

Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété

Yaëll Emerich

Volume 38, numéro 2, 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027040ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027040ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Emerich, Y. (2008). Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété. *Revue générale de droit*, 38(2), 339–377. <https://doi.org/10.7202/1027040ar>

Résumé de l'article

Le droit civil et la common law sont souvent vus comme fournissant des modèles propriétaires largement différents. D'un côté, une propriété absolue, analysée en un droit réel à objet matériel, de l'autre, une propriété essentiellement divisible et relative, un bundle of rights susceptible de porter sur un objet matériel ou immatériel. Cet article tend à remettre en cause l'idée d'une opposition radicale entre le droit des biens civiliste et la *common law property*. La thèse défendue ici est celle d'un rapprochement possible du concept de propriété en droit civil et en common law, autour de l'idée d'une propriété relationnelle et incorporelle, laquelle pourrait fournir un point de départ pour une définition transsystémique de la propriété.

Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété

YAËLL EMERICH

Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université McGill, Montréal

RÉSUMÉ

Le droit civil et la common law sont souvent vus comme fournissant des modèles propriétaires largement différents. D'un côté, une propriété absolue, analysée en un droit réel à objet matériel, de l'autre, une propriété essentiellement divisible et relative, un bundle of rights susceptible de porter sur un objet matériel ou immatériel. Cet article tend à remettre en cause l'idée d'une opposition radicale entre le droit des biens civiliste et la common law property. La thèse défendue ici est celle d'un rapprochement possible du concept de propriété en droit civil et en common law, autour de l'idée d'une propriété relationnelle et incorporelle, laquelle pourrait fournir un point de départ pour une définition transsystémique de la propriété.

ABSTRACT

Civil law and common law are often viewed as given way to largely different proprietary models. On the one hand, absolute property, analyzed as a material-object real right; on the other, an essentially divisible and relative property, a bundle of rights susceptible of bearing on a material or immaterial object. This article seeks to question the radical opposition between the Property laws of civil and common law. The thesis advanced here is that it is possible to bring closer the concept of property in civil and common law, through the idea of a relational and incorporeal property, which could be a starting point for a transsystemic definition of property.

Mots-clés : *common law* —
droit civil — *droit comparé* —
droit des biens — *propriété*
incorporelle — *propriété*
relationnelle —
transsystèmeisme.

Key-words : *civil law* —
common law — *comparative*
law — *incorporeal property*
— property law — *relational*
property — *transsystemism*.

SOMMAIRE

Prolégomènes	341
1. L'apport de la <i>common law</i> à une remise en cause de la définition traditionnelle de la propriété civiliste : la propriété civiliste est-elle là où on la cherche?	345
1.1 La propriété civiliste peut-elle vraiment être définie comme la somme de ses attributs?	346
1.2 La propriété civiliste est-elle réellement un droit absolu?	350
1.3 La propriété civiliste est-elle essentiellement un droit perpétuel?	352
2. L'apport de la <i>common law</i> à une définition rénovée de la propriété civiliste : vers une conception transsystémique de la propriété?	355
2.1 La définition de la propriété de la <i>common law</i> en une propriété relationnelle est-elle totalement absente du droit civil?	355
2.2 La théorie des domaines de la <i>common law</i> n'a-t-elle aucune résonance en droit civil?	359
2.3 La définition de la propriété de la <i>common law</i> comme une propriété incorporelle n'est-elle pas déjà présente en droit civil?	370
Conclusion	376

PROLÉGOMÈNES

1. Cet article part du constat initial d'un manque d'adéquation de la théorie civiliste traditionnelle de la propriété face aux récents développements du droit¹. La théorie classique du droit civil des biens, qui peine notamment à prendre en compte les biens incorporels en dépit de la place croissante qu'ils occupent dans la composition actuelle des patrimoines, semble en perte de fonctionnalité. La question qui nous intéresse ici est celle de savoir si une mise en regard du droit civil des biens et du droit des biens de la common law peut s'avérer fructueuse. Le juriste civiliste qui observe la common law peut être amené à s'interroger sur le concept de propriété en droit civil, à partir des questions fondamentales que pose le droit des biens de la common law. Quel peut être l'apport de la common law à la théorie de la propriété en droit civil? De plus, la conception de la propriété en droit civil est-elle aussi différente de celle de la propriété en common law? N'existe-t-il pas, au contraire, au-delà des divergences entre systèmes, un certain « dénominateur commun » susceptible de servir de base à une définition transsystémique² de la propriété?

2. Le civiliste qui découvre la *common law property* peut d'abord être dérouté par la terminologie fluctuante qu'on y trouve. Faut-il parler de *ownership* ou de *property* comme équivalent à la propriété civiliste? Si le législateur québécois a choisi d'exprimer le concept civiliste de propriété en langue anglaise par *ownership* et celui de bien par *property*³, qu'en est-il de la transposition des concepts de système à système? En common law, en dépit d'une certaine prévalence du

1. Ce constat est le fruit de mon travail de doctorat : Yaëll EMERICH, *La propriété des créances — Approche comparative*, coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006 et Paris, Bibliothèque de droit privé, tome 469, 2007.

2. Sur le projet d'éducation transsystémique comme rencontre entre les traditions juridiques : Nicholas KASIRER, « Legal Education as *Métissage* », (2004) 78 *Tulane Law Review* 481. Voir aussi notamment : Roderick A. MACDONALD, « The National Law Programme at McGill : Origins, Establishment, Prospects », (1990) 13 *Dalhousie Law Journal* 211; Daniel JUTRAS, « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », (2000) 52 *Revue internationale de droit comparé* 781.

3. Comparez notamment la version anglaise des articles 899 et 947 du *Code civil du Québec* [C.c.Q.].

concept de *property*⁴, *ownership* est également utilisé au gré du contexte, par les auteurs et par les tribunaux, surtout, mais pas toujours, en matière mobilière⁵. Cette ambiguïté, voire cette dualité terminologique, se poursuit lorsqu'on s'aperçoit que *property* réfère à la fois à la propriété et à son objet qu'est le bien⁶ et que le concept de bien en droit civil est lui-même exprimé en common law par *property* ou par *thing*⁷. On peut alors se demander si cet éclatement terminologique n'est pas le signe d'une antinomie conceptuelle qui serait la marque d'une fausse amitié entre la propriété du droit civil et les *property rights* de la common law.

3. L'entreprise, qui consiste à vouloir mettre en rapport le droit civil et la common law, pourrait sembler hasardeuse, en raison de l'impression d'une trop forte disparité en ce domaine entre les systèmes romano-germaniques et les systèmes de common law⁸. D'un point de vue historique, tout d'abord, on oppose volontiers l'image du droit civil, infusé de

4. La plupart des ouvrages et des articles qui traitent de propriété en common law utilisent la terminologie « *property* ». Sur la tension entre *property* et *ownership* : Franck SNARE, « The Concept of Property », (1972) 9 *American Philosophical Quarterly* 200-206, à la page 200; James W. HARRIS, *Property and Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 8-13. Voir aussi : Georges L. GRETTON, « Owning Rights and Things », [1997] *Stellenbosch Law Review* 176.

5. Voir par exemple, pour une utilisation de *ownership* : Anthony M. HONORÉ, « Ownership », dans Anthony G. GUEST (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 107-147. Voir aussi : *Moore v. Regents of the University of California*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990), J. Mosk, 492. On note une certaine tendance à utiliser *ownership* comme un concept équivalent du *dominium* : William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, Chicago, University of Chicago Press, 1979, p. 2.

6. Frederick Henry LAWSON, Bernard RUDDEN, *The Law of Property*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 9.

7. A.M. HONORÉ, *loc. cit.*, note 5, p. 128.

8. Cela explique sans doute le faible nombre d'études comparatives en la matière, alors que la propriété est pourtant l'une des institutions les plus essentielles dans une société humaine. Voir toutefois : Roderick A. MACDONALD, « Reconciling the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *Revue de droit de McGill* 761; John Henry MERRYMAN, « Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson) », (1973) 48 *Tulane Law Review* 916. Voir aussi notamment : Barbara PIERRE, « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law », (1997) 28 *Revue générale de droit* 235; France ALLARD, « Entre le droit civil et la common law : la propriété en quête de sens », dans Jean-Claude GÉMAR, Nicholas KASIRER, *Jurilinguistique / Jurilinguistics*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 193-223; F.H. LAWSON, B. RUDDEN, *op. cit.*, note Prolégomènes, p. 9.

droit romain⁹, à l'idée de la common law, qui véhiculerait une forme de « droit féodal à l'état pur », fortement marqué par la structure des droits telle qu'elle existait à l'époque¹⁰.

4. S'agissant des sources du droit propres à chacun des deux systèmes étudiés, on contraste fréquemment le droit civil, qui s'est construit initialement dans les universités, à force de théorisation et qui s'est nourri de l'élaboration de concepts abstraits, à la common law, souvent décrite comme issue de la matérialité des faits et réglée par la pratique des tribunaux¹¹. De plus, le système juridique de la common law s'est développé autour d'une dualité fondamentale entre la common law et l'*equity*¹², ce qui a permis une forme de dédoublement du titre de propriété, inconnu du droit civil, entre une propriété légale et une propriété équitable — et dont on trouve un exemple parlant en matière de *trust*.

5. De prime abord, la théorie de la propriété en droit civil apparaît doublement unitaire par rapport au concept de propriété en common law. D'une part, une même notion de propriété s'applique à l'ensemble des biens meubles ou immeubles¹³ et, d'autre part, la propriété est classiquement analysée comme un droit absolu, unitaire et indivisible. Au contraire, en common law, il est usuel de distinguer la propriété en matière de biens réels (*real property*) et de biens personnels (*personal property*¹⁴). De plus, en ce qui concerne

9. On oublie alors que le droit romain a fait l'objet, à l'époque du Moyen Âge, d'une redécouverte par les glossateurs et les postglossateurs, qui l'ont appliqué en le déformant : Yaëll EMERICH, « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances », (2005) 46 *Cahiers de droit* 793, p. 918-919.

10. Sur l'idée de l'absence de romanisation de la common law : John GILLISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 183.

11. Voir : Andréa BOUDREAU-OUELLET, « Aspects conceptuels et juridiques du "droit de propriété" », (1990) 21 *Revue générale de droit* 169, p. 169. Ainsi a-t-on pu dire que le droit civil a développé un niveau particulier de conceptualisation qu'on ne trouve pas dans la common law.

12. Voir notamment : Paul-André CREPEAU, Nicholas KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, v^o common law, v^o equity.

13. En droit civil, la distinction entre les meubles et les immeubles est la principale classification des biens. La distinction entre biens corporels et biens incorporels se greffe à cette classification : Jean CARBONNIER, *Droit civil : les biens*, t. 3, 19^e éd., Paris, P.U.F., 2000, n^o 47, p. 86.

14. Cette distinction, qui date du Moyen Âge, correspondait à l'origine à une distinction entre, d'une part, les actions réelles pour recouvrer la chose elle-même et,

les biens réels, où les efforts doctrinaux de théorisation sont les plus importants, il est couramment admis qu'il n'y a pas de propriété privée absolue, puisque toute propriété, ou plutôt tout domaine ou tout intérêt propriétaire¹⁵, est dérivé de la Couronne.

6. Par ailleurs, la propriété civiliste est souvent analysée comme un droit réel portant sur une chose matérielle. Le développement des richesses immatérielles¹⁶ a mis à mal cette théorie, qui se trouve aujourd'hui largement en contradiction avec la réalité du droit civil, laquelle intègre de plus en plus des objets incorporels dans la sphère de la propriété. La common law, sans doute moins marquée par l'influence du subjectivisme juridique¹⁷ et par la théorie du droit réel, semble proposer une forme de contre-modèle à la propriété civiliste, davantage détaché d'une conception matérialiste de la chose et offrant ainsi à la propriété un champ d'application plus large.

7. Ces disparités entre les systèmes civilistes et de common law sont-elles aussi nettes que ce qui a souvent été présenté? L'observation de la common law par le civiliste n'a-t-elle rien à lui apporter? Afin de tenter de mieux comprendre le concept

d'autre part, les actions personnelles pour obtenir des dommages-intérêts. Le terme *real property* s'explique par le fait que le propriétaire pouvait recouvrer la chose même — autrement dit, la *res*, selon la terminologie romaine — s'il en était dépossédé; alors que pour les *chattels*, on ne pouvait recouvrer que la valeur de la chose, la sanction s'exerçant contre la personne, d'où le nom *personal property*. Voir : Barry NICHOLAS, « Le langage des biens dans la common law », (1979) 24 *Archives de philosophie du droit* 55, p. 59. Pour une analyse lexicographique de la question : Nicholas KASIRER, « Le *real estate* existe-t-il en droit civil? », (1998) 29 *Revue générale de droit* 465-482.

15. Voir : Geoffrey SAMUEL, « La notion d'intérêt en droit anglais », dans P. GÉRARD, François OST et M. VAN DER KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3, *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 405-435, à la page 409.

