LE TRANSFERT FIDUCIAIRE: «DONNER POUR REPRENDRE»

Mancipio dare ut remancipetur

Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

Jean-Philippe Dunand

Helbing & Lichtenhahn
Faculté de Droit de Genève



COLLECTION GENEVOISE

Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»

Mancipio dare ut remancipetur

Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion



COLLECTION GENEVOISE



COLLECTION GENEVOISE

Jean-Philippe Dunand

Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»

Mancipio dare ut remancipetur

Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

Helbing & Lichtenhahn
Bâle · Genève · Munich 2000

Faculté de Droit de Genève

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Dunand, Jean-Philippe:
Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre» : mancipio dare ut remancipetur ; analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion / Jean-Philippe Dunand.
Faculté de Droit de Genève. - Bâle ; Genève ; Munich : Helbing et Lichtenhahn; 2000
(Collection genevoise)
ISBN 3-7190-1884-9

Thèse no 722 de la Faculté de Droit de l'Université de Genève.

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi demande l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-1884-9
© 2000 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle

A mes parents,

Giovanna Dunand-Rispoli
et feu Robert Dunand

AVANT-PROPOS

Paradoxalement, l'aboutissement d'une thèse de doctorat est le fruit d'un travail quotidien essentiellement solitaire, mais aussi d'une lente maturation collective. L'occasion m'est ici donnée de remercier toutes les personnes qui ont pris part à cette entreprise.

Je souhaite tout d'abord exprimer ma profonde gratitude au professeur Bruno Schmidlin, mon directeur de thèse, sans qui mon travail n'aurait jamais vu le jour. J'ai eu le privilège d'être son assistant pendant de nombreuses années, bénéficiant de sa grande expérience d'enseignement et de recherche, et de son immense culture. Je lui dois mon immersion progressive dans la science juridique romaine. Le professeur Schmidlin a suivi mon travail de bout en bout, me transmettant ses précieux conseils, ses critiques jamais complaisantes, et son enthousiasme communicatif. Il me fait en outre l'honneur de préfacer cette thèse de doctorat.

Je tiens aussi à remercier les autres membres du jury de thèse. En me proposant de rédiger avec lui le rapport suisse sur la fiducie, à l'occasion du XV^e^ Congrès international de droit comparé, puis de le présenter oralement à Bristol, au mois d'août 1998, le professeur Luc Thévenoz m'a permis de confronter mes vues avec les autres rapporteurs nationaux et d'ouvrir quelques perspectives intéressantes vers le trust anglo-saxon. Le professeur Bénédict Foëx, quant à lui, a bien voulu relire des chapitres substantiels de mon manuscrit et me faire part, très amicalement, de ses remarques critiques. Enfin, le professeur Hansjörg Peter, juré externe (Université de Lausanne), a pris une part active et constructive à la soutenance de thèse proprement dite.

Afin de compléter les sources à ma disposition, j'ai eu la possibilité, grâce à une bourse allouée par le Fonds national suisse de la recherche scientifique, d'effectuer en 1997 un semestre d'études fructueux à l'*Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft* de Heidelberg, où je fus accueilli aimablement par le professeur Karlheinz Misera. La chance m'a également été donnée de participer, à l'occasion de diverses réunions scientifiques à l'étranger, à des débats enrichissants avec des professeurs renommés, tous spécialistes de la fiducie et du trust. Je pense en particulier aux professeurs Madeleine Cantin Cumyn (Université de Montréal), Michele Graziadei (Université

de Turin), Maurizio Lupoi (Université de Gênes) et Claude Witz (Université de Saarebruck).

Par ailleurs, durant mon activité d'assistant au Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques (JUPO), j'ai pu bénéficier d'un cadre de travail agréable et stimulant, dont je sais gré, tant au professeur Schmidlin, qu'à son successeur à la Chaire de droit romain et de droit civil européen, le professeur Bénédict Winiger. Je garde pareillement un excellent souvenir des échanges et discussions variés et animés avec mes collègues et camarades, Nathalie Wharton, Alexis Keller, Benoît Lambert, Rudolf Meyer, Victor Monnier, Shirô Okawa et Christophe Pétermann.

La parution de cette thèse doit aussi beaucoup à la Faculté de droit de l'Université de Genève qui l'a financée en grande partie, à Madame Eveline Salvisberg, qui a procédé à la mise en forme définitive du manuscrit, ainsi qu'à Madame Geneviève Roche, des Editions Helbing & Lichtenhahn, qui en a effectué une ultime relecture. Qu'elles en soient ici chaleureusement remerciées. Je ne voudrais pas non plus omettre de mentionner la précieuse aide fournie par certains membres du personnel administratif, notamment par les employés des diverses bibliothèques que j'ai fréquentées.

Enfin, je suis de même reconnaissant envers toutes les autres personnes, parents ou amis, qui m'ont encouragé à mener mon travail à terme. Au premier rang, figure ma femme, Catherine Josephides Dunand, qui en a suivi l'avancement jour après jour et dont le soutien inconditionnel m'a permis de surmonter les inévitables moments de doute. Et puis, je m'en voudrais de ne pas saluer notre fils, Alexis, Romain, dont le sourire est venu éclairer la dernière année de labeur!

Le franchissement d'une étape importante est sans doute propice à une réflexion rétrospective. C'est avec un sentiment de fierté que je rends hommage à mes parents en leur dédiant le présent travail.

Genève, décembre 1999

PRÉFACE

Omnis definitio in iuri civili periculosa est nam parum est enim ut non subverti potest (D. 50,17,202) – toute définition en droit civil est dangereuse, car il est rare qu'on ne puisse pas la renverser. La fiducie confirme cette remarque du jurisconsulte Javolenus mieux que toute autre institution du droit civil. Née à l'aube du droit civil ancien dans le *Ius Quiritium*, disparue dans la codification de Justinien, sommeillant durant le droit commun, elle ressuscite en gloire aux temps modernes pour remplir des fonctions indispensables. A côté du trust, la fiducie est devenue aujourd'hui l'une des figures de proue d'une économie qui dépasse toute frontière.

Qu'est-ce que la fiducie ? Dans le langage lapidaire des jurisconsultes romains, Gaius en donne une formule : *contrahitur cum amico quo tutius nostrae res apud eum esset* (Elle se conclut avec un ami pour que nos biens soient en meilleure sûreté chez lui). Ce but n'a jamais été aboli, il ne s'est que modifié. Il reste encore dans un monde capitaliste moderne le point unifiant des diverses applications de la fiducie, tels les placements fiduciaires, la gestion de fortune et les fonds de placements. Quel est le meilleur moyen d'assurer la sûreté du bien confié? La réponse est la même aujourd'hui qu'autrefois : transférer la propriété au protecteur fiduciaire qui, fort de ce droit, peut gérer les biens dans l'intérêt du fiduciant et les défendre contre tous. Mais apparaît alors le paradoxe de cette institution : pour protéger ses biens, le fiduciant les confie et les aliène au fiduciaire; alors qu'il veut en garder la propriété, il les donne à un autre.

C'est certainement la raison pour laquelle, prudemment, les jurisconsultes romains ont évité de définir la fiducie à l'aide du droit de propriété et ont préféré la décrire par les actes qui la composent: *mancipio dare ea lege ut remancipetur* (donner en mancipation sous la condition qu'il fût remancipé). Voilà aussi le point de départ de la thèse de Monsieur Jean-Philippe Dunand que celui-ci annonce sans ambages dans le titre : *Le transfert fiduciaire : «donner pour reprendre»*. Le transfert doit être compris à travers les actes qui le constituent : *mancipio dare ut remancipetur*. A partir de cette formule, la thèse de Jean-Philippe Dunand met en évidence que, dès son origine, la structure de la fiducie ne consistait pas dans la combinaison de deux rapports de droit substantiels: d'une propriété transférée au fiduciaire et de l'obligation contractuelle pour celui-ci de la restituer. A tort la

doctrine dominante en droit romain et en droit moderne s'est soumise à cette conception. Or, la mancipation fiduciaire est spécifiée dans la *lex remancipationis* qui fait partie intégrante de l'acte même. Si la mancipation fait passer le bien dans le *dominium* du fiduciaire, elle n'éteint pas son appartenance au fiduciant, celle-ci restant en suspens jusqu'à ce que le bien soit remancipé à la fin de la fiducie. Durant ce temps, le bien confié se trouve dans la main du fiduciaire qui peut en disposer totalement. Dans l'appel à la *fides* (loyauté, fidélité) que le fiduciant prononce lors de la création de la fiducie, *uti ne propter te fidemque tuam captus fraudatus sim* (pourvu que je ne sois ni abusé ni victime d'une fraude à cause de toi ou de ta parole), s'exprime la crainte vive du risque que court le fiduciant. Seul un surplus de foi et de fidélité peut rééquilibrer les rapports devenus inégaux par la mancipation.

Les recherches méticuleuses et circonspectes de l'auteur ouvrent un nouveau regard sur cette institution hybride. Non seulement ce dernier met en lumière les liens permanents de propriété que le fiduciant peut retenir pour autant qu'il ne contamine pas le pouvoir du fiduciaire de disposer du bien (comme la possibilité de vendre le bien donné en fiducie au fiduciaire-propriétaire lui-même), mais encore il démontre que des rapports analogues se reproduisent dans des institutions proches de la fiducie, comme la tutelle ou le régime de la dot. Le large spectre de ces analyses converge dans la reconnaissance d'une vérité capitale, négligée par la doctrine et pourtant fondamentale dans la conception romaine de la propriété: sa nature bicéphale qui se divise en propriété-valeur, représentant la titularité patrimoniale du droit de propriété d'un côté, et en *dominium*, propriété-pouvoir (ou propriété-exercice) de l'autre. Les Romains vont même jusqu'à leur reconnaître un régime différent, comme l'atteste la copropriété où le *dominium* collectif est combiné avec un fractionnement individuel de la valeur. Le régime de la propriété-valeur et le régime de la propriété-exercice sont complémentaires et non pas identiques. C'est sur cette ligne qu'il faut placer la fiducie et certaines institutions analogues de la gestion familiale. La fiducie relie les deux aspects d'une façon très originale, elle transfère les biens dans le *dominium* du fiduciaire qui exerce le pouvoir extérieur, tout en maintenant la propriété-valeur au fiduciant. La mancipation ne met le pouvoir extérieur en suspens que durant la fiducie, sans l'effacer totalement.

S'appuyant sur cette conception, Jean-Philippe Dunand s'approche du droit pandectiste et du droit français pour dévoiler l'impasse dans laquelle la fiducie doit fatalement tomber si l'on essaie de la remodeler selon les

concepts de la propriété moderne. Le droit allemand pandectiste remplaça les actes constitutifs de la fiducie – la mancipation et le remancipation – par les concepts d'ordre substantiel de droits subjectifs : une propriété absolue et homogène d'un côté et un droit obligationnel relatif de l'autre, ce qui déboucha finalement sur la formule fameuse : *Der Treuhänder kann mehr als er darf.* La présentation et l'analyse que l'auteur dédie à ces doctrines permettent de mesurer jusqu'à quel point nous sommes restés tributaires de cette approche. La conception de Regelsberger combinant la propriété fiduciaire avec un pacte de restitution a même trouvé un écho direct dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Le droit français n'a rien à envier au droit allemand. Sa conception du patrimoine a suivi les traces du vénérable manuel de Zachariae, lequel fut ensuite élaboré à nouveau par Aubry et Rau, pour aboutir au dogme strict selon lequel le patrimoine forme une universalité de droit contenant tous les biens en vertu de l'unité de la personne à laquelle ils appartiennent. Cette théorie ne fait preuve d'aucune élasticité, d'aucune ouverture pour établir l'institution de la fiducie à laquelle le droit français du code civil est resté hostile.

Les analyses, aussi bien historiques que comparatistes, permettent à l'auteur de faire évoluer le débat relatif à la fiducie et de comprendre les entorses qu'elle a dû faire subir aux dogmes figés d'une propriété homogène et d'une notion de patrimoine unitaire absolu.

«Vers une fiducie renouvelée» s'intitule la dernière partie de la thèse que l'auteur engage sur un terrain historique et comparatiste bien préparé. Il porte la discussion sur les nouveaux projets, modèles ou lois : le projet français, entre-temps caduc, le règlement luxembourgeois, les nouvelles dispositions du Code civil québécois, et les *Principles of European Trust Law.* La discussion se concrétise dans l'ébauche d'une fiducie renouvelée, étudiée aussi *de lege ferenda* dans la doctrine suisse, que l'auteur propose sous la forme d'un nouveau contrat nommé le contrat de fiducie-gestion, reposant sur un nouveau droit réel, la propriété fiduciaire. Ce projet profite de l'expérience historique séculaire que l'auteur a exposée avec compétence et reliée avec le côté comparatiste complémentaire. Si la gestion fiduciaire s'étend sur des biens situés entre la propriété-exercice dont dispose le fiduciaire, et la propriété-valeur retenue par le fiduciant, les conséquences s'exprimeront aussi bien au niveau contractuel qu'au niveau des droits réels. Sur le plan contractuel, les rapports entre fiduciant, fiduciaire et tiers doivent être réé-

quilibrés et, sur le plan du transfert des biens, il faut reconnaître la structuration interne de la propriété fiduciaire. Sans violer le *numerus clausus* des droits réels, cette propriété fiduciaire représente une propriété modifiée permettant de distinguer entre la propriété-exercice du fiduciaire gérant et la propriété-valeur qui exige un traitement spécifique.

Préfacer cette thèse est pour moi une profonde joie. Cette œuvre marque une longue collaboration durant laquelle j'ai pu assister à son élaboration qui s'est effectuée avec passion et endurance. Le résultat mérite ce que la Faculté de droit de l'Université de Genève lui a décerné: une mention d'excellence.

Mais ce travail s'intègre dans une perspective plus large. En effet, il fournit la preuve concrète que les recherches historiques et comparatistes doivent être engagées dans la discussion du droit civil actuel. Le droit civil européen, représentant verticalement et horizontalement une unité dans la diversité, ne peut pas nier son passé historique ni la connexité interactive entre les différents ordres juridiques à la fois nationaux et européens. La doctrine du droit civil moderne, trop enfermée dans le droit des codes et de la jurisprudence nationale, doit s'ouvrir pour retrouver son identité européenne. Le travail présenté par Jean-Philippe Dunand est une manifestation concrète de la force de cette nouvelle approche.

Genève, le 6 décembre 1999
Professeur Bruno Schmidlin

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS VII

PRÉFACE IX

SOMMAIRE XIII

ABRÉVIATIONS XVII

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE
ANALYSE CRITIQUE DE LA FIDUCIE-GESTION EN DROIT SUISSE ET EN DROIT ALLEMAND 9

CHAPITRE I: PRÉSENTATION CRITIQUE DE LA FIDUCIE-GESTION EN DROIT SUISSE 9

A. Domaines d'application principaux 9

B. Structure de la fiducie 17

C. Régime juridique de la fiducie 30

CHAPITRE II: PRÉSENTATION CRITIQUE DE LA *TREUHAND* ALLEMANDE 51

CHAPITRE III: BILAN CRITIQUE 69

DEUXIÈME PARTIE
***FIDUCIA CUM AMICO*: «MANCIPIO DARE UT REMANCIPETUR»** 77

CHAPITRE I: INTRODUCTION 77

CHAPITRE II: STRUCTURE DE LA *FIDUCIA* 89

A. Nature de la *mancipatio* «(fidi) fiduciae causa»: un «ea lege mancipio dare ut remancipetur» 93

B. Nature du *pactum fiduciae* 129

CHAPITRE III: SANCTION JURIDIQUE DE LA *FIDUCIA* 145
A. *Fiducia* et contrat 146
B. La période pré-formulaire 150
C. La formule de l'*actio fiduciae* 158

CHAPITRE IV: ASPECTS PATRIMONIAL ET RÉEL DE LA PROPRIÉTÉ FIDUCIAIRE 193
A. *Fiducia*, propriété et droit réels 193
B. Rapports juridiques fiduciaire-tiers 203
C. Rapports juridiques fiduciant-tiers 209
D. Rapports juridiques fiduciant-fiduciaire 218

CHAPITRE V: CONCLUSION 265

TROISIÈME PARTIE
PRÉSENTATION CRITIQUE DES FONDEMENTS DOGMATIQUES DE L'ACTE FIDUCIAIRE 273

CHAPITRE I: PRINCIPES D'UNE STRICTE OPPOSITION ENTRE DROIT RÉEL ET DROIT PERSONNEL, ET DU *NUMERUS CLAUSUS* DES DROITS RÉELS 274
A. Origine de la théorie de l'acte fiduciaire 274
B. Les raisons du succès de la théorie de l'acte fiduciaire 285
C. Des principes érigés en dogmes 290
D. Critique de la dogmatique allemande 307

CHAPITRE II: PRINCIPE DE L'UNITÉ DU PATRIMOINE 329
A. Origine dogmatique 329
B. Critique de la théorie classique du patrimoine 342

CHAPITRE III: SYNTHÈSE 353

QUATRIÈME PARTIE
POUR UNE FIDUCIE RENOUVELÉE 357

CHAPITRE I: TROIS EXEMPLES ÉTRANGERS DE FIDUCIE RENOUVELÉE 358
A. Le règlement grand-ducal luxembourgeois 360
B. Le projet de loi français instituant la fiducie 364
C. La fiducie québécoise 376
D. Synthèse 384

CHAPITRE II: PROPOSITIONS POUR UN NOUVEAU RÉGIME JURIDIQUE DE LA FIDUCIE-GESTION 393
A. Eléments caractéristiques de la fiducie 393
B. Pour une fiducie-gestion améliorée de *lege lata* 405
C. La fiducie-gestion de *lege ferenda* 461

CHAPITRE III: FIDUCIE, TRUST, CONVENTION DE LA HAYE ET *PRINCIPLES OF EUROPEAN TRUST LAW* 479
A. Caractéristiques et objectifs de la Convention de La Haye 480
B. Reconnaissance en Suisse de trusts constitués selon un droit étranger 482
C. Reconnaissance à l'étranger des effets d'une fiducie de droit suisse 489
D. La fiducie-gestion suisse et les *Principles of European Trust Law* ... 492

CONCLUSION 501

INDEX DES SOURCES ROMAINES 517

ANNEXE
Principles of European Trust Law 523

BIBLIOGRAPHIE

I. DROIT MODERNE 527

II. DROIT ROMAIN 555
A. SOURCES 555
B. DOCTRINE 556

TABLE DES MATIÈRES 567

ABRÉVIATIONS

ad	à
al.	alinéa
ap.	après
art.	article
ASB	Association suisse des banquiers
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
av.	avant
BF 2000	*Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, fonds de placement et marchés financiers en Suisse*, publié par Luc THÉVENOZ et Urs ZULAUF, Zurich, 1999
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch du 18.8.1896 (Allemagne)
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Cologne/Berlin
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDB	Convention relative à l'obligation de diligence des banques, version du 28 janvier 1998, entrée en vigueur le 1er juillet 1998
cf.	confer, comparez
CLH	Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1er juillet 1985
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse, du 30 mars 1911 (RS 220) (Code suisse des obligations)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
D.	Digeste de Justinien
FIRA	*Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, publiées par RICCOBONO, ARANGIO-RUIZ, et autres, Florence, 1968
in	dans
JdT	*Journal des Tribunaux*, Lausanne
KO	Konkursordnung du 10.2.1877 (Allemagne)
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0).
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (RS 955.0)
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (RS 954.1)
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LF	Loi fédérale
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31)

LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
lib.	*liber* (livre)
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*, Munich et Francfort-sur-le-Main
no	numéro
nos	numéros
not.	notamment
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (RS 952.02)
OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (RS 954.11)
OE	Ordonnance d'exécution
OFP	Ordonnance sur les fonds de placement du 19 octobre 1994 (RS 951.311)
p.	page
pp.	pages
RGZ	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen, Berlin
RO	Recueil officiel des lois fédérales, Berne
RS	Recueil systématique du droit fédéral, Berne
s	et suivante
S. A.	Société anonyme
SJ	*Semaine judiciaire*, Genève
ss	et suivantes
SZ	*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Vienne, Cologne et Weimar
TF	Tribunal fédéral
ZPO	Zivilprozessordnung du 30.1.1877 (Allemagne)

«On peut rapporter ici, à mon avis, la Convention Fiduciaire, par laquelle on aliène une chose dans les formes, à condition que l'Acquéreur nous la rendra quelque jour... Et on l'appelle *Fiduciaire*, parce qu'au lieu que, partout ailleurs, celui à qui l'on transfère la Propriété d'une chose en peut disposer absolument à sa fantaisie, & par conséquent ou la garder toujours, ou s'en défaire quand il lui plaît, en faveur de qui bon lui semble, ici au contraire on se *fie* à un homme, qui nous engage sa *foi* & son honneur pour l'assurance de la parole qu'il nous donne, qu'il n'usera de son droit de Propriété que de la manière dont il a été convenu entre nous, & qu'il nous le remettra de bonne grâce, quand nous serons en état de le reprendre».

Samuel PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens* (*De iure naturae et gentium libri VIII*), tome second, 5.10.8. Traduction de Jean BARBEYRAC, Edition de Bâle, 1732, p. 95, reproduite par le Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1987.

