir de l'idée que la propriété se divise entre plusieurs tenants, qui sont propriétaires à des titres différents. La théorie du double domaine a été progressivement abandonnée à l'époque moderne, mais elle persiste insidieusement à travers la notion savante de démembrement, archaïsme dont on n'est toujours pas parvenu à se débarrasser. Il est vrai que les codes ignorent cette notion d'essence féodale, car ils ont voulu restaurer l'authentique propriété romaine, celle d'avant le moyen-âge, une propriété unitaire et indivisible. C'est ce modèle romain modernisé qui pétrifie les juristes québécois lorsqu'ils scrutent le *trust*. Mais ils oublient

RIGAUD, « Un docteur de l'Université des lois d'Orléans, professeur et diplomate, Gérard Feltmann (1637-1696) », *R.H.D.*1952.232). Le moins que l'on puisse dire est qu'il ne s'agit pas d'un droit de propriété.

⁴⁹ H. LÉVY-ULLMANN, préc., note 42, p. 441 et 442 et la bibliographie citée. *Adde*: Giovanni PUGLIESE, « *Ius honorarium and English Equity* », dans *Comparative and private international law, Essays in honor of J. H. Merryman*, préc., note 7, p. 275.

que la double propriété du *trust*, à supposer qu'elle existe, n'est pas une division de la propriété, et qu'elle n'est que le fruit d'un dualisme des sources, dont on vient de voir qu'il est parfaitement conforme au système juridique dont est issue la propriété unitaire du droit civil.

C'est donc bien un malentendu qui est à l'origine de l'intolérance du droit québécois à l'égard du *trust*. Il aurait été parfaitement possible, avec l'aide de l'histoire et du droit comparé, de reconstituer l'unité profonde qui anime le droit occidental⁵⁰ du fait de ses racines chrétiennes. Un autre choix a été fait, qui s'impose à l'interprète. L'affectation est devenue la clé de la fiducie et, au-delà, a été élevée à la dignité d'une notion centrale du droit québécois. Mais ce qui précède montre la voie, et confirme qu'il y a place pour un rapprochement de la *common law* et du droit romaniste⁵¹. Ce rapprochement est d'autant plus aisé que le droit québécois, comme cela a été relevé plus haut, n'est pas vraiment parvenu à créer un patrimoine sans maître, et que l'on peut, en fournissant un effort de conceptualisation, trouver de l'affectation dans le *trust* (*supra*, 3°). Cela confirme l'une des premières conclusions précédemment formulées. Si l'affectation est une création spécifiquement québécoise, elle n'est pas nécessairement une source d'isolationnisme et peut constituer une notion commune à des ontologies juridiques différentes. Cela légitime de plus fort ce séminaire et rend urgent d'en recueillir les fruits.

5° La théorie de l'affectation

L'édification d'une théorie de l'affectation est une entreprise ambitieuse. En Europe, l'affectation ne forme pas une institution cohérente qui aurait pu donner lieu à la construction d'un système. Récemment, le Code civil italien s'est vu ajouter, après d'amples débats doctrinaux, une disposition (art. 2643 ter) instituant «l'acte de destination», mais Michele Graziadei reste très sceptique devant cette innovation. Le droit québécois, depuis sa recodification a, quant à lui, plus que de la matière pour alimenter une théorie générale, mais tout reste à conceptualiser. Dans cette entreprise, le danger est de faire de solutions particulières des principes

⁵⁰ Est-il besoin de soutenir cette thèse dans l'enceinte de l'université McGill, foyer du dépassement des clivages du droit occidental?

⁵¹ Voir: Yaëll EMERICH, «Regard civiliste sur le droit des biens de la common law: pour une conception transsystémique de la propriété», (2008) 38 *R.G.D.* 339.

généraux et, des situations auxquelles elles s'appliquent, une seule et même notion construite par des définitions générales. Il est de produire une notion attrape-tout qui perd sa spécificité en digérant, par son syncrétisme, des techniques qui lui sont étrangères.

