

La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise

Sylvio Normand and Jacques Gosselin

Volume 31, Number 3, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043035ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043035ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Normand, S. & Gosselin, J. (1990). La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise. *Les Cahiers de droit*, 31(3), 681–729. <https://doi.org/10.7202/043035ar>

Article abstract

The Quebec legal community has always been attracted by the trust in the Civil code. Courts and authors have taken the opportunity to question its origins and nature as well as the legal regime applicable to it. The purpose of this paper is to highlight the main thrust of opinions expressed by jurists and elucidate their reasoning. An analysis of the literature made possible a classification into three major groups of protagonists : the pragmatists, the protectionists and the innovators.

The pragmatists saw the trust as being of English origin. Their feeling was that even in Civil law, the institution should be used in such manner as to reach the same ends as in common law. For them, the trust was a hybrid institution and their approach to it was empirical in nature. Hence, there was no global view of the trust, but rather a succession of solutions and comments adapted to problems as they arose — since their objective was to adapt the institution to current uses and practices.

The protectionists were resolutely against the pragmatists' way of seeing things. As ardent defenders of orthodoxy, they generally considered the trust as being of French origin and went about underscoring its submission to Civil law. They were therefore seeking to counter the pragmatists' theses that they saw as erroneous and even heretical.

Just as the protectionists, the innovators also took a dim view of the pragmatists, but their tone was milder. Their first objective was to propose in Civil law the introduction of concepts that they felt better adapted to the trust.

In all, the three groups went about advancing their premises in a coherent context — each one seeking to outdo the others. But not everyone could win in this game. Since the pragmatists were heavily represented in the legal community, their view came to prevail. The protectionists were the big losers since their reasoning made no inroads into the pragmatists' thinking and in fact, left them totally indifferent. The innovators, however, managed to get their ideas across, not by convincing the pragmatists but by influencing the legislators.

La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise *

Sylvio NORMAND **
Jacques GOSSELIN ***

Mais jurisprudence et doctrine sont un effort constant vers la vérité avec avances et reculs temporaires, avant d'atteindre finalement l'unanimité d'opinion vers laquelle tous tendent avec la plus grande sincérité.

J.-E. BILLETTE, « La fiducie »,
(1933-34) 12 *R. du D.* 159, 164.

La fiducie du Code civil a toujours suscité un grand intérêt dans la communauté juridique québécoise. Autant les tribunaux que les auteurs eurent l'occasion de s'interroger sur son origine et sa nature ainsi que sur le régime juridique qui lui était applicable. Le but de cette étude est d'établir les lignes directrices des opinions véhiculées par les juristes qui ont abordé le sujet et de révéler la trame de leur discours. L'analyse du corpus documentaire a permis de regrouper en trois grandes classes les intervenants, à savoir : les pragmatiques, les protectionnistes et les novateurs.

Les pragmatiques considéraient la fiducie comme étant d'origine anglaise. Aussi estimaient-ils qu'il y avait lieu de faire en sorte que l'institution, même « civilisée », permette de parvenir aux mêmes fins que le trust anglais. Ils

* Les auteurs expriment leur gratitude au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (subvention 410-89-1206) et à la Fondation du Barreau du Québec qui ont appuyé financièrement le projet de recherche à la base de cet article. Ils remercient également monsieur Alain Hudon qui a effectué une partie de la recherche documentaire ainsi que les professeurs François Frenette et Pierre Issalys, de la Faculté de droit de l'Université Laval, et le professeur David Howes, du Département de sociologie et d'anthropologie de l'Université Concordia, pour leurs commentaires.

** Professeur agrégé, Faculté de droit, Université Laval.

*** Juriste, ministère de la Justice du Québec ; l'auteur exprime ici des idées personnelles qui ne lient pas son employeur.

faisaient donc de la fiducie une institution hybride. La démarche des pragmatiques était avant tout empirique. Ils ne présentaient donc pas une vision englobante de la fiducie, mais se contentaient plutôt de proposer des solutions ou d'émettre des commentaires au fur et à mesure que les problèmes surgissaient. Leur objectif premier était d'adapter l'institution aux usages et aux vues de la pratique. Les protectionnistes s'opposaient fermement à cette façon de voir. Ardents défenseurs de l'orthodoxie, ils considéraient généralement la fiducie comme étant d'origine française et s'appliquaient à souligner son assujettissement au droit civil. Ils cherchaient donc à contrecarrer les thèses des pragmatiques qu'ils voyaient comme des errements, sinon des hérésies. Les novateurs, à l'instar des protectionnistes, s'en prenaient également aux pragmatiques. Ils empruntaient cependant un ton beaucoup moins fougueux. Leur but premier était de proposer, en droit civil, l'introduction de nouveaux concepts qu'ils estimaient mieux convenir à la fiducie.

Les trois groupes inscrivaient leur démarche dans un discours cohérent ; les uns désirant imposer leurs idées aux autres. À ce jeu, tous ne pouvaient être gagnants. Les pragmatiques, fortement représentés dans l'appareil judiciaire, ont fait prévaloir leur point de vue. Les protectionnistes furent les grands perdants. Leur discours de réaction n'eut aucune influence sur les pragmatiques et les laissa même totalement indifférents. En revanche, les novateurs ont réussi à faire prévaloir leurs idées, non pas en convainquant les pragmatiques, mais en influençant le législateur.

The Quebec legal community has always been attracted by the trust in the Civil code. Courts and authors have taken the opportunity to question its origins and nature as well as the legal regime applicable to it. The purpose of this paper is to highlight the main thrust of opinions expressed by jurists and elucidate their reasoning. An analysis of the literature made possible a classification into three major groups of protagonists: the pragmatists, the protectionists and the innovators.

The pragmatists saw the trust as being of English origin. Their feeling was that even in Civil law, the institution should be used in such manner as to reach the same ends as in common law. For them, the trust was a hybrid institution and their approach to it was empirical in nature. Hence, there was no global view of the trust, but rather a succession of solutions and comments adapted to problems as they arose — since their objective was to adapt the institution to current uses and practices.

The protectionists were resolutely against the pragmatists' way of seeing things. As ardent defenders of orthodoxy, they generally considered the trust as being of French origin and went about underscoring its submission to Civil law. They were therefore seeking to counter the pragmatists' theses that they saw as erroneous and even heretical.

Just as the protectionists, the innovators also took a dim view of the pragmatists, but their tone was milder. Their first objective was to propose in Civil law the introduction of concepts that they felt better adapted to the trust.

In all, the three groups went about advancing their premises in a coherent context — each one seeking to outdo the others. But not everyone could win in this game. Since the pragmatists were heavily represented in the legal community, their view came to prevail. The protectionists were the big losers since their reasoning made no inroads into the pragmatists' thinking and in fact, left them totally indifferent. The innovators, however, managed to get their ideas across, not by convincing the pragmatists but by influencing the legislators.

	<i>Page</i>
1. Une manière d'être de la propriété : l'approche des pragmatiques	688
1.1. La nécessité de tenir compte des origines de la loi	688
1.1.1. Une reformulation de la notion de propriété	689
1.1.2. Un champ d'influence difficile à déterminer	695
1.2. Le réalisme judiciaire	701
2. Une simple modalité du droit des donations : l'approche des protectionnistes	705
2.1. Une institution en rien redevable au droit anglais	705
2.2. Le fiduciaire est un administrateur	707
2.3. La fiducie n'est qu'un simple incident	710
3. Une entité juridique distincte : l'approche des novateurs	714
3.1. La théorie de l'institution	715
3.2. La théorie du patrimoine d'affectation	719
Conclusion	726

La présente étude explore une facette de l'histoire de la pensée juridique québécoise. Plusieurs approches peuvent être adoptées pour aborder ce type de recherche. Fréquemment de telles études relèvent clairement de la philosophie

du droit. Cependant, la présente recherche n'est aucunement axée vers ce type de préoccupation. Elle n'est pas davantage une étude doctrinale qui cherche à établir la nature et la portée juridique de certains concepts du droit. Elle veut plutôt déterminer comment les juristes québécois ont réagi face à certaines questions qui leur étaient posées.

La notion de pensée juridique recevra donc une large acception. Toutefois, contrairement à ce que l'on pourrait croire, il ne s'agit pas de s'intéresser uniquement à l'œuvre doctrinale ; l'apport du législateur, des tribunaux et des praticiens sera également pris en considération. L'étude cherche à prendre en compte la production juridique dans son ensemble, peu importe d'où elle émane, ainsi que le discours qu'elle a généré¹.

Le législateur est souvent le premier acteur dans le processus d'édification de la pensée juridique. En effet, la loi peut, en elle-même, révéler certains choix que le législateur a décidé d'effectuer. L'abrogation d'une disposition et la modification du droit existant sont ainsi l'expression d'une volonté de changement des normes juridiques.

Les juges, en tant qu'interprètes de la législation, possèdent des pouvoirs étendus, ils peuvent même aller jusqu'à modifier sensiblement la teneur d'une norme juridique. En outre, même dans un litige de caractère civil, influencés en cela par la common law, les juges du Québec adoptent un type de rédaction informel qui leur permet de s'exprimer librement en livrant des propos qui vont souvent bien au-delà des questions soumises. Il s'ensuit que le discours des juges, même contenu à l'intérieur des limites inhérentes à leur fonction, s'apparente souvent davantage à un exposé doctrinal qu'au style lapidaire des arrêts dans la tradition civiliste, suivant le modèle offert par les arrêts de la Cour de Cassation française. L'apport des juges dans l'édification de la pensée juridique québécoise occupe donc une place qui dépasse celle qui est habituellement reconnue à la jurisprudence dans un système de droit civiliste².

Les écrits doctrinaux des praticiens et des universitaires constituent, à n'en pas douter, l'une des sources de la pensée juridique. Leurs travaux, publiés sous forme d'articles de périodiques ou de monographies, ont habituellement pour but de présenter l'état du droit en le soumettant à un examen critique, afin de faire ressortir les problèmes d'une situation juridique donnée

-
1. Sur le travail juridique et la production qui en découle, voir : P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64 (1986), p. 4s.
 2. N. ANTAKI, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges : le droit des entreprises », (1980) 21 *C. de D.* 231, p. 245 et A. POPOVICI, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec? », (1973) 8 *R.J.T.* 189.

et de proposer des solutions. La production doctrinale québécoise, malgré des débuts modestes, remonte au milieu du XIX^e siècle. Durant plus d'un siècle elle sera le fait de praticiens du droit ; ce n'est que depuis une vingtaine d'années qu'elle est devenue le canal privilégié de l'expression de l'opinion des universitaires³.

Avocats et notaires ont fréquemment contribué à la transformation du droit par la rédaction d'actes juridiques ou de pièces de procédure. Cet apport ressort à l'occasion, mais souvent de façon bien timide, à travers les décisions des tribunaux. Malgré la difficulté d'en mesurer l'ampleur, il vaut la peine de chercher à évaluer l'influence des praticiens dans le processus de changement du droit⁴.

Cette recherche s'intéresse essentiellement à l'évolution de la pensée juridique en droit privé. L'objet précis de la recherche est la fiducie du Code civil. Cette institution peut être définie succinctement « [comme] une disposition par laquelle on transmet des biens à une personne, le fiduciaire, à charge de les gérer et de les remettre ultérieurement à d'autres »⁵. Connue en droit coutumier français, souvent assimilée au *trust* anglais, la fiducie fut intégrée au Code lors de la codification et elle donna lieu, en 1879⁶, à une importante intervention législative. Il est certain que, dès le début du XVIII^e siècle, elle fut utilisée par des praticiens, attachés à une clientèle bourgeoise anglo-saxonne, qui y voyaient le pendant du *trust*⁷. Pour leur part, les tribunaux, de même que les auteurs, eurent l'occasion de s'interroger sur son origine et sa nature, de même que sur le régime juridique qui lui était applicable. Les arrêts portant sur la fiducie, de même que les articles qui lui ont été consacrés, constituent un corpus impressionnant. En fait, la fiducie a été l'un des domaines où l'apport des différents acteurs du monde juridique fut des plus remarquables.

L'objectif de notre étude n'est évidemment pas de rendre compte dans le détail du contenu de cette masse documentaire. Il faut donc être conscient que bien des problèmes soulevés par la fiducie ou des questions abordées par les

-
3. R.A. MACDONALD, « Understanding Civil Law Scholarship in Quebec », (1985) 23 *Osgoode Hall L.J.* 573.
 4. N. ANTAKI, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit commercial et économique interne du Québec », (1983-84) 14 *R.D.U.S.* 487 et M. OUELLETTE, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit civil », (1983-84) 14 *R.D.U.S.* 455.
 5. G. BRIÈRE avec la collaboration de L. DESPINS, *Les libéralités*, 8^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 287.
 6. *Acte concernant la fiducie*, S.Q. 1879, ch. 29. Les articles compris dans cette loi furent introduits au *Code civil* lors de la refonte des lois en 1888.
 7. Les arrêts suivants en témoignent du recours au *trust* avant la codification : *Freligh c. Seymour*, (1855) 5 L.C.R. 492 ; *Abbott c. Fraser*, (1874) L.R. 6 P.C. 96 et *Masson c. Masson*, (1912) 47 R.C.S. 42.

tribunaux ou les auteurs ne pouvaient être exposés⁸. Il nous est apparu, qu'au contraire, il fallait centrer notre attention sur certains points névralgiques qui avaient créé des échanges dynamiques entre différents acteurs du monde juridique. Dès lors, deux points majeurs ont attiré notre attention, soit d'une part la question de la propriété des biens en fiducie et d'autre part la détermination du régime juridique applicable à la fiducie. Ces questions sont en fait étroitement liées l'une à l'autre et la réponse à la seconde interrogation dépend pour beaucoup de la solution donnée à la première. Comme nous le verrons, les juges, les auteurs et les praticiens ont, depuis le début du siècle jusqu'à nos jours, longuement discuté sur ces questions et ont avancé diverses solutions pour les résoudre. Les opinions analysées gravitent surtout autour de deux affaires judiciaires célèbres, distantes l'une de l'autre d'une cinquantaine d'années, soit les affaires *Curran et Tucker*. Dans les deux cas, la Cour suprême du Canada a prononcé un arrêt lourd de conséquences qui a donné lieu à des réactions d'appui ou, au contraire, à de vives critiques.

Les auteurs des différents textes, qui constituent le corpus, appartiennent tous au monde juridique ; il s'agit de juges, de praticiens ou d'universitaires (étudiants ou professeurs). Leurs discours épousent, à première vue, une facture très variable. Cela se comprend aisément étant donné les contextes fort différents dans lesquels furent composés les textes considérés. Il peut s'agir de jugements de première instance ou d'arrêts rendus en appel qu'ils soient unanimes ou concurrents, majoritaires ou minoritaires. Quant aux contributions des auteurs, ce sont des commentaires d'arrêts ou des articles de doctrine. Finalement les textes sont de longueur très diverse, allant de quelques pages à plusieurs dizaines.

Notre étude vise d'abord et avant tout à établir les lignes directrices qui lient les opinions des juristes qui abordèrent les questions envisagées. Il s'agit donc de révéler la trame du discours des différents protagonistes, en d'autres mots : de chercher à identifier les liens de filiation entre les acteurs. L'analyse de la documentation nous a permis de constater que, d'après leur façon

8. Ainsi, le domaine d'application de la fiducie ne sera pas pris en considération, sauf de manière incidente, même s'il a donné lieu à un certain nombre de décisions importantes, dont les arrêts : *O'Meara c. Bennett*, [1922] 1 A.C. 80, *Crown Trust Company c. Higher*, [1977] 1 R.C.S. 418 et *Birks c. Birks*, [1983] C.A. 485. Nous ne nous intéresserons pas davantage aux études de droit comparé qui ont porté sur la fiducie québécoise ; parmi celles-ci, on pourrait citer ; R. MANKIEWICZ, « La fiducie québécoise et le trust de Common Law (Étude d'interprétation comparative) », (1952) 12 *R. du B.* 16 ; L.A. WRIGHT, « Trusts and the Civil Law — A Comparative Study », (1967) 6 *Western Ont. L. Rev.* 114 ; A.J. McCLEAN, « The Common Law and the Quebec Trusts — Some Comparisons », (1967) *C. de D.* 333 ; *Idem*, « *Tucker v. Royal Trust C. through Common Law Eyes* », (1984-85) 15 *R. D. U.S.* 31 et Y. ROSSIER, « Étude comparée de certains aspects patrimoniaux de la fiducie », (1988-89) 34 *McGill L.J.* 817.

d'envisager les problèmes, les intervenants pouvaient être répartis en trois grandes classes, soit : les pragmatiques, les protectionnistes et les novateurs.

Les pragmatiques se caractérisent par leur démarche empirique. Ils n'ont pas *a priori* de vues arrêtées sur les problèmes posés par la fiducie et ils évitent de se lier pour l'avenir dans les solutions qu'ils élaborent pour régler ces problèmes. Chez eux les changements dans la pensée procèdent essentiellement par stratification⁹. Malgré cette approche feutrée, ils sont le catalyseur des deux autres groupes. Les protectionnistes produisent un discours directement lié à celui des précédents. Ils craignent les changements apportés au droit par les pragmatiques. Pour eux, si la fiducie peut être intégrée aux institutions du droit civil, elle doit se fondre au décor ambiant plutôt que de chercher à se démarquer. Finalement viennent les novateurs. Par leur méthode, ils s'opposent nettement aux pragmatiques, mais ce désaccord est beaucoup moins évident que dans le cas des protectionnistes. Leur but est avant tout orienté vers la recherche d'une systématisation de la fiducie en regard du droit civil.