INTRODUCTION

La fiducie fascine de nombreux juristes depuis plusieurs générations. Son origine romaine lui procure la légitimité apparente des actes juridiques connus et consacrés[1]; paradoxalement cependant, en l'absence de définition légale, ses contours sont mal définis. Son savant mélange de droit des biens et de droit des obligations en fait un sujet d'étude mystérieux auquel des spécialistes de ces deux branches de droits patrimoniaux ont succombé. Sa capacité à remettre en cause certains des plus grands dogmes du droit privé lui vaut des remontrances répétées. Ses rapports avec le trust constituent l'un des thèmes les plus évocateurs et les plus discutés des différences supposées ou véridiques entre *civil law* et *common law*. Enfin, son caractère parfois secret lui attire aussi la méfiance de ceux qui n'y voient qu'un procédé occulte destiné à frauder la loi ou tromper les tiers.

Correspondant à «une pratique qui a de tout temps existé, sous une forme ou sous une autre»[2], la fiducie (*Treuhand*) constitue l'une des institutions qui tendent à dissocier le titulaire juridique d'un bien (propriétaire d'une chose, titulaire d'une créance) de son bénéficiaire économique. Elle n'a pas été prise en considération lors de la rédaction du Code civil (1907)[3] et du Code des obligations (1881, 1911). Née des besoins de la pratique, la fiducie trouve une reconnaissance jurisprudentielle dès 1893 pour la fiducie-sûreté[4], dès 1905 pour la fiducie-gestion[5]. Cette consécration par les tribunaux s'appuyait sur une élaboration doctrinale de «l'acte fiduciaire» en tant qu'acte juridique *sui generis* dont les conditions de validité ont longtemps été débattues, notamment quant à sa délimitation par rapport à l'acte simulé et à la fraude à la loi[6]. Dès lors que ces controverses doctrinales se sont

---

1 La différenciation opérée par GAIUS entre *fiducia cum amico* et *fiducia cum creditore* (cf. *Institutes*, 2.60) est sans doute l'une des distinctions terminologiques latines – reposant sur une source romaine – les mieux connues des juristes contemporains.

2 WITZ (1991b), p. 9. Cf. aussi GUBLER (1954), pp. 229a s, 229a: ein «uraltes Gemeingut aller bekannten Rechtskulturen» et COING (1973a), p. 1.

3 A l'exception cependant de l'art. 717 CC, qui interdit aux parties de recourir au transfert de la propriété mobilière à fins de sûreté (*Sicherungsübereignung*) pour détourner les règles générales sur le gage mobilier.

4 ATF 19 344, 347, *Triefus c. Drexler*. Reconnu par le Tribunal fédéral sous l'empire du Code des obligations de 1881, le transfert fiduciaire de la propriété mobilière aux fins de sûreté a été pratiquement aboli par l'adoption du Code civil, cf. note précédente.

5 ATF 31 II 105, *Grüring-Dutoit c. Kappeler*.

6 Sur ces questions, cf. JÄGGI/GAUCH (1980), nos 176ss; REYMOND (1989), pp. 649ss et YUNG (1971), pp. 162ss.

assez largement résolues au profit d'un approfondissement de l'analyse juridique de sa structure et de ses effets, il nous paraît préférable de parler de «fiducie», la notion d'«acte fiduciaire» revêtant un sens historique et dogmatique qui nous semble désormais révolu.

Susceptible de nombreuses applications, la fiducie peut aujourd'hui être considérée comme «l'une des principales *figures innommées* du droit des obligations»[7]. Exceptés les régimes spécifiques résultant de trois législations particulières relatives aux fonds de placement, à la gestion collective des droits d'auteur et aux opérations fiduciaires pratiquées par les banques, la fiducie n'est toujours pas réglée dans la loi et doit son développement à la jurisprudence rendue au fil du temps dans le cadre de la codification générale du droit civil. A défaut d'une véritable réglementation de la fiducie, on est confronté, comme le relève un auteur, «à un éparpillement extraordinaire entre des normes fragmentaires et hétérogènes, qu'il est difficile de réconcilier pour en déduire un régime juridique systématique et cohérent»[8]. La doctrine n'est pour sa part pas encore parvenue à lui donner un cadre dogmatique convaincant. La plupart des questions essentielles restent controversées. Il en va ainsi notamment de la relation qui existe entre pouvoirs et droits du fiduciaire, de la nature des droits du fiduciant et du fiduciaire sur les biens fiduciaires, de l'existence et, le cas échéant, des caractéristiques de la «propriété fiduciaire», ou encore, des moyens de fonder une protection du patrimoine fiduciaire au profit du fiduciant, sans léser les droits des tiers.

Toutefois, jusqu'à récemment, on paraissait se contenter de cette relative insécurité juridique qui n'empêchait pas la fiducie de prospérer. Depuis quelques années, l'optique a radicalement changé. L'ouverture croissante des frontières, l'internationalisation des rapports économiques, la mondialisation des marchés financiers ont induit une concurrence de plus en plus vive qui met à mal l'attrait de la fiducie helvétique[9]. En outre, la mise au point en 1984 de la *Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, puis son entrée en vigueur pour les pays qui y ont adhéré, pose la question de la place qui doit être dévolue à la fiducie face au trust anglo-saxon. La pratique semble devoir inexorablement donner sa préférence à ce dernier, instrument aux fonctions très variées et d'une grande flexibilité. Derrière cette véritable compétition se profile un débat d'ordre

7 REYMOND (1989), p. 650.
8 GIOVANOLI (1994), p. 192.
9 Cf. GIOVANOLI (1994), pp. 208ss et THÉVENOZ (1995), p. 261.

beaucoup plus général. Et si le droit anglo-saxon était mieux armé pour relever les défis juridiques du XXIe siècle que le droit des pays de *civil law*, largement imprégné d'un droit romain prétendument conservateur et schématique?

Cette profonde remise en cause de la fiducie de tradition «civiliste» amène à s'interroger sur ses fondements historiques et dogmatiques, ainsi que sur son régime juridique. La réflexion est intense dans notre pays[10], mais aussi à l'étranger[11]. Nous sommes pour notre part convaincu que notre ordre juridique contient les bases permettant de consolider et de moderniser la structure et le régime juridique de la fiducie. Nous souhaitons le démontrer par le biais d'une étude juridique pluridisciplinaire, historique et comparatiste. Pluridisciplinaire, puisque la «eigentliche Besonderheit der Treuhand ist das Zusammenspiel von schuld- und sachenrechtlichen Aspekten»[12]. L'étude de la fiducie invite ainsi à franchir les limites traditionnelles entre droit des biens et droit des obligations. Analyse historique, car «History is always a very useful tool as the analysis of historical developments allows a better understanding of present phenomena»[13]. La connaissance des sources romaines s'avère en l'espèce indispensable dès lors que, selon l'opinion traditionnelle, la fiducie helvétique ne serait qu'une transposition modernisée de la *fiducia* romaine[14]. Enfin, recours au droit

---

[10] Cf., par exemple, la journée d'étude «Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse» organisée le 16 mars 1994 sous l'égide du Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC), ou le Congrès de la Société suisse des juristes 1995 dont l'un des sujets d'étude était la fiducie (rapports et travaux présentés dans la *Revue de droit suisse* 114 (1995) II, pp. 179ss et 507ss).

[11] Parmi les initiatives les plus récentes, citons le XVe Congrès international de droit comparé (Bristol, 1998) dont l'un des thèmes était: «La fiducie: droit des biens ou droit des obligations? / Trusts: A matter of property or of obligation?». Les divers rapports nationaux seront publiés courant 2000 chez Bruylant (Bruxelles), sous le titre: «La Fiducie face au Trust dans les rapports d'affaires - Trust vs Fiducie in a business context». Voir aussi l'ouvrage collectif, *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective*, paru récemment sous la direction de Richard HELMHOLZ et Reinhard ZIMMERMANN (Berlin, 1998). Notons que dans leur propre contribution, HELMHOLZ/ZIMMERMANN (1998), pp. 27ss, soulignent l'intérêt de l'étude des origines historiques de la fiducie et du trust.

[12] WOLTER (1999), p. 6. Ou, selon le titre d'une contribution que nous avons rédigée avec Luc THÉVENOZ, «a subtle conceptual blend of contract and property» (cf. Luc THÉVENOZ et Jean-Philippe DUNAND, «The Swiss *fiducie*: a subtle conceptual blend of contract and property», in *La Fiducie face au Trust dans les rapports d'affaires - Trust vs Fiducie in a business context*, Bruxelles, 2000, à paraître.

[13] GRIMALDI/BARRIÈRE (1998), p. 577.

[14] Voir GUISAN (1938), pp. 109ss; KLEIN (1990), p. 471; MOOSMANN (1999), p. 188; REYMOND (1948), nos 26s; REYMOND/REVACLIER (1985), p. 451 et ROSSIER

comparé, dans la mesure où, comme le relève WITZ, «il n'est plus guère possible d'opérer une réforme de droit privé sans tenir compte des expériences des autres pays européens. Ce qui est vrai pour toute réforme, l'est encore plus pour la fiducie...»[15]. Nous n'hésiterons donc pas, pour exemplifier notre propos, à procéder à une étude sommaire du régime juridique de la fiducie dans d'autres ordres juridiques, étant donné que celle-ci y est l'objet des mêmes préoccupations que dans notre pays. L'Allemagne étant sans conteste le «berceau de la fiducie moderne»[16], une attention particulière sera portée à la *Treuhand* allemande dont les liens étroits de parenté avec la fiducie suisse sont manifestes.

En revanche, malgré leur incidence pratique souvent déterminante, nous n'aborderons qu'incidemment les questions relevant du droit fiscal, du droit international privé suisse, ainsi que du droit communautaire européen. Ce sont en effet des domaines très complexes et dont l'étude n'est pas essentielle pour parvenir aux buts que nous nous sommes fixés.

On distingue traditionnellement deux catégories de fiducie, auxquelles on peut en ajouter une troisième. On parle de *fiducie-gestion* (ou de *fiducie pure*, ou encore de *fiducia cum amico*) lorsque l'institution est employée dans des opérations de gestion qui servent avant tout les intérêts du fiduciant. La *fiducie-sûreté* (ou *fiducie-mixte*, ou encore *fiducia cum creditore*) est utilisée pour la constitution de sûretés dans l'intérêt prépondérant du fiduciaire[17]. Enfin, la *fiducie-libéralité*, envisageable lorsqu'il s'agit d'organiser la dévolution d'un patrimoine dans le temps, peut il est vrai être conçue comme une modalité particulière de la fiducie-gestion. Elle n'a pas vraiment réussi à se trouver une place dans la pratique, en raison notamment de limites juridiques (telle la réserve héréditaire) ou dogmatiques (notion de

(1989), p. 865. Ainsi, par exemple, GUISAN (1938), p. 114: «En général, notre doctrine suisse en est restée à la fiducie romaine..., parce qu'on ne peut sortir de la formule de la fiducie romaine...», puis, p. 115: «En droit privé, l'institution générale de la loi suisse, quand il s'agit de transférer un bien à quelqu'un pour qu'il l'emploie au profit d'un autre, c'est la fiducie romaine. C'est la seule qui soit compatible avec la définition classique de la propriété privée».

15 WITZ (1991a), p. 229.

16 Selon les termes de WITZ (1997b), p. 53.

17 Sur la distinction entre fiducie-gestion et fiducie-sûreté, cf. FELLMANN (1992), pp. 92ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), no 734; KRAMER (1986), no 120 et WALTER (1996), pp. 46ss. Sur la fiducie-sûreté en général, cf. de GOTTRAU (1997), pp. 173ss; FOEX (1987), pp. 125ss; SCHMID (1997), pp. 428ss; STEINAUER (1996), pp. 305ss; THÉVENOZ (1995), pp. 302ss; ZOBL (1982a), pp. 413ss, ainsi que l'ouvrage collectif, sous la direction de Wolfgang WIEGAND, *Mobiliarsicherheiten* [Berner Bankrechtstag 5], Berne, 1998.

patrimoine, par exemple), et de la possibilité de parvenir à des buts semblables au moyen d'autres institutions juridiques (usufruit en faveur du conjoint survivant, prestation à titre viager, donation ou legs avec charge, substitution fidéicommissaire, exécution testamentaire prolongée, fondation de famille)[18]. Nous traiterons pour notre part principalement de la *fiducie-gestion*. Il s'agit de la catégorie la plus pure dans laquelle transparaît parfaitement la structure de base de la fiducie[19]. Elle est en outre la plus répandue dans la vie des affaires[20].

Quatre parties d'ampleur inégale nous permettront de développer les thèses suivantes:

– la fiducie-gestion en droit suisse est conçue d'un point de vue théorique sur la base d'une application sans concession de principes importants du droit privé: stricte séparation et opposition entre droit des biens et droit des obligations, *numerus clausus* des droits réels, droit de propriété absolu et unité du patrimoine. Son régime juridique est disparate, lacunaire et incohérent (première partie);

– la fiducie romaine ignore pourtant les principes susmentionnés. Elle consiste en un acte unique formalisant un transfert finalisé et temporaire d'une titularité juridique sur le bien fiduciaire (*mancipio dare ut remancipetur*). Vis-à-vis des tiers, le fiduciaire exerce le titre de propriétaire (*propriété formelle*). Le fiduciant n'est toutefois pas dépourvu de tout pouvoir juridique sur le bien, lequel est en outre considéré comme demeurant substantiellement dans son patrimoine (*propriété substantielle*; deuxième partie);

---

[18] Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 295ss et THÉVENOZ/DUNAND (1998), p. 480.

[19] Cf. GERSTLE (1917), p. 11. Précisons que la *fiducie-libéralité* intervient dans des domaines d'application spécifiques, relevant notamment du droit des successions, dont l'étude nous éloignerait de notre problématique (pour une présentation de cette institution, voir THÉVENOZ (1995), pp. 295ss). Quant à la *fiducie-sûreté*, observons avec FOËX (1987), nos 261 à 263, qu'elle est régie par des fondements et des normes particuliers de sorte qu'elle est généralement traitée à part (cf. aussi FELLMANN (1992), p. 93).

[20] Cf. HELG (1982), no 74; RAPP (1994), p. 31 et THÉVENOZ (1995), pp. 302ss. L'utilité pratique de la fiducie-sûreté est limitée par le fait que l'une de ses deux applications, soit le transfert de propriété aux fins de garantie (l'autre, plus utilisée, étant la cession aux fins de garantie), se heurte au principe du nantissement (cf. art. 884 al. 3 CC), renforcé par l'art. 717 CC. Ainsi, lorsque le constituant ne se dessaisit pas de son objet, la sûreté est valable *inter partes*, mais inopposable aux tiers (GIOVANOLI (1991), p. 43; THÉVENOZ (1995), p. 260; WIEGAND (1998b), p. 101 et WOLTER (1999), pp. 154s).

– la conception dogmatique de la fiducie en droit suisse ne repose ainsi pas directement sur les sources romaines. Elle découle d'une interprétation erronée de celles-ci, effectuée par certains juristes allemands dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Au demeurant, les principes sur lesquels elle se fonde ne sont pas des dogmes intangibles, mais des postulats de valeur législative dont le bien-fondé peut parfois être remis en cause (troisième partie);

– le régime juridique de la fiducie-gestion en droit suisse est susceptible d'être amélioré *de lege lata* comme *de lege ferenda*. Une telle démarche suppose une meilleure prise en compte de l'histoire de l'institution, de sa structure et de ses caractères, des besoins de ses utilisateurs, ainsi que des expériences étrangères. Elle aboutit à la reconnaissance d'un patrimoine fiduciaire séparé soumis à un régime spécifique, ainsi qu'à la distinction entre la *propriété-exercice* conférée au fiduciaire et la *propriété-valeur* qui revient au fiduciant. Cette approche ouvre de nouvelles perspectives pour l'étude comparée de la fiducie et du trust (quatrième partie).

Certaines précisions terminologiques s'imposent. La catégorie de fiducie que nous nous proposons d'étudier est parfois appelée *fiducia cum amico*, en référence au droit romain, mais aussi *fiducie pure*, expression qui a l'avantage de mettre l'accent sur la simplicité de sa structure. Nous avons cependant retenu la dénomination «fiducie-gestion», laquelle souligne le type principal d'activité accomplie par le fiduciaire, car cette appellation s'est désormais imposée en Suisse comme à l'étranger. Par ailleurs, à défaut de mention particulière, le mot «fiduciaire», employé comme substantif ou adjectif, désignera la personne (ou le rapport juridique faisant l'objet de l'activité de celle-ci) qui exerce en son nom une pleine titularité juridique sur un actif, au profit économique d'une autre personne (généralement le fiduciant, mais aussi, subsidiairement, un tiers bénéficiaire). L'expression «patrimoine fiduciaire» désignera l'ensemble des actifs gérés à titre fiduciaire; ce patrimoine sera qualifié de «séparé», lorsqu'il forme une masse distincte à l'intérieur du patrimoine général du fiduciaire, et d'«affecté», quand il ne répond que des dettes liées à la gestion fiduciaire. Les «créanciers personnels du fiduciaire» sont ceux dont la créance ne résulte pas de la gestion fiduciaire. Enfin, par souci d'allègement du texte, le «bien fiduciaire» comprendra tant les biens corporels que les créances, et la «propriété fiduciaire», tant la propriété du fiduciaire sur un bien corporel que la titularité d'une créance.

Quant à la méthode de travail, nous sommes conscient des difficultés inhérentes à la comparaison d'une institution juridique, en l'espèce la fiducie-gestion, dans l'espace (droit comparé), et, *a fortiori*, dans le temps (histoire du droit)[21]. Nous nous efforcerons cependant d'identifier et de faire ressortir les caractéristiques fonctionnelles et structurelles que cette figure juridique revêt dans les divers ordres juridiques concernés. La référence constante, tout au long du travail, aux concepts de propriété et de patrimoine, nous servira de fil conducteur et garantira une certaine cohérence. Enfin, nous privilégierons dans la très grande majorité des cas l'étude directe des sources pertinentes (sources romaines, lois, doctrine, jurisprudence). La fiducie n'a que trop souffert de citations et de références indirectes, des éléments de fait discutables finissant par être considérés comme des vérités absolues. Dans la mesure du possible, la jurisprudence et la doctrine ont été prises en compte jusqu'au 31 juillet 1999.

[21] Sur cette question, cf. RÜCKERT (1998), pp. 423ss.

PREMIÈRE PARTIE

ANALYSE CRITIQUE DE LA FIDUCIE-GESTION EN DROIT SUISSE ET EN DROIT ALLEMAND

De nombreuses études ont déjà été consacrées au régime juridique de la fiducie-gestion en droit suisse. Notre objectif est de procéder à une analyse critique de ce régime (chapitre I). Une évocation succincte du régime allemand nous procurera des pistes de réflexion (chapitre II). Cette première partie s'achèvera par un bilan intermédiaire. Après une mise en perspective des différences et des similitudes entre la fiducie-gestion helvétique et celle allemande, seront évoqués les défauts de la conception actuelle et la nécessité d'y remédier (chapitre III).

CHAPITRE I

PRÉSENTATION CRITIQUE DE LA FIDUCIE-GESTION EN DROIT SUISSE

Ce chapitre fera l'objet d'une analyse critique de la structure dogmatique (section B) et du régime juridique (section C) de la fiducie-gestion en droit suisse. Nous verrons que l'une et l'autre sont loin de correspondre. Auparavant, une brève présentation des principaux domaines d'application de la fiducie-gestion permettra de mieux cerner les problèmes pratiques en jeu (section A).

A. Domaines d'application principaux

La fiducie-gestion trouve d'innombrables domaines d'application, allant des hypothèses variées de recours à un homme de paille («Strohmanngeschäfte») à celles dans lesquelles le fiduciant recherche à s'affranchir de conflits d'intérêts, en passant par les divers cas de cession de créance à fin d'encaisse-

ment ou de détention temporaire d'un actif[22]. Nous présenterons quelques exemples caractéristiques qui sont particulièrement importants du point de vue économique, avant tout en matière bancaire et financière, mais aussi dans le domaine de la gestion collective des droits d'auteurs. Avant cela, précisons encore que ne sont dans la plupart des cas pas des fiduciaires, au sens juridique du terme, les nombreuses «sociétés fiduciaires» dont les activités consistent le plus souvent en des travaux de révision et de contrôle des comptes, de comptabilité, d'expertise, de conseil fiscal et juridique, sans pour autant qu'elles soient investies de la titularité juridique d'un droit au profit économique de leurs clients.

1. Placements fiduciaires

Devenus «l'un des fleurons de la place bancaire helvétique»[23], les placements (ou dépôts) fiduciaires, soit le prêt à court terme de fonds de clients sur le marché monétaire interbancaire (euromarché)[24], ont pris ces dernières décennies un essor considérable, de sorte que les sommes ainsi placées, comptabilisées hors bilan par les banques agissant à titre fiduciaire, c'est-à-dire en leur propre nom mais pour le compte et aux risques de leurs clients, représentaient fin 1998 quelque 331 milliards de francs, l'équivalent d'environ seize pour cent de la somme des bilans des banques en Suisse[25]. Notons que la part de l'étranger est prépondérante, tant sur le plan des monnaies utilisées, qu'en ce qui concerne l'origine des fonds et la localisation des placements[26].

Un tel succès est dû aux nombreux avantages que ces opérations procurent tant au client fiduciant qu'à la banque agissant à titre fiduciaire[27]. Le placement fiduciaire permet au client d'accéder au marché interbancaire

---

22 Pour une présentation de ces différents domaines d'application, cf. THÉVENOZ (1995), pp. 285ss; WALTER (1996), pp. 46s; WATTER (1995), pp. 199ss et MADAY (1942), fiche juridique 734, pp. 2s, et fiche 736.