16. Pierre CATALA, « L'évolution contemporaine du droit des biens. Exposé de synthèse », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens*, III^e Journées René-Savatier, Paris, P.U.F., 1991, n^o 21.

17. Sur l'idée selon laquelle il n'existe pas en common law de véritable théorie en matière de droits subjectifs, voir : Marie-France PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, *Le droit anglais des biens*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 51-52. Voir aussi : Geoffrey SAMUEL, « "Le droit subjectif" and English Law », (1987) 46 *Cambridge Law Journal*, 264-286, p. 267. Le terme « *right* » n'en reste pas moins largement utilisé dans le discours du droit des biens de la common law, mais dans un sens qui se rapproche davantage de la prétention/*claim* à faire valoir en justice que du droit subjectif. Voir par exemple : A.M. HONORÉ, *loc. cit.*, note 5, p. 113.

de propriété¹⁸, il nous paraît utile de confronter la conception de la propriété telle qu'on l'entend dans les systèmes civilistes, à la conception de la propriété retenue dans les systèmes de common law. Au-delà de ces divergences entre les systèmes, couramment pointées du doigt, y a-t-il des points de contact possible? Dira-t-on, par exemple, que la situation d'un propriétaire en Ontario est fondamentalement différente de celle d'un propriétaire au Québec ou en France? Si l'on accepte avec nous de répondre par la négative, cela implique qu'il existe un certain nombre d'invariables dans la propriété, à partir desquels il serait possible de cerner les éléments fondamentaux de la propriété en droit civil et en common law.

8. Dans notre tentative de nourrir le droit civil des questions posées par la common law et partant, de mieux cerner un concept de la propriété qui puisse éventuellement fonctionner au-delà des systèmes juridiques, nous envisagerons dans un premier temps l'apport de la common law à la définition traditionnelle de la propriété civiliste (1), puis, dans un second temps, nous analyserons l'apport de la common law à une définition rénovée de la propriété civiliste, susceptible d'ouvrir la voie à une définition transsystémique de la propriété (2).

1. L'APPORT DE LA COMMON LAW À UNE REMISE EN CAUSE DE LA DÉFINITION TRADITIONNELLE DE LA PROPRIÉTÉ CIVILISTE : LA PROPRIÉTÉ CIVILISTE EST-ELLE LÀ OÙ ON LA CERCHE?

9. La définition traditionnelle de la propriété en droit civil sera étudiée, en la confrontant à la définition de la propriété en common law et aux « incidents » de la propriété, tels qu'ils ont été décrits par Honoré, et que l'on retrouve en filigrane à travers la description des attributs et des caractères traditionnels de la propriété civiliste. L'idée défendue ici est qu'il est possible de tirer plusieurs enseignements de la définition de la propriété en common law, lorsqu'on la compare à la définition traditionnelle de la propriété civiliste.

18. Nos développements se concentrent sur la propriété privée telle qu'on la trouve dans les systèmes juridiques libéraux.

1.1 LA PROPRIÉTÉ CIVILISTE PEUT-ELLE VRAIMENT ÊTRE DÉFINIE COMME LA SOMME DE SES ATTRIBUTS?

10. En premier lieu, la *common law* confirme l'idée que la définition de la propriété civiliste par la seule référence à ses attributs traditionnels est insuffisante. En droit civil, la propriété est classiquement définie par le biais de ses attributs : *usus*, *fructus* et *abusus*. Le droit d'usage (*usus*) est décrit comme la faculté de retirer de la chose les services qu'elle peut procurer, sans en percevoir les fruits — sinon l'usage se confondrait avec le *jus fruendi* — et sans en faire une utilisation non susceptible de se renouveler — sans quoi l'usage ne se distinguerait pas du *jus abutendi*¹⁹. Le droit aux fruits (*fructus*) est vu comme le second élément de la propriété; il recouvre le droit d'exploiter ou d'administrer librement la chose afin de la faire fructifier, ainsi que le droit aux fruits²⁰. Quant à l'*abusus* ou *jus abutendi*, il renvoie au droit de disposition matérielle et juridique du propriétaire sur son bien. La propriété est fréquemment analysée comme étant la somme de ses attributs. Aussi ne doit-on pas s'étonner de lire, à l'article 947 du *Code civil du Québec*, que « [l]a propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi » (nos italiques).

11. La doctrine anglo-américaine dominante définit la propriété comme un faisceau ou un fagot de droits, autrement dit, un *bundle of rights*²¹. Cette métaphore — dont la paternité est

19. Voir : Charles AUBRY et Charles-Frédéric RAU, *Cours de droit civil français*, t. 2, 7^e éd. par P. Esmein, Paris, Librairies techniques, 196, p. 236-238; Paul-André CRÉPEAU, Nicholas KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, voir *Usage* : « (Biens) : Utilisation ».

20. L'article 910 du *Code civil du Québec* définit les fruits et les revenus comme « ce que le bien produit sans que sa substance soit entamée ou ce qui provient de l'utilisation d'un capital ».

21. Sur l'image du *bundle of rights* : Nicholas KASIRER, « The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles », (2002) 10 *European Review of Private Law* 417, p. 423; James E. PENNER, « The "Bundle of Rights" Picture of Property », (1996) 43 *UCLA Law Review* 711; Andréa BOUDREAU-OUELLET, *loc. cit.*, note 11, p. 172. On note l'utilisation, dans l'expression « *bundle of rights* », de la notion de droit/*right*, plutôt que celle d'intérêt. Voir cependant : G. SAMUEL, *loc. cit.*, note 15, p. 415 : « ni les "droits" ni les "intérêts" n'ont le sens rationnel qu'ils ont dans un système qui utilise la notion de *dominium* comme paradigme des relations de droit privé ». Voir aussi : Wesley NEWCOMB HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as

attribuée à Honoré et à Hohfeld — révèle que la propriété/*property* n'est pas une chose/*thing* mais un droit²², ou plutôt une collection de droits (sur les choses) opposables à tous²³, et plus précisément, un agrégat de droits, privilèges, pouvoirs et immunités²⁴. S'il est vrai que l'image du *bundle of rights* a été critiquée, notamment par Penner, comme relevant davantage du slogan que de la définition²⁵, la plupart des auteurs, ainsi que la jurisprudence majoritaire, recourent aujourd'hui usuellement à cette figure du *bundle of rights* pour définir la propriété²⁶.

12. Honoré a identifié onze éléments susceptibles de rendre compte de la propriété, dans son sens le plus large, telle qu'on la trouve dans un système juridique évolué²⁷. Pour cet auteur, la propriété/*ownership* consiste en une série d'incidents, tels le droit de posséder, le droit d'usage, le droit au capital, l'immunité pour expropriation, le devoir de prévenir tout dommage, etc., qui sont autant de droits et de devoirs constitutifs de la propriété, vue comme un *bundle of rights*²⁸. Selon cette conception, la propriété est « composée d'intérêts multiples et

Applied in Judicial Reasoning », (1917) 26 *Yale Law Journal* 710, p. 717 : « The word "right" is used generically and indiscriminately to denote any sort of legal advantage, whether claim, privilege, power or immunity ».

22. En ce sens : Crawford Brough MACPHERSON, « The Meaning of Property », dans Crawford Brough MACPHERSON (dir.), *Property : Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press, 1978, p. 3 et suiv.

23. Bruce ZIFF, *Principles of Property Law*, 4^e éd., Toronto, Thomson/Carswell, 2006, p. 2.

24. Wesley NEWCOMB HOHFELD, *loc. cit.*, note 21, p. 746.

25. Penner a remis la chose au centre de la définition de la propriété : selon lui, il faut ajouter à la définition du *bundle of rights* en caractérisant les choses qui peuvent être des biens (*property*). Pour cet auteur, les incidents décrits par Honoré ne sont exacts que si l'on admet qu'ils se réfèrent uniquement aux choses (*things*) qui sont de véritables objets de propriété : J. E. PENNER, *loc. cit.*, note 21, p. 799-800.

26. Voir notamment, au Canada : *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 2000; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville de)*, [2001] 3 R.C.S. 746; aux États-Unis : *Moore c. Regents of the University of California*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990); en Angleterre : *Chan Man-sin v. the Queen*, [1988] 1 W.L.R. 196 (CJCP).

27. A.M. HONORÉ, *loc. cit.*, note 5, p. 113 : « Ownership comprises the right to possess, the right to use, the right to manage, the right to the income from the thing, the right to the capital, the right to security, the rights and incidents of transmissibility and absence of term, the duty to prevent harm, liability to execution, and the incident to residuary ». L'absence de terme signifie ici que ces droits peuvent durer toujours. Pour un classement simplifié de ces incidents : B. ZIFF, *op. cit.*, note 23, p. 2-3.

28. Voir *infra*, pour une analyse plus détaillée de la définition de la propriété comme un *bundle of rights*.

fragmentaires qui coexistent »²⁹ et constitue un ensemble de droits et d'obligations vis-à-vis des autres personnes³⁰.

13. Parmi les incidents de la propriété en common law, Honoré recense notamment le droit à l'usage/*right to use*, qui s'apparente à l'*usus* du droit civil, le droit aux revenus/*right to the income* et le droit au capital/*right to the capital*, qui peuvent se rapprocher du *fructus* du droit civil, ainsi que l'incident de transmissibilité/*incident of transmissibility*, qui peut se rattacher à l'*abusus* du droit civil. Plusieurs autres incidents de la propriété identifiés par Honoré peuvent également être aisément mis en rapport avec les attributs traditionnels de la propriété en droit civil³¹. Ainsi, le droit d'administrer le bien/*right to manage* de la common law — qui recouvre le droit de décider comment et par qui la chose peut être utilisée, ce qui inclut notamment le pouvoir de laisser d'autres personnes utiliser sa chose et la possibilité de contracter relativement à cette chose — s'exprime en droit civil par la voie de l'*usus* et, s'agissant des actes de disposition juridique, par le biais de l'*abusus*.

14. Toutefois, Honoré va au-delà de la liste traditionnelle des attributs de la propriété en droit civil en mettant en évidence le caractère résiduel/*residuary character* de la propriété. Même s'il ne va pas jusqu'à donner un statut particulier à cet incident, il considère néanmoins que le propriétaire est celui qui a un droit résiduel ultime sur la chose dont il est propriétaire³². Par exemple, en cas de contrat de sous-location, le

29. F. ALLARD, *loc. cit.*, note 8, p. 205.

30. En ce sens : Pavlos ELEFThERiADIS, « The Analysis of Property Rights », (1996) 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 31, p. 37.

31. S'il n'est pas d'usage de dénombrer le droit à la possession comme l'un des éléments de la propriété en droit civil, dès lors que la possession s'est largement détachée de la propriété, cela n'empêche toutefois pas les civilistes d'admettre que le propriétaire est usuellement un possesseur. Sur le caractère essentiel de l'incident de possession chez Honoré : David LAMETTI, « The Concept of Property : Relations Through Objects of Social Wealth », (2003) 53 *University of Toronto Law Journal* 325-378, p. 340.

32. A.M. HONORÉ, *loc. cit.*, note 5, p. 127 : « [...] it is characteristic of ownership that an owner has a residuary right in the thing owned ». L'auteur nuance toutefois son propos, en raison notamment de la présence de l'État, qui pourrait être le titulaire du droit résiduel ultime. Bien que l'auteur tente de cerner la notion de propriété dans un système juridique évolué, cet article est souvent identifié comme fondateur dans la tentative de définition de la propriété en common law. Voir aussi : Gérard SNOW, *Les biens : biens personnels*, vol. 11, Common law en poche, Moncton, CICLEF, 1998, p. 12 : « [...] la propriété est résiduelle, en ce sens que, lorsque plusieurs

propriétaire aura vocation à exercer les droits sur la chose, sinon à l'extinction du contrat de sous-location, du moins à l'extinction du contrat de bail³³. Une idée similaire se retrouve, de façon encore plus prononcée, en droit civil³⁴. Si le propriétaire est privé de ses droits, il lui restera toujours quelque chose, décrit comme une potentialité de voir son droit de propriété se reconstituer — ce que certains auteurs au Québec ont défini comme étant un quatrième attribut de la propriété, nommé *vis attractiva* ou *accessio*³⁵.

15. La common law permet ainsi de confirmer le doute du civiliste face à la définition classique de la propriété en droit civil, aux termes de laquelle la propriété consiste en la somme de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*³⁶. Cette définition ne fonctionne pas lorsqu'on constate qu'un propriétaire privé de contact direct avec le bien et privé de ses pouvoirs sur le bien n'en reste pas moins propriétaire. Ainsi, la personne qui loue son bien à long terme, constitue sur lui un usufruit et le grève de servitude, demeure néanmoins propriétaire³⁷. Dès lors, les attributs traditionnels de la propriété en droit civil apparaissent comme de simples utilités de la propriété et ne font qu'exprimer les prérogatives dont un propriétaire « normal » jouit habituellement. Honoré ne dit pas autre chose, lorsqu'il recense les incidents standards de la propriété, autrement dit, ceux qui s'appliquent en général³⁸.

personnes ont des droits sur un même bien, le propriétaire est celui à qui reviendra le bien en définitive, une fois les autres droits éteints ».