Il est possible de croire que les trois clans devaient chercher à partager une vision commune des choses et ultimement atteindre ce but, ainsi que le faisait valoir J.-E. Billette en conclusion à un commentaire consacré à l'arrêt *Curran* : « Mais jurisprudence et doctrine sont un effort constant vers la vérité avec avances et reculs temporaires, avant d'atteindre finalement l'unanimité d'opinion vers laquelle tous tendent avec la plus grande sincérité »¹⁰. Une telle supposition nous apparaît tout à fait irréaliste. Chacun des groupes poursuivait des objectifs propres qui, contrairement à ce que l'on pourrait croire, ne convergeaient pas vers la recherche d'une solution acceptable à tous. Au contraire, les énergies de chacun étaient davantage mises à imposer ses vues qu'à trouver des points de ralliement.

Il ne faut pas perdre de vue que la démarche du juriste a pour objectif premier de persuader un auditoire donné de la justesse de ses propos, parfois même au détriment de la vérité¹¹. Pour parvenir à ses fins, le juriste a recours à des techniques d'argumentation qui lui permettent de faire triompher les thèses qu'il appuie ; il s'agit en fait d'un véritable exercice rhétorique¹². La recherche d'une unanimité d'opinion est, dans un tel contexte, un objectif difficilement crédible, sinon impossible à atteindre.

9. Traitant de la constitution du savoir dans des contextes apparentés au nôtre C. ATIAS parle de sédimentation (*Théorie contre arbitraire : éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, P.U.F., 1987, p. 171 s.), tandis que M. FOUCAULT emploie le mot amoncellement (*L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p. 236).

10. J.E. BILLETTE « La fiducie », (1933-34) 12 *R. du D.* 159, p. 164.

11. C. PERELMAN, *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*. Paris, Dalloz, 1976, p. 116.

12. *Id.*, p. 105 s.

1. Une manière d'être de la propriété : l'approche des pragmatiques

Devant un problème posé, les pragmatiques tenaient pour acquis que la solution devait être trouvée à l'intérieur même de la tradition juridique. Il ne faut cependant pas croire qu'ils percevaient le droit comme une réalité statique. Au contraire, au besoin, ils adaptaient les concepts déjà reconnus par le droit à une réalité nouvelle. Leur méthode était essentiellement stratigraphique. Ils estimaient qu'ils devaient tenir compte du passé, quitte à le réinterpréter à l'occasion, mais leur action était surtout centrée sur le présent. En définitive, ils s'efforçaient de concilier leur propos avec la réalité existante et de constamment mesurer l'effet des solutions qu'ils avançaient sur l'environnement juridique.

Les pragmatiques étant respectueux de la tradition, ils recouraient aux outils connus du droit pour appréhender la fiducie. Aussi, invoquaient-ils les origines de la loi afin de déterminer le droit applicable à la fiducie. En outre, bien que cela soit fait d'une manière inavouée, il est évident qu'ils furent parfois influencés dans leur façon de comprendre la fiducie par des éléments extrinsèques au monde clos du droit ; ils n'hésitèrent pas ainsi à adopter les vues de l'élite économique dont les praticiens étaient les représentants.

1.1. La nécessité de tenir compte des origines de la loi

Les pragmatiques s'entendirent rapidement sur l'origine anglaise des dispositions du Code civil relatives à la fiducie. Au début du siècle, P.-B. Mignault, à qui l'on doit le premier commentaire doctrinal sur le sujet, reconnaissait d'emblée l'origine anglaise de la fiducie : « (...) il est indubitable, affirmait-il, que notre législateur s'est en grande partie inspiré des traditions anglaises »¹³. Par la suite, juges¹⁴ et auteurs¹⁵ sentirent le besoin de rappeler cette ascendance.

Il restait à établir si, en introduisant le *trust* dans le droit québécois, c'est toute l'institution anglaise qui avait été introduite ou si, au contraire, l'emprunt avait été limité à certains traits de caractère seulement. C'est donc à la détermination de l'importance de cette influence que se consacra le clan des pragmatiques. À cet égard, deux questions ont principalement attiré leur attention, soit : la mesure de l'impact de l'emprunt sur la notion civiliste de propriété et la détermination de l'applicabilité du droit civil à la fiducie.

13. P.-B. MIGNAULT *Le droit civil canadien*, tome 5, Montréal, C. Théoret, 1901, p. 154.

14. *Mathison c. Shepherd*, (1909) 35 C.S. 29, p. 48 (le juge Mathieu) et *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283, p. 302 (le juge Rinfret).

15. F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, tome 3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1907, p. 332.

1.1.1. Une reformulation de la notion de propriété

Une fois reconnue l'origine anglaise de la fiducie, on aurait pu croire que tout le droit anglais régissant le *trust* aurait été considéré applicable au Québec, or tel ne fut pas le cas. Rapidement une opinion majoritaire a estimé que le régime de propriété de la common law n'avait pas été implanté au Québec, malgré l'introduction de la fiducie :

Il est évident que nous ne pouvons accueillir, dans notre droit, le système assez fantaisiste du droit anglais, qui voit dans le fiduciaire le propriétaire légal, privé de l'utilité de la chose, et dans le bénéficiaire, le propriétaire équitable, privé du titre légal. (C'est nous qui soulignons).¹⁶

Ces propos de Mignault sont sans équivoque, le dédoublement de la propriété propre à la common law n'a pas été introduit en droit civil. Ce rejet est même empreint d'un jugement plutôt défavorable par rapport à cette conception de la propriété. La common law mise à l'écart, il tentait d'expliquer la nature de la fiducie uniquement en recourant aux notions du droit civil ; le fiduciaire était qualifié de « simple ministre » et le légataire ou le donataire de véritable propriétaire des biens transportés en fiducie¹⁷. Quelques années après, F. Langelier désignait le fiduciaire de propriétaire, mais dans l'intérêt du bénéficiaire¹⁸.

Plus tard, dans l'arrêt *Labiberté c. Larue*¹⁹, la Cour suprême eut l'occasion de se prononcer sur l'introduction au Québec de la notion de dédoublement de la propriété de la common law. Il faut rappeler que la fiducie, dont il était question dans cette affaire, avait été constituée en vertu de la *Loi des pouvoirs spéciaux de certaines corporations*²⁰ et non pas en vertu du Code civil ; il s'agissait donc d'un litige relevant du droit des sûretés et non pas du droit des donations. Le juge Rinfret, sans s'arrêter à établir ces distinctions, rappelait alors le caractère unitaire de la propriété au Québec. Il précisait, en outre, que la fiducie ne conférait pas un droit de propriété à son titulaire :

Or, il convient peut-être de souligner que le système de droit de la province de Québec ne comporte pas la conception de la *common law* qui reconnaît le *beneficial ownership* dans une personne et le *legal title* dans une autre. Dans le Québec, les deux sont invariablement réunis sur la même tête. La propriété est unique. L'usufruit, la substitution, la fiducie, (...) confèrent sur la chose des droits plus ou moins étendus (Arts. 94, 944, 981a, (...)) mais ne transmettent jamais la propriété.²¹

16. P.-B. MIGNAULT *supra*, note 13, p. 155 note a.

17. *Id.*, p. 155.

18. F. LANGELIER, *supra*, note 15, p. 332.

19. *Labiberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7.

20. *Loi des pouvoirs spéciaux de certaines corporations*, S.R.Q., 1925, c. 227.

21. *Labiberté c. Larue*, *supra*, note 19, p. 16, la fiducie dont il s'agit ici est la fiducie du Code civil.

Cet arrêt affirmait, de manière non équivoque, la nature strictement civiliste de la propriété en droit québécois. Deux ans plus tard, dans l'arrêt *Curran c. Davis*²², la Cour revint sur le sujet, mais cette fois-ci elle devait se prononcer sur un cas de fiducie qui relevait bel et bien du Code. Cet arrêt a permis aux pragmatiques de préciser la nature des droits du fiduciaire sur les biens transmis en fiducie.

Dans cette affaire, Sir Mortimer Davis avait constitué une fiducie dont l'un des bénéficiaires, pour une rente annuelle viagère, était son fils adoptif. Alors que le bénéficiaire n'avait pas encore manifesté son acceptation, le donateur révoquait la donation. La question se limitait donc à déterminer si une telle révocation était ou non possible, au cas où, comme dans l'espèce, il y avait défaut d'acceptation par le bénéficiaire. L'affaire posait de manière directe la question de la propriété des biens confiés au fiduciaire. En effet, si, dès la constitution de la fiducie et son acceptation par le fiduciaire, la propriété des biens passait du donateur au fiduciaire, la solution devenait simple : n'ayant plus de pouvoirs sur les dits biens, le donateur ne pouvait prétendre à un droit de révocation. C'est cette thèse que retint la Cour.

D'après une conception civiliste classique, le droit de propriété confère à son titulaire l'entier des prérogatives susceptibles d'être exercées sur une chose. Le propriétaire peut donc poser sur l'objet de son droit des actes matériels ou juridiques qui vont de l'usage à la disposition. Dans un tel contexte, il n'est pas aisé de qualifier de droit de propriété le droit détenu par le fiduciaire, quand on sait qu'il ne peut tirer aucun profit personnel des biens en fiducie. Dans son jugement, le juge Rinfret s'est efforcé de concilier cette propriété fiduciaire avec la notion classique de propriété en droit civil. Il y est parvenu, mais non sans difficulté. D'abord, il a précisé que la propriété fiduciaire est particulière, puisque le fiduciaire ne peut se prévaloir des prérogatives inhérentes de la propriété :

Les *trustees* n'en seront cependant pas propriétaires, dans le sens absolu du mot. Les *trustees*, bien que seuls propriétaires apparents à l'égard des tiers, n'auront ni l'*usus*, ni le *fructus*, ni l'*abusus* de la *trust property*. Cette *property* toutefois est à leur nom ; (...).²³

Quelques lignes plus loin, le juge désigne le bénéficiaire du capital confié au fiduciaire de propriétaire de fait de la *trust property*, mais il ajoute aussitôt qu'il ne s'agit que d'un propriétaire nominal²⁴. Au paragraphe suivant, il réaffirme que les *trustees* détiennent sans partage les attributs du droit de propriété, sans cependant pouvoir en tirer avantage. À la fin de l'arrêt, il

22. *Curran c. Davis*, *supra*, note 14.

23. *Id.*, p. 293.

24. *Id.*, p. 294.

revient sur le sujet pour affirmer à nouveau le caractère peu commun des droits des fiduciaires : « En fait, ils possèdent à peu près tous les droits du propriétaire sans en avoir le titre ; (...) »²⁵. Puis, faisant référence à la signature du contrat conclu entre le constituant et le fiduciaire, il mentionne : « De ce moment, les *trustees* sont absolument investis de tous les droits et de tous les pouvoirs possibles sur les biens transportés, sauf du titre de propriété lui-même ; (...) »²⁶.

Manifestement, la notion civiliste de propriété ne lui paraissait pas suffisamment flexible pour qualifier convenablement les droits détenus par le fiduciaire sur les biens qui lui étaient transmis. Toutefois, il ne faudrait pas croire que, devant cette difficulté à arrimer la fiducie aux institutions du droit civil, le juge Rinfret opta pour la transposition en droit québécois de la propriété dédoublée de la common law. L'arrêt doit être concilié avec l'opinion qu'il avait déjà exprimée, deux ans plus tôt, dans l'arrêt *Laliberté c. Larue*. Il est manifeste que le juge Rinfret n'est pas parvenu à intégrer pleinement la fiducie dans le droit civil québécois. À si peu d'années d'intervalle, ces deux décisions ne sont pas faciles à concilier. Il est évident que le juge Rinfret refusait l'implantation du *trust* avec tout son environnement d'origine. Par ailleurs, il demeurerait conscient que les institutions du système récepteur étaient loin de convenir pleinement. C'est donc au prix de nuances et de distinctions qu'il consentit à accorder, au fiduciaire, la propriété des biens en fiducie ; une propriété sans titre, dit-il, et sans avantage pour son titulaire. Dans un tel contexte, la fiducie faisait figure d'incongruité.

Comme nous le verrons, les protectionnistes n'hésitèrent pas, à l'occasion, à souligner aux tribunaux que la théorie mise de l'avant par les pragmatiques équivalait bel et bien à intégrer dans le droit québécois la notion de dédoublement de la propriété, et ce malgré des prétentions à l'effet contraire²⁷.

Quelques mois après qu'ait été rendu le jugement de la Cour suprême, P.-B. Mignault publiait un commentaire où il exposait sa perception de la fiducie²⁸. Il s'adonnait là à une œuvre de rationalisation. Malgré sa brièveté, cet article est important puisqu'il eût une influence considérable par la suite. Le raisonnement de Mignault rejoignait celui du juge Rinfret, mais il tentait vraisemblablement de corriger les faiblesses susceptibles de porter discrédit au jugement de la Cour suprême²⁹. Il était notamment impérieux de revenir

25. *Id.*, p. 305.

26. *Id.*, p. 305-306.

27. *Infra*, notes 105 à 107 et le texte correspondant.

28. P.-B. MIGNAULT, « À propos de fiducie », (1933-34) 12 *R. du D.* 73.

29. Sur la correction des théories existantes, voir : C. ATIAS, *supra*, note 9, p. 82. Sur le travail complémentaire du juge et du juriste voir : P. BOURDIEU, *supra*, note 1, p. 7.

sur le développement consacré à la nature des droits du fiduciaire. En effet, la reconnaissance d'une propriété de fait et de droit par le juge Rinfret, alors même qu'il avait rejeté la notion de dédoublement de la propriété, portait assez sérieusement atteinte à la rigueur de son raisonnement.

De l'avis de Mignault, la propriété des biens en fiducie se devait de revenir au fiduciaire. La propriété d'une chose, précisait-il, ne peut se retrouver sans titulaire, selon une doctrine unanimement reconnue. Suivant le raisonnement de Mignault, cette règle était absolument incontournable et indiscutable³⁰. Or, ajoutait-il, il est des cas où, quoique le donateur se soit dessaisi de son droit de propriété, le bénéficiaire ne peut être désigné propriétaire pour autant. Il ne restait donc, en toute logique, que le fiduciaire pour remplir cette fonction. Étant donné l'origine britannique des articles, Mignault estimait, qu'à l'instar de la common law, le titre de propriété devait revenir au fiduciaire. En revanche, il maintenait le rejet de la notion de dédoublement de la propriété :

Il n'est pas nécessaire pour cela de suivre le législateur anglais dans la distinction qu'il fait entre la propriété légale et la propriété équitable, *il suffit d'accepter le résultat que la loi anglaise consacre*. (C'est nous qui soulignons).³¹

Il est indéniable que l'objectif poursuivi par Mignault était de parvenir à une meilleure intégration de la fiducie à l'intérieur du système de droit civil québécois, autrement dit à une acculturation de la fiducie par le système récepteur. Il est clair que Mignault reprenait la discussion où elle avait été laissée dans l'arrêt *Curran*. Contrairement au juge Rinfret cependant, il ne s'étonnait pas des particularités de la propriété des biens en fiducie. Le fiduciaire, à son avis, avait la propriété de ces biens, ainsi que l'avait voulu le législateur lorsqu'il avait institué la fiducie. Il ajoutait que cette propriété, malgré sa singularité, n'était pas une impossibilité en droit civil. De sa propre autorité, le législateur pouvait reconnaître l'existence d'un droit de propriété limité dans le temps et dont les effets étaient restreints. Il signalait d'ailleurs des institutions répondant déjà à de telles particularités en droit civil, soit : la substitution et le droit de l'acheteur dans une vente à réméré.

En définitive de l'avis de Mignault, la finalité du *trust* anglais devait se retrouver en droit québécois. Il ne voyait cependant pas la nécessité de recourir à la conception anglaise de la propriété, estimant que le droit de propriété conféré au fiduciaire, malgré ses limites, était conciliable avec la notion de propriété du droit civil.

30. Dans les techniques d'argumentation, il s'agit d'un fait, c'est-à-dire que « nous pouvons postuler à son sujet un accord universel, non controversé » (C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 5^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 90).

31. P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 28, p. 76.

Désormais l'arrêt *Curran* et l'article de Mignault allèrent de pair dans les citations ou les analyses des tribunaux et des auteurs. La thèse de la propriété fiduciaire était généralement acceptée quoique même les pragmatiques faisaient ressortir le caractère peu commun de cette propriété limitée qui était conférée au fiduciaire³². Il fallut attendre l'arrêt *Royal Trust Co. c. Tucker*³³ avant que le clan des pragmatiques ne précise sa pensée quant à la place occupée par la fiducie dans le droit civil. Dans cette affaire les questions qu'avaient à trancher les tribunaux étaient assez près de celles envisagées dans l'arrêt *Curran*, cependant il était nécessaire de pousser plus à fond la réflexion sur les influences respectives du droit civil et de la common law sur la fiducie.

La Cour devait décider notamment s'il était possible de constituer une fiducie alors même que les bénéficiaires de premier rang n'étaient pas encore nés lors de la création de la fiducie. Le jugement, rendu par le juge Beetz, adoptait à peu près la même démarche que celle du juge Rinfret dans l'arrêt *Curran*; toutefois les propos se faisaient beaucoup plus nuancés.