23 WITZ (1997b), p. 57.

24 Il s'agit des dépôts interbancaires à court terme (marché monétaire, en principe une année au maximum) par lesquels les banques se refinancent (en acceptant des dépôts à court terme qu'elles rémunèrent) dans une monnaie qui n'est pas la monnaie légale du lieu de leur établissement. Voir HELG (1982), pp. 19ss.

25 BANQUE NATIONALE SUISSE, *Les banques suisses 1998*, Zurich (BNS, Direction de la statistique) 1999, A 152.

26 Cf. GIOVANOLI (1991), p. 32 et FERRERO (1994), p. 90.

27 Cf. GIOVANOLI (1991), p. 33; HELG (1982), pp. 50 à 75 et THÉVENOZ (1995), p. 288. Voir aussi ENGEL (1997), pp. 233s.

des prêts à court terme, par définition inaccessible aux personnes physiques et à la plupart des entreprises, et qui offre des taux plus rémunérateurs que d'autres placements de même durée et de même qualité. En regroupant les placements de plusieurs clients, la banque produit un effet de somme permettant d'obtenir des conditions plus avantageuses. De plus, le client de la banque suisse qui s'entremet à titre fiduciaire échappe au prélèvement de l'impôt anticipé de 35% (qui frappe les intérêts et dividendes versés par toute société établie en Suisse) puisque l'intérêt est servi par un débiteur à l'étranger (banque étrangère, mais aussi succursale étrangère d'une banque suisse). Pour la banque agissant ainsi à titre fiduciaire, il s'agit d'une opération hors bilan, pour laquelle elle ne supporte ni le risque d'insolvabilité de la banque dépositaire à l'étranger, ni le risque de change, ni le risque de transfert, et qui n'entraîne aucune exigence de fonds propres.

Les prêts (ou crédits) fiduciaires constituent une variante des placements fiduciaires, la spécificité de l'opération provenant du fait que le fiduciant désigne lui-même le bénéficiaire du prêt, souvent une entité qui lui est liée. Il faut préciser que l'obligation pour les banques de ne pas prêter une assistance active à la fraude fiscale (art. 8 CDB) et celle d'examiner l'arrière-plan économique de toute affaire compliquée, inhabituelle ou importante (qu'exige la garantie d'une activité bancaire irréprochable fondée sur la législation bancaire, cf. art. 3 al. 2 lit. c LB), ont substantiellement réduit l'importance pratique des crédits fiduciaires[28].

2. Gestion fiduciaire de fortune

La gestion de fortune au sens large (gestion privée et institutionnelle), l'une des plus importantes activités financières exercées en Suisse, couvre un volume d'actifs gérés de plus de deux mille milliards de francs suisses[29]. Le marché est dominé par les banques, mais on y trouve aussi d'autres intermédiaires financiers, personnes morales (sociétés financières, sociétés fiduciaires...) ou physiques (gérants individuels, avocats, notaires...)[30].

---

[28] Cf. FERRERO (1994), pp. 96s.

[29] Cf. Niklaus BLATTNER, Benedikt GRATZL et Tilo KAUFMANN, *Das Vermögensverwaltungsgeschäft der Banken in der Schweiz*, Berne, 1996, p. 81.

[30] Cf. Alain B. LEVY, «La gestion de fortune par un gérant indépendant», in *Journée 1996 de droit bancaire et financier*, Berne, 1996, p. 99.

En principe, le gérant de fortune agit sur la base d'une procuration spécifique que lui confère le propriétaire juridique des biens sous gestion[31]. Il transmet donc à la banque dépositaire ou au négociant en bourse des ordres (de placement ou de réalisation) au nom et pour le compte de son client (représentation directe). Pour des raisons de confidentialité – qui n'ont pratiquement plus cours aujourd'hui par l'effet des normes qui imposent à la banque, comme au gérant, de connaître l'ayant droit économique des valeurs déposées[32] – certains gérants proposent d'intervenir à titre fiduciaire[33]. Ils se font remettre la propriété des valeurs que le client leur confie, et les déposent auprès d'une banque en leur propre nom (mais pour le compte du client, qui en est l'ayant droit économique). Ces dépôts peuvent être soit individualisés (un compte bancaire ouvert par le gérant pour chacun de ses clients), soit globaux (en anglais, *omnibus accounts*, en allemand, *Sammelkonti*), le gérant mélangeant les avoirs de plusieurs clients sur un seul compte bancaire, à charge pour lui de tenir la comptabilité de ce qui revient à chacun. Cette organisation fiduciaire de la gestion de fortune, qui n'est pas la plus courante, est vraisemblablement appelée à perdre encore de l'importance dès lors que les gérants fiduciaires sont assimilés, depuis le 1er janvier 1997, à des négociants en valeurs mobilières au sens de la LBVM (cf. art. 2 lit. d LBVM et 3 al. 5 lit. a et b OBVM) et, à ce titre, soumis à un régime et à une surveillance similaires à ceux des banques, comprenant un agrément et une surveillance administrative, une révision approfondie par

---

31 On appelle généralement gestion de fortune la gestion discrétionnaire, mais dans le cadre des objectifs et des limites convenus avec le client, d'un portefeuille de valeurs mobilières. Sur l'analyse juridique, cf. notamment Alessandro BIZZOZERO, *Le contrat de gérance de fortune*, Fribourg, 1992, ainsi que l'ouvrage collectif: *Aspects juridiques de la gestion de fortune*, Bruxelles et Berne, 1999, lequel recueille les contributions et les débats d'une conférence internationale organisée au mois d'octobre 1997 à Genève sous la direction de Luc THÉVENOZ.

32 Cf. l'art. 305ter CPS, qui réprime le défaut de vigilance en matière d'opérations financières, dans sa nouvelle version entrée en vigueur le 1er août 1994, ainsi que la récente loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997, entrée en vigueur le 1er avril 1998. Cette loi vise à instaurer pour tout le secteur financier un régime uniforme des obligations de diligence (vérification d'identité, obligation d'établir et de conserver des documents...), ainsi qu'à rendre obligatoire la communication, à un organe nouvellement créé, des soupçons de transaction frauduleuse. Voir en outre divers textes édictés par des autorités de surveillance telle la Commission fédérale des banques, ainsi qu'un nombre croissant de règles déontologiques (autorégulation), telles notamment celles contenues dans la CDB (nouvelle version, entrée en vigueur le 1er juillet 1998). Sur la notion d'ayant droit économique dans ces diverses normes, cf. MATTHEY (1998), pp. 55ss.

33 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 290.

des auditeurs ainsi que des règles d'organisation et de fonds propres particulièrement strictes et onéreuses (art. 10ss LBVM)[34].

3. Activité de *nominee*

On rattache généralement l'activité de *nominee* à la fiducie-gestion. Le terme anglais «nominee» signifie agir pour quelqu'un d'autre en qualité d'agent ou de représentant[35]. Le mécanisme du *nominee* est utilisé afin de rationaliser et de faciliter la circulation en Suisse de titres nominatifs de sociétés étrangères. Les actions étrangères sont originairement acquises, soit par les banques suisses elles-mêmes, soit, le plus souvent, par des sociétés spécialisées, constituées par ces mêmes banques (grandes banques et banques privées). L'intermédiaire financier qui, par des arrangements contractuels particuliers, agit comme *nominee* apparaît comme actionnaire au registre nominatif de la société cotée en bourse (*legal ownership*) tout en permettant à des investisseurs d'obtenir le bénéfice économique de ces actions sans être eux-mêmes inscrits comme actionnaires (*beneficial ownership*). La position particulière du *nominee* est connue de la société cotée: souvent le *nominee* ne peut pas exercer les droits de vote attachés à la qualité d'actionnaire. D'autres dispositifs particuliers (notamment annonces statistiques) peuvent assurer une certaine transparence à l'égard de la société cotée[36].

En matière de titres américains ou canadiens, c'est la SNOC (*Swiss Nominee Company*)[37] qui agit en qualité de *nominee*. Dans le premier cas, elle fait circuler dans le public des certificats suisses au porteur représentatifs des actions nominatives des sociétés américaines[38]. En matière de titres espagnols, australiens et japonais, c'est la SEGA (Société suisse pour le virement de titres SA)[39] qui intervenait. Les titres japonais, par exemple,

---

[34] Cf. THÉVENOZ/DUNAND (1998), p. 481 et Jean-Baptiste ZUFFEREY, «Vaut-il mieux être banque ou négociant?», in *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul CHAPUIS*, Zurich, 1998, pp. 193ss.

[35] Cf. REYMOND/REVACLIER (1985), p. 430.

[36] Cf. KÜPFER (1997), pp. 157s et THÉVENOZ/DUNAND (1998), pp. 482s.

[37] La SNOC est une société anonyme de droit suisse fondée en 1988 par les grandes banques suisses, en collaboration avec certaines banques privées suisses (cf. OLGIATI (1995), p. 11).

[38] Pour un exposé détaillé de la question, cf. OLGIATI (1995). Voir aussi les Instructions de la SEGA numéro 5 sur les dépositaires étrangers de février 1997, chiffre 18, in *BF 2000 / 52A-5*.

[39] La SEGA a été constituée par les banques suisses dans le but de faciliter, outre les transactions sur valeurs mobilières, celles de valeurs non incorporées dans un titre et d'effets

étaient déposés au Japon sous forme de certificats d'actions originaux, établis au nom de la SEGA. Un retrait physique en Suisse ne pouvait être effectué que sous forme de certificats de dépôt au porteur émis par la SEGA[40]. Depuis quelques années, cette dernière a également proposé ses services dans le domaine de la participation fiduciaire à des sociétés suisses (*Treuhänderische Unternehmensbeteiligung*)[41]. Elle se faisait inscrire auprès des sociétés suisses ouvertes au public (sociétés anonymes) en qualité de société fiduciaire («nominee SEGA»), soit comme actionnaire sans droit de vote, pour toutes les transactions d'actions nominatives avec impression différée[42], lorsque les acquéreurs n'entendaient pas faire inscrire leurs actions nominatives à leur nom mais bien à celui d'une société fiduciaire[43]. Précisons toutefois que, en date du 20 mai 1999, la SEGA et *INTERSETTLE Swiss Corporation for International Securities Settlements* ont fusionné. La fonction de dépositaire central de titres sera désormais assurée par *SIS SEGAINTERSETTLE AG*, une filiale de *Holding Swiss Financial Services Group*[44].

La qualification juridique des opérations de *nominee* est controversée[45]. Dans l'arrêt *Association Canes c. Nestlé S.A.*, le Tribunal fédéral a affirmé que le *nominee* agit en qualité de «fiduciaire stable de porteurs-changeants» et que sa situation juridique «ne peut être assimilée à celle d'un actionnaire ordinaire»[46]. OLGIATI soutient pour sa part que l'activité de la SNOC ne relève pas de la fiducie. Il remarque que, si cette société est bien inscrite comme actionnaire (légitimation formelle), les titres changent cependant de propriétaire, leur acquéreur devenant effectivement actionnaire au sens matériel du terme (légitimation matérielle, propriété juridique), même s'il ne peut exercer directement les droits qui résultent de cette qualité. Selon cet auteur, la SNOC serait un «Legitimationsaktionär» qui agit pour le compte

comptables. A ces fins, elle assurait notamment la conservation et l'administration technique de titres émis en grand nombre par des sociétés et des collectivités publiques, ainsi que le *clearing* et le règlement qui s'y rapportent (cf. art. 2 des Statuts du 21 avril 1993, in *BF 2000* / 52-1).

40 Cf. Instructions de la SEGA numéro 5 sur les dépositaires étrangers de février 1997, chiffre 17, in *BF 2000* / 52A-5.

41 Voir la récente thèse de KÜPFER (1997) consacrée à ce sujet.

42 Le négoce des actions ayant alors lieu sans transfert matériel des titres.

43 Cf. Annexe 3 aux conditions générales de la SEGA (état novembre 1996), in *BF 2000* / 52-3c. A ce sujet, voir KÜPFER (1997), pp. 164ss.

44 Cf. *BF 2000* / 52-0.

45 Pour une présentation détaillée des différentes opinions en la matière, cf. KÜPFER (1997), pp. 186ss.

46 ATF 117 II 290, 312.

de l'investisseur sur la base d'une simple autorisation («Ermächtigung, Legitimationsübertragung»)[47]. En revanche, KÜPFER rattache bien à la fiducie l'acquisition et la gestion par un *nominee* d'actions nominatives de sociétés suisses. Il estime que, malgré des différences fonctionnelles (par exemple, opération transparente pour le *nominee*, au contraire, souvent secrète pour la fiducie ordinaire), l'intervention d'un *nominee* et la participation fiduciaire (ordinaire) à une société sont basées sur une même structure juridique[48].

4. Fonds de placement

Les fonds de placement ont une importance certaine pour la place financière suisse, puisque la fortune totale des fonds de placement constitués selon le droit suisse se montait fin 1998 à plus de 107 milliards de francs[49]. L'art. 2 al. 1 LFP précise que le «fonds de placement est constitué par les apports des investisseurs, effectués à la suite d'un appel au public en vue d'un placement collectif; il est géré par une direction pour le compte des investisseurs, en règle générale selon le principe de la répartition des risques».

Bien que la loi n'emploie jamais ce terme, c'est bien une structure fiduciaire que le législateur a choisie pour organiser les rapports entre la direction et les porteurs de part. La révision législative de 1994 n'a fait en cela que confirmer le choix opéré dans la loi de 1966[50]. La forme fiduciaire avait en effet déjà été préférée à l'époque, tant au modèle anglo-américain des *investments trusts*, qu'à une forme corporative (société d'investissement[51]) ou, dans le cadre d'une structure contractuelle, à une forme particulière de copropriété des porteurs de parts sur les actifs du fonds[52].

---

47 OLGIATI (1995), pp. 150ss, spécialement 156 et 163ss.

48 KÜPFER (1997), pp. 230ss.

49 Source: COMMISSION FEDERALE DES BANQUES, *Rapport de gestion 1998*, Berne [Commission fédérale des banques] 1999, p. 241.

50 Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 279s et GIOVANOLI (1991), no 14. Voir aussi ATF 101 II 154.

51 Qui est fiscalement désavantageuse, en raison d'un double prélèvement de l'impôt: une première fois au titre du bénéfice réalisé par la société, une seconde fois, chez l'investisseur, sur le revenu que représente le versement d'un dividende.

52 La copropriété des porteurs de parts sur les actifs du fonds aurait largement représenté une fiction dans la mesure où ces copropriétaires ne peuvent et ne doivent en réalité exercer aucune influence sur la gestion quotidienne, que le droit de disposer des actifs, caractéristique du propriétaire, n'est donc pas effectif, et qu'il aurait fallu en outre exclure l'action individuelle en partage.

Les porteurs de parts ne sont pas titulaires d'un droit de propriété sur les valeurs mobilières ou immeubles acquis au moyen de leur apport, l'unique propriétaire étant la direction du fonds, en son propre nom mais dans l'intérêt des porteurs de parts. Les droits de ceux-ci à l'égard de la direction sont des droits personnels, et non réels[53]: droit à la distribution du rendement des actifs, à la distribution du solde net en cas de liquidation, et droit d'exiger le rachat des parts (droit de sortie). On retrouve donc les éléments caractéristiques de la fiducie: un titulaire formel du droit (direction du fonds de placement) qui gère les biens à lui confiés dans l'interêt et pour le compte d'autrui (porteurs de parts)[54]. Le fonds de placement diffère cependant de la fiducie de droit commun sur un point substantiel. Contrairement à la règle commune, qui veut que le fiduciaire doive restituer en nature les biens fiduciaires qui lui ont été confiés par le fiduciant ou qu'il a acquis pour celui-ci, la direction ne doit pas remettre une partie des actifs du fonds en cas de dissolution ou lors du rachat de parts, mais verser une somme représentant la valeur d'inventaire de la quote-part du fiduciant, quitte à réaliser pour cela une partie des investissements[55].

5. Gestion collective des droits d'auteurs

La plupart des auteurs d'œuvres musicales et littéraires confient l'exploitation de leurs œuvres à des sociétés de gestion, lesquelles ont pour tâche de percevoir l'émolument dû à l'auteur. La LDA soumet à autorisation et à surveillance l'exercice des droits à la rémunération ainsi que la gestion collective des droits patrimoniaux des auteurs d'œuvres protégées (cf. art. 40 à 60 LDA). La gestion collective est assurée par diverses sociétés d'exploitation qui se partagent le marché suisse. Le contrat par lequel l'auteur confie ses droits à la société de gestion, appelé contrat de gestion, obéit aux règles du mandat (art. 394ss CO). Aux fins de cette gestion, l'auteur cède ses droits patrimoniaux à titre fiduciaire. La société de gestion procède, en son propre nom et pour le compte collectif de tous ses adhérents, à tous les actes juridiques que nécessite la gestion desdits droits, et peut également intenter des actions en justice. Puisqu'il a aliéné ses droits patrimoniaux, même si c'est

53 Cf. TSCHUMY (1987), no 465.
54 Cf. ABEGGLEN (1999), p. 604 et TSCHUMY (1987), no 465.
55 Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 280s.

à titre fiduciaire et pour une durée limitée, l'auteur ne peut plus exercer ces mêmes droits directement aussi longtemps que dure le contrat[56].

Ainsi, par exemple, les statuts de la SUISA (contraction de SUISse Auteurs), société coopérative (cf. art. 828ss CO) compétente en matière de gestion d'œuvres musicales non théâtrales, prévoient que «l'octroi de mandats de gestion est subordonné à la cession des droits d'auteur à SUISA» (point 7.2 des Statuts). Celle-ci les exerce «en son propre nom» (point 4.6, première phrase), l'auteur participant à la répartition du produit total de la gestion collective proportionnellement au rendement de chaque œuvre (cf. art. 48 al. 1 et 49 LDA)[57].

B. Structure de la fiducie

«Der Fiduziar kann mehr als er darf».

C'est par cette formule que doctrine[58] et jurisprudence[59] ont pris l'habitude de résumer la savante combinaison structurelle de «l'acte fiduciaire»: d'une part, sur le plan des droits réels, l'acquisition par le fiduciaire d'un plein pouvoir sur le bien fiduciaire (le *Können*), d'autre part, sur le plan du droit des obligations, une convention qui limite les possibilités d'usage des droits transférés (le *Dürfen*)[60]. Portant l'accent sur l'acte de disposition, opposable *erga omnes*, mais restreint *inter partes* par une convention qui prétend en limiter les effets, cette approche de «l'acte fiduciaire» tend à mettre en évidence une forme de contradiction entre rapports externes et rapports internes, le fiduciaire étant investi à l'égard des tiers d'un pouvoir qui excéderait ce qui est nécessaire à la gestion voulue par le fiduciant. Une

---

[56] Sur ces questions, cf. Denis BARRELET et Willi EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, Berne, 1994, pp. 173ss. Voir aussi ATF 117 II 463, *JdT* 1992 I 393.

[57] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 292.

[58] Cf. ERZER (1938), p. 31; GUHL/MERZ/KOLLER (1991), p. 126; HONSELL (1993), p. 73 et WALTER (1996), p. 44. Cf. aussi ROSSIER (1989), p. 892 (et références citées, note 435) et WATTER (1995), pp. 187s.

[59] ATF 119 II 326, 328: «Wie alle fiduziarischen Rechtsgeschäfte zeichnet sich auch die Sicherungsübereignung dadurch aus, dass der Fiduziar mehr kann als er darf». Relevons que la Cour de justice de Genève avait déjà fait sienne cette formule dans une jurisprudence publiée in *SJ* (Genève) 1982 232, 236.

[60] «Das Können beruht auf dem eigentlichen fiduziarischen Akt, der immer ein Verfügungsgeschäft ist... Das Dürfen ergibt sich aus dem obligatorischen Grundgeschäft (pactum fiduciae), das Auftragscharakter hat» (GUHL/MERZ/KOLLER (1991), p. 126).

telle analyse est déterminée par le souci d'insérer la fiducie dans le système du droit privé et de respecter en particulier trois de ses principes cardinaux, à savoir une distinction stricte entre droit des biens et droit des obligations, entre droits réels et droits personnels (sous-section 1), le principe du *numerus clausus* des droits réels (sous-section 2) et, enfin, le principe de l'unité du patrimoine (sous-section 3). Cependant, comme nous aurons l'occasion de le rappeler dans la section C du présent chapitre, la jurisprudence n'a pas toujours appliqué ces principes de manière très zélée à la fiducie. De même, le Parlement suisse est loin d'en avoir fait un usage excessif lorsqu'il a légiféré en la matière.

1. Opposition stricte entre droit réel et droit personnel

Dans l'arrêt de 1905 qui consacre *ex professo*[61] la reconnaissance de l'institution fiduciaire par le droit civil, le Tribunal fédéral se prononce en faveur de la théorie du transfert plein et entier de la propriété au fiduciaire (*Theorie des vollen Eigentumsüberganges*) [62]. Il en résulte que, du point de vue de sa structure juridique, l'acte fiduciaire doit être envisagé sur deux niveaux parallèles: sur le plan des droits réels, un plein transfert de droits au fiduciaire, efficace *erga omnes*; sur le plan obligationnel, une convention qui limite, valablement mais *inter partes* seulement, l'usage que le fiduciaire pourra faire des droits transférés. Comme nous le verrons par la suite plus en détail, pour fonder sa jurisprudence de 1905, dans laquelle il cherchait à délimiter l'acte fiduciaire de la simulation, le Tribunal fédéral s'est directement référé à la doctrine allemande. Le Tribunal fédéral a préféré la théorie de l'acte fiduciaire de REGELSBERGER, basée sur une stricte distinction entre droits réels et personnels, à celle de la propriété relative préconisée par DERNBURG. Selon cette dernière, le fiduciaire n'est plein propriétaire des biens fiduciaires qu'à l'égard des tiers (rapports externes), mais non du fiduciant (rapports internes)[63]. Ainsi que le relève THÉVENOZ, la «prise de position [du Tribunal fédéral] est fondamentale et, pourtant, sa motivation tient en une seule phrase»[64].