Pour limiter le risque d'erreur et pour éviter de se contenter de pétitions de principe, il semble opportun de partir des doctrines qui sont à l'origine de l'avènement de l'idée d'affectation. La découverte par la science allemande du rôle du but dans le droit, l'idée selon laquelle les droits n'appartiennent pas tant à un titulaire qu'à leur destination (*supra*, 2^o) a été pour la première fois mise en pratique par Ihering lui-même, son initiateur, dans un domaine sensible pour ladite science allemande au XIX^e siècle, domaine évoqué à juste raison dans sa contribution par Blandine Mallet-Bricout, la possession⁵². Le propos d'Ihering était de renverser le point de départ de l'édification de l'empire scientifique de l'école pandectiste, la théorie savignienne de la possession⁵³. Pour combattre ce monument fondateur qui reposait tout entier sur la volonté du possesseur, volonté que Savigny avait magnifiée en créant la notion d'*animus domini*, Ihering a soutenu que la possession se réduit en réalité à un corpus, l'*animus* n'étant rien d'autre, pour lui, que le comportement du possesseur, lequel n'a, en pratique, pas de volonté juridique. Ce n'est pas sa volonté d'être propriétaire qui produit des effets de droit, c'est le fait de tenir la chose d'une certaine manière, de le faire sur un mode qui est conforme à sa destination, labourer des champs, ou ouvrir les portes et les fenêtres d'une maison pour pouvoir l'habiter, par exemple⁵⁴. C'est le spectacle qu'offre cette situation normale à la société qui colore la possession et

⁵² Rudolph von IHERING, *Über den Grund des besitzschutzes. Eine revision der Lehre von Besitz*, 2^e éd. Iéna, Maute's Verlag (Hermann Dusst), 1869, traduit par Octave DE MEULENAERE, *Du fondement de la protection possessoire. Révision de la théorie de la possession*, Paris, Éditions A. Marescq, 1875; Rudolf von IHERING, *Der Besitzewille. Zugleich eine Kritik*, Iéna, G. Fischer, 1889, traduit par Octave DE MEULENAERE, *Études Complémentaires de l'Esprit du droit romain. : III. Du rôle de la volonté dans la possession. Critique de la méthode juridique régnante*, Paris, Éditions Chevalier-Marescq, 1891.

⁵³ Friedrich-Carl von SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, Giessen, Heyer, 1827, traduit par Henri STAEDTLER, *Traité de la possession en droit romain*, 2^e éd., Paris, Éditions A. Durand et Pedone-Lauriel, 1870. Ce traité a inauguré la méthode pandectiste consistant à dégager des principes généraux à partir d'une relecture directe des textes romains. Il avait donc une forte signification symbolique.

⁵⁴ Voir sur cette querelle célèbre, notamment: Jean-Marc TRIGEAUD, *La possession des droits immobiliers: nature et fondement*, Paris, Éditions Economica, 1981.

fait qu'elle a des conséquences de droit (l'usucapion notamment), non pas un hypothétique état d'esprit et encore moins une volonté. Cette doctrine téléologique de la possession repose sur une vision objectiviste du droit dans laquelle les choses dictent les solutions par leur vocation intrinsèque, que cette vocation soit envisagée comme un élément de leur nature ou de la manière dont elles ont été hominisées, c'est-à-dire de l'utilité qu'elles peuvent avoir pour les hommes. C'est la même idée que l'on retrouve à la base des patrimoines sans maître de Brinz. Les biens de l'État et des cités ne sont pas publics par un acte de volonté, mais par leur destination intrinsèque, qui est de servir le public, c'est en cela, et en cela seulement que les patrimoines sans maître sont des patrimoines d'affectation. Telle est la conception des biens des sociétés traditionnelles : les choses n'y appartiennent pas aux hommes, lesquels n'en ont qu'un usage commun, usage qui doit se conformer à la vocation de chacune d'elles.

Cette conception n'est pas si archaïque qu'elle paraît, puisqu'elle a jailli dans la figure de proue de la doctrine moderne, la science allemande, elle est peut-être même en avance sur son temps, ce que l'on développera plus loin. En tout cas, elle est au cœur de l'affectation québécoise. L'affectation des biens fiduciaires n'y est pas nécessairement un acte de volonté. La fiducie, sous ces cieux, n'est pas, comme de l'autre côté de l'Atlantique, nécessairement un acte juridique ; elle peut résulter d'un jugement ou même de la loi (art. 1262 C.c.Q.). Elle n'est pas – théoriquement – soumise à la volonté d'un propriétaire, qu'il s'agisse du fiduciaire ou du bénéficiaire, lesquels n'ont aucun droit sur les biens qui la constituent. Ces biens n'ont pas de maître et leur sort est exclusivement réglé par leur affectation, laquelle, pour les raisons qui précèdent, ne dépend pas nécessairement d'une volonté.