Le poids des arrêts rendus jusqu'alors établissait déjà des balises qu'il était impossible d'ignorer³⁴. Ainsi, l'arrêt *Curran* à l'appui, la Cour reconnaissait d'emblée l'ascendant du droit anglais sur la fiducie. La question de la propriété des biens transportés en fiducie était longuement examinée par le tribunal. Après une revue élaborée de la jurisprudence, et notamment une analyse détaillée de l'arrêt *Curran*, le juge retenait le raisonnement de Mignault dont, précisait-il : « il n'est pas facile d'échapper à la rigueur (...) »³⁵. Il rappelait le principe selon lequel la propriété ne pouvait demeurer sans maître et concluait qu'elle ne pouvait revenir qu'au fiduciaire. On perçoit toutefois chez lui un certain malaise devant le caractère peu conforme du droit de propriété du fiduciaire, en regard de la notion civiliste de propriété. D'ailleurs, il qualifiait de *sui generis*³⁶ ce droit de propriété temporaire et

32. *Greenshields c. R.*, [1958] R.C.S. 216, p. 217-218 et *Reford c. National Trust Company*, [1968] B.R. 689, p. 697-698.

33. *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250.

34. Cette fidélité à l'arrêt *Curran* et à l'article de Mignault montre bien l'importance que revêt le passé en droit, ainsi que l'a déjà signalé P. Bourdieu :

il [le travail juridique] rattache continûment le présent au passé et donne la garantie que, sauf révolution capable de mettre en question les fondements mêmes de l'ordre juridique, l'avenir sera à l'image du passé, que les transformations et les adaptations inévitables seront pensées et parlées dans le langage de la conformité avec le passé.

(*Supra*, note 1, p. 15-16).

35. *Royal Trust Co. c. Tucker*, *supra*, note 33, p. 272.

36. *Id.*, p. 273, cette qualification avait déjà été utilisée par Y. CARON, « The Trust in Quebec », (1979-80) 25 *McGill L.J.* 421, p. 427, alors que P.-B. MIGNAULT avait parlé de la fiducie comme d'une alinéation *sui generis* (« La fiducie dans la province de Québec », *Travaux de la semaine internationale de droit*, chapitre V, *La fiducie en droit moderne*, Paris, Sirey, 1937, p. 45, note 1).

dépourvu de *fructus*. Toutefois, malgré de tels accrocs aux principes du droit civil, il n'hésitait pas à maintenir cette solution notamment à cause de l'ascendant qu'elle avait acquis auprès des praticiens :

À mon avis, la théorie de Mignault est la bonne. Quoiqu'elle comporte l'innovation d'un droit de propriété *sui generis*. C'est encore celle avec laquelle les praticiens sont le plus familiers et se sentent le plus en sécurité, compte tenu de l'appui que lui a donné la jurisprudence.³⁷

La solution à laquelle en est venue la Cour produisit les mêmes effets que dans l'arrêt *Curran* ; dès la signature de l'acte, le donateur s'était dépouillé, au profit du fiduciaire, de son droit de propriété sur les biens en fiducie. C'est donc dire qu'au jour de la constitution de la fiducie, l'existence ou non du bénéficiaire n'était pas requise.

Malgré leur attachement à la solution retenue, les pragmatiques ne furent pas sans éprouver un certain malaise à l'égard de cette propriété singulière. Ils virent là une incongruité en droit civil québécois. F. Frenette, tout en restant fidèle à la position retenue, a tenté une réconciliation entre la fiducie et les concepts du droit civil³⁸. Il s'est d'abord efforcé d'établir la portée effective de l'intégration du *trust* dans le droit québécois :

C'est la notion, l'idée véhiculée par le *trust* en droit anglais et non pas l'institution même du *trust* suivant les principes de fonctionnement de la common law, qui a été intégrée en notre droit. Pourtant, c'est selon les règles propres au droit civil que l'institution québécoise est et doit être comprise, expliquée et gouvernée, le concept original servant uniquement de guide dans un système organisé qui ne peut souffrir de trahison dans son principe.³⁹

L'auteur se trouvait à demeurer fidèle à l'opinion dominante quant à la conception de la fiducie. Toutefois, sa réflexion l'amenait à pousser plus à fond l'effort de rationalisation. Son apport était l'équivalent de ce qu'avait fait Mignault suite au prononcé de l'arrêt *Curran* : éliminer les aspérités provoquées par la jurisprudence. À son avis, il était inutile de qualifier de *sui generis*, de différente, d'exceptionnelle, de limitée ou de particulière la propriété conférée au fiduciaire sur les biens transportés en fiducie⁴⁰. Il préférerait voir une modalité de la propriété dans cette propriété dépourvue d'avantages pour son titulaire. La fiducie prenait donc place aux côtés des propriétés superficière, indivise, conditionnelle et inaliénable. Cette solution faisait d'une pierre deux coups ; d'une part, elle permettait la sauvegarde du discours des pragmatiques et, d'autre part, elle assurait le respect des principes fondamentaux du droit civil.

37. *Id.*

38. F. FRENETTE, « La propriété fiduciaire », (1985) 26 C. de D. 727.

39. *Id.*, p. 728.

40. *Id.*, p. 735.

La solution avancée par les pragmatiques, quant à la propriété des biens en fiducie, fut l'objet d'une vive critique par M. Tancelin⁴¹. Il rejeta d'emblée la thèse de l'unicité du droit de propriété qui, depuis la codification à tout le moins, semblait faire l'unanimité. L'auteur soutenait que la scission de la propriété était reconnue en droit québécois. Cette conclusion s'appuyait notamment sur une lecture attentive du Code qui lui avait permis de relever à huit reprises, dans l'édition originale de 1866, des références à la notion « d'intérêt sur un bien », *interest* en anglais⁴². Partant de là, il s'en prenait au dogme énoncé par le juge Rinfret et repris par le juge Beetz et niait toute valeur à la thèse de l'unicité du droit de propriété :

La thèse officielle de l'unité du droit de propriété n'a pas de valeur pratique. Elle a encore moins de valeur théorique comme le démontrent les jurisprudences contradictoires des arrêts *Laliberté* et *Lefavre*. Elle est enfin ouvertement contredite par l'histoire.⁴³

Quoique la position de l'auteur prenait le contre-pied de celle soutenue jusqu'alors par les pragmatiques, elle appartenait néanmoins à ce courant. En effet, comme ceux-ci, M. Tancelin s'efforçait de parvenir à l'intégration de la fiducie en droit québécois en adaptant les concepts existants. Toutefois, il se refusait à emprunter le chemin tortueux des Rinfret, Mignault et Beetz pour parvenir à ses fins et optait plutôt pour une solution draconienne. Ce faisant, il se désolidarisait des pragmatiques qui, ainsi qu'on peut déjà l'entrevoir, sont bien disposés à élargir les cadres des institutions mais évitent constamment les profondes remises en question. Il faut bien dire cependant que le fossé séparant Tancelin et les pragmatiques n'est pas aussi large que l'on pourrait le croire. Le juge Rinfret, dans l'arrêt *Curran*, prenait pour acquis que la théorie de la dualité du droit de propriété est inapplicable au Québec, mais aussitôt s'efforçait de traduire la même réalité en droit civil en introduisant des notions comme le « propriétaire de fait » et le « propriétaire de droit » ou encore en affirmant que les fiduciaires possèdent à peu près tous les droits d'un propriétaire « sans en avoir le titre ».

1.1.2. Un champ d'influence difficile à déterminer

Les pragmatiques ont constamment rappelé l'origine anglaise de la fiducie du Code civil. Pourtant, ainsi qu'on vient de le voir, ils clamaient bien fort, au même moment, le maintien du caractère unitaire du droit de

41. M. TANCELIN, *Des obligations. Contrat et responsabilité*. 4^e éd. Montréal, Wilson et Lafleur/Sorej, 1988, p. 527 et s.

42. *Id.*, p. 530 et 537.

43. *Id.*, p. 538.

propriété. Il en découle que c'est en regard d'autres aspects de la fiducie que devaient se retrouver les influences de la common law.

Au début du siècle, Mignault, dans son traité, estimait plutôt limitées les influences de la common law puisque, ainsi qu'il l'avait affirmé, la fiducie, constituée par donation, était assujettie aux règles habituelles du droit civil :

La donation est un contrat et sa validité est assujettie à des conditions de forme et à des conditions de fond. Toutes ces conditions — que j'ai expliquées ailleurs — s'appliquent à la fiducie créée par une donation, et il est clair qu'elle peut l'être, soit par une donation entre vifs, (...), soit par une donation à cause de mort, (...).⁴⁴

Par ailleurs, malgré cette affirmation, Mignault fournissait un exemple d'une situation qui, d'après lui, ne pouvait être envisagée strictement du point de vue du droit civil, à savoir : le problème de l'acceptation du bénéficiaire lors de la constitution d'une fiducie par donation entre vifs. Selon lui, le droit civil, à cet égard, ne laissait planer aucun doute. Le contrat de donation entre vifs n'était parfait qu'à compter de l'acceptation par le donataire⁴⁵. Il en découlait qu'avant l'acceptation, la révocation de la donation par le donateur était possible. Mignault considérait que la fiducie, sur ce point, n'avait pas à suivre les règles du droit civil, mais qu'au contraire elle devait respecter le droit anglais, pour qui une telle acceptation n'était pas essentielle. Il justifiait ce rattachement par une exégèse sommaire de l'article 981a du Code civil qui, à l'instar de la common law, semblait rendre complet le contrat de fiducie dès le transport de biens entre le donateur et le fiduciaire. Il invoquait, en outre, l'origine anglaise de l'institution pour affermir son interprétation de l'article : « Mais, nous avons vu qu'elle [la fiducie] est d'origine anglaise et il est de principe que lorsqu'une matière est empruntée à une législation particulière, c'est à cette législation qu'il faut remonter pour résoudre les difficultés sur lesquelles notre propre législation ne peut servir de guide »⁴⁶.

La fiducie du Code civil, aux yeux de Mignault, était donc le fruit d'un métissage. Quoique intégrée à l'intérieur du corpus de droit civil, la fiducie était marquée par ses origines anglaises. L'ampleur des influences lui apparaissait cependant limitée au problème posé par l'acceptation. Dans la bouche de Mignault de tels propos étaient pour le moins surprenants quand on sait l'énergie qu'il a mise à prêcher en faveur de la sauvegarde de l'intégrité du droit civil⁴⁷.

44. P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 13, p. 156.

45. Art. 755 *C.C.B.C.*

46. P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 13, p. 157.

47. Il est indéniable que Mignault s'est efforcé, tout au long de sa carrière, de veiller à l'intégrité du droit civil québécois. À cette fin, il s'est vivement opposé à une méthode d'interprétation qui avait cours à son époque et qui consistait à puiser à la fois dans le droit civil et la

Cette ouverture à la common law eut rapidement des répercussions. En 1906, la Cour supérieure eut à se prononcer sur la révocation d'une donation fiduciaire entre vifs⁴⁸. le juge Lynch rappela alors l'ascendant de l'institution — sur la foi d'ailleurs d'un long extrait de Mignault — et conclut à la non-application de l'article 816 susceptible de régir l'affaire soumise. Il alla cependant plus loin et estima non avenue l'utilisation du droit civil des donations entre vifs aux fiducies constituées en vertu des articles 981a et suivants du Code. La common law devenait donc la source du droit applicable dans de tels cas⁴⁹. Ce jugement fut cependant renversé, par une décision majoritaire de la Cour de révision, qui donna plein effet aux dispositions du Code sur les donations⁵⁰. Le dernier mot était cependant loin d'être dit sur les relations de voisinage de la fiducie.

L'arrêt *Curran* allait permettre, d'une part, de définir plus précisément la nature de la fiducie et, d'autre part, de déterminer le régime juridique auquel elle était assujettie. Procédant par élimination, le juge Rinfret rejetait l'assimilation de la fiducie avec des entités juridiques reconnues par le droit civil et préférait y voir un contrat nouveau qui, sur certains points, était assimilable avec des contrats existants et sur d'autres s'en distinguait considérablement :

Ce n'est ni la donation, ni le mandat, ni le dépôt du code civil. Il participe de chacun de ces contrats auxquels il emprunte sans doute quelques-uns de leurs éléments ; mais il ne les contient en entier ni les uns, ni les autres, et il se sépare de chacun d'eux sur plus d'un point essentiel. (...) Il s'agit donc d'un contrat particulier avec ses stipulations et son caractère essentiellement différents des contrats antérieurement connus au code.⁵¹

L'hypothèse selon laquelle la fiducie aurait été soumise aux règles du droit civil gouvernant les donations était rejetée. Il en découlait donc que l'article 755 du Code civil, suivant lequel la révocation d'une donation était possible en l'absence d'acceptation de la part du bénéficiaire, ne pouvait trouver d'application. Le juge Rinfret estimait qu'il devait plutôt adopter la solution du droit anglais pour qui l'acceptation du bénéficiaire était non nécessaire à la

common law pour déterminer la portée d'une disposition du Code civil (D. HOWES, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », (1987) 32 *McGill L.J.* 523, p. 546-558). À l'instar de F.P. WALTON (*Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, introduction et traduction par M. TANCELIN, Toronto, Butterworths, 1980, p. 119-131), il estimait qu'il fallait se baser sur l'origine historique d'un article pour déterminer à quelles autorités se référer pour l'interpréter.

48. *Mathison c. Shepherd*, *supra*, note 14.

49. *Id.*, p. 42.

50. *Id.*, p. 53 (le juge Hutchinson).

51. *Curran c. Davis*, *supra*, note 14, p. 295.

formation du contrat de fiducie⁵². Le recours au droit étranger devait cependant être justifié, surtout depuis la décision qu'il avait lui-même rendue dans l'arrêt *Laliberté* et qui rejetait nominalement la théorie du dédoublement de la propriété. Le juge s'appuyait donc sur l'origine du chapitre sur la fiducie pour justifier l'utilisation de la common law comme moyen d'interprétation :

Il est donc conforme aux principes ordinaires d'interprétation, tels qu'ils sont constamment admis dans la jurisprudence des tribunaux du Québec, lorsqu'ils sont appelés à considérer la portée d'un article du code, de l'envisager en fonction de son origine et de son histoire et de chercher la solution des difficultés dans la jurisprudence où notre législateur a pris sa source.⁵³

Il estimait que la fiducie québécoise devait se modeler sur le droit anglais. En conséquence, le contrat devait être considéré parfait dès son acceptation par le fiduciaire. Par le fait même, l'existence de rapports de droit entre le donateur et le bénéficiaire était niée⁵⁴. Une telle conclusion était possible à la condition de voir la fiducie comme un véhicule supplémentaire de transmission des biens à titre gratuit et non simplement comme une modalité de la donation. La fiducie jouissait d'une autonomie relative par rapport aux institutions apparentées régies par le droit civil. Il fallait donc se garder de référer systématiquement aux prescriptions des donations pour compléter éventuellement le régime juridique décrit au chapitre sur la fiducie. Étant donné l'origine de la fiducie, c'est plutôt la common law qui devait servir de toile de fond en cette matière. Il faut souligner que la solution retenue par la Cour suprême avait déjà été présentée par la Cour supérieure⁵⁵ et la majorité de la Cour du Banc du Roi⁵⁶ qui, l'une et l'autre, avaient avancé des arguments similaires à ceux retenus par le juge Rinfret. On n'avait d'ailleurs pas hésité, alors, à référer à des autorités anglaises.

La position retenue par la Cour pouvait aisément être perçue comme laissant place à beaucoup d'incertitude. Le chapitre sur la fiducie, bel et bien intégré au Code, référait expressément à la donation et au testament. Il n'était donc pas aisé de démarquer clairement les sphères d'influence relative entre le droit civil et le droit anglais. Le juge Rinfret s'efforça d'établir des balises. Lors de la constitution d'une fiducie, le fiduciaire n'étant pas, à proprement parler, titulaire d'une propriété telle qu'on la définit habituellement, mais tout au plus d'une propriété de droit, on ne pouvait affirmer que les règles de la donation ou du legs prévalaient : « La personne qui crée le trust ne se dépouille pas du droit de propriété entre les mains du fiduciaire, ce qui est

52. *Id.*, p. 302.

53. *Id.*

54. *Id.*, p. 305-307.

55. *Dame Davis v. Dame Curran*, (1931) 69 C.S. 123, p. 127.

56. *Dame Curran c. Davis*, (1932) 53 B.R. 231, p. 245 (le juge Bernier).

essentiel dans la donation entre vifs ou dans le testament, (...)»⁵⁷. La référence à ces deux modes de transmission des biens à l'article 981a du Code n'avaient donc pour effet que d'obliger au respect des règles de forme propres à chacun d'eux : « Ce que l'article 981a C.C. veut véritablement dire par l'emploi des mots "par donation ou par testament", c'est que le contrat de fiducie doit être fait en la forme requise pour une donation ou pour un testament »⁵⁸. Il était donc vraisemblable, qu'*a contrario* la fiducie ne soit réputée assujettie aux règles de fond applicables aux donations et aux testaments.

Dans son article qui suit l'arrêt *Curran*, une fois précisée la nature des droits du fiduciaire sur les biens qui lui ont été transportés, Mignault⁵⁹ revint sur la question du régime juridique applicable à la fiducie. Quoique partageant des vues proches de celles du juge Rinfret, il n'a pas été, comme celui-ci, jusqu'à couper tous les liens avec les règles de fond régissant le droit des libéralités :

Pour les conditions de fond donc, on appliquera d'abord nos articles, s'ils contiennent une disposition à cet égard. Si pareille disposition fait défaut, le droit commun régira la donation ou le testament, par exemple, quant au dessaisissement du donateur, ou quant à la défense de donner entre vifs des biens futurs, si ce n'est par contrat de mariage.⁶⁰

L'arrêt *Tucker*⁶¹ posait de manière cruciale le problème de l'applicabilité des dispositions du droit des donations à la fiducie. En effet, le constituant d'une fiducie avait prévu au contrat une donation pour le bénéfice d'enfants à naître. Or, d'après le Code civil, l'une des conditions essentielles à l'existence d'une donation entre vifs est qu'elle soit acceptée par le donataire⁶². En conséquence, une donation à un bénéficiaire inexistant paraissait, de prime abord, impossible. La Cour avait donc à déterminer si cette exigence existait également lorsqu'une donation entre vifs était faite par le biais d'une fiducie. Il est important de préciser qu'en droit anglais, rien ne s'opposait à ce qu'une fiducie soit créée en faveur d'une personne non encore née. Le juge de première instance l'avait signalé et n'avait d'ailleurs pas hésité à citer, au soutien de ses prétentions, le *Halsbury's Laws of England*⁶³.