33. A.M. HONORÉ, *loc. cit.*, note 5, p. 128.

34. Voir notamment N. KASIRER, *loc. cit.*, note 21, p. 424 : « Whether described as "dominium", "proprieta", "propriété" or, in Quebec, as "ownership", the civilian concept can take visual form as a box that may be emptied of its contents, through the creation of a lesser dismembered real right, without losing its shape or its value as an indication of title ».

35. Voir : François FRETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 *Cahiers de droit* 439, p. 446; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 11. Il semble possible de voir dans l'*accessio* ou *vis attractiva*, une manifestation de l'exclusivité : Y. EMERICH, *loc. cit.*, note 9, p. 926.

36. Voir notamment : Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », (1905) 4 *Revue trimestrielle de droit civil* 444.

37. Shalev GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 30.

38. A.M. HONORÉ, *loc. cit.*, note 5, p. 107 : « I propose, therefore, to begin by giving an account of the standard incidents of ownership : i.e. those legal rights, duties and others incidents which apply, *in the ordinary case*, to the person who has the greatest interest in a thing admitted by a mature legal system. » (nos italiques).

1.2 LA PROPRIÉTÉ CIVILISTE EST-ELLE RÉELLEMENT UN DROIT ABSOLU?

16. En deuxième lieu, *la common law est le signe du caractère mythique de la propriété vue comme un droit absolu*. La propriété civiliste est usuellement décrite comme absolue. Tout d'abord, le caractère absolu du droit de propriété fait référence à l'absence de concurrence dans la maîtrise d'un bien, ce qui recoupe en partie son caractère exclusif³⁹. Sur-tout, il renvoie au caractère illimité de la propriété (ou principe de la liberté d'action du propriétaire sur son bien)⁴⁰ et à l'opposabilité à tous de la propriété⁴¹.

17. Au contraire, la propriété de la *common law* n'est généralement pas définie comme un droit absolu⁴². La théorie des domaines/*doctrine of estates*⁴³, qui est au cœur de la propriété de *common law* en matière de biens réels⁴⁴, reconnaît l'existence d'un degré intermédiaire dans la relation de la personne à la chose, seule la Couronne étant réputée être un propriétaire véritable. Dès lors, une personne n'a pas à proprement parler la propriété d'un fonds de terre, mais plutôt un intérêt (juridiquement protégé) ou un domaine sur cette

39. Voir *infra*, sur le caractère exclusif de la propriété.

40. Christian ATIAS, *Droit civil : Les biens*, 6^e éd., Paris, Litec, 2002, n° 69, p. 99.

41. Frédéric ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 1981, p. 92.

42. Joseph WILLIAM SINGER, Jack M. BEERMANN, « The Social Origins of Property », (1993) 6 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 217-248, n° 32. On notera cependant que la propriété en matière de biens personnels, très proche de la propriété civiliste, est souvent décrite comme absolue (voir : James C. VAINES, *Personal Property*, 5^e éd., par Edward L.G. TYLER, N. E. PALMER, Londres, Butterworths, 1973, p. 43). De plus, la propriété des biens réels ou personnels est analysée comme opposable à tous, en ce qu'elle impose un devoir général de non-interférence (voir : J. E. PENNER, *loc. cit.*, note 21, p. 807) — à tout le moins est-elle absolue en ce sens. En matière de biens réels, voir aussi pour une analyse relativement absolutiste du *fee simple* : J.H. MERRYMAN, *loc. cit.*, note 8, p. 930.

43. L'expression « *doctrine of estates* » peut être traduite par théorie des domaines : CENTRE DE TRADUCTION ET DE TERMINOLOGIE JURIDIQUES, *Vocabulaire anglais-français et lexique français-anglais de la "common law"*, Université de Moncton, 1984. Les traductions « doctrine des domaines », doctrine domaniale ou théorie domaniale ont également été proposées.

44. On admet généralement que la théorie des domaines est inapplicable aux biens personnels : B. ZIFF, *op. cit.*, note 23, p. 189.

terre, un *estate in land*⁴⁵ qu'elle tient de la Couronne. Une telle analyse est de prime abord fort éloignée de la théorie civiliste de la propriété. Pourtant, la situation dans laquelle un bien abandonné par son propriétaire devient la propriété de l'État⁴⁶ ne peut-elle être vue comme une manifestation de la présence cachée en droit civil d'un certain équivalent en la matière à la théorie des domaines⁴⁷?

18. La propriété en common law n'est pas non plus envisagée comme un droit illimité. Cela trouve notamment à s'illustrer dans la définition de la propriété comme un *bundle of rights*, agrégat de droits et d'obligations⁴⁸. La propriété est ainsi immédiatement associée à ses limites et aux responsabilités qu'elle engendre⁴⁹. Par exemple, je puis librement construire sur mon terrain, mais pas d'une manière telle que ma construction puisse s'effondrer sur le fonds voisin; de même, j'ai la possibilité d'utiliser mon automobile librement mais sous réserve de ne pas porter atteinte à la personne ou au bien d'autrui⁵⁰.

19. On trouve des idées similaires en droit civil, le caractère absolu de la propriété souffrant d'atteintes de plus en plus importantes⁵¹. Il suffit de penser ici, outre à la limite fondée

45. N. KASIRER, *loc. cit.*, note 14, p. 469-470. Voir aussi sur la notion d'intérêt : G. SAMUEL, *loc. cit.*, note 15, p. 408. Pour un lien entre la propriété romaine et l'*estate* ou l'intérêt anglo-américain : J.M. MERRYMAN, *loc. cit.*, note 8, p. 927 et suiv.

46. Voir l'art. 935, al. 2 C.c.Q. : « Les meubles abandonnés que personne ne s'approprie appartiennent aux municipalités qui les recueillent sur leur territoire ou à l'État », et l'art. 936 C.c.Q. : « Les immeubles sans maître appartiennent à l'État [...] ». Voir aussi : art. 24, *Loi sur le curateur public*, L.R.Q., c. C-81, et la *Loi sur les biens en déshérence*, L.R.C. 1985, c. E-13. Voir également : Viateur CHÉNARD, « La théorie de l'abandon », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 151.

47. Quand bien même la théorie civiliste postrévolutionnaire de la propriété ne l'admet pas, par crainte de la renaissance de la théorie féodale du double domaine, certains pourraient y voir le signe d'une propriété étatique ou publique, qui serait sous-jacente à la propriété privée, y compris en droit civil. Voir *infra*, pour un développement de la recherche d'équivalents à la théorie des domaines en droit civil.

48. Voir *infra*, pour de plus amples développements sur le *bundle of rights*.

49. Kevin GRAY, Susan FRANCIS GRAY, *Land Law*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 36.

50. Sur ces exemples : A.M. HONORÉ, *loc. cit.*, note 5, p. 123.

51. Gérald GOLDSTEIN, « La relativité du droit de propriété : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », (1990) 24 *Revue juridique Thémis* 507, p. 507. Pour une illustration jurisprudentielle : *Carrières Rive-Sud inc. c. Boucherville (Ville de)*, [1993] R.J.Q. 130.

dans l'intérêt public que constitue l'expropriation (art. 952 C.c.Q.), aux exemples frappants de limites fondées dans l'intérêt privé, que sont l'abus de droit (art. 7 C.c.Q.), les troubles de voisinage (art. 976 C.c.Q.), la réglementation sur les vues (art. 993 et suiv. C.c.Q.) et le droit de passage (art. 997 et suiv. C.c.Q.) ou encore, aux nombreuses restrictions à la propriété posées dans des lois particulières⁵². La nouvelle formulation du *Code civil du Québec* — qui a substitué, dans la définition qu'il donne de la propriété et de ses caractères, à l'ancienne formulation « de la manière la plus absolue » une formule beaucoup moins ambitieuse, aux termes de laquelle le droit de propriété s'exerce « librement et complètement » sur le bien — est à ce titre évocatrice des limites que connaît aujourd'hui la conception absolutiste de la propriété⁵³. La common law permet ainsi de confirmer que le caractère absolu de la propriété fait largement figure de symbole.

1.3 LA PROPRIÉTÉ CIVILISTE EST-ELLE ESSENTIELLEMENT UN DROIT PERPÉTUEL ?

20. En troisième lieu, la *common law* souligne la fiction de l'idée de perpétuité de la propriété. La propriété civiliste est classiquement décrite comme perpétuelle⁵⁴, en ce qu'elle n'est pas soumise à un terme extinctif⁵⁵ et qu'elle ne se perd pas par le non-usage⁵⁶. Au contraire, la théorie des domaines/*doctrine of estates* confère une dimension temporelle à la propriété de la common law, la terre étant tenue pour une certaine

52. Voir notamment, outre la réglementation de plus en plus étroite des municipalités, la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, la *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1, ou encore la *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., c. B-1.1.

53. Comparez l'ancien article 406 C.c.B.C. (« La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements »), qui constituait l'exacte réplique de l'article 544 du *Code civil français*, avec l'article 947 C.c.Q., aux termes duquel le droit de propriété s'exerce « librement et complètement » sur le bien.

54. François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil : Les biens*, coll. Précis Dalloz Droit privé, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998, n° 148, p. 136; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 189.

55. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil : Les biens, la publicité foncière*, 5^e éd., Paris, Cujas, 2002, n° 460, p. 136.

56. Georges RIPERT, Jean BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 2254, p. 790.

période, incertaine mais limitée⁵⁷. Cela explique que la propriété des biens réels soit parfois décrite comme quadridimensionnelle, l'intérêt propriétaire étant défini non seulement au moyen de bornes physiques, mais également en fonction de sa durée⁵⁸.

21. Le concept d'*estate* permet de définir les droits et pouvoirs qu'une personne a sur la terre *pendant un certain temps*. S'agissant des domaines francs⁵⁹, l'intérêt sur la terre le plus important est le fief simple/*fee simple*⁶⁰, qui confère les plus larges pouvoirs de jouissance sur la terre et dont la durée est potentiellement illimitée, puisqu'il est accordé au tenancier et à tous ses héritiers en ligne directe et collatérale. Si la propriété dans son sens le plus fort est potentiellement éternelle ou, du moins, dure autant que la chose sur laquelle elle porte, il existe néanmoins des droits de propriété/*property rights* limités dans le temps. C'est le cas notamment de la propriété intellectuelle/*intellectual property*, qui confère un droit de propriété non perpétuel⁶¹. C'est le cas également, lorsque la durée de l'intérêt propriétaire/*property interest* est limitée par un terme certain ou par la durée de la vie⁶². Par

57. B. PIERRE, *loc. cit.*, note 8, p. 254.

58. Voir la célèbre formule dans : *Walsingham's Case*, (1573) 2 Plowd. 547, à la page 555, 75 E.R. 805, p. 816-817 : « [T]he land itself is one thing, and the estate in the land is another thing, for an estate in the land is a time in the land, or land for a time, and there are diversities of estates, which are no more than diversities of time » (nos italiques). Certains ajoutent une cinquième dimension à la propriété immobilière, qui tient compte de la qualité légale ou équitable de l'intérêt : K. GRAY, S.F. GRAY, *op. cit.*, note 49, p. 22.

59. La common law distingue notamment entre les domaines francs/*freehold estates* et les domaines à bail/*leasehold estates*. Les premiers ont une durée indéterminée, alors que les seconds, constitués des tenures à bail, ont une durée déterminée : Mary Jane MOSSMAN, William F. FLANAGAN, *Property Law, Cases and Commentary*, 2^e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2004, p. 240.

60. D'un point de vue terminologique, le terme *fee* signifie que l'intérêt se transmet par succession et le terme *simple* signifie que le bien/*property* peut être transmis au plus grand nombre d'héritiers possibles : B. ZIFF, *op. cit.*, note 23, p. 152; K. GRAY, S. F. GRAY, *op. cit.*, note 49, p. 18.

61. En common law anglaise, le brevet/*patent* confère un droit de propriété limité à 20 ans : l'art. 25 (1) du *Patents Act*, 1977, c. 37 (R.-U.). En droit fédéral canadien, la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4 limite à 17 ans la durée d'un brevet octroyé avant le 1^{er} octobre 1989 (art. 45), et 20 ans depuis (art. 44). Voir aussi l'art. 6 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. 10 (4^e suppl.), aux termes de laquelle l'œuvre est protégée pendant la durée de vie de son auteur, et pendant les 50 années suivant son décès.

62. F.H. LAWSON, B. RUDDEN, *op. cit.*, note Prolégomènes, p. 97.

exemple, le domaine viager/*life estate* est conféré à vie et se termine au décès du titulaire du domaine viager, appelé tenancier viager/*life tenant*⁶³.