Il faut donc prendre au sérieux la vision objectiviste de l'affectation. Même si elle apparaît, à première vue, à contre-courant. Si l'on en croit Caroline Cassagnabère, l'esprit moderne aurait révisé ces représentations d'un autre temps en leur substituant la loi de la volonté et de la propriété. Il est vrai que toutes les contributions vont dans ce sens : l'affectation ne se conçoit pas sans un acte de volonté et, compte tenu de ses conséquences, qui d'autre que le propriétaire serait le plus autorisé à l'accomplir⁵⁵ ? Chaque contributeur, à sa manière, célèbre le mythe savignien : tout

⁵⁵ Voir : Serge GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1976, qui analyse l'affectation comme un acte de disposition.

revient à la volonté. Pour les uns, modérés, l'affectation est ambivalente, elle est à la fois volonté (clin d'œil à Savigny) et intérêt (clin d'œil objectiviste à Ihering)⁵⁶, elle ne peut pas être réduite à ce dernier élément. Pour les autres, l'affectation est exclusivement un acte, non pas un résultat, et fondamentalement un acte de propriétaire. Pour la débarrasser de toute scorie objectiviste, on la distingue de la destination, simple usage de la chose, afin de lui réserver l'éminente notion de finalité⁵⁷ : l'affectation, c'est ce que le propriétaire entend assigner à la chose. Peut-on imaginer une fiducie sans la volonté d'un propriétaire?

Il y a une corrélation entre propriété et volonté, en ce sens que l'affectation est un acte juridique et que la gravité de cet acte exclut qu'il puisse être accompli par un autre que le propriétaire. Mais ce pouvoir de vouloir qui est à l'œuvre, est-il vraiment un vouloir juridique, le propriétaire a-t-il l'intention de produire, par sa volonté, un effet de droit? Pas nécessairement, si l'on en croit les observations de Sylvio Normand, observations qui mettent en évidence que l'affectation peut prendre la forme d'un simple acte matériel. Fondamentalement, l'affectation, issue d'une pensée réaliste, est-elle autre chose que cela? Prenons le cas de l'immeuble par destination : le propriétaire a-t-il vraiment l'intention de créer un immeuble quand il immobilise un meuble? Pratiquement, force est d'admettre que la seule intention qui l'anime est utilitaire, obtenir un résultat économique ou décoratif; peu lui importent les suites juridiques de son choix. De même, lorsque le propriétaire use d'une certaine manière de sa chose, le modèle que constituera ultérieurement cette pratique pour l'usufruitier, lequel doit jouir comme le propriétaire jouissait avant lui⁵⁸, n'est pas le produit d'un effet juridique, mais la conséquence d'un fait brut, le comportement qu'avait, en son temps, le propriétaire, sans savoir qu'un jour ce comportement deviendrait l'étalon de la jouissance d'un autre. Affecter semble donc être plus un habitus qu'un acte juridique.

Il faut, pour tenter d'élucider le concept d'affectation, conserver présent à l'esprit le sens des constructions qui se sont développées à partir de l'idée de but dans le droit. Leur propos était de dénoncer le formalisme

⁵⁶ Caroline CASSAGNABÈRE, « Définir l'affectation? La notion d'affectation sous le prisme de l'intérêt et de la volonté », *RJO*.2013.2.159.

⁵⁷ Voir : Blandine MALLET-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », (2014) 48 *RJTUM* 537.

⁵⁸ C. civ., art. 578; C.c.Q., art. 1120.