Il faut rappeler que le litige était déjà résolu de façon négative, pour reprendre l'expression même du juge Beetz, puisque celui-ci en était venu à la

57. *Curran c. Davis, supra*, note 14, p. 305.

58. *Id.*

59. P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 28.

60. *Id.*, p. 75.

61. *Royal Trust Co. c. Tucker, supra*, note 33.

62. Art. 755 C.C.B.C.

63. *Tucker c. Royal Trust Company*, [1976] C.S. 895, p. 898.

conclusion qu'à la signature de l'acte, le constituant perdait la propriété des biens transportés en fiducie en faveur du légataire. En conséquence, dès lors, la fiducie existait bel et bien et il n'était absolument pas nécessaire que les bénéficiaires soient déjà nés.

Envisager la question soumise uniquement sous l'angle de la transmission de la propriété pouvait sembler suffisant. D'ailleurs, dans une affaire analogue, la Cour supérieure, en s'appuyant sur l'arrêt *Curran*, avait arrêté là son raisonnement⁶⁴. Toutefois cette solution contredisait peut-être le libellé de l'article 981a, qui précise qu'une personne peut constituer une fiducie « pour le bénéfice des personnes en faveur de qui elle peut valablement faire des donations et des legs ». À première vue, on pourrait croire qu'il était essentiel de référer aux dispositions régissant les donations entre vifs et les testaments pour déterminer qui pouvait être bénéficiaire d'une fiducie. Or, de l'avis du juge Beetz, cet article ne pouvait être interprété aussi mécaniquement. Il estimait que les dispositions du Code applicables en l'espèce se divisaient en deux catégories. Certaines, pour des considérations basées sur l'ordre public et les bonnes mœurs, prohibaient les donations ou les legs à des personnes déterminées⁶⁵, alors que d'autres les rendaient simplement impossibles étant donné l'absence d'un donataire avec qui le donateur puisse contracter⁶⁶. D'après le juge Beetz, le renvoi au droit des donations ou des testaments, à l'article 981a, ne visait que les dispositions de la première catégorie⁶⁷, les autres n'y étant pas assujetties. D'ailleurs, d'ajouter le juge, le but même du législateur en introduisant les dispositions sur la fiducie était de supprimer des contraintes qui, jusque là, empêchaient certains types de donations :

Or l'un des buts principaux de l'introduction de la fiducie en droit québécois était justement de permettre que l'on accomplisse par donation entre vifs ce qu'il était déjà possible de réaliser en partie par testament, y compris, à mon avis, la constitution d'un avantage destiné à une personne inexistante comme dans *Abbot c. Fraser*.⁶⁸

Le but qu'avait en tête le législateur lorsqu'il introduisit la fiducie dans le droit civil québécois n'a jamais été clairement établi⁶⁹. Le juge Beetz ne

64. *Estate of the Late Thomas Fyshe c. Fyshe*, [1977] C.S. 165, p. 167.

65. Par exemple l'article 766 du C.C.B.C. du Code permet à une corporation de ne recevoir par donations entre vifs que dans la limite des biens qu'elle peut posséder.

66. Art. 608, 755, 765 et 772 C.C.B.C.

67. À cet égard le juge citait (*Royal Trust Co. c. Tucker*, *supra*, note 33, p. 274), en les approuvant, deux jugements (*Taylor c. Royal Trust Company*, (1936) 74 C.S. 180 et *Reford c. National Trust Company*, *supra*, note 32) qui avaient invalidé des donations fiduciaires faites entre époux et qui contrevenaient à l'ancien article 1265, alors en vigueur.

68. *Id.*, p. 275.

69. Les hypothèses avancées par D.N. METTARLIN ne manquent cependant pas d'intérêt (« *The Quebec Trust and the Civil Law* », (1975) 21 *McGill L.J.* 175, p. 207-211).

soumet en effet aucun élément de preuve permettant d'étayer son affirmation. C'est dire que la conclusion à laquelle en est venue la Cour était identique à celle formulée par le juge Rinfret dans l'arrêt *Curran*; seules les règles de forme des donations et des testaments étaient susceptibles de s'appliquer avec certitude à la fiducie.

Cette décision de la Cour suprême a eu un impact important sur la place de la fiducie dans le droit civil. Les articles 981a et suivants du Code, ainsi que le signale d'ailleurs la Cour, devaient être interprétés de façon large et libérale. Il résulta que la fiducie ne fut pas considérée comme étant inféodée au droit des donations, mais jouissant plutôt d'une autonomie appréciable par rapport à ce droit. J.-L. Baudouin, dans un commentaire de l'arrêt s'en réjouissait : « Elle constitue, disait-il, une institution séparée, qui peut avoir des buts analogues mais non identiques à la donation entre vifs *stricto sensu* et qui partant, ne doit pas être soumise à la technicalité de la donation ordinaire »⁷⁰.

Force est de conclure que la fiducie, telle qu'elle fut envisagée par les pragmatiques, constitue bel et bien un cas de métissage en droit civil québécois⁷¹. En effet, ils n'ont pas cherché, coûte que coûte, à intégrer la fiducie à l'intérieur du système de droit civil. La pureté de l'institution ne fut pas pour eux une préoccupation première. Ils ont même pris pour acquis que la fiducie était issue de la common law et conservait une partie de son bagage génétique malgré son implantation dans un système de droit civil.

1.2. Le réalisme judiciaire

Il n'est pas rare que les juges se targuent de tenir avant tout compte de la réalité lorsqu'ils rendent un jugement. Dans le cas qui nous intéresse, ceci ressort parfois expressément, parfois implicitement, des décisions analysées.

Tenir compte de la réalité c'est d'abord accorder une grande importance à la volonté exprimée par les parties dans les actes ou les contrats soumis aux tribunaux. Une telle façon de faire ressort nettement dans les jugements anciens; l'arrêt *Curran*, en Cour suprême, en est un bon exemple. Le juge Rinfret avait, dans les premières pages, résumé les faits en s'arrêtant à la description minutieuse du contrat de donation. Dans le reste de l'arrêt, le juge ne s'est pas du tout efforcé de résoudre, dans l'abstrait, les problèmes posés. Au contraire, son discours était en lien direct avec le contrat. Ceci est d'autant

70. J.-L. BAUDOUIN « Chronique de droit civil québécois : session 1981-82 », (1983) 5 *Supreme Court L. R.* 203, p. 208.

71. Le fait du métissage en droit est bien expliqué par M. TANCELIN : « Comment un droit peut-il être mixte ? » dans : F.P. WALTON, *supra*, note 47, p. 22 et s.

plus évident que le juge employait constamment les mots mêmes du contrat pour désigner certaines réalités ; ainsi, il parlait des *trustees*, du *trust* et de la *trust property*. En outre, même lorsqu'il interprétait des règles de droit applicables à la fiducie, il sentait le besoin de faire référence au cas soumis, à la volonté exprimée. Par exemple, cherchant à déterminer la nature juridique de la fiducie, il référerait à la volonté du constituant : « Sir Mortimer Davis n'a pas voulu faire une donation, ni constituer un mandat ou un dépôt. Il a entendu créer un *trust* ou une fiducie telle qu'elle est prévue (...) au code civil (...) »⁷² ou encore parlant de l'irrévocabilité du contrat, il écrivait : « Dès le début, il [Sir Mortimer Davis] déclare que ce transport est irrévocable, et les *trustees* l'acceptent comme tel »⁷³. À lire l'arrêt, on a souvent l'impression que la loi devait s'adapter à la volonté des parties et non l'inverse !

Le réalisme judiciaire peut aussi s'exprimer de façon beaucoup plus nuancée, voire implicite. La raison principale pour laquelle les praticiens ont estimé qu'il fallait recourir à la common law était vraisemblablement qu'ils considéraient que la donation fiduciaire du droit québécois devait permettre de parvenir aux mêmes fins que le droit anglais. Il s'en suit que la fiducie même « civilisée » devait, à l'occasion, se modeler à l'idée du droit anglais. Cette explication est d'autant plus plausible que les praticiens qui élaboraient des contrats de fiducie ont, à n'en pas douter, adopté des modèles anglais⁷⁴. Ils ont introduit à l'occasion des dispositions qui transgressaient certaines prescriptions du droit civil régissant le droit des donations. Les tribunaux, conscients de ces manières de faire, se devaient donc de tenir compte du droit anglais, sans quoi plusieurs de ces contrats auraient reposé sur des assises bien frêles. Il est donc possible d'affirmer que certaines décisions ont eu pour effet de légitimer des pratiques juridiques douteuses.

Une bonne illustration du réalisme judiciaire est fournie par un *obiter dictum* du juge Rinfret dans l'arrêt *Curran*. Le juge s'arrêtait alors à la nécessité de l'acceptation par le bénéficiaire. Il examinait plus particulièrement l'hypothèse d'un contrat de fiducie où serait prévue une stipulation en faveur des veuves et des enfants nés ou à naître des fils-bénéficiaires du constituant, alors que ces derniers seraient, dans les faits, célibataires lors de la signature du contrat. Il concluait que d'exiger une telle acceptation de bénéficiaires alors inexistantes (les veuves et les enfants) conduirait à un résultat déraisonnable et restreindrait la liberté du constituant : « (...), l'usage de la fiducie, dit-il,

72. *Curran c. Davis*, *supra*, note 14, p. 295.

73. *Id.*, p. 305.

74. Même en 1969, le notaire A. COSSETTE mettait en garde contre les projets de contrat confectionnés en fonction du droit anglais et fournis par des compagnies de fidéicommiss (« Jurisprudence », (1968-69) 71 R. du N. 306).

serait rendu impossible pour donner effet à la libre volonté du stipulant »⁷⁵. En définitive, d'après l'opinion du juge Rinfret, le chapitre sur la fiducie doit s'adapter aux pratiques plutôt que les encadrer.

Certains commentateurs ont particulièrement bien accueilli l'opinion des pragmatiques à cause de la souplesse et du dynamisme des solutions qu'ils ont avancées. Ainsi, dans sa revue annuelle des jugements de droit civil rendus par la Cour suprême, Jean-Louis Baudouin a perçu très favorablement les motifs du juge Beetz dans l'arrêt *Tucker*⁷⁶. Selon lui, le juge avait vu juste en s'efforçant de faciliter le fonctionnement de la fiducie, même s'il devait pour cela aller jusqu'à mettre de côté certaines règles du droit civil et ainsi reconnaître l'autonomie de l'institution⁷⁷. En outre, Baudouin s'arrêtait à la portée de la politique juridique de l'arrêt pour en souligner le caractère remarquable⁷⁸. Il estimait également qu'il s'agissait là d'un exemple d'intégration réussie d'une institution empruntée à l'étranger.

La façon dont les tribunaux devraient aborder l'étude de problèmes juridiques a été expliquée par Yves Pratte dans un commentaire qu'il faisait de l'arrêt *Tucker*⁷⁹. Ce témoignage présente un intérêt particulier, l'auteur étant un ancien juge de la Cour suprême, retourné à la pratique du droit. Il estimait que le tribunal, lorsqu'il statue sur une affaire, doit se prononcer sur le cas spécifique qui lui est soumis et se garder d'énoncer des règles de portée générale. L'arrêt, par le fait même, a donc une portée limitée :

Il n'appartient pas au juge d'énoncer une théorie de la fiducie au Québec. C'est plutôt le rôle des universitaires. Certes l'arrêt *Tucker* laisse plusieurs questions sans réponse et ces questions n'avaient pas à être résolues pour décider du différend. Par opposition à l'universitaire ou au législateur, le rôle du juge n'est pas de dire ce que le droit devrait être dans l'abstrait, mais plus simplement, de décider ce qu'il est dans un cas concret.⁸⁰

75. *Curran c. Davis, supra*, note 14, p. 303.

76. J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 70, p. 208-209.

77. *Id.*, p. 205.

78. *Id.*, p. 203 et 209.

79. Y. PRATTE, « L'affaire Tucker et le rôle de la Cour suprême », (1984) 15 *R.D.U.S.* 25.

80. *Id.*, p. 30. L'opposition entre les objectifs poursuivis par la théorie et la pratique ressort clairement. Il s'agit d'ailleurs là d'une excuse fréquemment invoquée par un praticien pour justifier la mise de côté d'une thèse avancée par un théoricien. C. ATIAS, ardent défenseur de la théorie, y voit une technique de dénigrement :

Une (...) façon de dénigrer consiste à opposer la théorie à la pratique. La première serait idéal inaccessible, rêve irréaliste, présentation abstraite et simpliste, conviction personnelle dépourvue de toute autre garantie ; elle serait nécessairement en position d'infériorité par rapport à une pratique qui symbolise le bon sens, le raisonnable, le réel « ondoyant et divers ». C'est en ce sens que, dans une argumentation, apparaîtra le reproche adressé à la thèse adverse d'être excessivement théorique.

(*Supra*, note 9, p. 31). Sur les oppositions entre les théoriciens et les praticiens, voir également l'article de P. BOURDIEU, *supra*, note 1, p. 6.

Il s'agit bien là de la démarche que les juges Rinfret et Beetz ont suivie. Ni l'un ni l'autre n'ont cherché à développer une vision englobante de la fiducie, ils ont préféré se limiter à solutionner le cas qui leur était soumis. Le procédé en fut vraiment un de stratification. En réalité, cette méthode est proche de celle adoptée par la common law : « The genius of the common law, écrivait Aldisert, is that it proceeds empirically and gradually, testing the ground at every step, and refusing, or at any rate evincing an extreme reluctance, to embrace broad theoretical principles »⁸¹. La nature de la fiducie et le régime juridique qui lui est applicable ont donc été précisés peu à peu, selon les besoins. Certaines lignes directrices avaient bien été données, mais il s'agissait là d'une ébauche, les détails restaient à préciser. Ainsi, l'arrêt *Curran* établissait clairement qu'il y avait lieu de référer à la common law pour interpréter le chapitre sur la fiducie et par le fait même que les règles du Code applicables aux donations devaient parfois être mises de côté. Cependant, on ne savait aucunement quand les dites règles devaient être écartées. Par exemple, le constituant pourrait-il révoquer une donation fiduciaire au motif d'ingratitude du bénéficiaire, comme le permet l'article 811 au chapitre des donations entre vifs ? Ou encore, serait-il possible, de constituer un legs fiduciaire au bénéfice d'un témoin, contrairement à l'interdiction prévue à l'article 846 régissant les testaments ?⁸²

Parmi ceux qui ont critiqué les décisions des tribunaux, certains ont reconnu d'emblée que les solutions données aux problèmes qui étaient posés étaient valables ; même si, elles étaient indéfendables, d'après leur interprétation du droit. Ainsi, M. Cantin Cumyn a-t-elle admis le bien-fondé des conclusions de l'arrêt *Tucker*, bien que ces dernières lui paraissaient insoutenables en regard du droit positif : « Nous ne voulons pas discuter du mérite intrinsèque du résultat obtenu. Nous sommes disposé[e] à admettre que cette solution puisse être souhaitable en pratique et que l'on veuille éventuellement l'obtenir dans une perspective de réforme du droit »⁸³. M. Boodman soutenait pour sa part que la décision en était une à courte vue qui n'avait fait que résoudre un cas d'espèce, sans prendre en compte toute la problématique de la fiducie⁸⁴.

81. R.J. ALDISERT. *Logic for lawyers. A Guide to Clear Legal Thinking*. New York, Clark Boardman Company, 1989, p. 8.

82. Ces exemples et d'autres sont fournis par M. CANTIN CUMYN, « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité ? » (1984) 15 *R.D.U.S.* 7, p. 17, note 27.

83. *Id.*, p. 18.

84. M. BOODMAN, « *Royal Trust Co. c. Tucker: The Status of The Trust in the Law of Quebec* », (1983) 43 *R. du B.* 801, p. 808.

2. Une simple modalité du droit des donations : l'approche des protectionnistes

Le groupe des protectionnistes se constitua, d'abord et avant tout, pour réagir aux positions des pragmatiques qui, il faut bien le dire, étaient dans une telle situation de domination qu'ils pouvaient aisément imposer leurs idées à l'ensemble de la communauté juridique. Après que fut rendue la décision finale dans l'affaire *Curran*, l'opposition aux thèses des pragmatiques devint encore plus virulente. Les protectionnistes combattirent alors point par point les idées véhiculées par le groupe dominant, en prenant bien soin d'identifier et de mettre en exergue les déviations aux principes du droit civil.

La préoccupation première des protectionnistes, comme le révèle le nom du groupe, fut de veiller à la préservation du rôle prépondérant de la tradition civiliste en droit privé québécois. Plus précisément, ils désiraient que le Code civil conservât la place centrale qui lui avait été dévolue à l'origine. Ils ne pouvaient donc qu'être révoltés par les positions prises par les pragmatiques puisque ces dernières avaient pour effet de restreindre considérablement le domaine d'application du Code pour lui substituer des solutions propres à la common law.