---

[61] AEBY (1912), p. 204. Il est vrai que le Tribunal fédéral avait auparavant plusieurs fois admis la validité de la «vente de garantie», forme de *fiducia cum creditore*, sans pour autant la qualifier expressément d'acte fiduciaire (AEBY (1912), pp. 200ss et THÉVENOZ (1995), pp. 267s).

[62] Arrêt *Grüring-Dutoit c. Kappeler*, ATF 31 II 105. Pour une présentation (déjà ancienne) de cette théorie, cf. GERSTLE (1917), pp. 64ss.

[63] Cf. ATF 31 II 105, 110 c. 3.

[64] THÉVENOZ (1995), p. 265.

Réaffirmée à maintes reprises[65], cette jurisprudence adoptant la *Vollrechtstheorie* allemande n'a jamais été contestée par la doctrine majoritaire. La *Vollrechtstheorie* a parfois été appelée «théorie classique», en raison du fait qu'elle serait d'origine romaine[66]. Attachée au principe d'une stricte séparation entre droit réel et droit obligationnel, la doctrine décompose généralement l'acte fiduciaire en deux éléments, à savoir un *acte translatif de droit* et une *convention de fiducie*[67]. Certains auteurs traitent aussi d'un troisième élément, le contrat de base ou acte fiduciaire de base[68]. Mais la conception n'est pas vraiment différente, dès lors qu'il est possible de réunir en un seul élément l'acte fiduciaire de base et la convention de fiducie[69].

---

[65] Cf., par exemple, la jurisprudence *Wärtli*, ATF 71 II 99, 100/101 (*JdT* 1945 I 472): «Das fiduziarische Geschäft setzt sich somit notwendigerweise aus zwei Verträgen zusammen, nämlich aus der nach aussen allein in Erscheinung tretenden vollen Rechtsübertragung und der für das Innenverhältnis getroffenen Verfügungsbeschränkung des Fiduziars». Cf. également l'ATF 78 II 445, *JdT* 1953 I 523, 529: «Le Tribunal fédéral s'est rallié, il y a plusieurs années, à la théorie selon laquelle le fiduciaire acquiert des droits complets (RO 31 II 109ss). Il s'en est tenu depuis lors à cette conception qui voit dans le contrat fiduciaire un acte d'appropriation opposable à chacun, combiné avec une limitation conventionnelle du droit de disposer ou une charge de restitution (RO 71 II 100, *JdT* 1945 I 472; 72 II 72, *JdT* 1947 I 117 et 167)». Plus récemment, cf. ATF 109 II 239, *JdT* 1984 I 148, 151.

[66] Cf. REYMOND (1948), p. 19.

[67] Cf. CUENDET (1992), pp. 187ss; GIOVANOLI (1991), no 9; GUISAN (1938), p. 110; MEIER-HAYOZ (1981), p. 463; NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 9; RAPP (1994), p. 27; REYMOND (1948), p. 22, no 31 et (1989), p. 656; STANISLAS (1999), p. 420, ainsi que TSCHUMY (1987), no 252.

[68] Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (1998), no 1025. Il s'agit d'un contrat par lequel le fiduciant mandate le fiduciaire d'exercer un comportement déterminé, en son propre nom, mais dans l'intérêt et pour le compte du fiduciant. Ce contrat, soumis aux règles du mandat (art. 394ss CO), peut soit être indépendant soit être inclus dans un autre contrat (par ex. contrat de travail) ou dans un rapport juridique prévu par la loi (JÄGGI/GAUCH (1980), nos 178s). A noter que JÄGGI/GAUCH (1980), nos 178 à 188, tout en traitant également ces trois éléments, les classifient d'une manière différente, en opposant d'une part l'acte fiduciaire au sens large et impropre (acte fiduciaire de base) et d'autre part l'acte fiduciaire au sens restreint et propre (comprenant le transfert d'un droit et la convention de fiducie). OFTINGER classifie quant à lui ces trois éléments par le recours à deux contrats complémentaires: il distingue un contrat externe, lequel permet le transfert de droit (il comporte donc la cause et le transfert), et un contrat interne, par lequel les parties restreignent la liberté d'action du fiduciaire (OFTINGER (1970), p. 54).

[69] Selon KRAMER, on peut alors se limiter à distinguer le transfert de droits au fiduciaire avec effets réels du rapport interne obligationnel (KRAMER (1986), no 124).

a) Un acte translatif de droit

La doctrine majoritaire relève que le transfert fiduciaire d'un droit (propriété ou n'importe quel autre droit, pourvu qu'il soit lui-même transmissible: créances, brevets, droits d'emption...) du fiduciant au fiduciaire, qui suppose un acte de disposition, constitue une forme particulière d'acte d'attribution (*Sonderform des Zuwendungsgeschäftes*)[70]. Dans le schéma traditionnel, le droit patrimonial est transmis directement au fiduciaire par le fiduciant (attribution directe). Cependant, la doctrine admet presque unanimement que le transfert du droit peut aussi être effectué par un tiers (attribution indirecte)[71]. Elle conçoit également des cas de figure dans lesquels une fiducie peut être constituée sans transfert de droit initial[72].

On sait qu'en droit suisse l'aliénation des droits réels mobiliers et immobiliers requiert une cause valable[73]. En matière de fiducie, l'existence et la nature de l'acte générateur d'obligations (titre d'acquisition) ont été discutées. Après avoir estimé, dans un premier temps, que «l'acte fiduciaire» ne pouvait constituer en lui-même une cause juridique suffisante et qu'il fallait dès lors parler de vente, échange, voire de donation fiduciaire[74], le Tribunal fédéral a fini par considérer, tout comme la doctrine majoritaire, que la convention de fiducie constituait un titre d'acquisition suffisant (cause

---

70 Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), no 732 et JÄGGI/GAUCH (1980), no 188. Voir aussi l'arrêt *Böckli c. Masse en faillite Emile A. Mayer*, ATF 78 II 445, *JdT* 1953 I 529.

71 HELG (1982), no 93: «Or, une attribution fiduciaire indirecte est tout à fait envisageable: c'est l'hypothèse où le déplacement de valeurs entre les patrimoines de l'attribuant fiduciant et de l'attributaire fiduciaire survient, mais par le truchement du patrimoine d'une tierce personne. En pareil cas, celle-ci est amenée, par l'effet d'une assignation ou d'un mandat passé avec l'attribuant fiduciant ... à remettre les droits à l'attributaire fiduciaire». Voir aussi GERSTLE (1917), pp. 41s; GIOVANOLI (1991), no 9; SCHÖNLE (1959), pp. 35 à 38; WÄLLI (1969), pp. 56ss; WALDIS (1981), p. 11 et WATTER (1995), p. 212. *Contra*: DROIN (1959), p. 139.

72 Par exemple, lorsque le fiduciaire détient déjà à un titre spécifique indépendant du rapport fiduciaire les biens faisant l'objet du transfert fiduciaire (GIOVANOLI (1991), no 9) ou quand le fiduciaire, en exécution de la convention de fiducie, avance les fonds nécessaires à l'achat d'un bien, devenant ainsi créancier envers le fiduciant des sommes déboursées (REYMOND/REVACLIER (1985), p. 427). Voir aussi HELG (1982), no 94; KELLER (1944), p. 29; KÜPFER (1997), p. 7 et RÜEDE-BUGNION (1978), p. 69.

73 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 271.

74 ATF 72 II 358, 361: «Übrigens ist <<fiducia>> kein selbständiger Rechtsgrund; es handelt sich nur um Nebenabreden mit obligatorischer Wirkung über bestimmte Einschränkungen der Eigentumsausübung. Man kann daher von fiduziarischem Kauf oder Tausch, von fiduziarischer Schenkung sprechen, abgesehen vom besondern Fall einer Sicherstellung».

valable) pour le transfert de la propriété du bien fiduciaire[75]. La controverse existe en revanche toujours en ce qui concerne la nature juridique de la cause[76]. La réponse dépend évidemment de la qualification contractuelle de la fiducie, sur laquelle nous reviendrons. Relevons simplement qu'une partie de la doctrine penche pour le mandat, l'attribution fiduciaire s'opérant selon elle *ex causa mandati*[77], alors qu'une autre opte pour le contrat de fiducie, comme cause innommée[78]. L'attribution indirecte ne pose de ce point de vue pas de problème particulier, dans la mesure où elle se fonde généralement sur un titre d'acquisition (par exemple, contrat de vente entre le tiers et le fiduciaire) dont la validité n'est pas contestée[79].

L'existence d'une cause fondant valablement l'acte de disposition a été sérieusement mise en doute par JÄGGI dans un enseignement que l'on a pris l'habitude de nommer «théorie de la simulation». Selon cet auteur, la réelle volonté concordante des parties, dans le transfert fiduciaire de droits, ne porte pas sur le transfert du droit en tant que tel au fiduciaire (absence de véritable volonté de dessaisissement), mais seulement sur la procuration d'une légitimation. A travers elle, le fiduciaire est habilité à se comporter vis-à-vis des tiers comme s'il était le véritable titulaire du droit. Dès lors, le prétendu acte de disposition n'a pas de fondement juridique (cause valable). En outre, les parties ne veulent accepter que les conséquences juridiques mais non économiques du transfert de droit. La convention de fiducie est donc une convention de simulation au sens de l'art. 18 CO, avec pour conséquence que le transfert fiduciaire est inefficace et que le fiduciant reste seul titulaire du droit, avant comme après la remise matérielle du bien fiduciaire[80]. Admettre la validité d'un transfert juridique effectué sans véritable attribution économique revient selon JÄGGI à légitimer une scission pourtant inadmissible du droit de propriété entre deux titulaires[81]. Cette théorie, qui n'a ja-

---

[75] Cf. l'arrêt *Fritschi c. Kohler et Studer*, ATF 86 II 221, *JdT* 1961 203, relatif à un transfert de propriété à fin de garantie. Voir aussi KRAMER (1986), no 125 et WALTER (1996), pp. 50s.

[76] Sur cette question, cf. HELG (1982), no 126.

[77] Cf. en particulier GAUTSCHI (1958), pp. 268ss et (1971), pp. 275ss.

[78] Cf. notamment GUBLER (1954), pp. 254a ss; REYMOND (1948), nos 47 et 79; REYMOND/REVACLIER (1985), p. 438; HELG (1982), no 126 et WÄLLI (1969), p. 61.

[79] Cf. NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 25 et RÜEDE-BUGNION (1978), p. 67.

[80] Cf. JÄGGI (1954), pp. 536a ss. Notons que GERSTLE (1917), pp. 130ss, considérait déjà que la fiducie ne pouvait constituer une cause fondant valablement un acte de disposition. Pour une présentation critique de la théorie de la simulation, cf. JÄGGI/GAUCH (1980), nos 201 à 221.

[81] «Diese Anerkennung eines von der wirtschaftlichen Interessenlage losgelösten Rechtsübertragungswillens läuft hinaus auf die Unterscheidung zwischen einem «rechtlichen»

mais été prise en compte par la jurisprudence[82], fut suivie par quelques auteurs[83], mais rejetée par la grande majorité de la doctrine, laquelle considère que le transfert fiduciaire est sérieusement voulu, puisque les parties ont la volonté réelle de rendre le fiduciaire titulaire des droits qui lui sont transférés[84]. Ces derniers passent donc pleinement à l'acquéreur. Le fiduciaire demeurera titulaire des droits qui lui ont été transmis pendant la durée nécessaire à l'exécution du mandat fiduciaire[85].

Toujours selon la doctrine majoritaire, le fiduciaire est le véritable et seul titulaire du droit patrimonial transféré, aussi bien sur le plan formel que matériel[86]. Le fait que, dans la fiducie-gestion, le fiduciaire soit investi d'une titularité dont il ne tire aucun avantage direct, n'atténue en rien le caractère plein et entier de cette titularité, que ce soit à l'égard des tiers, qui peuvent et doivent le considérer comme seul propriétaire, créancier ou actionnaire, ou à l'égard du fiduciant lui-même[87]. Le fiduciaire a ainsi le pouvoir de disposer de la chose et peut l'aliéner valablement ou la grever de droits réels limités, par exemple la constituer en nantissement[88]. Peu importe en principe que l'acquéreur connaisse ou non l'existence du rapport fiduciaire[89]. Pareillement, l'administrateur d'une société anonyme qui agit à titre fiduciaire répond de la même manière de la violation de ses devoirs qu'une

---

und einem «wirtschaftlichen» Eigentümer. Die herrschende Meinung führt im Grunde genommen gerade zu dem, was vermieden werden muss, nämlich zu einer unzulässigen Aufspaltung des Eigentums unter zwei Rechtsträger» (JÄGGI (1954), p. 539a).

82 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 272.

83 Cf. SCHÖNLE (1957), pp. 39ss, ainsi que la liste des auteurs et références cités par HELG (1982), note no 380). Dans la même perspective, SCHÖNLE relève que, dans la structure de la fiducie, il n'existe aucun acte créant des obligations d'aliénation; en particulier, ni un éventuel contrat *sui generis*, ni un contrat de gestion d'affaires, ni enfin un mandat ne contiendraient de cause valable (SCHÖNLE (1957), pp. 40ss et (1959), pp. 54ss; cf. aussi les références citées par HELG (1982), p. 115, note no 171). On peut également citer FOËX, qui, bien que ne parlant pas expressément de simulation, estime que le droit réel attribué au fiduciaire, en matière de fiducie-sûreté, «n'a de propriété que le nom»: «étrange est la situation de celui qui est, en fait, propriétaire vis-à-vis de tous, sauf de l'aliénateur, sauf vis-à-vis de celui qui a justement manifesté la volonté de lui transférer la propriété» (FOËX (1987), no 270).

84 Cf. la liste très complète des auteurs et références donnée par HELG (1982), note 390; pour une présentation critique de la doctrine majoritaire, cf. JÄGGI/GAUCH (1980), nos 188 à 200 et références citées.

85 Cf. REYMOND/REVACLIER (1985), p. 427.

86 Cf. TSCHUMY (1987), no 253 et références citées.

87 Cf. REYMOND (1989), p. 653.

88 Cf. ATF 91 III 104, 108: «Propriétaire fiduciaire, il avait le droit de déposer les titres, et partant de se soumettre aux conditions générales de l'établissement».

89 Cf. STEINAUER (1996), p. 308.

personne indépendante ayant la qualité d'organe puisque, à l'égard des tiers, il donne au moins l'apparence de se soucier des affaires de la société[90].

Dès lors que l'acte d'attribution opère un transfert pleinement valable, «l'aliénateur ne retient aucune parcelle du droit transféré»[91]. Ainsi, le fiduciant n'est plus titulaire des droits patrimoniaux transférés à titre fiduciaire. Il perd toute titularité sur ses biens, à l'égard du fiduciaire comme à l'égard des tiers[92]. Il lui est par exemple prohibé, selon le Tribunal fédéral, de concéder des droits d'utilisation sur une œuvre dont il a confié la gestion fiduciaire à une société de gestion spécialisée[93]. Démuni de tout droit réel, le fiduciant n'a aucun droit de suite, aucun droit de revendication[94].

b) Une convention de fiducie

Selon la doctrine dominante, la convention de fiducie, conclue entre le fiduciant et le fiduciaire, a une double fonction: d'une part, elle représente le fondement juridique du transfert de propriété au fiduciaire et, d'autre part, elle fixe les droits et obligations respectifs des parties[95]. Dans cette convention, le fiduciaire s'engage à n'exercer les droits dont la pleine titularité lui a été transférée que selon les termes de la convention, soit dans l'intérêt exclusif du fiduciant, et à les transférer à un tiers ou les retransférer au fiduciant selon les termes convenus[96]. «Il s'agit d'engagements <<internes>>, que le fiduciaire assume envers le fiduciant, et qui n'ont en principe aucun effet sur la pleine titularité <<externe>> du fiduciaire quant à ces droits, notamment dans ses relations avec les tiers»[97]. La convention de fiducie

---

90 Cf. l'arrêt du TF du 15 juin 1999, in *SJ* 1999 I 481, 483.

91 YUNG (1971), p. 169.

92 REYMOND (1948), no 26.

93 Cf. ATF 117 II 463, *JdT* 1992 I 393, 394: «Le droit d'auteur déploie des effets absolus, c'est-à-dire vis-à-vis de chacun. S'il est cédé, le pouvoir de disposition exclusif passe à l'acquéreur; cela vaut aussi dans les rapports fiduciaires pour la durée de la fiducie. Cela signifie d'une part que l'acquéreur peut faire valoir le droit vis-à-vis de quiconque mais aussi, d'autre part, que l'aliénateur n'est plus légitimé à concéder des droits d'utilisation».

94 Cf. ENGEL (1997), p. 232. Sur les conséquences d'une violation par le fiduciaire de ses obligations contractuelles, et notamment la question d'un éventuel droit de suite du fiduciant, voir NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 71ss; THÉVENOZ (1995), pp. 333ss et WATTER (1995), nos 139ss.

95 Cf. de GOTTRAU (1997), p. 180 et STEINAUER (1996), no 3053.

96 JÄGGI/GAUCH (1980), no 186 et GIOVANOLI (1991), no 9.

97 GIOVANOLI (1991), no 9.

complète et corrige le transfert des droits. Elle précise le but fiduciaire recherché par les parties[98].

Si les droits du fiduciant contre le fiduciaire sont de nature purement personnelle, le fiduciant est donc un simple créancier du fiduciaire. Il peut exiger l'exécution des obligations assumées par le fiduciaire, le cas échéant par une action en justice, et obtenir des dommages-intérêts en cas d'inexécution[99]. Il dispose par exemple contre le fiduciaire d'une action personnelle en restitution des biens transférés ou acquis pour son compte[100]. En ce qui concerne les immeubles, l'annotation au Registre foncier de cette prétention en retransfert ne paraît pas possible *de lege lata* (cf. art. 959 et 960 CC), mais elle est souhaitable pour certains auteurs, *de lege ferenda*[101]. Les biens transférés ne font plus partie du patrimoine du fiduciant. Ils y sont représentés par la créance en restitution des biens fiduciaires lors de la liquidation du rapport fiduciaire. Les créanciers du fiduciant ne peuvent pas faire porter l'exécution forcée sur les biens fiduciaires, mais exclusivement sur la créance du fiduciant envers le fiduciaire telle qu'elle résulte du contrat de fiducie[102].

Selon l'opinion dominante, il y a certes contradiction entre le fait d'accorder un pouvoir illimité au fiduciaire et celui de restreindre aussitôt ce pouvoir[103]. Jurisprudence et doctrine ont aussi parlé d'une «überschiessende Rechtsmacht»[104], soit d'un pouvoir juridique exorbitant ou excédentaire,

---

98 Cf. TSCHUMY (1987), no 252. Selon GUISAN, le *pactum fiduciae* corrige les effets d'une vente complète et entière, à la manière d'une convention purement obligatoire, «car le fiduciant n'a plus qu'un droit à la chose dans certaines éventualités; sur la chose il a perdu tout droit réel quelconque» (GUISAN (1938), p. 110).

99 Cf. REYMOND (1948), no 26 et THÉVENOZ/DUNAND (1998), p. 489.

100 Cf. GIOVANOLI (1991), no 11.

101 Cf. NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 70s et SUPINO (1994), pp. 129 et 218.

102 Cf. Arrêt *Nasser Afshar*, ATF 106 III 86, *JdT* 1982 II 80; arrêt *Kleinbaerg Holding S.A.*, ATF 107 III 103, *JdT* 1983 II 66, 67/8: «Il s'ensuit que les biens appartenant à une personne physique ou juridique à titre fiduciaire ne peuvent être séquestrés dans le cadre d'une poursuite introduite contre le fiduciant: dans ce cas, le fiduciaire est un tiers au sens de la jurisprudence précitée. Le cas échéant, peut être séquestrée la prétention personnelle à la restitution que le débiteur poursuivi fait valoir envers le fiduciaire (RO 106 III 89, *JdT* 1982 II 82/83)». Voir aussi THÉVENOZ/DUNAND (1998), p. 489 et WALTER (1998), p. 65.

103 REYMOND (1948), no 33.

104 Cf. ATF 71 II 167, 169 (cession fiduciaire d'une créance en vue d'encaissement). Pour la doctrine, voir par exemple JÄGGI/GAUCH (1980), no 189; KELLER (1944), p. 9; GUHL/MERZ/KOLLER (1991), p. 126; Ingeborg SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Berne, 1998, p. 182 et WALTER (1996), p. 44.

pour qualifier cette contradiction où le pouvoir conféré au fiduciaire dépasse le but économique voulu par les parties[105]. Mais il ne saurait être question de simulation, puisque le transfert de droit et la convention de fiducie «se meuvent sur deux plans différents, le premier sur le plan du transfert, de la situation juridique absolue, la seconde sur le plan des obligations, de la situation juridique relative. La contradiction est résolue, ou évitée, grâce à la distinction faite entre les actes de disposition et les obligations»[106].