de la dogmatique juridique et de revenir à la réalité concrète des choses. La volonté des acteurs du droit n'est pas une volonté juridique, mais une volonté tout court. Elle n'est pas tendue vers un résultat juridique, mais vers un résultat pratique, utilitaire. Telle est la signification du but que l'école d'Ihering assigne à la volonté. Le but est l'intérêt que les hommes poursuivent par leur action et par leur commerce, il est principalement économique, plus rarement moral⁵⁹. C'est exclusivement un résultat pratique que recherche celui qui possède (habiter une maison ou exploiter une terre), de même que celui qui immobilise un meuble au service d'une exploitation ou d'une maison. C'est encore un intérêt pratique que convoite celui qui assigne à l'immeuble qu'il loue une forme d'exploitation particulière (créer un mouvement de chalandise), ou les copropriétaires qui définissent la destination de leur immeuble (assurer leur tranquillité). Il n'en va pas autrement de celui qui confie des biens à un fiduciaire ou à un *trustee*, lesquels n'entendent pas faire autre chose qu'assurer l'entretien de quelqu'un, lui transmettre des biens, garantir une dette, conserver ou gérer un bien, etc. Tout cela, ce ne sont que des utilités, des bienfaits économiques; les mécanismes juridiques ne sont que les moyens mis en œuvre – pas toujours consciemment, d'ailleurs – pour les obtenir. Celui qui crée une universalité de droit, ne cherche pas, en soi, ce résultat, mais aspire à procurer une garantie à des créanciers tout en se protégeant de leurs poursuites, ou, dans le cas d'une fondation fiduciaire (possible en droit québécois), à mener une action culturelle ou philanthropique.

La volonté s'efface donc derrière le but, qui la vide de sa substance juridique et fait s'effondrer l'édifice de l'acte juridique d'affectation. Mais il y a plus. La volonté purement matérielle du propriétaire n'est pas aussi plénipotentiaire qu'elle paraît. Son choix est le plus souvent dicté par l'utilité objective de la chose, réalité que l'acte d'affecter révèle plus qu'il n'impose. On n'immobilise pas n'importe quels meubles, mais seulement ceux qui présentent une utilité pour le fonds, machines et animaux d'exploita-

⁵⁹ Cet aspect de l'affectation est tout particulièrement mis en évidence par Caroline CASSAGNABÈRE, *préc.*, note 56, qui trouve dans l'intérêt le but de l'affectation et qui définit cet intérêt par l'utilité que poursuit l'auteur de l'affectation. Elle prend à juste raison le soin de ne pas confondre cette utilité téléologique avec l'usage sur lequel débouche une vision immédiate et primaire de l'affectation. Il faut aller encore plus loin que cette idée que l'affectation est la recherche de l'utile et préciser que cet intérêt final n'est pas un résultat juridique.

tion, objets qui ont une vocation intrinsèque que le propriétaire se borne à mettre en œuvre. De même, le corpus possessoire, on l'a vu, n'est révélé par l'exploitation de l'immeuble que dans la mesure où cette exploitation a lieu selon les potentialités dudit bien. De même encore, la clause d'habitation bourgeoise ne fait rien d'autre que rappeler qu'un immeuble d'habitation est fait pour être habité et non pas pour être exploité. On pourrait, élargissant le champ de l'observation, faire la même observation pour les biens du domaine public, qui, pour la plupart d'entre eux, ne sont pas arbitrairement affectés à l'usage du public et constituent intrinsèquement des choses d'utilité commune (routes, cours d'eaux, rivages et espace maritime, etc.).

Outre que la recherche de l'affectation dans la volonté est source d'illusion, l'affectation voulue par le propriétaire est loin d'épuiser le sujet de l'affectation, sujet qui est beaucoup plus vaste que ne le suggère l'histoire législative du Québec, rivée sur la question du *trust*. Il se pourrait même que cette affectation volontaire fût marquée par le paradigme d'une tout autre affectation, involontaire celle-là, ce que suggère son idée d'un patrimoine dépourvu de propriétaire. La vision moderne de l'affectation n'est pas aussi univoque qu'on le dit ; le règne de la volonté ne correspond qu'à une partie de l'héritage moderne, d'autres composantes, très différentes, sont venues se joindre à elle, parfois en un subtil contrepoint. Les excès du volontarisme ont fait naître une vision sociale du droit, horizon de prédilection pour une perception objectiviste de l'affectation (vision qui en est, d'ailleurs, probablement la source historique) : les choses ne sont pas seulement ce que veut leur propriétaire, elles ont aussi une finalité commune que leur assigne la société. Cette logique est à l'œuvre dans le droit brésilien, dont la Constitution assigne une fonction sociale au droit de propriété. Anne-Françoise Debruche montre, à partir de là, ce que peut être une vision objectiviste du contentieux possessoire conçu dans un but social : est préférée non pas celle des parties dont la possession est la meilleure, mais celle qui utilise le fonds de la manière la plus conforme aux valeurs constitutionnelles⁶⁰. La fonctionnalisation de la propriété au service d'un but commun n'est pas nouvelle, notamment dans le domaine des immeubles, dont la communauté originelle a trouvé sa revanche à l'époque moderne dans un réseau de solidarités imposées par l'autorité publique, souvent à partir de la considération qu'un immeuble a une