Étant, la plupart du temps, en opposition complète avec les thèses des pragmatiques, ils soutinrent que la fiducie n'était en rien redevable au droit anglais. Ils mirent cependant le gros de leurs efforts à s'opposer à la notion de propriété fiduciaire, estimant que le fiduciaire n'était que l'administrateur des biens transportés en fiducie. Enfin, pour eux, la fiducie devait être perçue comme un simple incident et non pas comme une entité juridique évoluant parallèlement à la donation et au legs.

2.1. Une institution en rien redevable au droit anglais

Les protectionnistes rejetèrent d'emblée l'hypothèse d'une origine anglaise à la fiducie. Ils différèrent cependant d'opinion entre eux quand ils durent, à leur tour, se prononcer sur le sujet. Les uns soutenaient en effet qu'elle devait être perçue comme une entité juridique *sui generis*, les autres la percevaient davantage comme un héritage de l'ancien droit français.

Le juge Dorion, exprimant une opinion dissidente en Cour du Banc du Roi, dans l'affaire *Curran*, affirmait que le *trust* n'avait pas été introduit en droit québécois. Il estimait, au contraire, que seul le législateur était responsable de l'implantation de la fiducie :

La fiducie ne nous est pas venue du droit anglais, comme les lois commerciales d'Angleterre en matière de preuve, qui ont été expressément introduites au Canada par le statut 25 Geo. 111, ch. 2 sec. 10 (1). (...)

La fiducie dans notre droit civil est, par conséquent, une loi *sui juris*, si l'on peut dire, qui ne relève d'aucune autre loi et qui ne contient que ce que le législateur y a mis.⁸⁵

Suivant cette optique, il n'y aurait pas lieu, devant un problème donné, de référer à la common law pour déterminer le droit qui lui était applicable.

Le notaire Lavallée, dans un commentaire⁸⁶ qu'il consacrait aux arrêts *Davis* en première instance et en appel, reprenait textuellement l'extrait des propos du juge Dorion, cité ci-haut. À son avis, il était inutile de fonder les origines de la fiducie sur le droit anglais, il fallait plutôt y voir « une simple évolution » de la législation québécoise⁸⁷. L'intervention législative de 1879 avait eu pour but essentiel de contrer certaines insuffisances du droit civil. À ses yeux, il fallait voir dans les propos du Conseil privé dans l'affaire *Abbott c. Fraser*⁸⁸ une invitation à modifier le droit québécois dans le but de faciliter le recours à la fiducie. Dès lors, il interprétait l'action du législateur comme un élargissement du droit civil régissant les libéralités afin de permettre la constitution de donations fiduciaires, impossibles à réaliser auparavant. Bref, ce qui était défendu avant la loi de 1879 devait nécessairement être permis après, sinon l'intervention perdait tout son sens. Partant de là, il considérait bien-fondé le jugement d'appel qui en était venu à la conclusion que l'acceptation d'une donation par les fiduciaires la rendait irrévocable, comme si elle avait été acceptée par le bénéficiaire-donataire lui-même⁸⁹. Il reprenait ainsi la conclusion des pragmatiques.

Manifestement, la démarche de Lavallée cherchait à concilier tout le monde ; à trouver un terrain d'entente entre opposants. Autant les protectionnistes que les pragmatiques auraient dû y trouver leur compte. Ce ne fut pas le cas. Son commentaire, mi-figue, mi-raisin, lui valut une réponse acidulée de J.-E. Billette⁹⁰. Évidemment, celui-ci se réjouissait des points communs qu'ils partageaient tous deux, mais rejetait, du revers de la main, les hypothèses de Lavallée sur les origines de la fiducie : « Ce serait, précisait-il, presque drôle et funambulesque, si le droit devait se constituer ou s'interpréter cette façon »⁹¹. Billette ne pouvait aucunement admettre l'hypothèse de Lavallée selon laquelle le législateur québécois, en votant la loi de 1879, avait voulu modifier le droit civil pour se conformer aux vœux des juges du Conseil privé.

85. *Dame Curran c. Davis*, *supra*, note 56, p. 249-250.

86. A. LAVALLÉE, « Donation fiduciaire. Acceptation du fiduciaire », (1932-33) 11 *R. du D.* 227.

87. *Id.*, p. 233.

88. *Abbott c. Fraser*, *supra*, note 7 ; dans cette affaire, le Conseil privé s'était penché sur la légalité d'une fiducie testamentaire.

89. A. LAVALLÉE, *supra*, note 86, p. 234.

90. J.-E. BILLETTE « Au sujet des origines historiques de la fiducie », (1932-33) 11 *R. du D.* 365.

91. *Id.*, p. 368.

De fait, Billette refusait de considérer la fiducie comme une génération spontanée, il soutenait plutôt que l'origine de la fiducie, testamentaire à tout le moins, était à rechercher dans l'ancien droit français. Il appuyait sa démonstration sur le libellé des articles 981a et 981b du Code emprunté, d'après lui, à Laurent, de même qu'à Aubry et Rau⁹². La seule influence que Billette était disposé à concéder à l'Angleterre, sur cette matière, était l'habitude bien ancrée, dans ce pays, d'avoir recours à cette institution⁹³. C'est toutefois à D.N. Mettarlin qu'il revient d'avoir le mieux étayé l'hypothèse de l'origine française de la fiducie du Code civil⁹⁴. À son avis, la fiducie de l'ancien droit vit s'étendre son domaine d'application après la Conquête. La loi de 1879 constitua l'aboutissement de cette évolution, mais elle demeura fidèle à ses racines françaises. La preuve en était, selon lui, que le libellé des articles de la loi fut emprunté à l'ancien droit français :

(...), the legislation uses words to describe the trust which are identical to those used in ancient law to describe the fiducie. (...)

For these reasons alone it would seem that articles 981a C.C. and following were simply an extension and refinement of the existing Civil Law fiducie (...).⁹⁵

Le refus de considérer la fiducie comme une entité juridique d'origine étrangère eut comme conséquence de faire en sorte que les protectionnistes développèrent, par réflexe, une conception essentiellement civiliste de l'institution.

2.2. Le fiduciaire est un administrateur

Les protectionnistes ont rapidement identifié la reconnaissance d'une propriété fiduciaire comme étant le talon d'Achille de la thèse des pragmatiques. Juges autant qu'auteurs, ils ont tous rejeté d'emblée cette solution. Entre les deux clans, les positions étaient à ce point tranchées qu'elles étaient irréconciliables.

L'analyse exégétique des dispositions du Code⁹⁶ fut invoquée pour justifier le rejet de la propriété fiduciaire. Le mot « propriété » soutenait-on, lorsqu'employé aux articles 981a et suivants du Code, n'aurait pas eu le même sens qu'ailleurs dans le Code, il aurait signifié « biens »⁹⁷. Par ailleurs, en s'appuyant sur le libellé de l'article 981b, on a aussi soutenu que les

92. J.-E. BILLETTE, *supra*, note 10, p. 162.

93. J.-E. BILLETTE, « Études de jurisprudence », (1932-33) 11 *R. du D.* 38, p. 44.

94. D.N. METTARLIN, *supra*, note 69, p. 199-211.

95. *Id.*, p. 208.

96. P. Bourdieu établit un lien intéressant entre le recours à l'exégèse et la dénégation d'une valeur créatrice à la jurisprudence (*supra*, note 1, p. 18).

97. *Dame Curran c. Davis*, *supra*, note 56, p. 252.

fiduciaires étaient dépositaires et administrateurs des biens en fiducie et que ce n'était qu'à ce titre, qu'ils pouvaient revendiquer la possession de ces biens⁹⁸. Suivant cette perspective, le « transport » des biens n'équivalait donc pas à une aliénation, aussi le fiduciaire ne pouvait d'aucune façon être assimilé à un propriétaire⁹⁹. Notons que la Cour du Banc du Roi, à la fin du XIX^e siècle, était parvenue à cette même conclusion, en jugeant que les fiduciaires étaient des dépositaires, chargés d'administrer les sommes qu'ils avaient reçues du constituant¹⁰⁰.

Les attaques les plus violentes contre la notion de propriété fiduciaire vinrent de la doctrine. J.-E. Billette fut l'un de ceux qui s'y opposa le plus fermement. Dans un style presque pamphlétaire, il soutenait que la solution retenue par les pragmatiques était tout à fait incompatible avec les institutions du droit civil. Il en appelait d'ailleurs à la raisonnable du régime de droit civil et à sa supériorité pour claironner bien haut son attachement aux institutions civilistes :

Faire reposer sur la tête du même individu les qualités de propriétaire et de mandataire-dépositaire est un non-sens, une monstruosité, qui ne se rencontrent que dans les systèmes de droit formalistes, et non dans les systèmes de droit à base philosophique et de bon sens, comme le nôtre. Et il faut avoir une outrecuidance doublée d'une ignorance qui se passe de commentaires, pour considérer comme un progrès juridique l'intrusion de semblables concoctions dans notre droit.¹⁰¹

Alors que les pragmatiques parlaient d'une adaptation des institutions du droit civil à une réalité donnée, les protectionnistes y voyaient plutôt une déformation. Il est certain qu'ils craignaient que la mutation de certaines notions porte atteinte à l'intégrité du système de droit civil au profit de la common law.

M. Cantin Cumyn, dans un commentaire critique¹⁰² de l'arrêt *Tucker*, a dénoncé le caractère non orthodoxe de la notion de propriété *sui generis*. En vain, elle s'efforçait d'intégrer cette notion à l'intérieur de la catégorie des droits réels, telle que reconnue par le droit civil. Le fiduciaire ne jouissant d'aucune des prérogatives habituelles de la propriété, sa situation, aux dires de l'auteure, était « l'antithèse d'un droit de propriété »¹⁰³. Elle ne retenait pas

98. J.-E. BILLETTE, *supra*, note 93, p. 38.

99. *Id.*, p. 46.

100. *Smith c. Davis*, (1893) 2 B.R. 109, p. 114; la Cour suprême, dans l'affaire *Curran* mit de côté cet arrêt en refusant d'y reconnaître une fiducie (*Curran c. Davis*, *supra*, note 14, p. 296).

101. J.-E. BILLETTE, « La fiducie des articles 869 et 964 », (1932-33) 11 *R. du D.* 532, p. 533.

102. M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 82, p. 7, et *id.* *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*. Montréal, Wilson et Lafleur, 1980, p. 67-72.

103. *Id.*, p. 12.

d'avantage l'hypothèse d'un rattachement aux démembrements de la propriété ou celle de l'existence d'une nouvelle catégorie de droits réels à laquelle appartiendrait la propriété fiduciaire. Le droit civil ne pouvait s'accommoder d'une propriété dénuée d'avantages pour son titulaire. Selon elle, en plus d'être difficilement acceptable d'un point de vue théorique, la notion de propriété *sui generis* était de nature à provoquer des rebondissements ; elle signalait d'ailleurs un certain nombre d'exemples pour illustrer ses propos, dont l'arrêt *Tucker*¹⁰⁴.

Les protectionnistes dénoncèrent parfois les thèses des pragmatiques comme étant de nature à intégrer en droit québécois la conception anglaise de la propriété. Ainsi, Billette, dans une réplique au fameux article de Mignault¹⁰⁵, signala que la théorie avancée par ce dernier avait pour effet d'introduire en droit civil le système anglais du dédoublement de la propriété, le fiduciaire se voyant alors conférer un *legal title* sur les biens en fiducie¹⁰⁶. Par ailleurs, dans le but évident de confondre l'auteur en faisant ressortir les faiblesses de son argumentation, il se fit un devoir de revenir sur l'arrêt *Laliberté c. Larue* où la Cour suprême venait de décider qu'en droit québécois la propriété ne pouvait être scindée. M. Cantin Cumyn, en réaction à la décision du juge Beetz dans l'arrêt *Tucker*, a elle aussi dénoncé ce subterfuge :

(...) malgré la dénégation formelle de la Cour suprême qu'il ne saurait être question d'interpréter les articles du Code sur la fiducie de manière à y voir l'acceptation au Québec de la distinction du droit anglais entre le *legal title* et le *beneficial ownership*, le concept proposé d'un droit de propriété *sui generis* nous semble avoir beaucoup plus d'affinité avec ces catégories anglaises qu'il n'en a avec celles du droit civil¹⁰⁷.

Le rejet de la notion de propriété fiduciaire fut, à n'en pas douter, le principal point de convergence chez les protectionnistes. Ils s'entendirent aussi pour reconnaître un rôle d'administrateur au fiduciaire. En outre, Billette, estimant que le droit des donations devait trouver application, concluait que la propriété des biens devait revenir au donataire¹⁰⁸. La Cour suprême, dans l'arrêt *Curran* avait expressément rejeté cette hypothèse¹⁰⁹. M. Faribault, dans son traité sur la fiducie, tout en présentant les côtés positifs de la théorie du droit réel des bénéficiaires, refusa de la retenir au

104. *Id.*, p. 17.

105. P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 28.

106. J.-E. BILLETTE, *supra*, note 10, p. 159.

107. M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 82, p. 14 ; voir également au même effet les propos de J.-E. BILLETTE, dans la critique qu'il faisait du jugement majoritaire de la Cour du Banc du Roi dans l'affaire *Curran* : *supra*, note 93, p. 44-45.

108. *Id.*, p. 39.

109. *Curran c. Davis*, *supra*, note 14, p. 294.

motif qu'elle manquait de nuances : « La théorie du droit de propriété des bénéficiaires est en effet une réaction, réaction salutaire contre le premier système [la propriété fiduciaire] (...), mais réaction qui a dépassé son but »¹¹⁰.

Les protectionnistes se sont surtout évertués à souligner les faiblesses de la démarche des pragmatiques. Leur réflexion personnelle, quant à l'intégration de la fiducie dans un système de droit civil, fut généralement assez peu élaborée. Cela se comprend aisément, puisqu'ils prônaient l'intégration de la fiducie au système de droit civil tel qu'il existait. D.N. Mettarlin fait cependant exception. Dans un long article, il tenta de concilier la fiducie et le droit civil¹¹¹. À l'instar des autres protectionnistes, il rejeta la théorie de la propriété fiduciaire, mise de l'avant par les pragmatiques¹¹² et celle de l'institution avancée par le novateur M. Faribault¹¹³. Mettarlin, pour qui la fiducie prenait ses racines dans l'ancien droit français¹¹⁴, estimait possible d'avancer une solution basée essentiellement sur la notion de propriété telle que connue en droit civil. Il proposait d'analyser la fiducie comme un démembrement de la propriété : « The modern trustee or "fiduciaire" (...), who is the descendant of the ancient fiduciaire, is likewise the holder of a dismembered right or power of pure administration for the benefit of the true owner and the other beneficiaries »¹¹⁵. Il n'y a pas de doute que cet article de Mettarlin fut la démonstration la plus achevée du discours des protectionnistes. Non seulement, par fidélité au système de droit civil, il rejetait les solutions imposées par les pragmatiques, mais de surcroît, il élaborait une théorie basée sur les principes fondamentaux du droit civil et respectueuse, estimait-il, de l'évolution du droit civil. M. Cantin Cumyn, malgré son rattachement au courant protectionniste, préféra soutenir les thèses des novateurs, avancées par les Caron et Brierley¹¹⁶.

2.3. La fiducie n'est qu'un simple incident

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Curran* a fortement secoué ceux qui considéraient la fiducie comme une simple modalité du droit des donations. Jusque là, des tribunaux s'étaient montrés plutôt favorables à cette thèse. Par exemple, le juge Hutchinson de la Cour de révision, ayant à

110. M. FARIBAULT, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, p. 85.

111. D.N. METTARLIN, *supra*, note 69.

112. *Id.*, p. 190-199.

113. *Id.*, p. 211-218 ; cette théorie sera exposée plus bas, au point 3.1. : Une institution.

114. D.N. METTARLIN, *supra*, note 94 et le texte correspondant.

115. D.N. METTARLIN, *supra*, note 69, p. 219.

116. M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 82, p. 15 et *Id.*, *supra*, note 102, p. 71-72.

traiter de la révocation d'une donation fiduciaire, considéra que l'article 816 du Code s'appliquait. Dans ses motifs, il insista sur la soumission de la fiducie aux règles générales régissant les donations entre vifs¹¹⁷. Le juge Bruneau fit de même alors qu'il eût à déterminer si une fiducie pouvait être constituée en faveur d'un donataire inexistant, né ou à naître. Sans épiloguer longuement sur la question, il se contenta de renvoyer aux articles du droit des donations¹¹⁸.

Le juge Dorion, exprimant sa dissidence en appel dans l'arrêt *Curran*, avait refusé de s'appuyer sur le droit anglais et s'était prononcé sur le caractère accessoire de la fiducie et avait considéré qu'elle demeurait soumise aux règles de la donation : « Ce n'est pas la donation qui est faite par fiducie, comme le dit le jugement de la Cour supérieure, mais c'est la fiducie qui est faite par donation. La fiducie n'est que l'accessoire de la donation ; c'est le mode d'exécution de la donation »¹¹⁹.

Les protectionnistes insistaient pour que la fiducie s'harmonisât avec les règles du droit civil¹²⁰. Il était hors de question de considérer que le chapitre consacré à la fiducie dans le Code avait institué un régime juridique autonome en faveur de cette institution. Au contraire, selon eux, il demeurait essentiel de référer au droit régissant les libéralités pour déterminer les règles applicables, par exemple, à l'acceptation, à la révocabilité ou à la capacité des parties¹²¹. Les conclusions exprimées par la Cour suprême dans les affaires *Curran* et *Tucker* furent donc reçues avec une vive opposition.