2. Principe du *numerus clausus* des droits réels

Selon la jurisprudence et la doctrine, le droit suisse est soumis au *numerus clausus* des droits réels, en ce sens que seuls les types de droits réels prévus dans le Code civil sont reconnus par notre ordre juridique[107]. Alors que la conception traditionnelle voit dans ce principe une limitation de la liberté contractuelle, FOËX a soutenu qu'il faut plutôt le considérer comme une restriction de droit privé au pouvoir de disposer[108]. Il estime aussi que le principe comprend outre la *limitation des types* de droit réel (*Typengebundenheit*), soit la restriction du nombre de droits réels, également la *fixation du type* de droits réels (*Typenfixierung*), soit la définition impérative de ces mêmes droits[109]. Ainsi, en ce qui concerne l'aspect réel de la fiducie, seule peut être admise l'une des figures énumérées dans la loi. Une fois cette figure choisie, celle-ci ne peut avoir que le contenu défini par cette même loi.

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence et la doctrine ont basé la fiducie sur un transfert plein et entier de la propriété au fiduciaire. La propriété est l'une des catégories essentielles des droits réels énumérés par la loi[110]. Elle existe dans le Code civil sous la forme de la propriété individuelle (cf. art. 641ss, 655ss et 713ss), de la copropriété ordinaire (art. 646ss), de la (co) propriété par étages (art. 712a ss), et enfin, de la propriété commune (art. 652ss). Selon la conception généralement admise, la propriété est le droit conférant la maîtrise totale et exclusive d'une chose, dans les limites

105 HELG (1982), no 113.

106 YUNG (1971), p. 171. Voir aussi THÉVENOZ (1995), p. 269.

107 Cf. ATF 116 II 275, 277. En ce qui concerne la doctrine, voir par exemple MEIER-HAYOZ (1981), pp. 57ss; REY (1991), pp. 71ss; REYMOND (1948), p. 18, no 25 et STEINAUER (1997), p. 38.

108 Cf. FOËX (1987), pp. 52ss.

109 Cf. FOËX (1987), pp. 82ss et STEINAUER (1997), p. 39.

110 Cf. FOËX (1987), p. 89 et STEINAUER (1997), p. 38.

de l'ordre juridique[111]. Le droit de propriété comporte la faculté d'user, de jouir et de disposer (matériellement ou juridiquement) de la chose[112]. La propriété est donc un droit global de maîtrise, qui confère à son titulaire l'ensemble des facultés de maîtrise. Lorsque ces facultés sont exercées par plusieurs personnes, dans le cas d'une propriété collective (propriété commune ou copropriété), chacun des titulaires de la propriété exerce sur la chose un droit qui a la même intensité que celui des autres titulaires[113].

Il résulte du principe du *numerus clausus* que la propriété ne peut prendre que l'une des formes prévues par la loi[114]. Toute construction d'un type nouveau de propriété doit être écartée[115]. La dogmatique s'oppose donc à la conception adoptée dans d'autres systèmes juridiques qui ne connaissent pas la notion de maîtrise globale, mais seulement des facultés de maîtrise appartenant à des titulaires différents. Dans de tels systèmes, une seule et même chose fait alors l'objet de plusieurs droits de maîtrise simultanés, indépendants les uns des autres et d'intensités différentes[116].

Tant la jurisprudence[117] que la doctrine majoritaire[118] considèrent que la propriété du fiduciaire sur les biens fiduciaires n'est rien d'autre qu'une pleine propriété au sens des art. 641ss CC. Comme le relève REYMOND, «le droit ne fait plus de différence entre la titularité de celui qui est propriétaire, créancier ou actionnaire pour son propre compte et la titularité de celui qui exerce pour autrui les droits dont il est investi»[119].

On a ainsi toujours évité de reconnaître l'existence d'une «propriété fiduciaire» qui aurait un contenu spécifique. En particulier, une forme de

---

111 Cf. STEINAUER (1997), p. 21

112 Cf. STEINAUER (1997), p. 21.

113 Cf. STEINAUER (1981), p. 229.

114 Cf. STEINAUER (1997), p. 38.

115 Cf. REYMOND (1948), p. 18, no 25.

116 Cf. STEINAUER (1981), pp. 229s.

117 Cf., par exemple, ATF 96 II 79, *JdT* 1971 I 329, 341/2: «La jurisprudence et la majorité des auteurs suisses reconnaissent un tel transfert; elles l'admettent, pout être plus précis, en ce sens que le fiduciaire acquiert la pleine propriété...»; arrêt *Nasser Afshar*, ATF 106 III 86, *JdT* 1982 II 80, 82: «le propriétaire fiduciaire doit être considéré comme un propriétaire complet».

118 Cf., par exemple, MÜLLER: «Es gibt also in der Schweiz kein sogenanntes <<fiduziarisches Eigentum>>, das sich dem Wesen nach vom gewöhnlichen Eigentum unterscheiden würde... Es gibt nur ein Eigentum» (MÜLLER (1974), p. 264). Voir aussi FOËX (1987), no 333 et THÉVENOZ (1995), p. 269.

119 REYMOND (1989), p. 654.

propriété dualiste comme en Allemagne, dans laquelle on distingue propriété juridique (ou formelle) et propriété économique (ou matérielle), n'a jamais été ouvertement admise[120]. De même, les propositions tendant à re-

[120] Cf. les anciens arrêts du Tribunal fédéral qui constituent toujours la référence en la matière (jurisprudence *Grüring-Dutoit c. Kappeler*, ATF 31 II 105, 109/110 et jurisprudence *Konkursmasse der Allgemeinen Gewerbekasse Kloten c. Konkursmasse Müller*, ATF 39 II 800, 810). Certes, dans un arrêt isolé de 1906, l'*Obergericht* de Zurich a expressément admis la notion de «propriété économique» en s'inspirant directement de la jurisprudence du Tribunal d'Empire allemand de 1889 (*Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* 1906, no 184, pp. 271, 274): «Die Liegenschaften gehören formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich zum Vermögen des Betreibungsschuldners. Aus diesem Gesichtspunkte hat in einem dem vorliegenden ganz analogen Falle das Reichsgericht einen Aussonderungsanspruch an Liegenschaften geschützt. (R.-G. Bd. 45 p. 84 ff.)». Mais dans l'arrêt *Konkursmasse der Allgemeinen Gewerbekasse Kloten c. Konkursmasse Müller*, ATF 39 II 800, 810, le Tribunal fédéral a clairement rejeté la distinction entre propriété juridique et économique: «... abgelehnt werden; desgleichen aber auch die, davon eigentlich nur durch die Formulierung verschiedene Konstruktion, die darauf abstellt, dass die dem Fiduziar anvertraute Sache <<wirtschaftlich>> nicht zu dessen Vermögen gehöre, sondern sich im <<wirtschaftlichen Eigentum>> des Fiduzianten befinde...». Pour une présentation du problème et un commentaire des décisions susmentionnées, cf. WIEGAND (1982), pp. 566 à 572; GUISAN (1938), p. 109; REYMOND (1948), no 91 et THÉVENOZ (1995), pp. 268 s.

Plus récemment, la jurisprudence a parfois évoqué la notion de «propriété économique» du fiduciant. Mais elle n'a jamais tiré de cette notion un droit particulier dont serait titulaire le fiduciant vis-à-vis du fiduciaire. Voir par exemple jurisprudence *Thorwart*, ATF 91 II 442, *JdT* 1966 I 337, 343: «La convention d'après laquelle T. devait rester propriétaire au sens économique n'empêchait pas le transfert de la propriété mais créait un rapport de droit de nature fiduciaire»; jurisprudence *X. c. Konkursmasse der Y. AG*, ATF 117 II 429, 430/431: «Der Treuhänder ist nach schweizerischer Auffassung als vollberechtigter Eigentümer des ihm übertragenen Treuguts zu betrachten. Sachen und Rechte, die ihm fiduziarisch gehören, können daher grundsätzlich bei ihm gepfändet werden und fallen in einer Generalexekution in seine Konkurs- oder Nachlassmasse, auch wenn sie wirtschaftlich gesehen einem andern zustehen...». Il est vrai que le Tribunal fédéral a une fois admis que la prétention du débiteur séquestré (titulaire originaire) à la rétrocession de la créance garantie par une hypothèque, cédée à fin de garantie, qu'il peut exercer contre le titulaire fiduciaire (cessionnaire fiduciaire du cessionnaire à fin de garantie) pouvait être séquestrée en mains de ce titulaire fiduciaire domicilié en Suisse (jurisprudence *First National Boston Corporation*, ATF 103 III 86, *JdT* 1979 II 76). Le Tribunal fédéral a toutefois très vite relativisé cette jurisprudence dans son arrêt *Nasser Afshar* (ATF 106 III 86, *JdT* 1982 II 80, 83): «Il est vrai que, dans l'arrêt publié au RO 103 III 89 (*JdT* 1979 II 79), le TF s'est, contrairement à ce qui a été dit à l'instant, basé, pour admettre le séquestre, sur une manière économique de considérer les choses. Cependant, il s'agissait alors d'un cas particulier, étant donné qu'il n'était pas évident que la revendication du tiers soumise au droit étranger eût pour objet un droit de gage ou une sorte de cession à fin de garantie. On ne peut en déduire que la mise sous séquestre soit autorisée en général lorsqu'il s'agit de la propriété fiduciaire d'un tiers».

En ce qui concerne les réticences de la doctrine face à la notion de «propriété économique», cf. notamment JÄGGI (1954), p. 537a; MEIER-HAYOZ (1981), pp. 463s; SCHÖNLE (1959), p. 8 et NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 90ss. *Contra*: HONSELL (1993), p. 74.

connaître une «propriété relative»[121], une «propriété temporaire»[122], une «propriété conditionnelle», une «propriété fiduciaire mixte» ou même à attribuer un droit réel limité nouveau au fiduciant[123] ont toutes été rejetées parce que contraires au principe du *numerus clausus*[124].

3. Principe de l'unité du patrimoine

On peut définir le patrimoine comme une universalité juridique comprenant l'ensemble des droits pécuniaires appartenant à une personne. L'universalité de droit se manifeste par le fait que l'ensemble des droits patrimoniaux qui le composent sont assujettis à un but et forment de ce fait une certaine unité[125]. Concept économique, le patrimoine ne comprend que les choses et droits susceptibles d'être évalués en argent[126].

En Suisse, on considère généralement que le patrimoine ne comprend que les actifs du titulaire (patrimoine brut), les dettes étant perçues comme des charges de ce patrimoine[127]. Le patrimoine représente un cadre distinct des éléments qu'il renferme: les éléments changent, le patrimoine demeure. En vertu du principe de la subrogation patrimoniale, chaque bien sortant du patrimoine y est remplacé par le bien de remplacement, lequel obtient le même statut juridique que le bien remplacé.

---

121 La notion de «propriété relative» («relatives Eigentum»), développée avant tout par l'Allemand DERNBURG, se réfère à la distinction entre une propriété externe (vis-à-vis des tiers) et une propriété interne (entre les parties au transfert du bien fiduciaire), cf. REYMOND (1948), no 15 et ROSSIER (1989), p. 886.

122 STEINAUER, tout en relevant que le droit de propriété est en principe illimité dans le temps, précise qu'il existe des exceptions à ce principe et cite expressément la propriété fiduciaire parmi les «propriétés temporaires». Il s'agit d'un droit de propriété lié, «c'est-à-dire pour les cas où le propriétaire est (ou à tout le moins peut être) tenu à restitution» ((1981), pp. 237s; citation, p. 237). Cette question n'est malheureusement pas développée.

123 FOËX (1987), no 284: «Quant aux deux constructions produisant un effet réel, à savoir l'attribution d'un droit de propriété *sui generis* au fiduciaire ou d'un droit réel limité nouveau au fiduciant, elles sont contraires au *numerus clausus* des droits réels. La première est inacceptable parce qu'elle suppose une renonciation à la *Vollrechtstheorie* et, partant, au *numerus clausus* des droits réels. La deuxième l'est également, parce qu'elle implique la constitution d'un droit qui n'entre pas dans les catégories de droits réels connues de notre Code civil».

124 Cf. FOËX (1987), nos 261ss. Sur la propriété conditionnelle, cf. THÉVENOZ (1995), pp. 337s.

125 Cf. STEINAUER (1997), p. 31.

126 Cf. CHARBONNEAU (1983), p. 497.

127 Cf. MEIER-HAYOZ (1981), p. 78 et STEINAUER (1997), p. 32.

En raison de leur appartenance à une seule et même personne, un seul et même sujet de droit, les droits patrimoniaux qui composent le patrimoine forment une unité[128]. Le patrimoine d'une personne est ainsi caractérisé par son unité ou son unicité, ce qui implique différentes conséquences[129]. Interprété d'une manière stricte, le principe de l'unité du patrimoine paraît «s'opposer à la reconnaissance de compartiments au sein du patrimoine d'une personne, ou à la reconnaissance d'un patrimoine spécial ayant le même titulaire que le patrimoine général mais qui s'en distingue par son but (*Sondervermögen*)»[130]. Il interdit en tous les cas aux individus de distinguer de leur propre chef plusieurs masses distinctes à l'intérieur de leur patrimoine[131]. Il en résulte que la responsabilité patrimoniale d'un débiteur est en principe illimitée et intégrale et qu'elle porte normalement sur l'ensemble de son patrimoine (cf. art. 197 LP)[132]. L'unité du patrimoine se manifeste également dans le cadre de la succession universelle d'un individu.

Appliqué dans toute sa rigueur, ce principe implique que dans le patrimoine du fiduciaire, les biens fiduciaires (dont il a la titularité juridique sans en avoir le bénéfice économique) ne sauraient être distingués de ses biens personnels (dont il est à la fois le propriétaire et l'ayant droit économique). D'une manière générale, il n'existe pas de différence juridique en matière de propriété ou de titularité de créance, selon qu'une acquisition par le fiduciaire a été faite à titre fiduciaire ou à titre personnel. Les créanciers personnels du fiduciaire peuvent saisir l'ensemble des biens de leur débiteur, y compris ceux qu'il détient à titre fiduciaire. De même, en cas de faillite, tous les biens du fiduciaire, y compris ceux qu'il détient à titre fiduciaire, tombent en principe dans la masse[133]. Au décès du fiduciaire, les droits transmis suivent le sort de l'hérédité[134].

---

128 Cf. TSCHUMY (1987), p. 19.

129 Cf. ENGEL (1997), pp. 37s; MEIER-HAYOZ (1981), p. 78 et STEINAUER (1997), p. 32. Cf. aussi GILLIÉRON (1989), p. 97 et REY (1991), p. 33.

130 THÉVENOZ (1995), p. 323.

131 Cf. ROSSIER (1989), p. 880.

132 Cf. TSCHUMY (1987), p. 22.

133 Cf. REYMOND/REVACLIER (1985), p. 445; GIOVANOLI (1991), no 11. Voir aussi la jurisprudence *X. c. Konkursmasse der Y. AG*, ATF 117 II 429, 430/431: «Der Treuhänder ist nach schweizerischer Rechtsauffassung als vollberechtigter Eigentümer des ihm übertragenen Treuguts zu betrachten. Sachen und Rechte, die ihm fiduziarisch gehören, können daher grundsätzlich bei ihm gepfändet werden und fallen in einer Generalexekution in seine Konkurs- oder Nachlassmasse, auch wenn sie wirtschaftlich gesehen einem anderen zustehen...».

134 Cf. ENGEL (1997), p. 232 et STEINAUER (1996), p. 308.

Quant au fiduciant, qui a aliéné la propriété des biens fiduciaires et ne dispose dès lors que de créances personnelles contre le fiduciaire, il doit dans la règle également être traité comme un créancier ordinaire pour sa créance en restitution des biens fiduciaires au terme de la convention de fiducie. Il n'a pas la possibilité de revendiquer les biens en rapport avec les droits patrimoniaux transférés à titre fiduciaire[135]. Ainsi, en cas de faillite du fiduciaire, les biens fiduciaires tombent dans la masse en faillite (art. 197 LP) et ne devraient pas pouvoir être distraits au profit du fiduciant (242 LP)[136]. Comme la faillite transforme toutes les dettes du débiteur en dettes d'argent, et que les créances du fiduciant contre le fiduciaire sont rarement garanties par gage, elles sont colloquées dans la classe commune à tous les débiteurs non privilégiés du fiduciaire, soit en troisième classe (art. 219 al. 4 LP)[137]. De même, le fiduciant ne peut en principe pas se prévaloir de la voie de la tierce opposition prévue aux art. 106 et 107 LP, dans le cas où les créanciers du fiduciaire obtiennent la saisie ou le séquestre de la chose dont il est le propriétaire à titre fiduciaire[138].

En réalité, nous allons cependant constater dans la section suivante que la jurisprudence, notamment par l'application des règles sur le mandat à la fiducie-gestion de droit commun, et le législateur, dans deux lois spéciales qu'il a consacrées à la fiducie, ont considérablement atténué la rigueur de ces principes. Par ailleurs, ceux-ci ne sont généralement pas appliqués en matière fiscale, comptable et pénale.

C. Régime juridique de la fiducie

Pour comprendre le régime actuel de la fiducie en Suisse, il convient de distinguer la fiducie-gestion de droit commun (sous-section 1), qui résulte d'une construction jurisprudentielle et doctrinale fondée sur la codification générale du droit privé (CC, CO et LP), des régimes fiduciaires particuliers consacrés par le législateur dans deux domaines particuliers, à savoir les activités bancaires et les fonds de placement (sous-section 2). De plus, il ne faut pas perdre de vue que la plupart des opérations fiduciaires, en particu-

[135] Cf. TSCHUMY (1987), no 260.

[136] Cf. JÄGGI/GAUCH (1980), no 198.

[137] Cf. HELG (1982), no 206. Lors de la révision de la LP du 16 décembre 1994, le législateur a réduit de cinq à trois le nombre de classes, le fiduciant restant un créancier chirographaire non privilégié (cf. le nouvel article 219 al. 4 LP, RO 1995 1276s), sauf s'il a déposé des valeurs dans une banque (art. 37b al. 1 et 2 LB). Sur ce point, cf. THÉVENOZ (1995), p. 318, note 254.

[138] Cf. STEINAUER (1996), p. 308.

lier dans le domaine bancaire, sont effectuées sur la base de contrats standardisés (conditions générales). Enfin, l'analyse du régime juridique de la fiducie-gestion serait incomplète si son aspect de droit public (droit fiscal, comptable, pénal et administratif) n'était pas brièvement évoqué (sous-section 3).

1. Fiducie commune

Nous savons que la fiducie-gestion n'a pas été l'objet à ce jour d'une réglementation légale détaillée. Ainsi, la notion est totalement absente du Code des obligations. On ne la retrouve guère que de manière très ponctuelle dans certaines lois, arrêtés du Conseil fédéral, ordonnances ou notices fédérales[139]. Il existe également des prescriptions relatives aux rapports fiduciaires dans des normes issues d'entités de droit privé, telles les recommandations de l'Association suisse des banquiers. Nous reviendrons sur diverses normes pertinentes. C'est donc la jurisprudence qui a forgé peu à peu le régime juridique de la fiducie, en développant son cadre juridique et en renforçant son statut[140]. Le cadre légal principal est celui du mandat (art. 394ss CO). En effet, après avoir souvent indiqué que la convention de fiducie-gestion «produit entre les parties qui la concluent, les effets du mandat ou d'un contrat similaire»[141], le Tribunal fédéral affirma en 1973 qu'elle était soumise aux règles du mandat[142]. En doctrine, certains auteurs penchent pour un mandat ordinaire ou un rapport juridique qui lui est assimilé[143], d'autres pour un contrat innommé *sui generis*[144]. Mais tous admettent très

---

139 Cf. WATTER (1995), note 15, pp. 188s.

140 Cf. REYMOND (1989), p. 650 et RAPP (1994), pp. 36s.

141 ATF 85 II 97, *JdT* 1960 I 142, 143.

142 ATF 99 II 393, *JdT* 1974 I 588, 591/2: «En outre, la jurisprudence elle-même, en accord avec la doctrine, a déjà reconnu dans le *pactum fiduciae*, c'est-à-dire dans l'acte obligatoire de base, les caractéristiques du mandat... Déployant entre les parties les effets d'un mandat, c'est le contrat fiduciaire qui détermine ... En l'espèce, par conséquent, les contrats doivent être soumis aux règles du mandat». Sur l'évolution de la jurisprudence, cf. BEILSTEIN (1977), pp. 85ss.

143 Cf. GAUTSCHI (1971), no 13a; FELLMANN (1992), p. 96; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), nos 729ss; TERCIER (1988), no 2928 et JÄGGI/GAUCH (1980), no 184.

144 Cf., par exemple, KRAMER (1986), no 127 ad art. 18 OR; KÜPFER (1997), pp. 10s; REYMOND (1989), p. 650; RÜEDE-BUGNION (1978), pp. 56s et WATTER (1995), pp. 189s.

largement l'application, directe ou par analogie, des dispositions légales sur le mandat[145].