22. Si la common law met en exergue le fait que la propriété n'est pas perpétuelle par nature, tel est également le cas en droit civil, où la propriété n'est pas perpétuelle dans son essence⁶⁴. Tout d'abord, aucun texte du droit positif ne contient expressément l'idée d'une perpétuité de la propriété. De plus, le législateur a reconnu expressément une propriété intellectuelle à durée limitée⁶⁵. De même, il est également possible que des parties organisent conventionnellement une propriété temporaire. Finalement, la prescription acquisitive ou encore la possibilité d'une expropriation constituent d'autres atteintes au caractère perpétuel de la propriété en droit civil, qui ne peut, pas plus qu'en common law, durer davantage que son objet⁶⁶.

23. La mise en regard du droit civil et de la common law, à travers l'étude des incidents de la propriété vue comme un *bundle of rights*, permet de conclure que ni les caractères absolu et perpétuel de la propriété, ni les attributs traditionnels de la propriété que sont en droit civil l'usage, la jouissance et la disposition, ne sont suffisants pour cerner le concept de propriété. La question se pose alors de savoir quel peut être l'apport de la common law à une vision renouvelée de la propriété.

63. Le fief taillé/*fee tail*, d'une durée également limitée puisqu'il n'est transmis qu'à certains héritiers déterminés, a pratiquement disparu aujourd'hui : Michel BASTARACHE, Andréa BOUDREAU-OUELLET, *Précis du droit des biens réels*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 51; K. GRAY, S.F. GRAY, *op. cit.*, note 49, p. 18-19. La common law anglaise, depuis la réforme issue du *Law of Property Act 1925*, ne connaît plus comme *estate* que le fief simple absolu en possession/*fee simple absolute in possession* : M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, *op. cit.*, note 17, p. 140.

64. Catherine POURQUIER, *Propriété et perpétuité : Essai sur la durée du droit de propriété*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, notamment p. 46; C. ATIAS, *op. cit.*, note 40, n^o 76, p. 111.

65. Voir par exemple en droit civil français l'article L. 111-1 du *Code de la propriété intellectuelle* : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous [...] » (nos italiques).

66. Ainsi la propriété s'éteint-elle lorsque son objet est détruit.

2. L'APPORT DE LA COMMON LAW À UNE DÉFINITION RÉNOVÉE DE LA PROPRIÉTÉ CIVILISTE : VERS UNE CONCEPTION TRANSSYSTÉMIQUE DE LA PROPRIÉTÉ?

24. La question posée ici est celle de savoir s'il existe, au-delà de la spécificité des systèmes civilistes et de common law, un certain dénominateur commun propre au concept de propriété. L'idée d'une propriété relationnelle est couramment admise en common law. Si cette idée d'une propriété relationnelle n'est pas usuellement reconnue en droit civil, nous tenterons néanmoins de montrer qu'elle irrigue également le concept civiliste de la propriété (2.1). Nous interrogerons ensuite la théorie des domaines/*doctrine of estates*, qui est couramment décrite comme étant inconnue des systèmes civilistes, bien qu'elle soit centrale dans le droit des biens réels de la common law, afin de vérifier si elle est tout à fait absente du droit civil (2.2). Nous poserons finalement la question du bien ou de la chose objet de propriété⁶⁷, pour tenter de voir si un rapprochement entre les systèmes civilistes et de common law n'existe pas déjà en la matière (2.3).

2.1 LA DÉFINITION DE LA PROPRIÉTÉ DE LA COMMON LAW EN UNE PROPRIÉTÉ RELATIONNELLE EST-ELLE TOTALEMENT ABSENTE DU DROIT CIVIL?

25. Depuis les travaux de Hohfeld et d'Honoré, l'idée selon laquelle la propriété est fondamentalement relationnelle est courante en common law⁶⁸, la propriété étant généralement décrite comme un ensemble de relations juridiques entre les personnes, relativement à des choses. En dépit des particularités propres à chaque auteur, les définitions qui mettent la propriété relationnelle au centre du concept de propriété ne manquent pas dans la doctrine de common law. Ainsi, selon Munzer, plutôt que d'être définie comme un ensemble de relations juridiques, comme l'avaient fait Hohfeld et Honoré, la propriété devrait être décrite comme un ensemble de relations

67. Cette question est si intimement liée à la propriété en common law, qu'on les désigne par le même concept de *property*.

68. Voir notamment : L. THORNE MCCARTY, « Ownership : A Case Study in the Representation of Legal Concepts », (2002) 10 *Artificial Intelligence and Law* 135, 136.

sociales entre personnes relativement à des choses⁶⁹. Pour d'autres, la propriété étant une institution sociale en même temps qu'elle est une institution juridique⁷⁰, il faut la définir comme une institution juridico-sociale qui gouverne l'utilisation de la plupart des choses et l'allocation de certains éléments de richesse sociale⁷¹. Dans une sensibilité proche, on a pu définir la propriété comme la relation entre individus relativement aux objets de richesse sociale, qui se caractérise par le fait d'attribuer aux individus une mesure de contrôle sur l'usage et l'aliénation, un certain degré d'exclusivité dans l'usage et une certaine mesure d'obligation et de responsabilité pour les objets rares de richesse sociale⁷².

26. De ces différentes définitions, on peut d'abord inférer que la propriété est relationnelle en common law, en ce qu'elle existe nécessairement de personne à personne. Hohfeld refuse de concevoir le droit réel comme un droit contre une chose⁷³, tout droit existant nécessairement entre des personnes⁷⁴. Ainsi, ma propriété sur une voiture ne devrait pas être regardée comme une relation juridique entre moi et une chose⁷⁵, mais comme un ensemble de droits que je détiens vis-à-vis d'autrui relativement à une chose. Pour Hohfeld, le droit personnel est un droit contre une personne ou contre un nombre de personnes définies⁷⁶. Quant au droit réel, il doit

69. Stephen R. MUNZER, « Property as Social Relations », dans S. R. MUNZER (dir.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 36 et suiv. : « property is best seen as social relations among persons with respect to things ». Déjà en ce sens : Felix COHEN, « Dialogue on Private Property », (1954) 9 *Rutgers Law Review*, 357-387, p. 361 et suiv.

70. J. W. HARRIS, *op. cit.*, note 4, p. 4.

71. *Id.*, p. 3 : « Property is a legal and social institution governing the use of most things and the allocation of some items of social wealth ».

72. D. LAMETTI, *loc. cit.*, note 31, p. 326.

73. La classification des droits réels et des droits personnels semble être entrée en common law sous la plume d'Austin, qui l'a présentée comme provenant du droit romain. Les auteurs de common law se sont ensuite approprié cette classification en opposant les droits réels aux droits personnels et en y voyant généralement une opposition selon le nombre de personnes affectées par la relation, les droits réels et les droits personnels restant des droits *entre personnes* (en ce sens : le juge en chef Holmes, dans *Tyler v. Court of Registration*, (1900) 175 Mass. 71, 76) : W.N. HOHFELD, *loc. cit.*, note 21, p. 721.

74. W.N. HOHFELD, *loc. cit.*, note 21, p. 721.

75. W.N. HOHFELD, *loc. cit.*, note 21, p. 720 : « A right in rem is not a right "against a thing" ».

76. W.N. HOHFELD, *loc. cit.*, note 21, p. 718.

s'analyser comme un ensemble de droits vis-à-vis d'une chose, entre un nombre indéfini d'individus.

27. De plus, la propriété est relationnelle en common law, dans le sens où cette relation est une relation d'exclusivité, qui implique une possibilité d'exclusion des autres personnes vis-à-vis de mon bien ou de ma chose, la propriété étant ici vue comme imposant une obligation de non-interférence⁷⁷, chacun ayant l'obligation de ne pas aller à l'encontre de la propriété des autres.

28. Ces deux idées se retrouvent à l'état latent en droit civil. Dans l'un comme dans l'autre système, il est illusoire de concevoir la propriété comme une relation ou un droit entre une personne et un objet. Planiol et les personnalistes ont déjà montré la fiction d'une telle idée en droit civil. Si droit il y a, il doit être de personne à personne, ici, entre le propriétaire et le reste du monde⁷⁸. De même, mais dans une sensibilité un peu différente, Ginossar a vu dans la propriété « la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne »⁷⁹.

29. On admet couramment en droit civil que l'exclusivité est un caractère de la propriété⁸⁰. Mais, en réalité, il est possible d'aller plus loin et de voir dans l'exclusivité la propriété même⁸¹. Fondamentalement, la propriété « sort des entrailles de la communauté » et désigne la situation où un bien est

77. P. ELEFThERiADiS, *loc. cit.*, note 30, p. 47-48. Sur le droit d'exclure : *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200. Voir aussi : Thomas W. MERRILL, « The Property and the Right to Exclude », (1998) 77 *Nebraska Law Review* 730, p. 730-731 : « [...] the right to exclude others is a necessary and sufficient condition of identifying the existence of property. Whatever other sticks may exist in a property owner's bundle of rights in any given context, these other rights are purely contingent in terms of whatever we speak of the bundle as property. The right to exclude is in this sense fundamental to the concept of property ».

78. Marcel PLANIOL, *op. cit.*, note 37, p. 33 (nos italiques).

79. S. GINOSSAR, *op. cit.*, note 37, p. 33 (nos italiques).

80. C. AUBRY, F.C. RAU, *op. cit.*, note 19, p. 231; F. LANGEliER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1906, p. 134.

81. Déjà en ce sens : F. ZENATI, *op. cit.*, note 41, n° 400, p. 543. Voir aussi : É. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, 2^e éd., coll. Quadrige, Paris, P.U.F., 1995, p. 171 et 172 : « [...] le droit de propriété consiste essentiellement dans le droit de retirer une chose de l'usage commun [...] le droit de propriété se définit beaucoup plus par un contenu négatif que par un contenu positif, par les exclusives qu'il implique plus que par les attributions qu'il confère ». Voir également : Louis A. JETTÉ, « De la propriété », (1930-1931) 9 *Revue du droit* 373, p. 373.

sous le pouvoir d'une personne et échappe au pouvoir des autres personnes⁸². La propriété est un droit exclusif⁸³, une relation privilégiée qu'a le propriétaire aux autres, vis-à-vis d'un bien. C'est cette exclusivité qui permet au propriétaire non seulement d'exclure les tiers de son bien mais également, par contrecoup, de jouir de toutes les utilités possibles de la chose — dont les principales sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. L'exclusivité peut donc rendre compte des utilités dont jouit le propriétaire traditionnel, tout en cernant l'essence même de la propriété : c'est parce qu'il est protégé de toute interférence des tiers sur sa chose que le propriétaire est à même d'en faire l'utilisation qu'il entend⁸⁴.

30. Cette relation d'exclusivité, qui est au cœur de la propriété, porte en elle le droit d'exclure les autres de cette relation — que serait en effet un droit exclusif sans la possibilité d'exclure les tiers de son bien? Or, le concept de droit réel reconnu en droit civil permet de saisir cette dimension. S'il est souvent décrit comme un droit direct portant sur une chose, le droit réel est aussi vu comme un droit absolu, autrement dit, comme un droit opposable à tous⁸⁵. Si l'on renoue avec ce sens du droit réel, les systèmes de droit civil et de common law tendent à se rapprocher sérieusement dans leur conception de la propriété comme relation d'exclusivité. Si l'on peut admettre que la propriété est fondamentalement une relation d'exclusivité, par laquelle une chose peut être

82. Frédéric ZENATI, Thierry REVET, *Les biens*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1997, n° 91, p. 118.

83. Jean-M. MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Thierry REVET, « De la propriété comme modèle », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, n° 17, p. 287; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 13, n° 68, p. 129.

84. Récemment, le professeur Macdonald a proposé, dans un renversement de perspective innovateur, de voir la propriété comme une relation d'inclusion plutôt que d'exclusion, comme un lieu de relations interpersonnelles tenues ensemble par un engagement fiduciaire : Roderick A. MACDONALD, « Relational Ownership », conférence donnée les 22 et 23 septembre 2005 à l'Université McGill, trentenaire du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, à paraître. L'idée d'une propriété relationnelle se retrouve également en droit des contrats : Ian MACNEIL, *The Relational Theory of Contracts*, *Modern Legal Studies*, David CAMPPELL (dir.), Londres, Sweet and Maxwell, 2001, notamment p. 311 et suiv.

85. Voir par exemple : Henri Léon Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil : Biens, droit de propriété et ses démembrements*, t. 2, vol. 2, 8^e éd., par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1994, n° 161 et suiv.

réservée à la personne du propriétaire, la portée de cette exclusivité reste à saisir en droit civil et en common law.