L'application des dispositions du Code, à la situation qui avait été soumise aux tribunaux dans l'affaire *Curran*, aurait conduit à une solution contraire à celle retenue. D'après le droit des donations, l'acceptation d'une donation par le donataire était essentielle à l'existence même d'une libéralité¹²², au surplus cette acceptation devait avoir lieu du vivant du donateur¹²³. Il découlait de l'application des règles du droit civil à la fiducie que le constituant conservait le pouvoir de révoquer la donation, jusqu'au moment de son acceptation par le donataire. C'est là ce qu'avait soutenu le juge Dorion dans

117. *Mathison c. Shepherd*, *supra*, note 14, p. 52-53.

118. *Harwood c. Moncel*, (1923) 61 C.S. 497.

119. *Dame Curran c. Davis*, *supra*, note 56, p. 250-251.

120. *Id.*, p. 250 (le juge Dorion).

121. J.-E. BILLETTE, *supra*, note 93, p. 40, voir également : M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 102, p. 18-26.

122. Art. 787 C.C.B.C.

123. Art. 791 C.C.B.C.

sa décision minoritaire dans l'affaire *Curran*¹²⁴ et J.-E. Billette dans sa critique des motifs de la majorité :

(...), la fiducie étant, non un tout qui se suffit à lui-même, mais un simple incident de la donation comme du testament, elle n'a d'effet que si la donation est acceptée, et le fiduciaire ne peut accepter au nom du donataire (articles 789 et 793). Son acceptation est sans effet. Il serait inutile d'insister, il semble.¹²⁵

Peu de temps après, la Cour supérieure eut à se prononcer sur la capacité de recevoir par donation fiduciaire¹²⁶. Il s'agissait de déterminer si, durant le mariage, une donation fiduciaire pouvait être constituée par une épouse en faveur de son mari. Le juge a considéré que pour répondre à cette question il fallait référer aux règles générales du droit puisqu'en vertu de l'article 981a, seules les personnes capables de recevoir une donation ou un legs pouvaient être bénéficiaires d'une fiducie¹²⁷. Or, à cette époque, les donations entre époux étant prohibées durant le mariage¹²⁸, la donation fiduciaire était nulle par le fait même.

La question principale envisagée dans l'arrêt *Tucker*, soit celle de la validité d'une donation fiduciaire faite en faveur d'enfants à naître, fut elle aussi examinée, par les protectionnistes, en regard du droit civil. En Cour d'appel¹²⁹, le juge Paré, parlant au nom de la majorité, avait refusé de considérer inapplicable le jugement *Harwood*¹³⁰ et ce malgré le prononcé de l'arrêt *Curran*. Il estimait que les deux affaires différaient, dans le premier cas il s'agissait, selon lui, de décider de la nécessité de l'existence du donataire alors que, dans le second cas, la question avait trait à la nécessité de l'acceptation de la donation par le donataire¹³¹. Une fois cette distinction établie, il affirmait qu'il était impossible de constituer une donation fiduciaire en faveur d'une personne inexistante, en se basant sur le libellé de l'article 981a qui mentionne qu'une personne peut établir une fiducie « pour le bénéfice des personnes en faveur de qui elle peut faire valablement des donations ou des legs ». De l'avis du juge, l'article renvoyait au chapitre des donations, qui, à l'article 754, précise que deux types de donations sont permises, soit celles faites entre vifs ou par testament. Or, une donation à des enfants à naître et non encore conçus n'entrait, ni dans l'une, ni dans l'autre de ces catégories. Sans doute pour éviter toute ambiguïté, le juge ajoutait que

124. *Dame Curran c. Davis*, *supra*, note 56, p. 251.

125. J.-E. BILLETTE, *supra*, note 93, p. 43.

126. *Taylor c. Royal Trust Company*, (1936) 74 C.S. 180.

127. *Id.*, p. 185.

128. Art. 1265 C.C.B.C.

129. *Tucker c. Royal Trust Company*, [1979] C.A. 308.

130. *Harwood c. Moncel*, *supra*, note 118.

131. *Tucker c. Royal Trust Company*, *supra*, note 129, p. 311.

cette nécessité de l'existence du bénéficiaire demeurait et, ce, peu importe le rapport juridique établi entre le fiduciaire et les biens qui lui ont été transmis. Cette dernière précision visait à bien faire ressortir la non-pertinence de l'arrêt *Curran* dans l'espèce. M. Cantin Cumyn qualifiait l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel « [d']exposé solide du droit civil »¹³². Elle reprenait d'ailleurs l'argumentation de ce tribunal dans sa critique du jugement de la Cour suprême, en concluant que la nature contractuelle de la donation exigeait la présence de deux personnes capables de s'engager ; c'est pourquoi en l'absence d'un donataire, la constitution d'une fiducie entre vifs était donc inadmissible¹³³.

Même après que furent rendus les deux célèbres arrêts de la Cour suprême affirmant le caractère autonome de la fiducie, le courant protectionniste possédait encore des appuis. Ainsi, dans un jugement récent, un juge s'étonnait que l'on puisse considérer que le législateur a introduit un troisième mode de disposition des biens à titre gratuit — en plus de la donation entre vifs et du testament — sans l'avoir indiqué expressément à l'article 754 qui débute le titre consacré aux libéralités. Par conséquent, il concluait que la donation fiduciaire est une donation entre vifs¹³⁴ et permettait la révocation d'une donation fiduciaire pour cause d'ingratitude du donataire, conformément aux articles 811 et 813 du Code, applicables aux donations entre vifs. La Cour reconnaissait d'ailleurs l'existence d'un lien juridique entre le constituant et le donataire : « (...), il n'y a pas lieu de penser que tel donataire puisse avoir droit à un comportement différent envers sa bienfaitrice du fait que la donation entre vifs soit constituée par voie de fiducie »¹³⁵. Or, dans l'arrêt *Curran*, la Cour suprême avait bien précisé qu'il n'existait pas de rapports directs entre donateur et bénéficiaire¹³⁶.

Les positions des protectionnistes pouvaient laisser croire que le chapitre consacré à la fiducie, dans le Code, n'était d'aucune utilité puisque, d'après leurs propos, le droit régissant les donations semblait prévaloir dans à peu près toutes les situations. Conscients de cette critique éventuelle, les protectionnistes exposèrent ce qu'était, d'après eux, le champ d'application de ce chapitre. Suivant leur interprétation, le chapitre sur la fiducie n'avait eu pour but que de colmater les brèches lorsque les règles du droit civil ne pouvaient répondre aux besoins spécifiques de la nouvelle institution¹³⁷.

132. M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 82, p. 23.

133. *Id.*, p. 18-19.

134. *Bélanger-Jarry c. Jarry*, [1987] R.J.Q. 1559, p. 1562-1563 (C.S.).

135. *Id.*, p. 1564.

136. *Curran c. Davis*, *supra*, note 14, p. 304.

137. J.-E. BILLETTE, *supra*, note 93, p. 41.

L'insertion des articles sur la fiducie se justifiait, d'après J.-E. Billette, par la nécessité d'adapter certaines institutions aux vastes pouvoirs d'administration confiés au fiduciaire¹³⁸. Ainsi, en allait-il du dépôt qui, comme on le sait, ne s'applique qu'aux biens meubles ou au mandat qui doit être spécial ou exprès lorsqu'il s'agit de poser des actes autres que d'administration. Il insistait particulièrement sur la nécessité d'éviter toute méprise quant à la portée du chapitre. Le législateur n'avait pas introduit là un mode supplémentaire d'acquisition de la propriété aux côtés de la donation et du testament, il n'avait établi que les règles de constitution de la fiducie. Celle-ci demeurait un accessoire ; un mode d'exécution de la donation ou du testament. Il y avait donc lieu de référer au chapitre des donations pour trouver les règles concernant la donation fiduciaire et aux chapitres sur le mandat, le dépôt et l'exécution testamentaire pour les règles applicables à la fiducie elle-même¹³⁹.

M. Cantin Cumyn a tenu des propos tout à fait similaires dans sa critique de l'arrêt *Tucker*. À son avis, la fiducie demeurait assujettie aux règles du droit des donations. Un tel état de fait ne rendait cependant pas superflu le chapitre sur la fiducie. Il permettait au constituant de disposer de biens en faveur d'un bénéficiaire, sans cependant lui en transmettre la propriété, et d'en confier, pour un temps, l'administration à une personne indépendante¹⁴⁰.

3. Une entité juridique distincte : l'approche des novateurs

Les novateurs furent les derniers à se manifester. Lorsqu'ils commencèrent à véhiculer leur opinion, les pragmatiques s'étaient déjà imposés comme groupe dominant. À l'instar des protectionnistes, ils dénoncèrent certaines des solutions avancées par les pragmatiques, cependant les deux groupes ne peuvent être confondus. Ainsi que l'on a vu les protectionnistes s'efforcèrent d'insérer la fiducie à l'intérieur du régime de droit civil ; les novateurs, quant à eux, tinrent pour acquis que certains outils conceptuels existant en droit civil québécois ne répondaient pas nécessairement convenablement à la fiducie¹⁴¹. Ils s'efforcèrent donc de combler les carences qu'ils avaient identifiées en introduisant de nouveaux concepts.

Les travaux des novateurs émanèrent, presque exclusivement, du monde académique, ils prirent la forme de thèses, de travaux de recherche ou d'articles de fond. Il est important de préciser que les contributions majeures de ce courant furent le fait d'auteurs identifiés comme étant avant tout des commercialistes.

138. *Id.*, p. 41-42.

139. *Id.*, p. 45.

140. M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 82, p. 20-21.

141. Il s'agit véritablement ici d'une réaction théorique : C. ATIAS, *supra*, note 9, p. 67.

La plupart des tenants de cette approche considéraient que les solutions qu'ils proposaient n'étaient qu'une systématisation sans conséquence sur la pratique du droit. En revanche, les pragmatiques, tout en saluant l'intérêt de tels travaux, craignaient visiblement d'adopter de nouveaux concepts, avec lesquels ils n'étaient pas familiers et dont ils pouvaient difficilement prévoir les conséquences. La fortune du courant des novateurs était donc compromise, à moins de considérer que leurs recherches étaient, avant tout, prospectives.

Deux théories différentes furent développées par les novateurs. Peu de temps après que fut rendu l'arrêt *Curran* par la Cour suprême, Marcel Faribault présenta une thèse où il soutint que la fiducie était une sorte de personne morale. Plus tard, alors qu'était entreprise la révision du Code civil, la théorie du patrimoine d'affectation prit le relais.

3.1. La théorie de l'institution

La théorie de l'institution¹⁴² a été avancée par le notaire Marcel Faribault¹⁴³ dans une thèse de doctorat, présentée, à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, en 1936. La même année, elle fut publiée¹⁴⁴ et mérita à son auteur le prix David. À une époque où la recherche juridique était à peu près inexistante et les publications d'importance fort rares, l'ouvrage avait de quoi impressionner.

Comptant plus de quatre cent pages, l'ouvrage adoptait un plan tripartite¹⁴⁵. D'abord, l'auteur s'intéressait aux origines de la fiducie. La caution de l'histoire avait ici pour but évident de réfuter l'ascendance anglaise de l'institution. Ensuite, venait le cœur de l'ouvrage, où étaient exposées les vues de Faribault quant à la nature juridique de la fiducie. Finalement, la dernière partie, de loin la plus longue, était consacrée à l'étude de son fonctionnement. Notre intérêt étant centré sur l'effort de systématisation des auteurs, c'est la seconde partie de l'ouvrage qui retiendra notre attention.

142. Le mot institution, comme on le verra, prend ici un sens particulier ; il ne faut donc pas lui donner son sens habituel.

143. Après s'être adonné à la pratique du droit et à l'enseignement universitaire, Faribault devint secrétaire de l'Université de Montréal, puis se tourna vers le monde des affaires où il assumait d'importantes fonctions au sein de nombreuses compagnies dont plusieurs institutions financières. Pour une biographie, voir : « Marcel Faribault », (1972-73) 75 *R. du N.* 74 et 281.

144. M. FARIBAULT, *supra*, note 110.

145. À l'époque de la soutenance de cette thèse, le plan en deux parties ne s'était pas encore imposé dans les travaux académiques. Il faudra attendre l'après-guerre avant qu'il n'acquiert la popularité qu'on lui connaît ; sur le sujet, voir : M. LEMIEUX, « La récente popularité du plan en deux parties », [1987] *R.R.J.* 823.

La théorie de l'institution, qu'entendait faire prévaloir Faribault, était empruntée au français Georges Renard, qui avait publié un important ouvrage sur le sujet en 1930¹⁴⁶. La thèse, développée par cet ancien professeur de droit devenu dominicain, était imprégnée de philosophie thomiste¹⁴⁷. Faribault était manifestement un admirateur de son modèle, il n'hésitait pas à qualifier le volume de « magistral »¹⁴⁸. Un long développement était consacré à la présentation de la thèse de Renard¹⁴⁹. Le résumé qu'en fait Faribault est ponctué de longues citations empruntées à l'auteur ; toutefois, le rattachement au thomisme est mis en sourdine. Même s'il est resté fidèle à Renard, Faribault a adapté le concept d'institution à ses besoins. Il a proposé notamment de définir l'institution comme « (...) un groupement d'individus assujettis à un ordre dont la raison d'être est l'obtention d'une fin par les mêmes moyens fondamentaux »¹⁵⁰. Faribault insista sur la nécessité d'ordre. L'institution étant nécessairement chapeauté par une autorité assurant la cohésion de toutes les forces vers le but visé¹⁵¹.

Cette théorie était manifestement une réaction au volontarisme ; aussi, ses tenants sentaient-ils le besoin de bien distinguer les notions de contrat et d'institution¹⁵². Le contrat était perçu comme précaire et incommutable ; l'institution avait vocation à la pérennité et à l'adaptation. Il était fondé sur l'égalité des parties, elle sur la hiérarchie. Il était peu réglementé, elle au contraire était l'objet d'un contrôle plus strict, notamment parce qu'elle produisait des effets à l'égard des tiers. Le droit positif reconnaissait déjà la personnalité juridique à l'institution¹⁵³. Cette reconnaissance d'une individualité pouvait être expresse, mais elle pouvait aussi être implicite, du seul fait de la réglementation des activités.

146. G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930, 639 p.

147. À l'époque, le thomisme était incontournable. Seule philosophie ayant droit de cité dans les collèges classiques (C. GALARNEAU, *Les collèges classiques au Canada français*, Montréal, Fides, 1978, p. 186-187), il imprégna les textes de plusieurs juristes comme le font voir certains articles publiés dans la *Revue du Droit* durant la même période. Les publications de cette période n'adoptaient donc pas nécessairement toutes une orientation strictement professionnelle quoiqu'il est certain qu'il s'agissait là de l'orientation qui fut privilégiée (R.A. MACDONALD, *supra*, note 3, p. 598).

148. M. FARIBAULT, *supra*, note 110, p. 105.

149. *Id.*, p. 105-138.

150. *Id.*, p. 116.

151. *Id.*, p. 112-115.

152. *Id.*, p. 118-135 ; on aura ici avantage à consulter l'ouvrage de G. RENARD (*supra*, note 146, p. 357-431) dont le développement est plus clair.

153. *Id.*, p. 135-137.

Une fois présentée la thèse de l'institution, Faribault examina, puis rejeta, à tour de rôle, les différentes explications avancées jusque là pour comprendre la fiducie¹⁵⁴. Ensuite, il tenta d'établir la preuve qu'elle constituait bel et bien une institution en recherchant, à l'intérieur des textes de droit positif applicables à la fiducie, les éléments essentiels à l'existence d'une institution¹⁵⁵. La loi permettait qu'une personne affecte des biens à une fin déterminée, soit la permanence et la protection d'une libéralité, et, ce, sous l'autorité d'un fiduciaire¹⁵⁶. Cela était suffisant pour permettre de conclure que la fiducie était une institution et que par le fait même, elle était un sujet de droit jouissant de la personnalité juridique. L'individualisation, ainsi que le précise l'auteur, ne découlait toutefois pas de l'affectation d'une masse de biens à une fin donnée, mais plutôt de l'existence d'un groupe d'individus en faveur duquel des gratifications étaient prévues¹⁵⁷.

La qualification retenue présentait des avantages selon les dires de Faribault. Elle permettait de résoudre certains problèmes qui pouvaient difficilement l'être ou l'étaient, semble-t-il, de manière peu satisfaisante selon les solutions avancées jusqu'alors. Par exemple, l'acceptation de la fiducie par le fiduciaire s'expliquait mieux ainsi. La fiducie étant une institution, il allait de soi que le pouvoir de procéder à l'acceptation revint à ses représentants. Faribault expliquait d'ailleurs que les désaccords exprimés dans les diverses instances de l'affaire *Curran* s'expliquaient par l'absence d'une doctrine suffisamment englobante. La conclusion à laquelle en était venue la Cour suprême, faute d'une assise rationnelle, était donc essentiellement empirique : « Le principe [l'acceptation par le fiduciaire] a été sauvé grâce à l'intuition ou à l'instinct des juges, avec ce résultat que les jugements paraissent avoir été rendus par des tribunaux d'équité »¹⁵⁸. Faribault mentionnait également que la capacité du fiduciaire d'ester en justice, reconnue par la loi, se comprenait d'autant mieux que l'on adoptait la thèse de l'institution¹⁵⁹. Au-delà de ces explications parcellaires, l'avantage de la théorie de l'institution résidait

154. *Id.*, p. 138-140.

155. *Id.*, p. 140-146.