Malgré la conception dogmatique de la fiducie qu'elle a faite sienne (théorie du transfert intégral des droits), la jurisprudence a cherché à protéger le patrimoine fiduciaire par le biais de l'interprétation, au cas par cas, de diverses dispositions légales. Le principe moteur a été avant tout la volonté d'adapter le droit à la réalité économique. La première décision en la matière date de 1952. Le Tribunal fédéral estima qu'en cas de pluralité de fiduciaires, les droits du fiduciaire prédécédé ne tombent pas dans sa succession (comme l'exigerait le principe de l'universalité de la succession), mais accroissent ceux des co-fiduciaires survivants[146]. Cette décision est considérée comme marquant le premier pas en direction de la reconnaissance d'un véritable patrimoine fiduciaire séparé[147]. Quelques années plus tard, le Tribunal fédéral affirma que le délai de prescription (de dix ans, art. 127 CO) de la créance du fiduciant en restitution des biens remis au fiduciaire ne commence à courir qu'au moment où l'acte fiduciaire prend fin et non pas depuis la remise des biens[148].

Mais la jurisprudence fondamentale date de 1973 et concerne l'application de l'art. 401 CO à la fiducie-gestion. Ayant pour note marginale «Transfert des droits acquis par le mandataire», l'art. 401 CO concerne les créances et les biens mobiliers que le mandataire a acquis en son propre nom, mais pour le compte du mandant. La disposition tend à rapprocher le régime juridique de la représentation indirecte de celui de la représentation directe[149].

---

145 Cf. HELG (1982), no 128, et références citées, note 255; NOBEL (1997), pp. 69s; ROSSIER (1989), pp. 877 et 879, et références citées, note 399, ainsi que WATTER (1995), pp. 189s.

146 Arrêt *Boeckli c. Masse Meyer*, ATF 78 II 445, *JdT* 1953 I 523, 530: «Plusieurs fiduciaires forment, en vertu du contrat fiduciaire, une communauté qui les rend propriétaires communs des biens confiés. Le droit de chacun d'eux s'étend au tout. Il est conforme à la nature de l'acte fiduciaire et, par conséquent, aussi à la volonté présumée des parties qu'à la mort d'un fiduciaire ses droits ne passent pas à ses héritiers (souvent inconnus du fiduciant) mais accroissent ceux du cofiduciaire. C'est la règle en droit anglo-américain...». Pour une analyse critique de cette jurisprudence, cf. SCHWARTZ (1966).

147 Cf. REYMOND (1989), p. 650; THÉVENOZ (1995), p. 275 et WIEGAND (1982), p. 584.

148 Arrêt *Thorwart*, ATF 91 II 442, *JdT* 1966 I 337, 346: «L'obligation de restituer ne prend naissance qu'à la fin du rapport contractuel... Aussi longtemps que le contrat dure et que le mandataire ... a par conséquent l'obligation contractuelle de gérer..., celle de restituer n'existe pas encore... Le droit du mandant ... de réclamer la restitution ne peut pas commencer à se prescrire avant d'avoir pris naissance, soit avant que prenne fin le rapport contractuel en raison d'un accord bilatéral, de l'expiration de la durée prévue...».

149 Cf. WEBER (1996), pp. 2152s.

Lorsque le mandant a satisfait à ses obligations envers le mandataire, il dispose, pour les créances, d'un droit de subrogation (al.1) existant également en cas de faillite du mandataire (al. 2) et, pour les objets mobiliers, d'un droit de distraction dans la faillite du mandataire (al. 3)[150]. La doctrine considère majoritairement que le terme «faillite» fait allusion à l'ensemble des mesures d'exécution forcée prises contre le mandataire (y compris la saisie, la procédure concordataire et le séquestre)[151]. Le Tribunal fédéral a lui-même indiqué que la liquidation concordataire devait être ici assimilée à la faillite[152]. Par ailleurs, il est très largement admis que le texte de l'art. 401 CO le rend inapplicable aux immeubles[153].

Jusqu'en 1973, le Tribunal fédéral, appliquant strictement la *Theorie des vollen Eigentumsüberganges*, avait refusé d'accorder au fiduciant un droit de distraction dans la faillite du fiduciaire[154]. Il a changé d'avis dans son célèbre arrêt *Feras Anstalt c. Vallugano* en indiquant que le fiduciant pouvait se prévaloir de l'art. 401 CO pour obtenir en sa faveur la distraction des sommes d'argent acquises de tiers par la banque agissant à titre fiduciaire, pour autant que l'argent encaissé par la banque ait été crédité sur un compte spécial libellé au nom du mandant et demeurant séparé des autres fonds du mandataire[155]. THÉVENOZ résume comme suit le cadre de l'applicabilité de l'art. 401 CO à la fiducie: «Tant que le bien dont le fiduciant

---

150 Pour un commentaire détaillé de cette disposition légale, cf. BEILSTEIN (1977), pp. 63ss.

151 Cf. HELG (1982), p. 260; HOFSTETTER (1994), p. 129 et WEBER (1996), p. 2153.

152 Cf. ATF 99 II 393, 396, *JdT* 1974 I 588, 591 et ATF 122 III 361, 364.

153 Cf., par exemple, GAUTSCHI (1971), p. 534s; HOFSTETTER (1994), p. 126 et TSCHUMY (1987), pp. 187ss.

154 Le Tribunal fédéral considérait en effet que le risque pour le fiduciant de perdre le bien fiduciaire représentait la contrepartie des avantages que lui procurait l'acte fiduciaire (cf. ATF 39 II 800, 814). Cf. JÄGGI/GAUCH (1980), no 180 (et références citées); WIEGAND (1982), pp. 580ss et WOLF (1955), pp. 433s. WIEGAND (1982), p. 583, résume l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral par la formule: «Trau, schau wem».

155 ATF 99 II 393, *JdT* 1974 I 588, 592/3: «Il n'y a pas de raisons dogmatiques ou tirées de l'interprétation qui soient décisives pour exclure le droit du fiduciant d'invoquer l'art. 401 CO relatif au mandat. Cela, du moins, en ce qui concerne des créances ou des biens meubles, puisqu'eu égard à la foi publique du registre foncier, il faut faire une réserve pour les immeubles inscrits au nom du fiduciaire, qu'aucune subrogation légale ne peut retransférer au fiduciant... La genèse de cette disposition, enfin, ne s'oppose pas à ce que l'art. 401 CO s'applique aux rapports fiduciaires... Il est vrai qu'en règle générale l'art. 401 CO ne s'applique pas à une somme d'argent encaissée par le mandataire déjà avant que le mandant ait fait valoir la subrogation légale... Il faut toutefois faire une différence pour les cas où, comme dans ceux que l'on examine ici, l'argent encaissé par le mandataire est crédité sur un compte spécial libellé au nom du mandant et demeure séparé des autres fonds du mandataire».

recherche la distraction dans la masse en faillite du fiduciaire est un meuble non fongible (art. 401 al. 3 CO) ou une créance qui n'a pas encore été éteinte par son paiement (art. 401 al. 2 CO), il suffit qu'il soit individualisé, ou au moins individualisable. La situation est différente lorsque la créance a été éteinte par un paiement, car les fonds reçus d'un tiers perdent toute individualité aussitôt qu'ils sont mélangés aux autres fonds du fiduciaire, sauf précautions particulières»[156].

Il faut toutefois relever que la portée de l'arrêt *Vallugano* a été relativisée dans des jurisprudences postérieures. Ainsi, le Tribunal fédéral a, d'une part, affirmé que l'art. 401 CO ne s'applique pas aux biens ou créances fiduciaires qui ont été remises directement par le fiduciant au fiduciaire[157] et, d'autre part, précisé que la revendication de l'al. 3 n'est plus possible dès l'instant où les sommes provenant de l'opération fiduciaire ont été créditées sur le compte général du fiduciant et non pas sur un compte séparé, nouvellement ouvert à cette fin, et dont seul le fiduciant aurait pu disposer[158]. En-

---

156 THÉVENOZ (1995), p. 278.

157 Arrêt *Golay-Chapuis*, ATF 102 II 103, 106 et 109: «L'art. 401 ... ne vise que les créances ou les choses mobilières que le mandataire acquiert en son nom pour le compte du mandant... Le privilège, exorbitant du droit commun, de l'art. 401 CO se justifie par l'acte d'acquisition pour le compte du mandant d'une créance ou d'une chose mobilière individualisée, qui est assimilée à une créance ou une chose propriété du mandant. Son effet est d'atténuer la différence entre la représentation directe et la représentation indirecte. Le texte légal ne permet pas d'étendre cette exception au-delà du cas d'acquisition pour le compte du mandant...». Cette jurisprudence a été récemment confirmée dans l'ATF 117 II 429, *JdT* 1994 II 2, 4, 5 et 6: «...l'art. 401 CO ne se rapporte qu'à des biens et des valeurs patrimoniales équivalentes que le mandataire a acquis de tiers, mais pas à ceux que lui a remis le mandant... C'est ainsi, du reste, que la disposition est interprétée par la jurisprudence et la doctrine majoritaire... Il faut admettre que les intérêts économiques sont pour une large part identiques, s'agissant des choses acquises de tiers par rapport au bien fiduciaire initial... cependant cela ne suffit pas *de lege lata* à justifier, sans s'arrêter au texte légal et au sens de l'art. 401 CO, une exception supplémentaire au principe de la pleine acquisition du droit par le fiduciaire».

158 Arrêt *Cevitch c. Masse Reich,* ATF 102 II 297, *JdT* 1978 II 67, 72/3: «Dans l'arrêt publié au RO 99 II 393 ss (*JdT* 1974 I 588 ss), le TF a dit que, dans la faillite du mandataire, on devait reconnaître au mandant le droit de ségrégation sur l'argent encaissé par le mandataire, lorsque cet argent est crédité sur un compte spécial du mandant et demeure ainsi séparé des autres fonds du mandataire... Les faits retenus dans ce jugement étaient très particuliers... dans le cas présent, il n'y pas eu de semblable séparation du montant provenant du remboursement de l'obligation. Le produit a au contraire été crédité sur le compte de dépôt ordinaire de Bragi S.A., compte où il fallait s'attendre à trouver aussi des fonds provenant d'autres affaires... L'individualisation requise pour justifier une prétention à la ségrégation n'aurait pu être réalisée que si le produit du remboursement avait été, dès l'arrivée de l'avis de crédit de l'UBS porté sur un compte séparé, nouvellement ouvert à cette fin et dont seule Bragi S.A. aurait pu disposer...».

fin, le Tribunal fédéral a également rappelé que la cession légale en faveur du fiduciant (cf. art. 401 al. 1 CO) n'a lieu *ex lege* qu'à partir du moment où le rapport de fiducie a pris fin et que, s'agissant d'une créance, ses effets dépendent d'une notification du fiduciant au tiers débiteur[159].

En revanche, la jurisprudence tend parfois à renforcer les effets de l'art. 401 CO. D'après son texte clair, le transfert automatique de certains biens fiduciaires au fiduciant ne s'applique que lorsque la convention de fiducie a été résiliée. Quand ce transfert porte sur une créance acquise par le fiduciaire pour le compte du fiduciant, l'art. 401 CO consacre une forme de cession légale en faveur du fiduciant, mais ne dit rien des objections et exceptions, nées avant ladite cession, que le tiers débiteur pourrait opposer à la créance. On a cependant déduit d'un arrêt du Tribunal fédéral de 1980, non publié dans la collection officielle, que lorsque le tiers débiteur (par exemple, le dépositaire des fonds placés par une banque agissant à titre fiduciaire sur l'euromarché) connaissait ou devait connaître la nature fiduciaire de l'intervention de son créancier, il ne pouvait opposer en compensation une créance qu'il aurait contre le fiduciaire à un autre chef[160]. Cette idée a été reçue notamment par la Cour de justice de Genève[161], mais aussi

---

159 Cf. ATF 115 II 468, *JdT* 1990 I 374, 377, ainsi que l'arrêt *Banque Worms*, ATF 112 II 90, *JdT* 1989 II 27, 29: «La subrogation peut être invoquée en tout temps..., dès que le fiduciant a pour sa part satisfait aux obligations que lui impose le contrat de fiducie. C'est donc au fiduciant qu'il appartient de savoir si et à partir de quand il veut notifier la subrogation au tiers débiteur... Ce n'est toutefois qu'à partir du moment où la subrogation lui aura été notifiée par le fiduciant que le tiers débiteur ne pourra plus se libérer valablement entre les mains du fiduciaire, mais entre celles du fiduciant, ou procéder à la consignation...». En outre, lors d'une exécution forcée contre le fiduciaire, l'art. 401 al. 2 et 3 CO ne consacre qu'un droit du mandant à exiger la distraction (*Aussonderungsrecht*) et non une obligation de l'administration de la faillite d'y procéder (Cf. THÉVENOZ (1995), p. 314).

160 Dans cet arrêt du 8.7.1980, résumé in *Die Schweizerische Aktiengesellschaft/La société anonyme suisse* 1981, pp. 67ss, le Tribunal fédéral a indiqué qu'une compensation de créances entre banque correspondante et banque fiduciaire était en principe opposable aux fiduciants, à moins que la banque correspondante ait connu ou aurait dû connaître leur caractère fiduciaire. Dans un tel cas, celle-ci ne saurait être considérée de bonne foi et ne pourrait pas exciper de compensation à l'encontre des fiduciants (cf. CUENDET (1993), p. 101; REYMOND/REVACLIER (1985), p. 424).

161 Arrêt du 20 mars 1992, dans lequel la Cour de justice de Genève s'est référée à la jurisprudence du Tribunal fédéral de 1980. La Cour a estimé que la compensation de créances entre banque correspondante et banque fiduciaire était en principe opposable au fiduciant aux conditions de l'art. 169 CO, à moins que la banque correspondante n'ait connu ou dû connaître que la banque fiduciaire avait agi pour le compte du fiduciant, soit à titre de représentant indirect. Il en résulte que le tiers qui invoque la compensation est de mauvaise foi, dès lors qu'il sait que la banque fiduciaire agissait pour le compte de son client-fiduciant (arrêt résumé et commenté par CUENDET (1993), pp. 100ss).

par les juridictions françaises[162]. Ces jurisprudences consacrent sous un aspect particulier l'existence d'un véritable patrimoine fiduciaire, distinct du patrimoine général du fiduciaire, auquel les créanciers du fiduciaire n'ont accès que pour leurs créances en rapport avec les opérations fiduciaires, et non pour leurs créances générales[163].

En outre, après avoir dans un premier temps laissé la question ouverte[164], le Tribunal fédéral a récemment jugé que, contrairement à ce que paraît indiquer la lettre de cette disposition, la cession légale de l'art. 401 al. 1 CO a pour objet tous les droits englobés dans une action, soit les droits patrimoniaux, mais aussi les droits sociaux (droits de sociétaire). Agissant en qualité d'«homme de paille», le fiduciaire avait en l'occurrence acquis à titre fiduciaire pour le compte de ses deux frères co-fiduciants une action nominative d'une société anonyme créée par ces derniers. Le Tribunal fédéral a dénié au fiduciaire le droit de participer à une assemblée générale extraordinaire de la société, alors transformée en société en nom collectif. Il a en effet estimé que les deux co-fiduciants pouvaient en l'espèce se prévaloir de la cession légale de l'art. 401 al. 1 CO, les rapports de fiducie étant éteints et les fiduciants ayant satisfait à leurs diverses obligations envers le fiduciaire[165].

En doctrine, l'application de l'art. 401 CO à la fiducie n'en continue pas moins d'être controversée[166]. D'une part, de nombreux auteurs continuent de penser que le champ d'application de cette disposition ne vise pas la fiducie. Selon une approche qui eut l'assentiment du Tribunal fédéral jusqu'en 1973 (date de l'arrêt *Vallugano*)[167], l'art. 401 ne s'appliquerait qu'aux seuls cas de représentation indirecte dans lesquels la propriété du mandataire ne serait que transitoire et brève, telle la commission d'achat, et non à la fiducie, laquelle impliquerait nécessairement un rapport juridique durable[168]. Notons que le Tribunal fédéral a semblé effectuer un nouveau

---

162 Décision du Tribunal de commerce de Paris du 1er octobre 1992, in *Juris-Classeur Périodique* (*JCP*) [*La Semaine juridique*] 1993 II 22005 (p. 76), confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 septembre 1994, in *JCP* 1995 II 22427 (pp. 176ss), avec note de Michel VASSEUR, pp. 178ss.

163 Cf. THÉVENOZ/DUNAND (1998), pp. 498s.

164 Cf. ATF 115 II 468, *JdT* 1990 I 374.

165 Cf. ATF 124 III 350.

166 Pour une présentation détaillée de cette controverse, cf. TSCHUMY (1987), pp. 153ss.

167 Cf. ATF 39 II 800, 814 et 85 II 97, 101.

168 Cf., par exemple, GROB (1986), pp. 7s; HEINI (1991), pp. 188ss; MADAY (1942), fiche 732a, p. 2 et fiche 733, pp. 1s; MAYER (1998), note 668, pp. 150s et REYMOND

pas en direction de cette thèse dans un *obiter dictum* d'un récent arrêt. Le Tribunal fédéral a, en effet, laissé ouverte la question de savoir si le privilège de faillite accordé par l'art. 401 CO ne devait pas être restreint aux rapports de fiducie faisant l'objet d'un simple mandat destiné à prendre rapidement fin, à l'exclusion de ceux visant à maintenir le transfert des biens durant la durée de la fiducie[169]. D'autres critères sont avancés en doctrine pour distinguer la fiducie de la représentation indirecte: ceux du but recherché par les parties, de l'origine des droits transférés, du nombre de parties en présence, de la titularité des droits transférés ou acquis, des relations spécifiques de confiance et du pouvoir juridique surdimensionné[170].

La doctrine dominante relève toutefois que cette distinction est artificielle dès lors qu'il n'existe aucune différence fondamentale entre les deux situations évoquées ci-dessus. Partant, il n'y a pas de raison de ne pas appliquer l'art. 401 CO aux rapports fiduciaires[171]. Certains vont même plus loin en assimilant purement et simplement fiducie et représentation indirecte, et, par voie de conséquence, fiduciaire et représentant indirect. Dans cette opti-

(1948), p. 57. REYMOND (1989), p. 657, a précisé son point de vue: «On lit souvent (et je l'ai écrit moi-même autrefois) que l'acte fiduciaire implique un élément de durée, par opposition au contrat de commission. Cela n'est pas tout à fait exact. Le critère est plutôt que, dans la fiducie, le retransfert des droits sur la tête du fiduciant s'opère selon les clauses du contrat et non de façon automatique. C'est cette circonstance, à mon avis, qui fait obstacle à l'application généralisée de l'art. 401 CO à tous les cas de fiducie, au-delà des hypothèses spécifiquement visées par cette disposition. C'est elle qui avait conduit de nombreux auteurs à la conclusion que l'art. 401 ne s'appliquait en rien à la fiducie». Car, dans le cas particulier du contrat de commission, REYMOND partage l'avis des auteurs qui admettent que le commettant devient immédiatement propriétaire du bien acquis par le commissionnaire, opinion vers laquelle REYMOND estime que le Tribunal fédéral paraît incliner (cf. ATF 102 III 94, *JdT* 1977 II 130, 137). En résumé, selon REYMOND, dans l'acte fiduciaire, l'obligation de retransfert demeure d'origine contractuelle, alors que dans la commission, le transfert s'opère de plein droit (REYMOND/REVACLIER (1985), p. 428).

169 ATF 117 II 429, 430 (*JdT* 1994 II 2): «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts findet Art. 401 OR auch im Treuhandverhältnis Anwendung...Mit beachtlichen Gründen lässt sich indessen die Frage stellen, ob die Anwendung der Norm nicht auf diejenigen Fälle zu beschränken sei, in welchen die Treuhandschaft sich weitestgehend in einem blossen Auftrag erschöpft mit dem Ziel, dem Treugeber raschmöglichst die durch den Treuhänder erworbenen Rechte zu verschaffen, dagegen für echte Treuhandverhältnisse, in denen die volle Rechtsmacht bis zur Beendigung der Fiducia beim Treuhänder verbleiben soll, abzulehnen sei»; atténué cependant par l'ATF 122 III 361 c. 3a.

170 Cf. BISCHOF (1996), pp. 205s; DROIN (1959); NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 40ss; REYMOND (1948), p. 82; TSCHUMY (1987), nos 267 à 274 et 285 à 290, ainsi que WÄLLI (1969), pp. 35ss et 100ss.

171 Voir par exemple, BEILSTEIN (1977), pp. 88ss et HELG (1982), p. 156. Les arguments de la doctrine majoritaire sont présentés et examinés par TSCHUMY (1987), nos 277 à 284.

que, la représentation indirecte par le mandataire ne serait rien d'autre qu'une transaction fiduciaire au sens large[172]. Enfin, une partie grandissante de la doctrine considère qu'une interprétation extensive de l'art. 401 CO permettrait d'appliquer cet article également aux valeurs patrimoniales remises directement par le fiduciant au fiduciaire[173].