⁶⁰ *Supra*, p. 623, premier astérisque.

vocation déterminée que dictent sa situation et l'intérêt général⁶¹. Cette affectation est, certes, publique, et donc extérieure au domaine de ce séminaire, mais qui ne voit l'étendue de ses implications sur les rapports de droit privé? Il faudrait ajouter à cette invitation à réfléchir sur l'affectation sociale des biens une contribution qui a manqué dans le séminaire, une contribution environnementale, qui aurait permis de prendre toute la mesure de la logique de l'affectation lorsqu'il s'agit de protection de la nature. Y a-t-il une illustration plus éloquente de l'idée que ce sont les choses qui dictent leur vocation, plutôt que les hommes? Les parcs nationaux, sites classés et autres monuments naturels imposent aux propriétaires et au commerce juridique la loi de leur affectation⁶² et modèlent, ce faisant, les rapports de droit privé. Non seulement la propriété n'est pas la source de l'affectation, mais, en outre, l'affectation subvertit la propriété, comme le montre le droit québécois, en lui imposant une logique qui lui est étrangère, idée de taille qu'il va falloir affronter.

Ces affectations étrangères au pouvoir de la volonté strictement entendu véhiculent une tout autre logique, corrosive pour la propriété, qui confirme le déclin du volontarisme et la montée de l'objectivisme. Et, ce qui est le plus important pour notre réflexion, le siège de cette logique se trouve dans l'affectation même, concept qui s'avère être la négation de la propriété. La thèse de l'affectation propriétaire, volontiers optimiste, minimise l'antagonisme. Elle voit dans le propriétaire un sujet dont les attributs sont restreints par l'affectation, ou, tout au plus, un relais de la volonté extérieure qui modélise sa propriété⁶³. Toutefois, les rapports entre propriété et affectation ne se réduisent pas à une simple tension, ils ont quelque chose de dissolvant. En devenant affectée, la propriété se déna-

⁶¹ La littérature sur la socialisation du droit de propriété immobilière est immense et bien connue. Sa recension ici est inutile. Il faut souligner tout particulièrement le rôle qu'a exercé dans cette socialisation la réglementation de l'urbanisme.

⁶² « Propriété située dans un environnement *typé*, le servant et en tirant profit, qui en sera solidaire et qui en *portera la marque*, telle est déjà, et demain plus encore, la propriété foncière en milieu protégé » [Yannick TRÉMORIN, « Propriété, nature et dénaturation : prolégomènes à un examen du statut de la propriété foncière en droit de l'environnement », dans *Les modèles propriétaires au XXI^e siècle : actes du colloque international organisé par le Centre d'études sur la coopération juridique internationale en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Paris, Presses universitaires juridiques de Poitiers/L.G.D.J., 2012, p. 127 (nos italiques)].

⁶³ Voir : B. MALLET-BRICOUT, préc. note 57.

ture, parce qu'elle passe d'un pouvoir du sujet au moyen d'atteindre un but, elle est instrumentalisée.

Pour le comprendre, il faut, au préalable, introduire une distinction que nous avons proposée avec Thierry Revet⁶⁴, et qui est reprise ici par Blandine Mallet-Bricout, entre affectation des biens et affectation de propriété. La propriété affectée ne consiste pas simplement à assigner un emploi déterminé à un bien, elle est une affectation de la propriété elle-même –*stricto sensu*, c'est-à-dire une affectation de l'exclusivité, son emploi à un usage déterminé. Sa frontière avec l'affectation des biens n'est pas facile à définir, car l'affectation de propriété peut servir elle-même à affecter des biens. La fiducie, par exemple, est une propriété affectée, puisque le propriétaire se défait de son droit afin d'atteindre un but déterminé, mais elle tend, ce faisant, à affecter des biens. Il n'est cependant pas indispensable d'affecter la propriété pour affecter un bien : le montre clairement l'institution de l'EIRL (l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée) française, dans laquelle des biens sont affectés à une exploitation sans, pour autant, changer de propriétaire. Le droit québécois identifie tellement l'affectation des biens à l'affectation de la propriété qu'il écarte la notion d'affectation en cas de multiplication des patrimoines, et préfère parler, de division plutôt que d'affectation. La distinction entre affectation de la propriété et affectation des biens est encore plus nette dans le cas où la fiducie est employée comme sûreté : c'est grâce à la perte de son seul droit de propriété (il peut conserver la jouissance de sa chose) et à la constitution du créancier comme propriétaire, que le but recherché – la garantie – est atteint.