2.2 LA THÉORIE DES DOMAINES DE LA COMMON LAW N'A-T-ELLE AUCUNE RÉSONANCE EN DROIT CIVIL?

31. La propriété civiliste est souvent décrite comme un droit exclusif au sens d'un droit sans concurrent dans la maîtrise du bien⁸⁶. Pourtant, rien n'empêche en common law que plusieurs personnes soient propriétaires en même temps. La théorie des domaines/*doctrine of estates* de la common law permet à une personne d'être en possession de la terre, alors qu'une autre peut avoir un domaine/*estate* dans la terre qui lui donnera droit à la possession de la terre dans un moment futur. Ainsi peut-il y avoir plusieurs personnes qui ont différents domaines dans le même bien-fonds, toutes n'ayant pas de droit actuel à la possession, mais ayant néanmoins un intérêt propriétaire actuel⁸⁷. Comme on l'a justement souligné en doctrine :

Selon la doctrine des domaines, une personne peut être titulaire d'un domaine viager immédiat, et une autre titulaire d'un intérêt futur reconnu qui, bien que constituant véritablement un droit de propriété, ne donne droit à la possession et à la jouissance qu'à la fin de la vie du viager. Malgré cette appellation d'intérêt futur, on doit se rappeler qu'au point de vue juridique, un intérêt futur dévolu est un intérêt actuel qui reconnaît à son titulaire des droits immédiats et certaines obligations immédiates.⁸⁸

32. La common law reconnaît une pluralité d'intérêts dans la terre⁸⁹. La réversion ou intérêt réversif permet notamment

86. C. AUBRY, F.C. RAU, *op. cit.*, note 19, p. 231.

87. M.J. MOSSMAN, W. F. FLANAGAN, *op. cit.*, note 59, p. 224 et 236.

88. M. BASTARACHE, A. BOUDREAU-OUELLET, *op. cit.*, note 63, p. 36. Voir aussi Gérard SNOW, *Les biens : biens réels*, vol. 15, coll. Common law en poche, Moncton, CICLEF, 2000, p. 36.

89. En plus des intérêts immédiats/*current interests*, sont admis les intérêts futurs/*future interests*, parmi lesquels on compte les intérêts dévolus/*vested* (autrement dit, sans condition ou limite à la jouissance) et les intérêts éventuels/*contingent* (autrement dit, assujettis à une condition), ainsi que les intérêts réversifs/*reversionary* et les intérêts résiduels/*remainder*. Voir notamment : M. BASTARACHE, A. BOUDREAU-OUELLET, *op. cit.*, note 63, p. 113; B. ZIFF, *op. cit.*, note 23, p. 225; G. SNOW, *op. cit.*, note 88, p. 35 et suiv.

d'illustrer comment le titre de propriété peut être divisé en common law, entre plusieurs propriétaires. Cet intérêt

[...] s'entend de l'intérêt que se réserve le titulaire d'une tenure libre qui concède un intérêt moindre sur un bien-fonds. Plus précisément, [il] se dit de l'intérêt que garde le propriétaire en fief simple lorsqu'il concède un domaine viager ou un bail. C'est un intérêt actuel, c'est-à-dire dévolu en droit, que l'on qualifie d'intérêt futur parce que le droit de possession est reporté à une date future [...].⁹⁰

33. Par exemple, le propriétaire qui loue sa maison pendant un certain temps, retient un intérêt réversif qui lui donne certains droits et obligations⁹¹, si bien que le bailleur/*landlord* et le preneur/*tenant* sont vus comme ayant tous deux un intérêt propriétaire dans la terre. Cette situation n'est pas aussi éloignée de celle du droit civil que ce que l'on pourrait penser. En effet, le droit du locataire n'est-il pas souvent analysé comme un droit mixte, tant il est proche du droit réel⁹²? Une telle qualification ne conduit toutefois pas à une divisibilité du titre de propriété en droit civil, mais atteste simplement de la difficulté de ramener l'ensemble des droits patrimoniaux dans une classification bipartite de droit réel ou de droit personnel⁹³.

34. La principale hypothèse de réversion en common law vise la situation dans laquelle une personne consent un intérêt viager/*life estate* sans aliéner le reste du fief simple/*fee simple*, retenant ainsi une large portion de ses droits et obligations, sous forme de réversion — les deux protagonistes ayant un

90. M. BASTARACHE, A. BOUDREAU-OUELLET, *op. cit.*, note 63, p. 125 (nos italiques). Voir aussi : G. SNOW, *op. cit.*, note 88, p. 39.

91. Alan M. SINCLAIR et Margaret E. MCCALLUM, *An introduction to Real Property Law*, 5^e éd., Toronto, LexisNexis, 2005, p. 6 et 7.

92. La qualification de la nature juridique du droit du preneur à bail est problématique en droit civil. On s'accorde toutefois majoritairement à y voir un droit qui ne peut être qualifié de droit personnel, constituant plutôt un droit mixte, à mi-chemin entre les droits réels et les droits personnels. Pour un questionnement poussé sur la nature juridique du bail en droit civil et une contestation de son analyse en un droit personnel, voir : Jean DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créances*, thèse Toulouse, 1951, notamment p. 308 et suiv.

93. Cet écueil est évité en common law, notamment en raison de la souplesse de la notion d'intérêt.

intérêt dans la terre⁹⁴. Ici encore, on trouve une situation qui s'en rapproche en droit civil, dans l'hypothèse où un propriétaire crée un usufruit viager sur son bien, tout en retenant une partie de ses droits et obligations sur le bien, sous forme de nue-propriété. Le nu-propriétaire, qui n'est plus en possession du bien tant que dure l'usufruit, mais qui a néanmoins vocation à récupérer la plénitude des pouvoirs sur le bien à l'extinction du droit réel d'usufruit, ressemble au réversionnaire/*reversioner* de la common law, alors que l'usufruitier du droit civil peut être rapproché du titulaire de l'intérêt viager/*life estate*⁹⁵. Néanmoins, contrairement à la common law, une telle situation n'est pas analysée en droit civil comme provoquant une division du titre de propriété, même si elle conduit à un partage dans les prérogatives de la propriété⁹⁶. Plutôt, on peut y voir la reconnaissance de l'existence d'un titulaire de droit réel démembré, l'usufruitier, aux côtés d'un propriétaire unique⁹⁷, le nu-propriétaire, parfois qualifié de « propriétaire abstrait », dès lors qu'il est « [d]épouillé pratiquement de tout pouvoir matériel »⁹⁸ sur le bien.

35. La divisibilité du titre en common law peut s'exprimer autrement, à travers l'exemple du résidu/*remainder*, lequel désigne l'intérêt futur consenti au bénéfice d'une personne, lorsque arrive le terme d'un intérêt précédent créé par le même acte⁹⁹. Par exemple, si A, le propriétaire d'un fonds en

94. Il s'agit ici de la situation typique de la réversion au sens technique en common law.

95. Déjà en ce sens : J.H. MERRYMAN, *loc. cit.*, note 8, p. 930-931. Voir aussi, sur l'idée d'une opposition possible entre la qualité de « propriétaire virtuel » du nu-propriétaire et la qualité de « propriétaire utile » : voir J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 13, n° 104, p. 180.

96. Pour un exemple de répartition des pouvoirs entre usufruitier et nu-propriétaire, voir : l'art. 1134 C.c.Q. La répartition des pouvoirs sur la chose entre usufruitier et nu-propriétaire n'est pas toujours nette dans son fondement. On s'interroge notamment pour savoir comment expliquer le pouvoir dont dispose l'usufruitier de recouvrer sa créance, donc de l'éteindre — ce qui constitue un acte d'*abusus*, ou autrement dit un acte d'usage non susceptible de se renouveler — et qui appartient à l'usufruitier et non au nu-propriétaire : André FRANÇON, « L'usufruit des créances », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1957.1.27, p. 18-19. L'article 1132 C.c.Q. confère un tel pouvoir à l'usufruitier.

97. En ce sens, pour le droit civil italien : J.H. MERRYMAN, *loc. cit.*, note 8, p. 925.

98. F. ZENATI, T. REVET, *op. cit.*, note 82, p. 255.

99. Brian A. GARNER (dir.), *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St-Paul, Thomson, 2004, voir Remainder : « A future interest arising in a third person — that is, someone other than the creator of the estate (or the creator's heirs) — who is intended

fief simple, transmet un intérêt moindre « à B à vie, puis à C et à ses héritiers », à l'extinction du domaine viager particulière de B, la jouissance et la possession de la terre iront à C. Avant cela, on dit de C qu'il a un intérêt futur, appelé « résidu en fief simple »¹⁰⁰. Ici, une personne (B) a un titre de propriété sur un fonds « *pour sa vie* » alors qu'une autre (C) — ou plusieurs autres — a un droit de propriété actuel dont elle n'aura la possession qu'à l'extinction du *life estate*; toutes deux sont considérées comme des propriétaires¹⁰¹.

36. La théorie des domaines et la division temporelle des intérêts propriétaires qu'elle permet trouvent ici une forme d'équivalent en droit civil en matière de substitution¹⁰². Aux termes de l'article 1218 C.c.Q., « [i]l y a substitution lorsqu'une personne reçoit des biens par libéralité avec l'obligation de les rendre après un certain temps à un tiers ». On appelle « grevé » la personne qui a l'obligation de rendre, et « appelé » « celle qui a le droit de recueillir postérieurement » (art. 1219 C.c.Q.). Le *Code civil du Québec* prévoit qu'avant l'ouverture de la substitution, c'est le grevé qui est « *propriétaire des biens substitués* » (art. 1223 C.c.Q.¹⁰³), l'appelé n'ayant alors qu'un « droit éventuel aux biens substitués » (art. 1235 C.c.Q.¹⁰⁴); ce n'est qu'après l'ouverture de la substitution que l'appelé deviendra à son tour propriétaire des biens (art. 1243 C.c.Q.¹⁰⁵). La substitution, reconnue en droit civil, admet donc la possibilité de « *deux droits dits de propriété qui s'échelonnent successivement*

to take after the natural termination of the preceding estate ». Voir aussi : G. SNOW, *op. cit.*, note 88, p. 41 : « [...] l'intérêt au-delà du domaine particulier que l'aliénateur choisit d'accorder à un tiers ». Le domaine particulière/particular estate est un domaine moindre qu'un *fee simple* : A.M. SINCLAIR, E. MCCALLUM, *op. cit.*, note 91, p. 67.

100. Voir G. SNOW, *op. cit.*, note 88, p. 41.

101. B. ZIFF, *op. cit.*, note 23, p. 4.

102. Voir J.H. MERRYMAN, *loc. cit.*, note 8, p. 934.

103. Art. 1223 C.c.Q. : « *Avant l'ouverture, le grevé est propriétaire des biens substitués*; ces biens forment, au sein de son patrimoine personnel, un patrimoine distinct destiné à l'appelé » (nos italiques).

104. Art. 1235 C.c.Q. : « *Avant l'ouverture, l'appelé a un droit éventuel aux biens substitués*; il peut en disposer ou y renoncer et faire tous les actes conservatoires utiles à la protection de son droit ». Il faut noter que la version anglaise se lit comme suit : « Before the substitution opens, the substitute has an eventual right in the property substituted [...] » (nos italiques).

105. Art. 1243 C.c.Q. : « *L'appelé, s'il accepte la substitution, reçoit les biens directement du disposant. Il est, par l'ouverture, saisi de la propriété des biens* » (nos italiques).

dans le temps »¹⁰⁶, la propriété de l'appelé se substituant à la propriété du grevé. Si le grevé est qualifié de propriétaire par la loi, son droit de propriété est limité dans le temps, ce qui tend à le rapprocher de la propriété civiliste. Quant au droit de l'appelé avant l'ouverture de la substitution, il s'agit aux termes de la loi d'un droit éventuel, ce qui se rapproche du *contingent interest* de la common law¹⁰⁷. La définition législative de la substitution, qui tend à créer un double droit de propriété dans le temps, semble alors davantage correspondre à une conception de la propriété telle qu'on peut l'envisager en common law, qu'à la propriété civiliste traditionnelle, couramment décrite comme indivisible et perpétuelle¹⁰⁸.

37. L'atteinte à l'unicité du titre trouve encore à s'illustrer en common law en matière de *trust*¹⁰⁹. Le *trust* peut être défini comme l'institution, fondée sur la confiance, en vertu de laquelle une personne, le fiduciaire/*trustee*, est investie de la propriété légale/*legal estate* de certains biens tenus en *trust/trust property*, pour pouvoir les gérer au bénéfice d'une autre personne, le bénéficiaire/*beneficiary*, ou d'une fin particulière¹¹⁰. La séparation entre l'administration et la jouissance

106. John E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau *Code civil du Québec* », (1995) 1 *Revue internationale de droit comparé* 33, p. 39. Sur l'ambiguïté de la qualification du grevé comme un propriétaire en droit civil : John E.C. BRIERLEY, « De la substitution », dans *La réforme du Code civil*, vol. 1, Québec, P.U.L., 1993, 711, p. 720-721; Louis BAUDOUIN, « Essai critique sur la substitution fidéicommissaire en droit québécois », (1957) 3 *Revue de droit de McGill* 133, p. 157. *Contra* : S. NORMAND, « La propriété spatio-temporelle », (1987) 28 *Cahiers de droit* 261, p. 270.