D'autre part, aux critiques relatives au champ d'application de l'art. 401 CO, s'ajoutent des critiques plus dogmatiques. Certains auteurs craignent en effet que l'application de cette disposition à la fiducie ne revienne à la dénaturer et à démembrer le droit de propriété dont jouit le fiduciaire. Ainsi par exemple, GUISAN relevait à titre préventif en 1937 déjà que la revendication admise par l'art. 401 CO n'était «guère compatible avec la stricte doctrine selon laquelle tout ce qui est propriété du failli tombe dans sa masse (art. 197 LP). On protège un <<equitable interest>> d'une manière qui ressemble incontestablement à la position favorable faite au bénéficiaire anglais dans la faillite du <<trustee >>». Et il approuva la position du Tribunal fédéral, lequel avait rejeté à l'époque l'application de cette disposition à l'acte fiduciaire[174]. REYMOND a, quant à lui, fait part de ses réticences dès la parution de la jurisprudence *Vallugano* dans le *JdT*: «en renforçant la position du fiduciant par la reconnaissance de droits directs sur les biens fiduciaires, ne risque-t-on pas d'affaiblir le statut de l'acte fiduciaire en droit suisse?»[175]. Pour FOËX, l'application de l'art. 401 al. 3 CO revient à diviser les facultés inhérentes à la propriété, ce qui est contraire au principe du *numerus clausus* des droits réels[176]. Selon TSCHUMY, vu les principes du transfert plein et entier de la propriété et du non-démembrement de la propriété, il est théoriquement impossible, à défaut de disposition légale claire voulue en toute connaissance de cause, d'accorder au fiduciant un droit de revendication dans l'exécution forcée contre le fiduciaire[177]. L'application

---

172 Cf. GAUTSCHI (1958), pp. 245ss; JÄGGI/GAUCH (1980), p. 50 et MÜLLER (1974), pp. 258s.

173 Il s'agit notamment de HELG (1982), no 213 (pour l'al. 3), HONSELL (1993), pp. 73ss, HOFSTETTER (1994), pp. 125ss (lequel se demande toutefois, p. 130, si, «*de lege ferenda*, il ne se jutifierait pas de limiter le droit de distraction au cas où la fiducie est reconnaissable aux tiers»); WIEGAND (1998b), p. 103, et WATTER (1995), pp. 221ss, approuvé par THÉVENOZ (1995), p. 279. Cf. aussi JÄGGI/GAUCH (1980), no 200.

174 GUISAN (1938), pp. 108ss, citation, p. 108.

175 REYMOND (1974), pp. 596ss, 600.

176 Cf. FOËX (1987), nos 324 à 331. Il est vrai que FOËX s'exprime avant tout sur l'application de l'art. 401 al. 3 CO à la fiducie-sûreté. Il semble toutefois résulter des arguments et des sources de l'auteur que le point de vue de celui-ci peut également être appliqué à la fiducie-gestion.

177 TSCHUMY (1987), no 296.

de l'article 401 CO à la fiducie aurait pour effet de remettre en cause le concept même de propriété, ainsi que le principe de la responsabilité patrimoniale personnelle[178]. Enfin, GILLIÉRON estime que l'application de cette disposition en faveur du fiduciant se heurte, outre au *numerus clausus* des droits réels, également «à la prohibition de l'abus de droit résultant d'un comportement contradictoire, car il importe que celui qui choisit une forme juridique donnée s'y tienne»[179].

On peut comparer les effets de l'art. 401 CO avec ceux de l'art. 201 LP[180], lequel accorde un droit de distraction à l'ayant droit de titres au porteur (cf. art. 978 al. 1 CO) et valeurs à ordre (cf. art. 1145 CO), «transférés au failli pour l'encaissement seulement ou comme couverture de paiements à faire spécialement désignés». Cette disposition vise, premièrement, l'opération au moyen de laquelle le propriétaire d'un papier-valeur transfère celui-ci à un tiers-cessionnaire, à charge pour ce dernier d'encaisser le montant de la créance incorporée auprès du tiers-débiteur, puis de remettre au propriétaire-cédant le montant encaissé (transfert pour encaissement seulement)[181]. Elle vise, deuxièmement, l'opération au moyen de laquelle le propriétaire d'un papier-valeur transfère celui-ci à un tiers-cessionnaire afin de permettre une couverture de sa propre dette ou de celle d'un tiers (transfert comme couverture)[182].

La grande majorité de la doctrine estime que les opérations visées par cette disposition sont des cas typiques d'actes fiduciaires[183]. L'application de l'art. 201 LP à certaines formes de rapports fiduciaires peut également être examinée comme une exception au principe selon lequel le fiduciant ne peut pas revendiquer les droits transférés dans l'exécution forcée contre le fiduciaire[184]. Il s'agit en effet, tout comme l'art. 401 CO, d'un droit de distraction spécifique[185] qui «s'applique à la cession à fin d'encaissement, lors-

---

178 TSCHUMY (1987), no 501.

179 GILLIÉRON (1989), p. 90.

180 Précisons que, lors de la révision législative de la LP du 16 décembre 1994, le législateur n'a pas modifié la teneur de l'art. 201 LP (cf. RO 1995 II, p. 1273).

181 Cf. TSCHUMY (1987), no 390.

182 Cf. TSCHUMY (1987), no 391.

183 Cf. les références citées par TSCHUMY (1987), no 299, note 157, ainsi que REYMOND (1948), no 93. A noter que pour TSCHUMY (1987), l'art. 201 LP n'est qu'un cas d'application de l'art. 401 CO, lequel ne viserait que les situations de représentation indirecte dont ne feraient pas partie les opérations fiduciaires (nos 298ss).

184 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 314 et TSCHUMY (1987), nos 298s.

185 Cf. TSCHUMY (1987), no 377.

que le propriétaire fiduciaire d'un titre au porteur ou à ordre ne l'a pas encore encaissé au moment de sa faillite»[186]. Dans les deux cas visés par l'art. 201 LP, le cessionnaire est devenu propriétaire des papiers-valeurs en cause par un transfert de propriété pleinement efficace[187]. C'est pour des motifs d'équité et d'opportunité que le législateur a accordé ce droit de distraction au fiduciant, lequel peut donc obtenir la restitution en nature des papiers-valeurs transférés et, partant, soustraire les biens en cause à la masse et échapper ainsi à la loi du dividende, alors même que, du point de vue du droit civil, il n'est plus propriétaire desdits biens[188].

2. Régimes spéciaux de la fiducie

a) Opérations fiduciaires des banques

Les opérations fiduciaires dans lesquelles des banques (cf. art. 1 LB) agissent en qualité de fiduciaire sont évidemment aussi régies par les règles de droit commun mentionnées ci-dessus, bien qu'elles aient depuis longtemps été soumises à certaines règles particulières. Ainsi, des prescriptions fiscales et prudentielles exigent qu'un placement fiduciaire soit toujours effectué au moyen d'un contrat écrit[189]. En pratique, celui-ci est souvent établi sur la base de l'un des deux modèles préconisés par l'ASB, l'un, «pour plusieurs placements»[190], l'autre, «pour placement unique»[191]. Dans les deux cas, il est précisé que la banque agit en qualité de mandataire, le client s'engageant à supporter les risques de change, de transfert et de ducroire de la banque ou société étrangère[192]. Il s'agit d'une manifestation concrète d'un principe plus général selon lequel les risques et profits des biens fiduciaires remis au fiduciaire restent au fiduciant[193]. Relevons que, dans le cas de pla-

186 THÉVENOZ (1995), p. 314.

187 Cf. TSCHUMY (1987), no 392.

188 Cf. TSCHUMY (1987), no 378.

189 Cf. GIOVANOLI (1991), p. 33 et MAILLARD (1994), pp. 63ss.

190 Cf. le modèle de contrat fiduciaire pour plusieurs placements du 22 juin 1993, in *BF 2000* / 45-8a.

191 Cf. le modèle de contrat fiduciaire pour placement unique du 22 juin 1993, in *BF 2000* / 45-8b.

192 Sur cette question, cf. HELG (1982), pp. 33ss; REYMOND/REVACLIER (1985), p. 430 et TSCHUMY (1987), no 308.

193 «Le fiduciaire n'étant <<que le propriétaire juridique>> et non pas l'<<ayant droit économique>> de l'avoir fiduciaire, il n'a pas droit aux fruits civils que porte ce dernier (de même qu'il ne supporte ni les risques qui peuvent affecter cet avoir, ni les charges qui le grèvent» (CUENDET (1992), p. 190). Voir aussi REYMOND (1948), no 62; THÉVENOZ (1995), p. 316 et WATTER (1995), p. 187.

cements multiples, la banque jouit d'une plus grande marge de manœuvre, puisqu'elle agit «selon sa libre appréciation». En outre, les banques ont l'obligation de comptabiliser hors bilan les actifs qu'elles détiennent à titre fiduciaire (cf. art. 25 al. 1 ch. 3.6 et 25c al. 1 ch. 4.4 OB). Quant aux avoirs fiduciaires qu'elles déposent auprès de tiers, les banques doivent prendre les mesures nécessaires pour éviter le risque de compensation, ce que le rapport de révision doit attester (cf. art. 44 lit. g OB). Il est même souhaité qu'un accord stipulant expressément la renonciation à la compensation en matière de placements fiduciaires soit conclu[194].

Toutes ces dispositions tendent certes à conférer aux avoirs fiduciaires des banques certains attributs d'un patrimoine séparé de leurs actifs et passifs propres, patrimoine affecté exclusivement aux fins de la convention de fiducie. L'adoption en décembre 1994, à l'occasion de la révision de la LP, de deux nouvelles dispositions (art. 16 et 37b) de la LB, qui consacrent un privilège général en faveur des fiduciants en cas de faillite de la banque fiduciaire, a renforcé cette reconnaissance en même temps qu'elle a véritablement contribué à créer un régime spécifique des opérations fiduciaires des banques[195].

Répondant quant au champ d'application[196] aux aspirations de GIOVANOLI, lequel suggérait l'institution de normes légales spécifiques visant les opérations fiduciaires des banques[197], les Chambres fédérales ont en effet instauré un régime spécial relatif aux «valeurs déposées» dans les banques. Selon l'art. 16 ch. 2 LB, sont «réputés» valeurs déposées, au sens de l'art. 37b LB, «les choses mobilières, les titres et les créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants». Cette disposition permet d'inclure parmi les valeurs déposées les titres et créances que la banque détient à titre fiduciaire, mais qui sont en pratique déposés auprès d'organismes tiers, tels la SEGA[198].

---

194 Cf. l'annexe à la circulaire de l'ASB no 1079D du 22 juin 1993, in *BF* 2000 / 45-8, sous chiffre III.1.b

195 Pour une présentation détaillée de ces nouvelles dispositions, cf. BERTSCHINGER (1995), pp. 426ss.

196 Sur le fond, GIOVANOLI n'est pas satisfait par les nouveaux articles 16 et 37b LB. Il propose lui-même un projet de réglementation de la fiducie bancaire, plus vaste et plus complet (GIOVANOLI (1994), pp. 216ss).

197 GIOVANOLI (1991), p. 49, no 37. Ce régime légal spécifique est notamment justifié selon GIOVANOLI par le fait que le domaine bancaire est assujetti à une certaine surveillance et à une autorégulation suffisante (GIOVANOLI (1991), no 37 et (1994), pp. 213ss).

198 Cf. von OVERBECK (1999), p. 114.

Notons cependant que l'art. 16 ch. 2 LB est quelque peu ambigu en ce qui concerne le cas des créances du fiduciant contre la banque fiduciaire (par opposition aux créances de la banque contre des tiers). BERTSCHINGER est d'avis que l'on peut interpréter le texte équivoque de l'art. 16 ch. 2 LB («... et les créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants»), de telle manière qu'il englobe également ce cas de figure[199]. GIOVANOLI aurait préféré une formule plus explicite du type: «avoirs que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants»[200]. En toute hypothèse, certains ont observé qu'il est difficilement concevable que la banque détienne à titre fiduciaire pour le compte du fiduciant une créance contre elle-même; une telle créance s'éteindrait par confusion (cf. art. 118 al. 1 CO), de sorte que la question de sa distraction ne se poserait pas[201].

En cas de faillite de la banque, les valeurs que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants (cf. art. 16 ch. 2 LB) sont distraites de la masse en faillite au bénéfice de ces clients (art. 37b al. 1 LB). Il s'agit d'une ségrégation automatique (*Absonderung*), effectuée d'office par l'administration de la faillite[202], sous réserve des droits de la banque à l'encontre des déposants[203]. Il est admis en doctrine que ces dispositions s'appliquent, par analogie, lorsqu'un concordat par abandon d'actifs a été homologué (cf. art. 317ss LP)[204]. La loi précise en outre que, «si la banque en faillite est elle-même déposante auprès d'un tiers, les valeurs déposées seront présumées être celles de ses clients» et seront distraites de la même manière (art. 37b al. 2 LB). Cette dernière disposition légale est sujette à interprétation[205]. Selon GIOVANOLI, elle semblerait exclure tout droit de compensation du tiers dépositaire envers la banque déposante agissant à titre fiduciaire, à moins que le tiers n'apporte la preuve qu'il s'agit de biens de la banque elle-même[206]. De toute manière, le tiers n'est pas dépourvu de

---

199 Cf. BERTSCHINGER (1995), p. 429.

200 Cf. GIOVANOLI (1994), p. 220.

201 Sur cette question, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ (1997), *ad* art. 16, no 17.

202 «Absonderung meint Ausscheidung von Depotwerten der Kunden von Amtes wegen. Damit auferliegt der Konkursverwaltung eine Nachforschungspflicht bezüglich der Depotwerte von Kunden» (BERTSCHINGER (1995), p. 432). Voir aussi BODMER/KLEINER/LUTZ (1997), *ad* art. 37b, no 7.

203 Sur cette dernière question, cf. ZOBL (1995), p. 556.

204 Cf. BERSTSCHINGER (1995), p. 434 et BODMER/KLEINER/LUTZ (1997), *ad* art. 37b, no 1.

205 Cf., par exemple, ZOBL (1995), pp. 557ss.

206 Cf. GIOVANOLI (1994), p. 221.

protection, dans la mesure où «l'administration de la faillite de la banque doit remplir à [son] encontre ... les obligations relatives au dépôt...» (cf. art. 37b al. 3 LB)[207]. A défaut, il bénéficie d'un droit de rétention dont les conditions d'application sont controversées en doctrine[208].

Malgré ses nombreuses lacunes et imprécisions qu'il reviendra à la jurisprudence de dissiper, des auteurs ont relevé que la modification législative susmentionnée a pour mérite de clarifier, dans le domaine bancaire, les controverses liées à l'application de l'art. 401 CO à la fiducie. Le fiduciant dont le fiduciaire est une banque est désormais largement protégé, car il obtient la distraction non seulement des créances contre les tiers, mais aussi des avoirs qu'il a lui-même remis directement au fiduciaire[209].

b) Fonds de placement

Le fonds de placement résulte d'un faisceau de contrats de placement collectif, conclus par la direction et la banque dépositaire (qui assure la garde de la fortune du fonds) avec chaque investisseur en vue de sa participation à un fonds particulier (cf. art. 6 LFP), c'est-à-dire à un ensemble de placements acquis au moyen des apports de ces investisseurs. Le contrat de placement collectif constitue un contrat *sui generis* dont le contenu est régi principalement par la LFP, mais aussi par le règlement du fonds. Contrairement à la situation prévalant sous l'ancien droit, les règles du mandat ne s'appliquent désormais qu'à titre supplétif[210].

Il résulte de l'art. 16 LFP qu'en cas d'insolvabilité de la direction du fonds de placement, qui est la société propriétaire à titre fiduciaire des valeurs constituant le fonds, les porteurs de parts bénéficient d'office de la distraction à leur profit de ces valeurs («*Absonderung*»)[211]. Le patrimoine du fonds ne répond que des créances de tiers ou de la direction contractées en relation avec la gestion régulière du fonds (art. 14 et 16 LFP)[212]. La loi précise que les dettes de la direction ne découlant pas du contrat de placement collectif ne peuvent être compensées par des créances appartenant au fonds de placement (art. 16 al. 2 LFP). En outre, la direction a l'obligation

---

207 Cf. BODMER/KLEINER/LUTZ (1997), *ad* art. 37b, no 15.
208 Sur cette question, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ (1997), *ad* art. 37b, no 19.
209 Cf. BERSTSCHINGER (1995), p. 429 et ZOBL (1995), pp. 552s.
210 Sur ces questions, cf. du PASQUIER (1997), pp. 200s.
211 Cf. ABEGGLEN (1999), p. 606 et FASEL (1995), p. 112.
212 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 281.

de déposer la fortune du fonds de placement auprès d'une banque dépositaire (cf. art. 16 al. 2 LFP), laquelle doit la conserver séparément des autres avoirs de la direction. La LFP a ainsi créé un véritable patrimoine séparé (du patrimoine général de la direction) et affecté (il sert uniquement au placement collectif)[213]. La protection conférée aux porteurs de parts n'a cependant pas pour effet de mettre en danger les droits des autres créanciers de la direction, puisque le fonds est clairement reconnaissable dans les fonds de la direction en tant que masse distincte[214]. Notons encore qu'en cas de faillite de la banque dépositaire c'est le régime prévu dans la LB qui s'applique (cf. art. 16 et 37b LB)[215].

3. Régime de droit public de la fiducie

Nous avons observé que le régime juridique de la fiducie-gestion tend parfois à reconnaître de manière plus ou moins directe la titularité économique du fiduciant sur le patrimoine fiduciaire. Cette tendance est particulièrement marquée en matière d'opérations fiduciaires des banques et de fonds de placement. Elle prédomine aussi largement dans les domaines fiscal, comptable et pénal, ainsi que dans certaines matières du droit administratif.

a) Traitement fiscal et comptable de la fiducie

Il est bien connu que le droit fiscal ne se limite pas à imposer le contribuable selon le seul critère de la titularité juridique, mais l'assujettit parfois aussi sur la base de la réalité économique[216]. Il en va ainsi en matière de fiducie, où il est admis, pour autant que le contribuable soit en mesure d'apporter la preuve de l'existence d'un rapport fiduciaire, que seul le fiduciant est imposable, notamment quant à l'impôt sur le revenu et la fortune, le fiduciaire n'étant pas imposé sur les biens qu'il détient à titre fiduciaire[217]. Les critères permettant d'apporter la preuve de l'existence d'un rapport fiduciaire sont cependant assez stricts et sont vérifiés de manière scrupuleuse par les

---

213 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 281. Voir aussi ABEGGLEN (1999), pp. 603ss; GIOVANOLI (1991), no 38; REYMOND (1989), p. 652 et TSCHUMY (1987), no 465.

214 Cf. ABEGGLEN (1999), p. 605; THÉVENOZ (1995), p. 281 et TSCHUMY (1987), nos 471 et 502.

215 Cf. ABEGGLEN (1999), pp. 606s.

216 Cf. REYMOND/REVACLIER (1985), p. 450 et RIEMER (1994), pp. 129s.

217 Cf. HELG (1982), no 65; KÜPFER (1997), pp. 18 et 89s; MAILLARD (1994), p. 59; OBERSON (1998), p. 443; WALTER (1996), p. 58 et WATTER (1995), no 156.

autorités fiscales[218]. Ils sont déterminés dans deux notices de l'Administration fédérale des contributions, lesquelles s'appliquent tant en matière d'impôt anticipé qu'en matière d'impôt fédéral direct[219]. La convention de fiducie, qui doit nécessairement être écrite, doit en outre contenir les éléments suivants: identité et adresse du fiduciant, énumération exacte des biens soumis au rapport fiduciaire, mention que le fiduciaire n'encourt aucun risque et ne supporte aucune charge découlant du rapport fiduciaire, etc. Lorsque ces conditions sont réalisées, tout se passe alors comme si le fiduciant était toujours resté titulaire juridique des droits transmis, le droit fiscal ignorant le transfert fiduciaire[220].

En pratique, la plupart des fiduciaires sont tenus de tenir une comptabilité, que ce soit en raison d'une obligation tirée du droit commercial (registre du commerce) ou du droit fiscal (contribuable TVA)[221]. Le CO ne contient aucune disposition spécifique sur la comptabilisation des rapports fiduciaires. La doctrine souligne cependant que le «principe de la clarté et de la sincérité du bilan» commande que les rapports fiduciaires soient comptabilisés hors bilan. Elle estime également, à juste titre, que le patrimoine fiduciaire, représenté par la créance en restitution du fiduciant, devrait apparaître dans les actifs du bilan de ce dernier[222]. Par ailleurs, pour qu'un rapport fiduciaire soit reconnu fiscalement, il est nécessaire que les bilans présentés à l'autorité fiscale indiquent clairement que le fiduciaire détient des valeurs pour le compte de tiers et que les comptes fiduciaires y figurent séparément, à l'actif comme au passif, ou «hors bilan». De même, les comp-

---

218 Cf. OBERSON (1998), p. 444. Pour un exemple de refus, à notre sens justifié, d'admettre la validité d'un rapport fiduciaire en droit fiscal, cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 18 mars 1991, in *Revue de droit administratif et de droit fiscal* (Lausanne) 49 (1993), pp. 81ss.

219 Cf. KÜPFER (1997), pp. 90ss et MAILLARD (1994), p. 59. Il s'agit de la notice sur le compte fiduciaire du 31 mai 1965 et de la notice sur les rapports fiduciaires d'octobre 1967, toutes deux reproduites par MAILLARD (1994), pp. 76ss.

220 Cf. REYMOND/REVACLIER (1985), p. 450 et WATTER (1995), p. 237. Cf. aussi ATF 75 I 315 et ATF 80 I 19, *JdT* 1955 I 26, 29: «Mais, dans ces conditions, la question fiscale doit être résolue non pas sur la base de l'inscription au registre du commerce mais d'après la situation économique réelle. S'agissant de propriétés fiduciaires constituées dans l'intérêt exclusif du fiduciant et laissant en fait à celui-ci le pouvoir d'en disposer, le TF a maintes fois décidé qu'elles doivent être imposées chez le fiduciant et non chez le fiduciaire – que l'on considère comme assujettie à l'impôt la propriété fiduciaire en soi ou la valeur patrimoniale de même importance qui a pris sa place dans le pouvoir de disposition...». Voir également ATF 72 I 334 et ATF 75 I 315.