Ce qui intéresse ce séminaire dans la figure de la propriété affectée, c'est qu'elle met particulièrement en évidence l'effet corrosif que produit l'affectation sur la propriété en l'instrumentalisant, là où la simple affectation des biens demeure, quant à elle, neutre. Elle est, en somme, la figure paroxystique de l'affectation. La fonctionnalisation de la propriété est une contradiction *in terminis*, contradiction qui, à terme, cannibalise la propriété, ou, en tout cas, une certaine propriété. La propriété est une technique qui peut servir à bien d'autres fins que celle de réserver à une personne les utilités d'une chose. Elle peut être employée pour satisfaire l'intérêt d'autres personnes que le propriétaire. Non seulement elle peut

⁶⁴ Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1998, n° 236 et 237.

servir à réaliser une transmission en introduisant une intermédiation dans le changement de propriétaire, mais elle peut aussi rendre des services à d'autres que le propriétaire. Elle peut être le moyen de les entretenir, de leur donner des récompenses, de leur fournir du crédit, ou même tout simplement de leur permettre d'user des biens, comme dans le cas du domaine public. L'utilisation de la propriété comme moyen atteint un degré caricatural lorsque ce moyen sert à combattre... la propriété elle-même. C'est ce qui se produit précisément dans l'hypothèse du domaine public. La propriété y est utilisée pour interdire à tous de s'approprier ou de prétendre jouir exclusivement des biens publics, afin de permettre à chacun d'en avoir l'usage: la propriété publique est un rempart contre la propriété privée. La même logique est à l'œuvre dans les patrimoines communs. Celui de l'humanité sert à interdire de s'approprier certaines choses qui sont, de toute éternité, ouvertes à la jouissance de tous sans pouvoir être réservées par quelques-uns ou, en tous cas, qui ne peuvent l'être que de manière comptable et responsable à l'égard de tous. Le patrimoine commun de la nation transpose ce modèle pour les biens d'un peuple déterminé. On ne parle pas d'affectation à propos des patrimoines communs, contrairement à l'hypothèse du domaine public, mais le classement de certains biens dans ces patrimoines sonne comme une affectation. Comment ne pas voir que c'est cette logique destructrice qui est à l'œuvre dans l'affectation québécoise, laquelle utilise la propriété comme une affectation de biens sans maître et présente l'affectation comme une alternative à la propriété?

6° L'affectation porteuse d'avenir

On est frappé par l'ironie avec laquelle l'histoire a engendré la fiducie québécoise. Partis à la recherche de la tradition civilistes, les codificateurs de 1994 sont revenus avec une figure insolite dont on va voir qu'elle a plus la signification d'une innovation futuriste que celle d'une relique ancrant dans les sanctuaires de la tradition⁶⁵. Croyant se ressourcer au passé, ils ont, à la place, inventé l'avenir. En mettant en exergue la dimension d'affectation de la propriété fiduciaire, ils ont libéré l'énergie subversive que

⁶⁵ À moins de considérer que le droit postmoderne dont il va être question puise ses racines et une partie de sa rationalité dans le droit prémoderne, auquel cas, l'affectation serait un retour à un passé (autre que le droit romaniste), mais à un passé chargé d'avenir.