107. Voir J.E.C. BRIERLEY, « De la substitution », *loc. cit.*, note 106, p. 725 : « Avant l'ouverture, l'appelé n'a qu'un droit éventuel aux biens substitués (article 1235) c'est-à-dire dans le cas où il existe déjà un droit subordonné à un événement futur et incertain [...] ». Le droit de l'appelé peut également être rapproché du résidu/*remainder* de la common law, dès lors que son droit de propriété ne naîtra que lorsque celui du grevé aura cessé, autrement dit, après l'ouverture de la substitution. Cela explique sans doute pourquoi l'Office québécois de la langue française propose de traduire "appelé" par *remainderman* : O.Q.L.F., *Grand dictionnaire terminologique*, [en ligne]. www.granddictionnaire.com, voir appelé¹.

108. Voir cependant, sur la possibilité de concilier la notion civiliste de propriété avec les restrictions imposées au droit de propriété du grevé : Madeleine CANTIN CUMYN, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980, p. 57-58.

109. Nous ne ferons qu'évoquer ici la question du *trust*, dont l'importance rend nécessaire qu'une étude distincte lui soit réservée.

110. Historiquement, c'est à partir du xv^e siècle que les cours de Chancellerie ont donné un intérêt à part entière, appelé *equitable interest*, au bénéficiaire du *use/cestui que use*, afin d'éviter que ce dernier — qui n'avait alors qu'un simple droit

du bien se résout en common law par la fragmentation du titre de propriété en un titre légal/*legal title*, reconnu au fiduciaire et un titre équitable/*equitable title*, reconnu au bénéficiaire, chacun étant considéré comme un propriétaire. Avec le *trust*, on reconnaît donc la possibilité de deux titres de propriétés simultanés¹¹¹.

38. Bien que le *trust* soit traditionnellement considéré comme une institution typique des systèmes de common law, la fiducie québécoise en constitue toutefois une forme de pendant en droit civil¹¹². Sous le *Code civil du Bas Canada*, la fiducie civiliste québécoise n'a généralement pas été analysée comme conduisant à un dédoublement du titre de propriété, seul le fiduciaire étant considéré comme ayant une forme de droit de propriété sur les biens de la fiducie. Ainsi, dans l'affaire *Tucker*¹¹³, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Beetz, a validé la thèse de Mignault selon laquelle, en droit civil, contrairement à la common law, la propriété doit

personnel — ne soit à la merci du détenteur du titre légal, ce titre ayant été transféré à l'administrateur des biens/*trustee*. Si l'institution du *use* évolua peu à peu vers le *trust*, la division entre un titre légal et un titre équitable perdura. Pour une étude historique du *trust* et de l'institution du *use* qui lui a donné naissance : Joseph R. LONG, « The Definition of a Trust », (1922) 8 *Virginia Law Review* 426. Voir aussi : Albert OOSTERHOFF et al., *Oosterhoff on Trusts*, 6^e éd., Toronto, Thomson/Carswell, 2004, c. 12-16 : « A trust is an equitable obligation binding a person (the trustee) to deal with property over which he has control (the trust property) for the benefit of persons (beneficiaries/*cestuis que trust*) [...] ».

111. Sur la distinction entre *legal property* et *equitable property* : B. ZIFF, *op. cit.*, note 23, p. 77. On notera ici que l'analyse de la propriété comme un *bundle of rights* fait en sorte que le fiduciaire et le bénéficiaire peuvent être envisagés comme ayant chacun des droits dans le *bundle of rights*, ce qui nuance quelque peu l'idée d'une divisibilité du titre de propriété dans le cadre du *trust* de common law. Pour un exemple de cette analyse : Sarah WORTHINGTON, *Equity*, 2^e éd., Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 63. Sur la distinction, également propre à la common law, entre intérêt à titre de sûreté/*security interest* et intérêt bénéficiaire/*beneficial interest* (le premier assurant l'exécution de l'obligation principale, le second conférant le droit d'usage généralement associé à la propriété) : J.H. MERRYMAN, *loc. cit.*, note 8, p. 928.

112. Sur la filiation de la fiducie québécoise avec le droit anglais : John E.C. BRIERLEY, « The New Quebec Law of Trusts : The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 383 et suiv. Voir aussi la toute récente loi française sur la fiducie : *Loi n° 2007-211* du 19 février 2007 instituant la fiducie (parue au *Journal officiel* n° 44 du 21 février 2007), désormais codifiée aux articles 2011 et suiv. du *Code Napoléon*.

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

toujours reposer « sur la tête de quelqu'un »¹¹⁴ et « ne peut rester en suspens »¹¹⁵. Selon la haute cour, « le constituant n'est plus le propriétaire des biens transportés en fiducie »¹¹⁶. De plus, « [l]a propriété ne repose pas sur le bénéficiaire du revenu qui n'a vis-à-vis du fiduciaire qu'un droit de créance. Elle ne repose pas non plus, durant la fiducie sur le bénéficiaire du capital » qui souvent n'est pas encore né, si bien qu'« [i]l ne reste donc que le fiduciaire sur la tête de qui puisse porter la propriété des biens de la fiducie ». Le juge Beetz, considérant que « la théorie de Mignault est la bonne », a reconnu dans cette propriété du fiduciaire, dépourvue de *fructus* et de perpétuité, un droit de propriété *sui generis*¹¹⁷.

39. L'article 1260 du *Code civil du Québec* dispose désormais que « [l]a fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, *transfère de son patrimoine à un autre patrimoine* qu'il constitue, *des biens qu'il affecte à une fin particulière* et qu'un *fiduciaire s'oblige*, par le fait de son acceptation, à *détenir et à administrer* » (nos italiques). Si cette définition met le concept de patrimoine d'affectation au centre de la nouvelle fiducie, l'analyse unitaire de la propriété dans un contexte de fiducie est généralement maintenue. En effet, la propriété étant classiquement analysée comme un droit réel, la fiducie québécoise, qui ne confère aucun droit réel au fiduciaire ou au bénéficiaire¹¹⁸ mais qui crée plutôt un patrimoine

114. Thibaudeau RINFRET, « La fiducie en droit moderne », *Travaux de la semaine internationale de droit*, t. 5, Paris, Sirey, 1937, p. 144-145.

115. *Tucker*, au par. 71.

116. *Ibid.*

117. *Ibid.* Si la thèse selon laquelle la fiducie produirait une division de la propriété entre une propriété légale et une propriété bénéficiaire a toutefois été soutenue (Maurice TANCELIN, *Des obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 473 et suiv.), cette conception a été généralement critiquée en doctrine. Pour un rejet de la qualification du fiduciaire en un propriétaire et pour une analyse en termes de pouvoir : Madeleine CANTIN CUMYN, « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité? », (1984) 15 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 7, p. 10 et 11. Pour un lien entre la fiducie québécoise fondée sur le patrimoine d'affectation et le *fund* de la common law : J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 106, p. 39. Voir aussi : R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 8, p. 792 et suiv.; François FRENETTE, « La propriété fiduciaire », (1985) 26 *Cahiers de droit* 727; Yves CARON, « The Trust in Quebec », (1979) 25 *Revue de droit de McGill* 421; Sylvio NORMAND, Jacques GOSSELIN, « La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », (1990) 31 *Cahiers de droit* 681.

118. Art. 1261 C.c.Q. : « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un *patrimoine d'affectation* autonome et distinct de celui du

d'affectation autonome, ne conduit pas à un dédoublement du titre de propriété.

40. Le droit civil ne connaît pas de séparation équivalente à celle qui existe entre common law et *equity*¹¹⁹. On a pourtant déjà souligné en doctrine que « [l]a qualité d'administrateur du bien d'autrui apparaît comme l'équivalent fonctionnel de celle du *trustee* [...] »¹²⁰. On peut alors se demander si le *beneficial title* n'existerait pas d'une manière cachée en droit civil. En matière de mandat¹²¹, par exemple, la situation du mandataire du droit civil peut être rapprochée de celle du fiduciaire/*trustee* dans le *trust* de la common law, alors que le mandant est dans une position qui peut extérieurement ressembler à celle du bénéficiaire du *trust*. Pourtant, si dans une telle hypothèse, on assiste dans les deux systèmes juridiques étudiés, à une répartition de la jouissance du bien et de son administration entre deux personnes différentes, cette séparation ne provoque pas en droit civil de division du titre de propriété, le seul propriétaire étant identifié dans la personne du mandant. De même, dans l'hypothèse de la tutelle, une personne, le tuteur, est chargée de la simple administration des biens d'une autre personne, mineure (art. 208 C.c.Q.) ou majeure (art. 286 C.c.Q.), et l'on assiste alors également à une séparation entre la gestion des biens et leur jouissance, ce qui en droit civil ne crée pas pour autant de divisibilité du titre de propriété, le seul propriétaire étant identifié dans la personne du représenté sous tutelle¹²².

constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel » (nos italiques).

119. Voir toutefois, pour un lien avec la distinction entre propriété quiritaire et propriété prétorienne ou bonitaire du droit romain classique : J.H. MERRYMAN, *loc. cit.*, note 8, p. 940. Voir aussi, sur la question de la possibilité de trouver une division entre titre légal et titre équitable dans la législation fédérale canadienne : R.A. MACDONALD, « Security Under Section 178 of the Bank Act: A Civil Law Analysis », (1983) 43 *Revue du Barreau* 1007.

120. Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Montréal, Coll. Traité de droit civil, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 3.

121. Le mandat est « le contrat dans lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer », (art. 2130 C.c.Q.). Sur l'idée selon laquelle le pouvoir de représentation dans l'accomplissement d'un acte juridique fait partie de l'essence du mandat : Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 18.

122. Le *Code civil du Québec* distingue entre la jouissance des droits civils — reconnue à tout être humain dès lors qu'il a la personnalité juridique (art. 1 C.c.Q.)

41. Faut-il alors en conclure que le rapprochement entre les systèmes de droit civil et de common law ne peut être que limité, s'agissant du caractère exclusif ou non exclusif de la propriété, dès lors que la common law admet la divisibilité du titre à travers la théorie des domaines? Sans doute pas nécessairement¹²³. Si la théorie des domaines/*doctrine of estates* de la common law permet de reconnaître la pluralité de propriétaires dans certaines situations, on trouve également en droit civil certains équivalents à cette théorie, susceptibles de constituer des atteintes à la règle de l'indivisibilité du titre, volontiers associée aux systèmes civilistes. Il est vrai qu'en common law, les hypothèses dans lesquelles il existe plusieurs titulaires d'un intérêt propriétaire sont facilement analysées comme créant une divisibilité du titre. Au contraire, en droit civil, une atteinte au principe de l'absence de concurrence dans la maîtrise est parfois analysée comme une limite au principe de l'exclusivité, mais rarement comme remettant en cause la règle de l'indivisibilité de la propriété. Par exemple, dans le contexte de la copropriété divise et de l'indivision¹²⁴, la doctrine majoritaire admet

et qui implique notamment que « [t]oute personne est titulaire d'un patrimoine » (art. 2 C.c.Q.) — et l'exercice des droits civils, la loi prévoyant dans certains cas « un régime de représentation ou d'assistance » (art. 4 C.c.Q.). Voir : *Dictionnaire de droit privé*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, voir *Représentation*. Pour une explication de l'administration du bien d'autrui en termes de pouvoirs : M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 117, notamment p. 4 : « En common law, la légitimité de l'activité juridique du *trustee* est fondée sur un droit ou un titre : le *trustee* administre la *trust property* en vertu d'un *legal title*. Parallèlement, un droit ou *beneficial title* est reconnu au bénéficiaire du trust, lui conférer l'intérêt suffisant pour exiger du *trustee* qu'il lui rende compte de sa gestion. » Cependant, « [l]e droit civil organise l'administration pour autrui selon un autre schéma », principalement fondé sur la notion de pouvoir juridique.

123. Sur l'idée selon laquelle la différence entre les systèmes (civilistes) d'unicité des titres et les systèmes (comme la common law anglaise) de pluralité des titres (comme la common law), est moins une différence entre deux conceptions de la propriété qu'une considération procédurale, la question étant de déterminer ce que le demandeur doit prouver, plutôt que de comprendre ce qu'est la propriété : A.M. HONORÉ, *loc. cit.*, note 5, p. 141.