156. Faribault fournit d'ailleurs une définition de la fiducie-institution :

(...) la fiducie est une institution reconnue par la loi et créée par la volonté unilatérale d'un donateur ou d'un testateur, aux fins de soumettre une libéralité permise à une idée directrice de protection ou de permanence, grâce à une administration indépendante, autoritaire et éclairée des biens qui en font l'objet.

Id., p. 148.

157. *Id.*, p. 140-142 et 269-270.

158. *Id.*, p. 259.

159. *Id.*, p. 273.

d'abord et avant tout dans l'explication rationnelle qu'elle fournissait tout en permettant le respect du droit civil :

Nous croyons avoir démontré que seule elle [la théorie de l'institution] pouvait expliquer rationnellement et complètement la structure, le mécanisme et l'opération de notre fiducie sans faire violence à nos lois, sans nous entraîner à des conséquences inadmissibles.¹⁶⁰

La théorie de l'institution, adoptée par Faribault, était sécularisée. Sauf à travers les extraits empruntés à Renard et quelques lieux communs placés à des endroits stratégiques, on chercherait vainement des renvois à Aristote ou Thomas d'Aquin. Faribault, au départ, a été confronté à des problèmes essentiellement techniques ; ce dont il avait besoin, c'était un réceptacle qui put s'intégrer aisément au système de droit civil. La théorie de l'institution lui apparut une solution appropriée. Il prit toutefois la liberté de l'émonder du superflu.

Dans les mois qui suivirent sa parution, l'ouvrage fut l'objet de commentaires. La *Revue du Droit* salua la parution avec bienveillance¹⁶¹. Le critique se contentait de présenter un résumé de l'ouvrage, mais soulignait, avec approbation, les considérations philosophiques sur lesquelles la thèse était basée. P.-B. Mignault, pour sa part, montrait moins d'engouement¹⁶². Il soulignait, dès le début, que les vues de l'auteur étaient plutôt originales, il appert toutefois que la théorie de l'institution ne le séduisait guère. La définition que donnait Faribault de l'institution lui semblait convenir davantage à une association. Il ne voyait pas ce qu'apportait cette « nouvelle conception » et considérait que les tribunaux ne la retiendraient pas. Il s'étonnait d'ailleurs que la théorie n'ait pas été énoncée plus tôt : « (...), si cette théorie de l'institution a des bases vraiment juridiques, j'ai peine à comprendre qu'on ne l'ait découverte qu'en l'an de grâce 1930 »¹⁶³. Quant au reste de l'œuvre, Mignault se montrait plus réceptif, notamment pour la partie consacrée à la pratique¹⁶⁴. Après cette critique mitigée, Faribault eut droit à des louanges et à la citation d'extraits de son ouvrage par Renard lui-même, dans un volume paru peu de temps après¹⁶⁵.

Par la suite, l'ouvrage fut loin de laisser indifférent, il fut en effet abondamment cité. Fréquemment, les renvois sont faits aux pages consacrées

160. *Id.*, p. 393.

161. « Bulletin bibliographie », (1936-37) 15 *R. du D.* 120.

162. P.-B. MIGNAULT. « Reviews of Books », (1937-38) 2 *U. of T.L.J.* 423.

163. *Id.*, p. 424. Quelques années plus tard, il réitérera ses propos lors d'un congrès international : P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 36, p. 45 note 1.

164. C'est là une preuve supplémentaire de l'attrait des ouvrages de type professionnel, voir : *supra*, note 147.

165. G. RENARD, *La philosophie de l'institution*, Paris, Sirey, 1939.

au fonctionnement de la fiducie. S'agissant là d'une description assez neutre du droit positif, les pragmatiques y puisèrent allègrement. Il faut avouer cependant que la fortune de la thèse maîtresse de l'œuvre fut plutôt réduite. À l'occasion, elle fut considérée par les juges et les auteurs. Les premiers se montrèrent réticents à l'adopter, d'autant plus qu'ils étaient tenus de respecter les lignes directrices du courant pragmatique. Un seul jugement, rendu par la Commission d'appel de l'impôt sur le revenu, semble avoir appuyé inconditionnellement cette théorie¹⁶⁶. En revanche, les auteurs furent plus réceptifs. L. Baudouin, dans une présentation synthétique qu'il fit de la fiducie, emprunta l'essentiel de ses propos à Faribault dont il qualifia l'ouvrage de remarquable¹⁶⁷. D'autres auteurs, tel R. Dussault¹⁶⁸ et P. Lessard¹⁶⁹, considérèrent qu'il s'agissait là de l'opinion la plus éclairée sur le sujet. Dans ces trois cas, il faut mentionner que les auteurs ne se prêtèrent pas à des recherches très approfondies sur la fiducie, mais adoptèrent la théorie de Faribault sans prendre en compte tout le prisme des opinions exprimées sur le sujet. En définitive, même si elle se gagna certains appuis, la théorie de l'institution ne réussit pas à s'attacher un soutien suffisant pour s'imposer ; le champ était donc loin d'être fermé à toute recherche de la part des novateurs.

3.2. La théorie du patrimoine d'affectation

Le recours à la théorie du patrimoine d'affectation pour expliquer le fonctionnement de la fiducie est dû au juriste français Pierre Lepaulle¹⁷⁰. Comparatiste, il était déjà connu au Québec avant même la diffusion de sa théorie. Il avait eu l'occasion de séjourner ici lors d'un voyage d'étude et d'exposer son intérêt pour le Canada, « terre d'élection pour le droit comparé ». Ses propos avait été loin de faire l'unanimité, il s'était même attiré les foudres de personnalités bien en vue du monde juridique, dont le juge Rivard de la Cour du Banc du roi, ardent défenseur de l'intégrité du droit civil¹⁷¹. Toujours est-il que sa théorie fit petit à petit son chemin et qu'elle trouvera au Québec de fervents promoteurs.

166. N° 199 c. *Ministre du revenu national*, (1954) 8 D.T.C. 488.

167. L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec*. Montréal, Wilson et Lafleur, 1951, p. 1241-1251.

168. R. DUSSEAULT, « La fiducie dans le droit québécois », (1962-63) 5, n° 2 *C. de D.* 57, p. 59.

169. P. LESSARD, « La fiducie entre vifs », *Répertoire de droit-Libéralités*, document 2, p. 14.

170. P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932.

171. A. RIVARD, « Bibliographie », (1924-25) 3 *R. du D.* 233 et S. NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1986-87) 32 *McGill L. J.* 559, p. 572-573.

La théorie avancée par Lepaulle avait pour objectif de proposer une solution globale, applicable à tous les cas de fiducie. La définition qu'il proposait de la fiducie était respectueuse de la ligne directrice retenue par l'auteur ; elle était présentée comme : « une institution juridique qui consiste en un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et constituée par une affectation qui est libre dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public »¹⁷². Dans cette optique, les biens transmis par le constituant au fiduciaire ne faisaient plus partie du patrimoine du premier, sans être inclus dans le patrimoine du second, ni même dans le patrimoine du bénéficiaire. Ils formaient désormais, et pour la durée de la fiducie, une universalité distincte, sur laquelle personne ne pouvait prétendre à un droit de propriété. Cette thèse entraînait en conflit avec la notion classique de patrimoine, en vertu de laquelle à tout patrimoine correspond nécessairement un titulaire, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale.

Déjà, dans l'arrêt *Curran*¹⁷³, le juge Rinfret référerait, à mots couverts, à la notion de patrimoine d'affectation. Il faut bien dire cependant qu'aucun développement n'était consacré au contenu même de la théorie ; le juge se contentait, dans les tous derniers paragraphes de l'arrêt, de recourir à la terminologie popularisée par la théorie pour résumer l'état de la question qu'il venait de considérer. Décrivant la situation des biens en fiducie, il affirmait : « À tous les points de vue, les biens sont sortis de son patrimoine d'une façon absolue et sont définitivement affectés aux fins qu'il a définies dans le contrat que les *trustees* se sont engagés à accomplir »¹⁷⁴. Plus loin, il ajoutait : « Le créateur du *trust* est dessaisi de la chose qui en a fait l'objet. Cette chose ne fait plus partie de son patrimoine. Elle est dès lors subordonnée à l'affectation qu'il en a faite. »¹⁷⁵. Manifestement, le juge Rinfret connaissait la théorie qui assimilait les biens transmis en fiducie à un patrimoine d'affectation. Il semblait avoir trouvé là une explication intéressante à la propriété fiduciaire qui, ainsi qu'il l'avait indiqué, transmettait des biens du constituant au fiduciaire sans cependant permettre à celui-ci d'en tirer un avantage. Cet emprunt à la thèse de Lepaulle ajoutait au caractère éclectique de l'arrêt.

Faribault ne pouvait ignorer la théorie du patrimoine d'affectation. Au début de la seconde partie de son ouvrage, où il prenait en considération les explications théoriques avancées pour comprendre la fiducie, il en faisait une

172. P. LEPAULLE, *supra*, note 170, p. 31.

173. L'arrêt *Curran* fut rendu le 25 avril 1933, alors que l'ouvrage de Lepaulle avait paru au début de l'année 1932, puisqu'il fut l'objet d'une recension dans le numéro d'avril 1932 de la *Revue du Droit*, (1931-32) 10 *R. du D.* 510.

174. *Curran c. Davis*, *supra*, note 14, p. 306.

175. *Id.*, p. 307.

présentation succincte¹⁷⁶. Sa propre thèse reposant sur la personnification de la fiducie, on comprend son rejet du système élaboré par Lepaulle. Quoiqu'il soit d'accord avec lui pour reconnaître que les biens en fiducie constituaient une universalité et que la fiducie se devait de poursuivre un but¹⁷⁷, il n'estimait pas nécessaire pour autant de remettre en question certains principes régissant le droit civil. Il voyait dans la thèse avancée par Lepaulle une confusion entre le sujet et l'objet du droit, due essentiellement à la difficulté d'identifier le propriétaire de biens en fiducie. En définitive, alors que Lepaulle était favorable à la scission des notions de patrimoine et de personnalité, Faribault s'y refusait ; au contraire, il élaborait toute sa théorie en cherchant à sauvegarder les liens entre les deux notions¹⁷⁸.

Dans un article subséquent¹⁷⁹, Lepaulle faisait une revue de la situation de la fiducie dans le monde. Il considérait tour à tour l'état de la jurisprudence, de la doctrine et de la législation dans un certain nombre de pays puis, ayant constaté l'ampleur du phénomène de migration du *trust*, il se prononçait en faveur d'une intervention législative dans les pays de droit d'origine romaine. Sa position n'était plus la même qu'autrefois, il proposait de faire du *trust* une personne morale et d'en confier la gérance au *trustee*. Ce revirement s'expliquait par les difficultés que les diverses constructions doctrinales, y compris certainement la sienne, posait aux praticiens : « Les constructions théoriques sont sujettes à critiques ou difficiles à manier par la moyenne des juges »¹⁸⁰. Il admettait finalement que le recours à la personnalité juridique était une solution propre à éliminer plusieurs des problèmes par l'intégration du *trust* dans un système civiliste :

Je ne me cache pas que c'est là une solution facile : au lieu de faire travailler l'esprit sur des conceptions délicates et des constructions audacieuses, elle se contente de prendre dans notre arsenal familial une vieille notion. Mon âme de théoricien s'en attriste un peu, mais le vieux praticien ne peut que s'en réjouir car il travaillera plus vite sur un terrain plus sûr pour le plus grand bien des justiciables.¹⁸¹

La théorie de Lepaulle, revue et corrigée, gagna l'appui du comité d'étude chargé de la fiducie à l'Office de révision du Code civil. Le groupe, composé de quatre professeurs de McGill et présidé par le commercialiste

176. M. FARIBAUT, *supra*, note 110, p. 94-104.

177. *Id.*, p. 96.

178. *Id.*, p. 103.

179. P. LEPAULLE, « La notion de *trust* et ses applications dans les divers systèmes juridiques », *Actes du Congrès international de droit privé*, vol. 2 : *L'unification du droit*, Rome, Éditions « Unidroit », 1951, p. 197.

180. *Id.*, p. 205.

181. *Id.*, p. 207.

Yves Caron¹⁸², avait eu pour mandat d'examiner la législation en vigueur et de proposer les modifications qu'il jugeait utiles d'y apporter. Il est évident que l'Office considérait que ses travaux ne visaient pas qu'à consolider le droit existant; il estimait qu'il devait faire œuvre de systématisation. Les propos tenus par P.-A. Crépeau, président de l'Office afin d'expliquer les objectifs de la réforme, peu après le dépôt du rapport final, sont, à cet égard, éclairants :

Un premier objet visait la résolution des conflits d'interprétation judiciaire ou doctrinale du droit civil.

L'interprétation du Code a, en effet, donné lieu à de nombreux conflits. Au hasard des litiges surtout, des conflits sont nés opposant des magistrats, des auteurs, en raison souvent du tiraillement des sources d'interprétation du Code civil.

Il s'agissait de proposer des solutions réalistes et conformes aux principes du droit civil.¹⁸³

Or, en ce qui regarde la fiducie, l'opposition était on ne peut plus évidente entre les positions des tribunaux et des auteurs. Les réactions à l'affaire *Curran* étaient révélatrices à cet égard. L'Office devait donc trancher le dilemme de la propriété des biens. La recherche de systématisation a également eu pour but d'élargir le domaine de la fiducie, en prévoyant notamment la possibilité de créer des fiducies d'investissement et de rapatrier au Code des fiducies permises par le droit statutaire¹⁸⁴. Ce faisant, l'Office répondait aux objectifs généraux qui avaient guidé ses travaux, soit refaire « (...) l'unité organique du droit civil » et « (...) accorder le droit aux réalités de cette fin de siècle »¹⁸⁵. Cette recherche de « cohérence » passait par la mise en place d'une « construction juridique civiliste » que l'Office estimait de son devoir d'élaborer.

Le travail du comité consistait à rédiger un rapport comprenant un projet de réforme motivé. Avant le rapport final, pas moins de six versions différentes furent préparées, elles nécessitèrent des recherches approfondies et de nombreux échanges entre les membres, de même que des consultations avec des gens de l'extérieur. Au départ, le comité avait retenu l'hypothèse de la propriété fiduciaire¹⁸⁶. Ce faisant, il demeurait fidèle à la solution qu'avaient élaborée les pragmatiques, notamment le juge Rinfret dans l'arrêt *Curran*. Le

182. Les autres membres du comité étaient J.E.C. Brierley, P.-A. Crépeau et D.W.M. Waters; M. Cantin Cumyn se joignit au groupe alors que les travaux étaient déjà commencés.

183. P.-A. CRÉPEAU, « La révision du *Code civil* », [1977] *C.P. du N.* 335, p. 344.

184. A. COSSETTE, « Aperçu des principales nouveautés de la réforme du droit des biens », (1984) 15 *R.G.D.* 385, p. 395.

185. P.-A. CRÉPEAU, *supra*, note 183, p. 344.

186. Y. CARON, *supra*, note 36, p. 432.

comité sentait le besoin cependant de préciser que la propriété traditionnelle classique se distinguait de la propriété fiduciaire. Seule la première pouvait être qualifiée d'absolue, puisqu'elle conférait à son titulaire, pour son propre bénéfice, un pouvoir total sur la chose objet de son droit; la propriété fiduciaire faisait donc figure d'exception¹⁸⁷. Elle était qualifiée de droit réel nouveau, détenu par le fiduciaire¹⁸⁸. Les biens de la fiducie, quant à eux, étaient réputés constituer un patrimoine distinct de celui du fiduciaire¹⁸⁹.

Par la suite, les problèmes théoriques et pratiques, déjà formulées à l'égard de la propriété fiduciaire, refirent surface, ainsi qu'il ressort des propos de Caron : « This kind of ownership would thus depart from classical civilian notions. A number of conceptual and practical questions would moreover be left unanswered by this approach »¹⁹⁰. Cette propriété, sans avantage pour le fiduciaire, non transmissible à ses héritiers ou successeurs et posant des difficultés quant à la détermination du droit qui lui était applicable, apparut déficiente au comité à tel point qu'il décida qu'il ne pouvait la retenir. La reconnaissance de la personnalité juridique devint alors la solution de rechange : « (...), the use of legal personality supplies a more civilian approach to the problem. This solution appears to answer most of the problems raised by the introduction of trusts into a civilian context and raises fewer problems of its own »¹⁹¹. Y. Caron justifia ce choix en s'appuyant notamment sur les travaux de Lepaulle¹⁹². L'avant-projet de réforme fut soumis à la consultation auprès des personnes et des organismes intéressés.

Il appert que la réaction du milieu des affaires fut plutôt hostile à la personnification d'une fiducie dont les fiduciaires seraient les administrateurs. Dans un commentaire, portant à la fois sur des considérations générales et sur l'étude détaillée du projet, la compagnie Royal Trust montrait une nette préférence pour le respect du *statu quo*¹⁹³. La qualification que les tribunaux avaient donnée jusqu'alors à la fiducie paraissait pleinement satisfaisante. On craignait que la personnification de la fiducie crée une césure par rapport à la pratique ailleurs au Canada et qu'elle entrave l'expansion de la fiducie. La

187. Archives nationales du Québec, Fonds de l'Office de révision du Code civil, *Avant-projet 3. La fiducie (propriété fiduciaire)*, avril 1974, art. a et b.

188. *Id.*, art. 1, commentaire.

189. *Id.*, art. 24.

190. Y. CARON, *supra*, note 36, p. 433.

191. *Id.*, p. 434.