recèle ce modèle. Apparemment fondé sur des mécanismes classiques, ledit modèle est, en réalité, tout au contraire, porteur de potentialités destructrices à l'égard du subjectivisme juridique. Alors que la propriété tend à réserver des utilités à quelqu'un et à en exclure autrui, le prédicat fiduciaire l'oblige, au contraire, à faire appel à d'autres et, de surcroît, pour s'occuper des intérêts d'autrui. Les codificateurs sont allés tellement loin, bien qu'à leur insu, dans cette démarche subversive, qu'ils ont explicitement éliminé la propriété de la fiducie et fait du fiduciaire un simple administrateur. Mieux, ils ont tellement cultivé l'affectation, qu'ils ont fini par décider que les biens fiduciaires n'auraient pas de maître, que ces biens n'appartiendraient à personne, parce que des biens affectés n'ont pas besoin de propriétaire. Même si le résultat de leur œuvre est imparfait, ils ont fait de l'utopie de Brinz une réalité en offrant à la propriété une alternative, l'affectation. Ce faisant, ils ont rendu hommage au post-subjectivisme allemand de la fin du ^{xix}^e siècle, avant-garde en même temps que décadence de la pensée juridique romaniste. Ici comme dans de nombreux autres domaines, ils ont fait un code de leur temps, un temps plus tout à fait moderne, très différent de celui des codes qui ont fleuri à partir du ^{xviii}^e siècle. Ils ont fait un code qui porte les valeurs et les paradigmes du passage de la modernité à la postmodernité.

À l'âge post-moderne, on ne voit plus du tout les rapports entre les personnes et les choses de la même manière qu'à l'âge moderne⁶⁶. Au lieu que les choses soient soumises à l'homme conquérant, c'est l'homme, désormais revenu à l'humilité, qui se soumet aux choses, qui accepte leur rationalité et respecte leur vocation. C'est en cela que l'alternative affectation/propriété que contient le code québécois est prophétique et dépasse très largement l'ordre de la technique juridique pour investir celui de la philosophie.

Le droit postmoderne, qui a commencé à s'instiller dans les flancs de la modernité dès le ^{xx}^e siècle, et qui se développe sous nos yeux au début du troisième millénaire détrône la propriété en réhabilitant les choses. Il est, comme Ihering et Brinz, antisubjectiviste et donc objectiviste. Le monde qui entoure les hommes n'est pas nécessairement objet

⁶⁶ Voir : Frédéric ZÉNATI-CASTAING, « Le crépuscule de la propriété moderne », dans *Les modèles propriétaires au ^{xxi}^e siècle : actes du colloque international organisé par le Centre d'études sur la coopération juridique internationale en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, préc., note 62, p. 225.

d'appropriation, il peut exister sans propriétaire, à l'état que lui imprime la nature, celui de choses offertes à l'usage de tous. L'humilité de l'homme postmoderne est telle qu'il ne s'autorise à exercer ce droit d'usage que de manière parcimonieuse pour ne pas compromettre celui des générations futures. Le code québécois est, d'une certaine manière, héritier immédiat de l'invention par les Nations unies du patrimoine commun de l'humanité, symbole du droit postmoderne. Un patrimoine sans maître, lui aussi, qu'il faut conserver et administrer avec soin en vue d'en assurer la transmission. À l'aube de cet âge nouveau, l'homme n'a plus l'âme d'un propriétaire, mais celle d'un fidéicommissaire.

Ce n'est pas à dire qu'à la propriété va succéder son contraire, la communauté. La montée des choses communes et la réhabilitation de l'usage des choses sans propriété sont un paradigme, qui traduit une révolution des esprits sans, pour autant, affecter la stabilité des institutions. Plus sûrement qu'une nuit du 4 août ou qu'une prise du Palais d'hiver, ce paradigme est porteur d'un ordre nouveau qui sera autant tributaire du passé qu'inédit. La propriété y aura toujours sa place, mais non monopolistique, et une place revue et corrigée. Le propriétaire n'y sera plus un monarque, mais un détenteur, parmi d'autres, qui doit agir de manière responsable. C'est en cela que l'affectation révolutionne la propriété. Loin de la puissance du propriétaire moderne, le propriétaire d'affectation a une mission à remplir et répond de sa gestion à l'égard de ceux qui lui succéderont par la suite. Il a davantage une compétence qu'un droit subjectif. Les frontières avec la propriété publique deviennent floues. Cette propriété très particulière est déjà une propriété d'affectation, son exclusivité vise à servir autrui, et, son administration est assurée par une personne investie d'une compétence.

L'affectation a donc un double rôle historique à l'égard de la propriété, réduire son étendue pour en libérer une partie des choses, et la discipliner. Tel est le message de l'affectation québécoise.