124. Voir l'art. 1010 C.c.Q. : « La copropriété est la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien, chacune d'elles étant investie, privativement, d'une quote-part du droit. Elle est dite par indivision lorsque le droit de propriété ne s'accompagne pas d'une division matérielle du bien. Elle est dite divise lorsque le droit de propriété se répartit entre les copropriétaires par fractions comprenant chacune une partie privative, matériellement divisée, et une quote-part des parties communes ». Voir aussi, sur la possibilité d'une copropriété sur un droit d'emphytéose : François FRENETTE, « Emphytéose et copropriété par déclaration : la démystification d'une impossible coexistence », (1987) 90 *Revue du notariat* 145.

volontiers que ces atteintes sont limitées¹²⁵. Comme l'ont souligné les professeurs Zenati et Revet :

L'exégèse reproduit assez fidèlement la conception romaine de l'indivision que le Code est censé avoir adopté. L'indivisaire est un propriétaire qui exerce son droit concurremment avec d'autres propriétaires [...] Cette concurrence a pour conséquence qu'il n'est propriétaire que *pour* une part, mais il n'en demeure pas moins propriétaire de la totalité.¹²⁶

42. L'exclusivité du droit de propriété subit toutefois une atteinte sérieuse dans de telles situations, dès lors qu'elles entraînent « un exercice concurrent du droit de propriété »¹²⁷ par les copropriétaires ou indivisaires dans un trait de temps, chacun d'eux pouvant être considéré comme un propriétaire, même si la propriété se présente ici sous une forme particulière, qualifiée de modalité par le *Code civil du Québec*¹²⁸. La doctrine civiliste admet néanmoins que la règle de l'unicité du titre persiste, la copropriété divise et l'indivision étant analysées comme des situations dans lesquelles plusieurs titulaires se partagent un même titre de propriété.

43. Ce raisonnement est toutefois plus difficile à maintenir dans d'autres contextes, tel celui déjà évoqué de la substitution, où l'on assiste à une forme de dédoublement du titre de propriété¹²⁹. La propriété spatio-temporelle, également appelée multipropriété ou *time-sharing*, constitue une autre illustration d'atteinte à l'idée d'une indivisibilité du titre en droit civil. Le *time-sharing* donne lieu à une « jouissance périodique et successive »¹³⁰ d'un même bien par plusieurs personnes, créant une forme de propriété par tranches temporelles¹³¹. Le *time-sharing* ne pouvant être exactement

125. La théorie civiliste admet que cette possibilité d'un exercice concurrent du droit de propriété ne porte pas atteinte à l'indivisibilité de la propriété.

126. Voir : F. ZENATI, T. REVET, *op. cit.*, note 82, p. 299.

127. Sylvio NORMAND, « La notion de modalité », dans *Mélanges offert à François Frenette — Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, p. 255 et suiv., à la page 277.

128. Voir les art. 1009 et 1010 C.c.Q.

129. *Supra*, aux paragraphes Prolégomènes et suiv.

130. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, Éditeur officiel du Québec, 1993, voir art. 1058 C.c.Q.

131. Voir J.-P. ROUSSELLE, « La multipropriété », (1985) 87 *Revue du notariat* 258, p. 258, qui parle de « tranches de jouissance ».

qualifié ni d'indivision, ni de copropriété divise, ni d'usufruit¹³², la question s'est posée de savoir si l'on peut concevoir « une appropriation exclusive, successive et cyclique, par plusieurs sujets de droit des services futurs d'une chose sans que ne soit porté atteinte à l'essence même de la propriété »¹³³. Dans une situation de *time-sharing*, non seulement le droit du multipropriétaire est limité dans le temps quant à l'*usus* (on parle alors de « propriété à éclipse »¹³⁴), mais l'*abusus* est également réduit, le multipropriétaire ne pouvant ni détruire l'objet de son droit ni le modifier. Il ne s'agit pas non plus d'un droit exclusif, dès lors qu'il est partagé avec d'autres multipropriétaires¹³⁵. On peut alors y voir une nouvelle modalité de la propriété, non expressément reconnue par le législateur¹³⁶. Avec la propriété spatio-temporelle, « [d]ésormais un nouvel objet [est] susceptible de propriété [...]. Aux objets individualisés dans l'espace s'ajoutent les objets individualisés dans le temps »¹³⁷. Dans une telle hypothèse, le droit civil admet donc qu'un bien puisse appartenir à plusieurs personnes durant un laps de temps déterminé. La propriété spatio-temporelle confère à chaque propriétaire un droit identifié à la fois dans l'espace et dans le temps, selon une conception de la propriété qui tend ici encore à se rapprocher fortement de celle de la common law.

44. L'idée d'une propriété relationnelle exclusive, commune aux deux systèmes, peut être précisée à la lumière des développements qui précèdent. Si l'exclusivité a une double dimension, à la fois interne et externe, les atteintes à l'exclusivité

132. Sur les différentes tentatives de qualification de ce droit : S. NORMAND, *loc. cit.*, note 106, p. 280 et suiv. Voir aussi : J.-P. ROUSSELLE, *loc. cit.*, note 131, p. 291 et suiv.

133. S. NORMAND, *loc. cit.*, note 106, p. 280-281. Pour une évaluation des différentes qualifications possibles : *ibid.*, p. 390 et suiv. : l'usufruit n'est pas un droit perpétuel ni résiduaire par nature ; l'indivision n'est pas un droit perpétuel. Voir aussi sur la nature juridique du *time-sharing* : J.-P. ROUSSELLE, *loc. cit.*, note 131, p. 290 et suiv. ; Joshua ROSENSWEIG, « Ownership of Time-Share Condominium in Civil Law », (1990) 50 *Revue du Barreau* 75, p. 80 et suiv. Pour une critique de la qualification du *time-sharing* en une propriété, en raison de la perpétuité de la propriété : André COSSETTE, « La formule du temps partagé et le problème de la propriété spatio-temporelle », (1987) 90 *Revue du notariat* 327, n° 23-24.

134. J.-P. ROUSSELLE, *loc. cit.*, note 131, p. 290.

135. *Ibid.*

136. En ce sens : S. NORMAND, *loc. cit.*, note 106, p. 328 et suiv. *Contra* : C. GAGNON, *La copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 203-204.

137. S. NORMAND, *loc. cit.*, note 106, p. 321.

interne n'affectent pas le concept de propriété, ni en droit civil ni en common law. La propriété relationnelle exclusive renvoie à une exclusivité dans la relation externe du propriétaire vis-à-vis des tiers. Cette exclusivité, caractéristique de la propriété, ne s'oppose pas à des atteintes dès lors que celles-ci concernent la sphère interne de la propriété, autrement dit, la propriété relationnelle ne s'oppose pas à un certain partage de l'exclusivité entre plusieurs propriétaires¹³⁸. Ainsi, dans l'un comme dans l'autre système, *la propriété peut être envisagée comme une propriété relationnelle exclusive*, ce qui implique, d'une part, qu'elle n'est pas conceptuellement le droit d'une personne sur une chose ou un bien, mais plutôt, la relation qu'une personne a vis-à-vis d'autres personnes relativement à un bien et, d'autre part, que cette relation d'exclusivité permet d'exclure les tiers des utilités de ce bien.

2.3 LA DÉFINITION DE LA PROPRIÉTÉ DE LA COMMON LAW COMME UNE PROPRIÉTÉ INCORPORELLE N'EST-ELLE PAS DÉJÀ PRÉSENTE EN DROIT CIVIL?

45. La question du bien objet de propriété, laquelle est intimement liée au concept même de propriété, reste à envisager. La théorie classique de la propriété en droit civil en fait une propriété corporelle, autrement dit, une propriété susceptible de porter uniquement sur des choses matérielles¹³⁹. Cette théorie est avant tout fondée sur l'idée de droit subjectif¹⁴⁰ et plus spécifiquement, sur la distinction des droits patrimoniaux en droits réels et en droits personnels. La propriété est analysée comme constituant le prototype des droits réels, le

138. Si ce partage est volontiers analysé en common law comme provoquant la division du titre de propriété, il est plutôt décrit en droit civil comme une atteinte à l'exclusivité. Toutefois, dans les deux systèmes, un tel partage n'est pas vu comme dénaturant la propriété.

139. Jean DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », (1962) *Revue trimestrielle de droit civil* 20. Voir aussi : Madeleine CANTIN CUMYN, « La notion de bien en droit québécois », XVII^e Congrès international de droit comparé, Utrecht, 16-22 juillet 2006, Bruxelles, Bruylant, 2006, 1, p. 2 : « Les choses corporelles mobilières et immobilières sont susceptibles d'un droit de propriété. Cette prérogative étant définie comme un droit réel, seules les choses corporelles peuvent être objet d'un droit de propriété ou d'un démembrement de la propriété ».

140. José DUCLOS, *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 179, Paris, L.G.D.J., 1984, n^o 163, p. 191.

droit le plus absolu des droits, conférant à une personne un droit direct et immédiat sur une chose¹⁴¹. On l'oppose au droit personnel, décrit comme « le droit qu'une personne (le créancier) a d'exiger d'une autre (le débiteur) une prestation ou un service »¹⁴². La chose étant usuellement associée à la matérialité en droit civil¹⁴³, il est traditionnellement admis qu'il faut un objet corporel sur lequel le droit réel de propriété puisse porter, la propriété des choses incorporelles étant vue comme une incongruité. Ainsi distingue-t-on couramment la propriété de la titularité. En plus d'analyser la propriété comme un droit réel, la théorie civiliste de la propriété en fait également un bien, le droit de propriété étant analysé comme s'incorporant ou se matérialisant dans son objet qu'est le bien. C'est ce que l'on désigne parfois comme la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet¹⁴⁴.

46. La propriété relationnelle de la common law est susceptible de porter tant sur un objet matériel que sur un objet immatériel¹⁴⁵. Au milieu du XVIII^e siècle, Blackstone définissait la propriété (*ownership*) comme la relation d'exclusivité entre une personne (*person*) et une chose matérielle (*thing*)¹⁴⁶. Pourtant, cette conception de la propriété, proche de la conception traditionnelle de la propriété en droit civil, a été critiquée comme ne rendant compte que de l'aspect interne de la propriété — autrement dit, de la protection de

141. Voir notamment : Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, *Traité de la distinction des biens*, Paris, Imprimerie générale, 1878, n° 473, p. 373; André MONTPETIT, Gaston TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 17. Sur la matérialité de la chose objet du droit réel : Madeleine CANTIN CUMYN, Michelle CUMYN, « La notion de biens », dans *Mélanges offerts à François Frenette — Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, p. 127 et suiv., à la page 149.

142. S. NORMAND, *op. cit.*, note 35, p. 29.

143. Ce point de vue résulte en grande partie d'une interprétation contestable de la distinction des choses corporelles/*res corporales* et des choses incorporelles/*res incorporales* en droit romain : Y. EMERICH, *loc. cit.*, note 9, p. 912.

144. Voir Y. EMERICH, *op. cit.*, note 1, p. 24 et 63.

145. L. THORNE MCCARTY, *loc. cit.*, note 68, p. 137; John E. CRIBBET, *Principles of the Law of Property*, 2^e éd., New York, Foundation Press Inc., 1975, p. 9; B. ZIFF, *op. cit.*, note 23, p. 2.

146. Il décrivait la propriété comme : « the sole and despotic dominion which one man claims and exercises over external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe » : W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 5, p. 2 (nos italiques).

l'usage que fait le propriétaire de son bien — mais non de l'aspect externe de la propriété — qui permet notamment au propriétaire d'aliéner son bien ou de le faire valoir contre autrui. De plus, on a fait valoir que cette définition de la propriété ne prenait pas en compte l'extension de la propriété aux objets incorporels¹⁴⁷ et n'était pas fidèle au concept de propriété propre à la common law¹⁴⁸. Désormais, la propriété de la common law est plutôt définie comme un *bundle of rights*, la plupart des auteurs admettant que la propriété n'est pas nécessairement liée à un objet tangible et que le droit réel n'est pas toujours lié à une chose matérielle¹⁴⁹.

47. L'évolution de la théorie de la propriété en common law conduit à reconnaître que la matérialité ou l'immatérialité de l'objet de la propriété importe peu, tout ce qui est dans le commerce, autrement dit, tout élément patrimonial qui a une valeur marchande étant traité comme un bien¹⁵⁰. En ce qui concerne les biens personnels, la propriété peut notamment porter sur des choses possessoires/*choses in possession*, qui sont des choses corporelles/*tangibles*¹⁵¹, par exemple les animaux ou les marchandises¹⁵². À la catégorie des choses possessoires, on oppose celle des choses non possessoires/*choses in action*¹⁵³. Cette dernière catégorie comprend, outre les créances et les instruments négociables, le droit d'auteur/

147. Sur la condamnation d'une double définition de la propriété corporelle ou incorporelle : J.W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1924, p. 279.

148. Pour une critique de la définition de la propriété donnée par Blackstone, voir notamment : P. ELEFThERIADIS, *loc. cit.*, note 30, p. 33.

149. W.N. HOHFELD, *loc. cit.*, note 21, p. 738 et 746. Voir aussi sur cette question : D. LAMETTI, *op. cit.*, note 31.

150. M.-F. PAPANDRÉOU-DÉTERVILLE, *op. cit.*, note 17, p. 9; F.H. LAWSON, B. RUDDEN, *op. cit.*, note Prolégomènes, p. 21. Voir aussi : *Canada c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209; *Herchuk c. Herchuk*, (1983) 35 R.F.L. (2d) 327 (C.A. Alb.).