192. P. LEPAULLE, *supra*, notes 170 et 179.

193. Archives nationales du Québec, Fonds de l'Office de révision du Code civil : *Notes du Royal Trust Co*, 17 février 1976, 10 p.

compagnie optait donc fermement pour le maintien de la propriété fiduciaire et faisait fi des arguments de la doctrine :

It may or it may not be necessary to add expressly to Articles 981a to n the concepts of fiduciary ownership and separation of patrimony proposed in Draft III, which appear to have been adopted by the jurisprudence and which appear to be viewed with dislike by the authors. *We can only say that the law is made for the people and not for the authors.* (C'est nous qui soulignons).¹⁹⁴

La réprobation ne pouvait être plus directe. La compagnie Royal Trust ne voulait aucunement d'une mutation profonde de la fiducie. Elle était toutefois disposée à accepter la notion d'une propriété fiduciaire qui constituerait un patrimoine distinct, puisqu'elle ne voyait là qu'une consécration de la perception imposée par les pragmatiques. Les représentations faites sur le projet à la demande du comité ne restèrent pas lettre morte. Les critiques furent prises au sérieux. Dans la version finale de son rapport, le comité mit de côté la thèse de la personnification juridique de la fiducie. En introduction au rapport, le comité mentionnait la difficulté d'intégrer en droit civil une institution aussi typique du droit anglais que l'est le *trust*, notamment à cause des différences fondamentales caractérisant la notion de propriété dans chacun des deux systèmes¹⁹⁵.

Cherchant, à l'instar de Mignault, à identifier le véritable propriétaire des biens en fiducie, le comité en arrivait à une conclusion différente. Il ne pouvait s'agir du bénéficiaire, ni du constituant et guère plus du fiduciaire pour les raisons déjà évoquées. Restait la reconnaissance d'un patrimoine distinct¹⁹⁶, dont la gestion relèverait du fiduciaire. C'est donc la théorie de Lepaulle, non pas dans sa forme achevée mais plutôt telle qu'élaborée au départ¹⁹⁷, qui a prévalu. Les novateurs trouvaient là une cohérence depuis longtemps recherchée. Par la suite la proposition fut intégrée dans le rapport final de l'Office remis au ministre¹⁹⁸. Dans les commentaires explicatifs, il est bien précisé que la disposition est conforme au droit existant : « La constitution en un patrimoine distinct des biens mis en fiducie ne modifie pas les rapports qui existent, en droit actuel, entre les diverses parties en cause ni les pouvoirs de chacun sur les biens de la fiducie »¹⁹⁹. Le législateur est resté fidèle à la proposition²⁰⁰.

194. *Id.*, p. 2.

195. Office de révision du Code civil — Comité du droit de la fiducie, *Rapport sur la fiducie*, Montréal, 1976, p. 2.

196. *Id.*, p. 14, art. 3.

197. P. LEPAULLE, *supra*, note 170.

198. Office de révision du Code civil, *Rapport de révision du Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978, vol. I, p. 325, art. 603.

199. *Id.*, vol. II, tome I, p. 534.

200. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18, a. 1301 (non en vigueur).

Le *Code civil du Québec* adoptait donc un concept juridique nouveau qui, dans l'esprit des novateurs, permettait de mieux intégrer la fiducie dans un système de droit civil. En outre, on profitait de la réforme pour élargir le domaine d'application de la fiducie, en prévoyant la constitution de fiducie à titre onéreux²⁰¹. J.E.C. Brierley a qualifié la réforme apportée à la fiducie de « bond juridique dramatique » par rapport à l'état actuel du droit et a affirmé qu'il y a là désormais un « régime général de fiducie »²⁰². L'institution, remaniée, ne pouvait plus être vue comme une simple modalité des donations et des testaments, ainsi que les protectionnistes la percevaient jusqu'alors. Elle n'était pas davantage assimilée à un démembrement ou à une modalité de la propriété. En fait, elle rompait avec le monde des droits réels pour se situer dans une autre dimension de la réalité juridique, comme le faisait remarquer Brierley :

C'est dire que la fiducie, tout simplement, n'est pas fondée sur la notion de droit réel, mais puise ses principes directeurs dans un autre ordre d'idées. Elle s'exprime sous forme de patrimoine d'affectation ; c'est sous cette forme qu'elle sera apte à recevoir des applications nouvelles.²⁰³

D'autres auteurs se sont montrés satisfaits de la solution retenue par le législateur²⁰⁴ ; néanmoins, des doutes furent formulés quant aux véritables bienfaits introduits par ce changement. Si la bête noire des novateurs avait été cette propriété dont le titulaire ne tirait aucun avantage, ils pouvaient à leur tour se faire reprocher d'avoir introduit en droit québécois une propriété sans propriétaire. F. Frenette s'en est justement pris à cette propriété dépourvue de titulaire :

Ce projet portant réforme au *Code civil du Québec* du droit des biens introduit l'idée d'une fiducie sans propriétaire. La fiducie n'y est pas davantage revêtue de la personnalité morale. En conséquence, quiconque acquerrait un bien du fiduciaire, n'acquerrait de personne. Il faut que la fiction dans le domaine du droit soit forte pour admettre ce genre de nouveauté, qui est souvent nécessaire à la survie d'une institution à la condition que le changement ne soit pas introduit au mépris des principes fondamentaux du droit.²⁰⁵

Pragmatiques et novateurs se retrouvaient dos à dos. Pour chacun d'eux, la solution de l'adversaire était perçue comme une incongruité juridique, tandis que chacun des groupes parvenaient à justifier sa propre solution en

201. C.C.Q., art. 1306-1310.

202. J.E.C. BRIERLEY, « Substitutions, stipulations d'inaliénabilité, fiducies et fondations », (1988) 3 *C.P. du N.* 243, p. 268.

203. *Id.*, p. 269.

204. P. CHARBONNEAU, « Les patrimoines d'affectation : vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine », (1982-83) 85 *R. du N.* 491, p. 527 et A. COSSETTE, *supra*, note 184, p. 396-397.

205. F. FRENETTE, *supra*, note 38, p. 737.

aménageant les principes régissant le droit civil. Les pragmatiques, avec les tribunaux comme alliés, avaient jusque là imposé leur point de vue. À la faveur de la révision du Code civil, les novateurs réussirent cependant à les déloger en gagnant l'appui du législateur. A.J. McClean y voit une victoire de la doctrine sur le judiciaire²⁰⁶ ; une telle analyse présuppose une unanimité de pensée en fonction de l'activité des juristes, or il ne semble pas qu'une telle dichotomie ait existé. La revanche des novateurs sur les pragmatiques fut une « piètre victoire » puisque, pour reprendre les mots de C. Atias, leur théorie n'a jamais réussi à s'imposer par elle-même et que le législateur dut intervenir pour la faire prévaloir²⁰⁷.

Conclusion

L'analyse que nous venons de compléter permet de découvrir que devant les mêmes questions, des juristes, évoluant dans un même système juridique, ont avancé des solutions, sinon opposées, à tout le moins fort différentes les unes des autres. Or, les tenants de chacun des trois groupes considéraient certainement les arguments qu'ils faisaient valoir ou les thèses qu'ils soutenaient comme étant plus cohérents et justifiables que ceux des autres. Chacun a poursuivi des fins déterminées et a avancé une stratégie en fonction de sa démarche. Les trois discours peuvent certainement présenter des faiblesses, sinon des contradictions, mais on peut affirmer que chacun est cohérent avec les choix fondamentaux qu'il avait établis au départ.

Les pragmatiques peuvent être taxés d'adopter un comportement imprévisible et, parfois même, illogique. Pourtant, si l'on considère les arrêts et les articles qu'ils ont produits, tous leurs efforts tendaient à assurer la cohésion du corpus des décisions et à concilier leur perception du droit avec la pratique, et jusqu'à un certain point, la doctrine. Ainsi, ils respectaient les décisions du Conseil privé et des tribunaux canadiens qui avaient affirmé que le *trust* anglais, dans toute son étendue, n'avait pas été introduit au Québec. En même temps, ils confirmaient l'origine anglaise des dispositions du Code sur la fiducie et mentionnaient qu'il y avait lieu de référer au droit anglais pour les interpréter. Ce faisant, ils pouvaient mettre de côté les règles des donations, qui auraient pu compléter les dispositions sur la fiducie. Un tel raisonnement pouvait sembler incohérent et conduire à des résultats imprévisibles. Cependant, il respectait vraisemblablement la perception que les praticiens et leur clientèle avaient eu de l'institution. Ils ont donc opté pour le maintien de la stabilité des

206. A.J. McCLEAN, « The Quebec Trust : Civilized at Last ? », dans E. Caparros et autres (éd.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 304.

207. C. ATIAS, *supra*, note 9, p. 133.

contrats, même au risque d'assujettir la fiducie à la common law plutôt qu'au droit civil. Il est tentant d'établir un parallèle entre le groupe des pragmatiques — qui puisèrent allègrement à la fois dans la common law et le droit civil — et les tenants de la culture juridique éclectique du XIX^e siècle²⁰⁸.

Comme que nous l'avons démontré, la force d'attraction qui assurait la cohésion des protectionnistes, c'était l'opposition aux propos des pragmatiques. Ils furent d'abord et avant tout les défenseurs de l'orthodoxie. Tout leur discours fut structuré en fonction de cet unique objectif. En conséquence, les manifestations du groupe étaient étroitement liées aux gestes posés par les pragmatiques ; ainsi réagirent-ils avec vigueur aux affaires *Curran et Tucker*. Ils avaient des choses une vision manichéenne ; d'un côté se trouvaient les juges hérétiques, qu'ils pourfendaient, et de l'autre les juges conformistes, avec lesquels ils compatissaient. Leurs écrits avaient pour but premier de dénoncer les errements cautionnés, sinon provoqués, par les pragmatiques. Une telle dénonciation visait à préserver la cohésion du corpus de droit civil, c'est pourquoi ils proclamaient généralement que la fiducie était d'origine française et qu'elle ne devait se comprendre et s'analyser qu'à l'intérieur du système civiliste. Le groupe des protectionnistes, surtout ceux qui se manifestèrent lors de la première vague, a beaucoup en commun avec les juristes qui, durant l'entre-deux-guerres, prêchèrent en faveur de la sauvegarde de l'intégrité du droit civil²⁰⁹.

Les novateurs, à l'instar des protectionnistes, dénonçaient certaines faiblesses qu'ils avaient identifiées dans le discours des pragmatiques. Ils mettaient cependant le gros de leurs efforts à tenter d'aménager le droit civil de manière à ce qu'il convienne à l'institution. À cette fin, ils ne prenaient donc pas pour acquis que le *statu quo* s'imposait, ils admettaient que certains concepts du droit civil devaient être revus ou même qu'il y avait lieu d'en introduire de nouveaux. Le fait que les principaux auteurs rattachés au groupe des novateurs (Faribault et Caron) aient été des commercialistes, plutôt que des civilistes, explique peut-être qu'ils n'aient pas tenté, à l'instar des pragmatiques et des protectionnistes, d'expliquer la fiducie à l'aide des concepts fondamentaux du droit civil et préféré introduire une entité juridique nouvelle.

Après avoir résumé les traits caractérisant chacun des trois groupes, il convient maintenant d'émettre une hypothèse permettant d'expliquer ces antagonismes. Il se pourrait fort bien que la raison principale de ces oppositions réside dans l'identification différente que chacun des groupes se faisait de

208. D. HOWES, *supra*, note 47 et *id.*, « Dialogical Jurisprudence », dans : *Canadian Perspectives on Law and Society*, Ottawa, Carleton University Press, 1988, p. 71-90.

209. S. NORMAND, *supra*, note 171.

l'instance légitime de contrôle des transformations du droit. De l'avis des pragmatiques, la fiducie devait être interprétée selon les façons de voir et de faire de l'élite socio-économique, soit les praticiens et leur clientèle²¹⁰. Les protectionnistes, pour leur part, voyaient la communauté des juristes comme gardienne d'un droit dont l'avenir était génétiquement déterminé et qui ne pouvait certainement pas être interprété en prenant en considération des éléments extrinsèques. Enfin, les novateurs identifiaient la communauté académique et ultimement le législateur comme instance légitime de contrôle. Les divergences de chacun des groupes pouvaient donc tenir à une perception différente du rôle et de la liberté de l'interprète face aux mutations que subit le droit.

En terminant, nous voudrions confronter les résultats de cette recherche avec les hypothèses avancées par D. Howes dans ses travaux sur la culture juridique québécoise. L'auteur estime que, durant la période qui va de 1845 à 1935, d'importantes transformations marquèrent le droit québécois. La codification aurait marqué le passage d'une culture juridique orale à une culture juridique écrite. Parallèlement à cela, le droit privé qui, jusque là avait été ouvert à diverses influences externes, en serait venu, peu à peu, à se refermer sur lui-même, notamment en privilégiant une méthode d'interprétation littérale du Code²¹¹. Sans vouloir mettre en doute cette hypothèse, nous voudrions y apporter un certain tempérament.

Il ne nous apparaît pas que la transformation de la culture juridique fut aussi brutale et unanime que l'a énoncée Howes. Mignault lui-même, pourtant l'un des plus ardents promoteurs d'une méthode d'interprétation civiliste²¹², consentit à recourir au droit anglais lorsque des emprunts avaient été faits à la common law. Son opinion fut combattue avec virulence par des auteurs, tel Billette, qui virent là une violation des principes du droit civil. Le caractère métissé de la fiducie²¹³, loin de s'estomper après 1929, fut au contraire confirmé à plusieurs reprises par la suite.

Les forces centripètes, qui auraient fait se replier le droit québécois sur lui-même, n'étaient donc pas seules en présence ; d'importantes forces centrifuges étaient là pour les contrebalancer. Sans vouloir nier qu'à certaines époques, le thème de la sauvegarde du droit civil a occupé beaucoup d'espace dans le discours des juristes ou que des efforts ont été consacrés à l'épuration du droit

210. Les pragmatiques, ou certains d'entre eux au moins, pourraient donc être qualifiés d'instrumentalistes, puisqu'ils font du droit un outil de l'élite.

211. D. HOWES, « La domestication de la pensée juridique québécoise », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 13, n° 1 (1989), p. 103, p. 111 et s.

212. Voir notamment, à ce sujet, l'article suivant qui résume bien sa pensée : P.-B. MIGNAULT, « Le Code civil de la province de Québec et son interprétation », (1935-36) *1 U. of T.L.J.* 104.

213. *Supra*, note 71 et le texte correspondant.

civil, tant par les juges que par les auteurs, il est certain que d'autres impératifs ont eu pour effet de maintenir des liens étroits entre le droit civil québécois et le droit étranger, plus précisément la common law. Ainsi, la perception que les praticiens ont eu de la fiducie, et qu'ils ont par la suite véhiculée, constitua une pression non négligeable sur les tribunaux.

La situation décrite par Howes réfère aux préoccupations d'une strate bien déterminée de la communauté juridique ; il est impossible de considérer que, depuis Mignault, il y a unanimité de vues sur la façon de percevoir le droit privé. Qu'une partie de cette communauté ait développé une certaine vision du Code et ait parfois réussi à la faire prévaloir est probablement vrai. Toutefois, de multiples exemples, en dehors de la fiducie, pourraient être apportés pour illustrer le fait que des praticiens n'hésitèrent pas à puiser dans un système étranger, soit pour y emprunter des modèles d'actes²¹⁴, soit pour y trouver des arguments à l'appui de leurs prétentions. Les tribunaux, pour leur part, même ces récentes années, ont accepté de recourir à des concepts de common law dans des jugements portant sur des matières de droit privé²¹⁵.

Quant aux méthodes d'interprétation utilisées par les tribunaux, il est bien difficile, sans procéder à des analyses relativement élaborées, d'en tirer des conclusions convaincantes. Ainsi devant les articles 981a et b, des juristes sont parvenus à des conclusions tout à fait opposées, en tenant compte de l'historique des dispositions. Les pragmatiques y ont vu une justification leur permettant de recourir à la common law, alors qu'un protectionniste, comme Mettarlin, à partir d'une analyse approfondie de l'origine de ces articles, a pu conclure que la fiducie était une institution essentiellement civiliste.

À notre avis, on ne peut considérer la culture juridique québécoise comme étant monolithique. À chaque époque, il y eut pluralité de courants de pensée. Encore faut-il ajouter qu'il est parfois bien difficile de reconnaître ces courants, qui, évidemment, ne bénéficiaient pas tous des outils adéquats de diffusion, et de mesurer l'ascendant de chacun, même lorsque l'on parvient à préciser lequel de ces courants fut dominant. On aurait tort cependant, en mettant en exergue certaines strates de la communauté juridique, faciles à identifier étant donné la masse documentaire qu'elles ont laissée, de considérer qu'elles seules façonnèrent la culture juridique.

214. Ceci ressort notamment de la mise en garde faite aux praticiens lors de l'adoption de modèles étrangers, voir : A. COSSETTE, *supra*, note 74.

215. Ainsi, dans les affaires *In re Maude Goyette* ([1983] C.S. 429) et *Instituit Philippe Pinel de Montréal c. Dion* ([1983] C.S. 438), la Cour supérieure utilise la notion de *parens patriae* ou encore dans certains jugements, dont *Droit de la famille-301* ([1986] R.J.Q. 2141) et *G. c. W.* (C.S. Québec, 200-12-032051-858, 17 mars 1987), les juges réfèrent à la garde conjointe (*joint custody*). Voir également : H. P. GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *McGill L. J.* 261, p. 294-295 et A. PRUJINER, « Origines historiques de l'injonction en droit québécois », (1979) 20 *C. de D.* 249, p. 273-275.