151. Voir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 5, p. 384 : les choses possessoires désignent les choses à la fois matérielles, mobiles et visibles, dont on peut prendre possession.

152. Parmi les biens personnels/*personal property*, on distingue la catégorie des chatels réels/*chattels real*, qui désigne principalement le bail/*lease*, de la catégorie des chatels personnels/*chattels personal*, parfois appelés « biens personnels purs », qui se subdivisent en choses possessoires/*choses in possession* et en choses non possessoires/*choses in action*. Voir notamment : G. SNOW, *op. cit.*, note 32, p. 18-21.

153. Par définition, une chose non possessorie ne peut être possédée. Il s'agit d'une entité abstraite, qui peut être sanctionnée uniquement par une action en justice : B. ZIFF, *op. cit.*, note 23, p. 76.

copyright, le brevet d'invention/*patent*, les obligations/*bonds* ou encore, les actions de société/*corporate shares*. Or, si la catégorie des *choses in action* est hétérogène¹⁵⁴, les choses incorporelles/*intangibles* qui la composent ont pour caractéristique commune d'être des objets de propriété¹⁵⁵.

48. On pourrait croire alors que la matérialité de la chose reprend ses droits, en matière de biens réels¹⁵⁶, avec le fonds de terre. Pourtant, cette idée doit être largement nuancée. En effet, selon la théorie des domaines, c'est l'*estate* et non la chose qui est le véritable objet de la propriété. L'*estate in land* peut être décrit comme un concept abstrait, qui s'intercale entre la personne et la terre¹⁵⁷. L'objet de la propriété n'est donc pas la terre elle-même, mais l'*estate*¹⁵⁸. Ainsi a-t-on pu dire à juste titre qu'en common law, l'objet de la propriété est en réalité toujours incorporel¹⁵⁹, le propriétaire ayant moins une relation directe à la terre qu'un intérêt dans la terre¹⁶⁰.

49. De plus, selon la théorie des domaines de la common law, tous les intérêts dans la terre/*interests in land* sont traités comme des objets possibles de propriété¹⁶¹. Si tel n'est pas le cas traditionnellement en droit civil, cette idée a toutefois déjà été reçue dans l'affaire *Matamajaw*¹⁶², où le Conseil

154. Cette catégorie comporte toutes les choses qui ne sont ni des biens réels, ni des biens personnels corporels.

155. Voir notamment : *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795.

156. Pour mémoire, la catégorie des biens réels/*real property* se subdivise en deux sous-catégories : les héritages corporels/*corporeal hereditaments* et les héritages incorporels/*incorporeal hereditaments*. Les héritages corporels/*corporeal hereditaments* comprennent les intérêts susceptibles de possession, essentiellement les domaines francs/*freehold estates*. Les héritages incorporels/*incorporeal hereditaments* comprennent une variété d'intérêts qui ont une nature non possessoire, essentiellement les servitudes et les profits à prendre/*profits à prendre* : B. ZIFF, *op. cit.*, note 23, p. 75.

157. Voir : Albert H. OOSTERHOFF, Wesley B. RAYNER, *Anger and Honsberger, Law of Real Property*, vol. 1, 2^e éd., Aurora, Canada Law Book, 1985, p. 26.

158. F. ALLARD, *loc. cit.*, note 8, p. 203.

159. B. PIERRE, *loc. cit.*, note 8, p. 252.

160. Voir : N. KASIRER, *loc. cit.*, note 14, p. 471. Voir aussi : K. GRAY, S.F. GRAY, *op. cit.*, note 49, p. 17 : « [...] one had ownership of an intangible right (i.e. an *estate*) rather than ownership of a tangible thing (i.e. the *land* itself). At this point, the law of real property became distanced from the physical reality of land and entered a world of conceptual [...] abstraction »; B. PIERRE, *loc. cit.*, note 8, p. 252.

161. On pourrait ainsi être propriétaire, en common law, d'une servitude/*easement* ou d'un profit à prendre/*profit à prendre*. Voir G. SNOW, *op. cit.*, note 88, p. 70 et 77.

162. *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, (1921) 2 A.C. 426 (C.J.C.P.).

privé a admis que le titulaire d'un fonds pouvait « distraire le droit de pêche du droit de propriété et faire de ce droit isolé un objet de propriété »¹⁶³, reconnaissant ainsi la possibilité d'une propriété sur une forme de démembrement innommé de la propriété.

50. Si l'analyse traditionnelle de la propriété dans les systèmes romano-germaniques admet volontiers que la propriété authentique porte exclusivement sur les corps, les biens étant définis comme les choses matérielles susceptibles d'appropriation¹⁶⁴, l'évolution des richesses vers l'immatériel¹⁶⁵ a toutefois conduit la doctrine à admettre la présence de biens incorporels — parmi lesquels on compte notamment les droits de créance en général, et plus spécifiquement les valeurs mobilières, les parts sociales et les rentes, ou encore la propriété intellectuelle et les universalités, telles que le fonds de commerce¹⁶⁶. Cette prise de conscience a permis aux auteurs de reconnaître que ce qui figure à l'actif du patrimoine consiste plutôt en des droits qu'en des biens, la valeur se situant davantage dans le droit que l'on a sur le bien que dans le bien lui-même. La nécessité pour les juristes d'avoir un concept de bien qui ne soit pas totalement détaché de celui de la richesse chez les économistes¹⁶⁷, fait en sorte que « la notion de bien s'éloigne de la chose corporelle »¹⁶⁸, ce dernier étant désormais souvent décrit comme une valeur patrimoniale¹⁶⁹. Ainsi le bien est-il désormais couramment défini comme référant à la fois aux biens corporels et aux biens incorporels¹⁷⁰.

163. Pour un commentaire critique de cette affaire : Sylvio NORMAND, « Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* », (1988) 29 *Cahiers de droit* 807.

164. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : Les biens*, J. GHESTIN (dir.), Paris, L.G.D.J., 2000, n° 1, p. 1.

165. Voir notamment F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », (1999) 43 *Archives de philosophie du droit* 79.

166. Georges RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, L.G.D.J., 1946, n° 76 et n° 81.

167. Voir sur ce point : René SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », (1958) 56 *Revue trimestrielle de droit civil* 331, p. 346.

168. Henri BATTIFOL, « Problèmes contemporains de la notion de bien », (1979) 24 *Archives de philosophie du droit* 9, p. 13.

169. W. RODYS, *Cours élémentaire de droit civil français et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, p. 67; R. SAVATIER, *loc. cit.*, note 167, p. 344-346.

170. Paul-André CRÉPEAU, Nicholas KASIRER et autres, *Dictionnaire de droit privé*, *op. cit.*, note 12, voir Bien. On rappellera ici que, désormais, le *Code civil du Québec* définit la propriété comme portant sur un bien (art. 947 C.c.Q.), les biens

51. En dépit de la difficulté que connaissent les deux systèmes à définir le bien, de plus en plus, en droit civil comme en common law, on retrouve des critères relativement similaires pour définir le bien, parmi lesquels les principaux sont sans doute le critère de la valeur¹⁷¹, laquelle émerge dans un contexte de rareté¹⁷², le critère de l'aliénabilité ou de la cessibilité¹⁷³, le bien étant une chose dans le commerce susceptible d'être transférée¹⁷⁴, ainsi que le critère de non-interférence ou d'opposabilité à tous¹⁷⁵, lequel rejoint la définition même de la propriété¹⁷⁶. Dans une telle conception du bien et de la propriété, la matérialité de l'objet passe au second plan.

pouvant être corporels ou incorporels (art. 899 C.c.Q.). Sur l'idée selon laquelle le droit romain a admis qu'une chose (*thing/res*) susceptible d'être appropriée pouvait être une chose physique/*physical thing* ou un droit/*right* : G.L. GRETTON, *loc. cit.*, note 4, p. 180. Voir aussi sur la fiction de l'incorporation de la propriété dans son objet matériel : Louis JOSSEMAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », dans *Mélanges Sugiyama*, Paris, Sirey, 1940, p. 95.

171. Voir notamment : Bernard RUDDEN, « Things as Thing and Things as Wealth », (1994) 14 *Oxford Journal of Legal Studies* 82; David LAMETTI, *loc. cit.*, note 31, p. 348; Charles REICH, « The New Property », (1963) 73 *Yale Law Journal* 733, p. 738. En droit civil, cette valeur monétaire est souvent prise en compte à travers le concept de patrimoine et de droits patrimoniaux. Voir notamment : René SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », (1958) 56 *Revue trimestrielle de droit civil* 331; Pierre CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », (1966) 64 *Revue trimestrielle de droit civil* 185, n° 20 et 21.

172. Sur cette idée : D. LAMETTI, *loc. cit.*, note 31, p. 348 et 350.

173. Voir par exemple : A.M. HONORÉ, « Ownership », *loc. cit.*, note 5, p. 120 et 129; M. BASTARACHE, A. BOUDREAU-OUELLET, *op. cit.*, note 63, p. 13. Voir aussi : *Caratun c. Caratun*, (1992) 42 RFL (3d) 113 (C.A. Ont.). Pour un examen des limites de ce critère : *National Trust Co. v. Bouckhuys*, 1987 A.C.W.S.J. 458146 (C.A. Ont.). En droit civil : J.-L. BERGEL, *La propriété*, coll. Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 1994, p. 19; Rémy LIBCHABER, *Rép.civ.*, Dalloz, voir *Biens*, n° 66, p. 14.

174. R. LIBCHABER, *Rép.civ.*, Dalloz, voir *Biens*, n° 8 et 9, p. 3.

175. Voir notamment : T.W. MERRILL, *loc. cit.*, note 77, p. 730; F. SNARE, *loc. cit.*, note 4, p. 203; D. LAMETTI, *loc. cit.*, note 31, p. 334. Voir également : *International News Service v. Associated Press*, (1918) 248 US 215, où il a été jugé qu'une information, malgré sa valeur commerciale certaine, n'était pas un bien car elle n'était pas exclusive. En droit civil, ce critère ressort de la qualification de la propriété en un droit réel.

176. Sur l'inévitable circularité entre les concepts de bien et de propriété : Christophe GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition? », (1979) 24 *Archives de philosophie du droit* 259.

CONCLUSION

52. Le regard du civiliste sur la common law semble confirmer certains doutes que le civiliste entretient sur son propre système, notamment quant à la définition traditionnelle de la propriété. La définition de la propriété comme un droit réel portant sur une chose matérielle ne semble ainsi ni totalement exacte, en ce qu'elle affirme l'existence d'une relation juridique impossible entre une personne et une chose, ni réellement fonctionnelle, puisqu'elle échoue à prendre en compte les biens incorporels, alors qu'ils constituent pourtant une part croissante de la richesse des sociétés humaines actuelles dans les pays occidentaux.

53. La mise en regard du droit civil et de la common law permet en outre d'observer que les concepts de propriété dans les deux systèmes ne sont pas aussi différents que ce qui est souvent présenté. Au cœur du concept de propriété de la common law, se trouve l'idée d'une propriété relationnelle exclusive. La propriété du droit civil est moins éloignée de la propriété de la common law que ce que l'on peut penser de prime abord. En droit civil, le droit réel est parfois défini comme le droit qui porte directement sur une chose matérielle. Mais il est également défini comme un droit absolu, autrement dit, comme un droit opposable à tous. Or, dans ce second sens, la propriété du droit civil, analysée en un droit réel, est proche de la propriété relationnelle de la common law, relation d'exclusivité d'une personne vis-à-vis d'autres personnes, relativement à un bien. Il existe d'ailleurs une tendance actuelle en droit civil à définir la propriété comme une relation d'exclusivité vis-à-vis d'un bien, mais aussi vis-à-vis des tiers. Dans une telle approche, qui rompt avec une conception de la propriété dans laquelle l'objet est central, en droit civil comme en common law, la matérialité du bien n'importe plus. La propriété en droit civil et en common law peut ainsi être définie, dans une perspective transsystémique de la propriété, comme une relation d'exclusivité du propriétaire vis-à-vis de tous, relativement à un bien corporel ou incorporel.

Yaëll Emerich
Pavillon Chancellor-Day, bur. 42
Faculté de droit, Université McGill
3644, rue Peel
Montréal (Québec) H3A 1W9
Tél. : 514 398-8638
Télec. : 514 398-4659
Courriel : yaell.emerich@mail.mcgill.ca

Note de l'auteure : Cet article constitue l'un des aboutissements de la recherche menée dans le cadre de mon post-doctorat, qui a bénéficié de la subvention Dobson octroyée par l'Université McGill. J'offre mes sincères remerciements à Mme Laurence Bich-Carrière et à Mme Régine Tremblay pour leur contribution à cet article au titre d'assistantes de recherche. L'article a également bénéficié des commentaires généreux du doyen Nicholas Kasirer, ainsi que de mes collègues Jean-Guy Belley, Alexandra Popovici, Lionel Smith et Dennis Klinck, sur une version préliminaire de ce travail.