221 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 321.

222 Cf. KÜPFER (1997), p. 18 et WATTER (1995), pp. 237ss.

tes particuliers concernant les biens fiduciaires et les droits et obligations du fiduciant doivent être ouverts et figurer séparément dans la comptabilité du fiduciaire[223]. Rappelons, en outre, que la législation bancaire exige expressément des banques qu'elles comptabilisent hors bilan les actifs qu'elles détiennent à titre fiduciaire[224].

b) Traitement pénal de la fiducie

Le droit pénal prend largement en compte la nature spécifique de la fiducie, qui a pour vocation de distinguer le titulaire formel d'un bien de son bénéficiaire économique. Trois cas de figure seront ici évoqués. On peut, premièrement, mentionner les hypothèses dans lesquelles le droit pénal contraint les milieux professionnels concernés à identifier l'ayant droit économique de certaines opérations financières[225]. Il en va ainsi de l'art. 305ter CP qui réprime le défaut de vigilance lors de l'acceptation, de la garde en dépôt, ou de l'aide à l'occasion d'un placement ou d'un transfert, de valeurs patrimoniales appartenant à un tiers[226]. Selon le Conseil fédéral, la notion d'ayant droit économique doit «permettre de découvrir, au-delà des simples pouvoirs de disposition apparents et formels, la réelle appartenance économique des fonds»[227].

Cette disposition a été complétée par la récente LBA, entrée en vigueur le 1er avril 1998, laquelle oblige les intermédiaires financiers à vérifier l'idendité du cocontractant (cf. art. 3 LBA) et à identifier l'ayant droit économique (cf. art. 4 LBA). Sont notamment considérés comme intermédiaires financiers les banques, les directions de fonds au sens de la LFP, les négociants en valeurs mobilières au sens de la LBVM et les gérants de fortune (cf. art. 2 LBA)[228]. L'intermédiaire financier doit aussi clarifier l'arrière-

---

223 Cf. Notice de l'Administration fédérale des contributions d'octobre 1967, section A.5, in MAILLARD (1994), p. 79.

224 Cf. art. 25 al. 1 ch. 36 et 25c al. 1 ch. 4.4 OB.

225 Sur ces différentes normes, cf. MATTHEY (1998), pp. 57ss et STANISLAS (1999), pp. 416ss.

226 Pour une étude détaillée de cette disposition, cf. Marlène KISTER, *La vigilance requise en matière d'opérations financières*, Zurich, 1994.

227 Message concernant la modification du Code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), *Feuille fédérale* 1989 II, p. 989.

228 Sur le champ d'application de la LBA, cf. Riccardo SANSONETTI, «Les intermédiaires financiers assujettis à la LBA et leur affiliation», in *Journée 1997 de droit bancaire et financier*, Berne, 1997, pp. 115ss.

plan économique et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires qui paraissent inhabituelles ou délictueuses (cf. art. 6 LBA). Un tel régime s'applique, par exemple, aux banques qui établissent une relation d'affaires avec un gérant de fortune ou un administrateur de biens agissant à titre fiduciaire (cf. aussi la CDB, version 98[229], ainsi que les directives de la Commission fédérale des banques relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux (circulaire 98/1)[230]. Dans tous ces cas, le droit pénal cherche à mettre à jour les finalités économiques de certaines opérations financières. Il contraint le tiers qui contracte avec le fiduciaire, à identifier le fiduciant ou, selon les termes du Conseil fédéral, le «client effectif»[231].

Deuxièmement, dans la relation fiduciant-fiduciaire, le droit pénal protège le bénéficiaire économique (le fiduciant) contre le titulaire juridique (le fiduciaire) en cas de comportement déloyal de celui-ci envers celui-là. Ainsi l'art. 138 al. 1 ch. 2 CP punit-il celui qui, sans droit, emploie une valeur patrimoniale qui lui avait été confiée (abus de confiance). La doctrine précise que l'auteur de l'infraction est devenu civilement propriétaire de la valeur confiée, laquelle fait cependant économiquement partie du patrimoine d'autrui[232]. Il est admis que la valeur doit avoir été remise avec l'obligation de la garder à disposition de celui qui l'a confiée jusqu'à l'usage fixé. Le comportement délictueux consiste à utiliser la valeur patrimoniale de manière contraire aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée[233]. Il est indéniable que les rapports fiduciaires sont visés par cette disposition, le fiduciant étant considéré comme le «propriétaire économique» des valeurs confiées au fiduciaire[234]. Dès lors, le fiduciaire commet un abus de confiance lorsqu'il mêle intentionnellement des biens fiduciaires à son patrimoine général, car il emploie à son profit des valeurs patrimoniales qui lui ont été confiées[235]. Lorsqu'il porte atteinte aux intérêts pécuniaires du fiduciant ou lorsqu'il permet que ces intérêts soient lésés, le fiduciaire

---

229 La CDB du 28 janvier 1998, entrée en vigueur le premier juillet 1998, contient un chapitre substantiel sur la vérification de l'identité du cocontractant des banques et l'identification de l'ayant droit économique (cf. *BF 2000* / 45-22).

230 Cf. la circulaire 98/1 du 26 mars 1998, in *BF 2000* / 31A-20.

231 Message concernant la modification du Code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), *Feuille fédérale* 1989 II, p. 989.

232 Cf. HURTADO POZO (1997), p. 213 et KISTLER (1994), p. 178.

233 Cf. CORBOZ (1997), p. 104.

234 Cf. HURTADO POZO (1997), p. 212 et KISTLER (1994), p. 182.

235 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 334.

peut aussi se rendre coupable de gestion déloyale (art. 158 ch. 1 al. 1 CP)[236]. Le fait que le fiduciaire est propriétaire du patrimoine qu'il est tenu de gérer importe peu. La nature illicite de l'acte incriminé découle de la violation d'une obligation de loyauté de celui qui est chargé de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion[237].

Troisièmement, enfin, dans une décision récente, la Cour de cassation genevoise a jugé que les biens soumis au droit direct du mandant (fiduciant) en vertu de l'art. 401 CO ne faisaient pas partie du patrimoine du débiteur (mandataire-fiduciaire), disponible pour la satisfaction des créanciers, et protégé par les art. 163 ((ancien), banqueroute frauduleuse) et 167 CP (avantage accordé à certains créanciers)[238]. La Cour s'est référée notamment à un arrêt du Tribunal fédéral, selon lequel sont «naturellement exclus» du patrimoine du débiteur «les biens qui, de par leur nature ou en vertu de dispositions spéciales du droit d'exécution forcée, échappent à cette dernière»[239].

c) Législations restreignant la propriété de certains biens par des étrangers

Il faut aussi relever que les normes fédérales qui limitent la propriété de certains biens par les étrangers s'intéressent au bénéficiaire économique (le fiduciant) et non au titulaire formel du droit de propriété (le fiduciaire)[240]. Ainsi, la législation qui restreint l'acquisition d'immeubles par des étrangers est interprétée selon la réalité économique. Elle contient à cet effet de nombreuses clauses générales et normes habilitantes qui permettent de saisir presque toutes les situations pouvant survenir (cf. art. 4 de la loi[241] et art. 1 de l'ordonnance[242])[243]. Ce n'est donc pas la forme juridique choisie,

---

236 Cf. Günter STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, Berne, 1995, p. 386.

237 Cf. HURTADO POZO (1997), p. 336.

238 Arrêt de la Cour de cassation genevoise du 12 février 1999, in *SJ* 1999 I 461.

239 Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral considéra que, «ne pouvant de par sa nature tomber dans la masse en faillite, l'actif [d'un] fonds de placement ne saurait constituer l'objet d'un délit en matière de droit des poursuites et faillites...» (cf. ATF 103 IV 227, *JdT* 1979 IV 34, 37).

240 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 273.

241 Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983 (RS 211.412.41).

242 Ordonnance sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 1er octobre 1984 (RS 211.412.411).

243 Sur l'importance de l'interprétation économique, cf. Jean-Christophe PERRIG, *L'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes à l'étranger*, Lausanne, 1990, pp. 49ss.

mais le but économique poursuivi qui prévaut[244]. Dans le domaine de l'aviation, la loi soumet l'immatriculation d'un aéronef dans le registre matricule suisse à des conditions très strictes lorsque l'aéronef est la propriété d'un ressortissant étranger[245]. L'ordonnance fédérale sur l'aviation précise que «le droit de disposer fondé sur des rapports fiduciaires n'est pas considéré comme propriété» (art. 5 OSAv)[246]. Des règles similaires existent en matière d'immatriculation des bateaux rhénans dans le registre fédéral des bateaux[247]. L'ordonnance sur le registre des bateaux indique que «le fiduciant doit remplir les mêmes conditions que le fiduciaire», étant entendu que cette «règle s'applique par analogie aux conventions qui équivalent à un contrat de fiducie» (art. 11 al. 3)[248].

---

244 Cf., par exemple, ATF 108 Ib 440, 448: «... la notion de propriété économique joue un rôle important dans le cadre de la législation sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger».

245 Cf. art. 52 de la loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (RS. 748.0).

246 Cf. Ordonnance sur l'aviation du 14 novembre 1973 (RS. 748.01).

247 Cf. art. 4 de la loi fédérale sur le registre des bateaux du 28 septembre 1923 (RS. 747.11).

248 Cf. Ordonnance sur le registre des bateaux du 16 juin 1986 (RS. 747.111).

CHAPITRE II

PRÉSENTATION CRITIQUE DE LA *TREUHAND* ALLEMANDE

En droit allemand, tout comme en droit suisse, la fiducie a été consacrée de longue date par la jurisprudence, sans que le législateur l'ait définie ou réglementée d'une manière détaillée[249]. La doctrine ne l'a elle-même pas délimitée d'une manière précise, de sorte qu'elle recouvre une multitude d'aspects et de formes[250]. On dénombre généralement trois types d'opérations fiduciaires d'origine contractuelle, en fonction de leur constitution et de leur forme[251]:

– la *Vollrechtstreuhand*, dans laquelle le fiduciaire se voit attribuer une pleine titularité juridique sur le bien fiduciaire;

– l'*Ermächtigungstreuhand* basée sur le § 185 BGB[252], dans laquelle le mandataire-fiduciaire est habilité par le mandant-fiduciant à exercer certains droits en son propre nom, mais pour le compte du fiduciant (représentation indirecte). En principe, le fiduciant demeure l'unique titulaire juridique des droits sur lesquels le fiduciaire n'a qu'une autorisation d'agir. Cependant, le fiduciaire est parfois également investi d'une certaine légitimation formelle. Dans ce dernier cas, le fiduciant et le fiduciaire disposent alors de pouvoirs juridiques concurrents sur les biens fiduciaires («eine Verdoppelung der Rechtszuständigkeit»)[253];

---

249 JAHN (1991), p. 61 Dans les années trente, la question d'une réglementation législative de la *Treuhand* a été largement discutée. Elle fit, par exemple, l'objet des débats du 36e *Deutscher Juristentag* à Lübeck (1931). Mais, si le principe d'une telle réglementation emportait l'assentiment de la majorité de la doctrine, son ampleur et ses sources dogmatiques sont restées largement controversées (cf. SIEBERT (1933), pp. 41ss). Aujourd'hui, la question n'est plus débattue, la majorité des auteurs estimant que la jurisprudence est à même de définir le régime juridique de la *Treuhand* (cf. JAEGER (1968), p. 24 et WOLTER (1999), pp. 2s).

250 Cf. GERNHUBER (1988), p. 355 et SEEL-VIANDON (1979), pp. 175ss.

251 Cf. BARTHOLD (1997), pp. 22ss et BLAUROCK/WITZ (1985), p. 223.

252 § 185 al. 1 BGB: «Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt».

253 Selon les termes de COING (1973a), p. 96. Cf. surtout COING (1973a), pp. 123ss et JAEGER (1968), pp. 50ss, mais aussi BLAUROCK/WITZ (1985), pp. 223s; GERNHUBER (1988), p. 533; NICKEL-SCHWEIZER (1977), p. 5; THÉVENOZ (1995), pp. 325ss et WALTER (1974), p. 18. La Cour fédérale allemande a expressé-

– la *Vollmachtstreuhand* ou *Quasitreuhand*, qui repose sur un mandat irrévocable («unwiderrufliche Vollmacht») basé sur les §§ 166ss BGB, lequel assure au mandataire, représentant direct, une totale indépendance. Le «fiduciant» (*Vollmachtgeber*) conserve en principe un pouvoir de disposition sur le bien fiduciaire[254].

Dans les hypothèses d'une *Ermächtigungstreuhand* ou d'une *Vollmachtstreuhand*, le fiduciant reste plein propriétaire des biens fiduciaires[255]. Nous n'analyserons donc que la *Vollrechtstreuhand*, qui représente à notre sens la seule véritable forme fiduciaire et qui est, au demeurant, la plus répandue[256].

Quelques précisions terminologiques s'imposent[257]. La doctrine parle de fiducie au sens propre (*echte* ou *eigentliche Treuhand*), par opposition à la fiducie au sens impropre (*unechte* ou *uneigentliche Treuhand*), pour qualifier les cas dans lesquels le bien fiduciaire est remis directement du fiduciant au fiduciaire (cf. *Unmittelbarkeitsprinzip*). Par ailleurs, lorsque le fiduciaire agit ouvertement en sa qualité, on est en présence d'une «offene Treuhand», alors que lorsque les tiers ignorent qu'il intervient à titre fiduciaire, on a affaire à une «verdeckte Treuhand». Selon le but poursuivi par les parties, on distingue, enfin, la fiducie-sûreté, dans l'intérêt propre du fiduciaire (*eigennützige* ou *Sicherungstreuhand*) et la fiducie-gestion, exercée pour le compte d'autrui (*fremdnützige* ou *Verwaltungstreuhand*)[258].

Il faut relever qu'en Allemagne la fiducie est avant tout employée à des fins de sûreté[259]. En l'absence de norme prohibant le gage sans dépossession, la pratique a eu en effet l'idée de recourir à l'aliénation fiduciaire à titre de garantie, sans dépossession du constituant, permettant à ce dernier

---

ment admis la validité de ce type d'opération «fiduciaire» dans une jurisprudence du 5 novembre 1953, publiée in *NJW* 1954, 190, 191.

254 Cf. BLAUROCK/WITZ (1985), pp. 223s et COING (1973a), p. 97 et 125ss. La *Vollmachtstreuhand* semble toutefois très peu utilisée et peu commentée par la doctrine (cf. GERNHUBER (1988), p. 355).

255 Cf. GRAZIADEI (1990), pp. 6s; HENSSLER (1996), p. 42; WALTER (1974), p. 20 et WATTER (1995), note 20, p. 189.

256 Cf. BLAUROCK/WITZ (1985), p. 224.

257 Sur ces questions terminologiques, cf. COING (1973a), pp. 88ss.

258 Cf. HENSSLER (1996), pp. 42.; HUBER (1967), pp. 399s et WALTER (1974), p. 22.

259 Que se soit sous la forme de *Sicherungsübereignung* (aliénation de bien corporel à titre de garantie) ou de «*Sicherungsabtretung*» (cession de créance à titre de garantie), cf. WITZ (1991b), pp. 11s.

de conserver l'usage des biens fiduciaires[260]. Quant à la fiducie-gestion, elle n'a sans doute pas la même importance économique qu'en Suisse, compte-tenu notamment du fait que les placements de fonds sur l'Euromarché s'effectuent – pour des raisons comptables[261] – sous la forme de transactions personnelles des banques allemandes et non sous une forme fiduciaire[262]. Elle est cependant pratiquée dans des domaines variés[263]. Restant dans l'optique choisie dans notre thèse, nous traiterons ici principalement de cette forme de fiducie.

La fiducie-gestion est notamment utilisée pour gérer des patrimoines privés, des patrimoines d'associations ou de fondations sans personnalité morale, ou encore, des sommes récoltées dans un but déterminé[264]. Elle apparaît également, tout comme en droit suisse, dans le domaine des sociétés de placement de capitaux, l'équivalent de nos fonds de placement, lesquelles sont régies par la loi «über Kapitalanlagegesellschaften» du 16 avril 1957, modifiée par une loi du 14 janvier 1970. En particulier, les fonds immobiliers sont organisés sous la forme d'une structure fiduciaire, la société de placement de capitaux étant propriétaire fiduciaire du fonds, lequel constitue un patrimoine séparé (*Sondervermögen*) et affecté[265]. La fiducie-gestion est aussi utilisée sous diverses formes en matière bancaire[266]. Dans la règle, la banque intervient en qualité de fiduciaire pour surveiller l'affectation de fonds, dans le cadre d'opérations déterminées. La banque débloquera les fonds qui sont mis sur un compte ouvert auprès d'elle à son propre nom, lorsque telle ou telle condition est réalisée. Une banque peut aussi gérer à titre fiduciaire les sûretés qui sont transférées à un groupe de banques (*consortium*) ayant accordé un crédit important. Il arrive également qu'elle intervienne dans le cadre d'une liquidation judiciaire, lorsqu'un débiteur lui transfère tous ses biens, à charge pour elle de les réaliser dans le cadre de ventes de gré à gré.

---

260 Cf. WITZ (1997b), p. 54.

261 Les placements sur l'Euromarché doivent apparaître dans les bilans des banques et être inscrits à l'actif et au passif sous le poste «durchlaufende Kredite».

262 Cf. BLAUROCK/WITZ (1985), p. 225.

263 Cf. COING (1973a), pp. 54ss.

264 Cf. KLEIN (1990), pp. 477s.

265 Cf. BLAUROCK/WITZ (1985), p. 226; COING (1973a), pp. 23s et KÖTZ (1999), pp. 91s.

266 Cf. surtout WITZ (1997b), p. 56 et KÖTZ (1999), pp. 92s. Voir aussi, JAHN (1991), pp. 64s; SEEL-VIANDON (1979), pp. 300ss et WALTER (1974), pp. 25ss.

Au sens strict, la *Vollrechtstreuhand* nécessite l'attribution immédiate d'un droit du fiduciant au fiduciaire (acquisition directe)[267], généralement un droit de propriété[268]. Il est cependant admis qu'un rapport fiduciaire est parfaitement valable même si le fiduciaire a acquis le bien fiduciaire d'un tiers (acquisition indirecte)[269]. La structure de la fiducie est la même que celle du droit suisse: on retrouve donc un transfert de droit et une convention obligationnelle (*Treuhandabrede*) dans laquelle le fiduciaire s'engage à exercer ce droit, certes en son propre nom, mais dans l'intérêt du fiduciant, et à le retransférer dans des circonstances déterminées au fiduciant ou à un tiers[270]. La doctrine allemande distingue également le *Können* du *Dürfen*[271] et parle aussi de pouvoir juridique excédentaire du fiduciaire[272].

Comme en droit suisse, le transfert de la propriété d'un meuble exige un contrat générateur d'obligations (titre d'acquisition), ainsi qu'un acte translatif. Toutefois, en droit allemand et à la différence du droit suisse, l'acte translatif n'est pas de nature causale, mais abstraite (*Abstraktionsprinzip*; cf. § 929 BGB)[273]. Il est donc effectué par un contrat réel distinct, portant exclusivement sur le transfert de propriété et dont la validité est indépendante de celle du contrat principal[274]. L'acte translatif se compose ainsi d'un contrat réel abstrait et de la remise matérielle de la chose. Quant

---

267 Cf. COING (1989), p. 426 et NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 11ss. Il s'agit, comme nous le verrons, d'une conséquence de l'*Unmittelbarkeitsprinzip*, selon lequel le patrimoine fiduciaire ne peut être protégé contre les mesures d'exécution forcées prises envers le fiduciaire que s'il y a eu remise des droits directement du fiduciant au fiduciaire (cf. HELG (1982), no 93, note no 58; REYMOND (1948), no 43 et SCHÖNLE (1959), pp. 33ss).

268 Mais aussi, un droit réel limité, la titularité d'une créance, un droit immatériel, etc. (von TUHR (1918), p. 187).

269 Cf. COING (1973a), pp. 114ss. Un rapport fiduciaire qui ne remplit pas la condition du principe du caractère immédiat constitue, en effet, dans les rapports internes entre fiduciant et fiduciaire, un acte juridique valable, même si le patrimoine fiduciaire ne pourra être protégé vis-à-vis des tiers (cf. PALANDT (1996), p. 1107, no 37).

270 Cf. ASSFALG (1963), p. 1583; GERNHUBER (1988), p. 356; HUBER (1967), p. 401; NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 63 et 64, ainsi que REYMOND (1948), no 13.

271 Cf. GERNHUBER (1988), p. 356: «... was der schuldrechtlich gebundene Treuhänder tun darf, ist stets weniger als das, was er kraft seiner unbeschränkten Rechtsmacht nach aussen tun kann». Cf. aussi von TUHR (1918), p. 186 et WALTER (1974), p. 13.

272 Cf. ASSFALG (1963), p. 1583: «Der Treugeber verschafft dem Treuhänder eine den eigentlichen Treuhandzweck übersteigende Rechtsmacht». Cf. aussi WALTER (1974), p. 13.

273 Cf. NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 17s.

274 Cf. ROSSIER (1989), p. 873 et von TUHR (1918), p. 195.

à l'acte générateur d'obligations, soit le «contrat de fiducie», il est admis qu'il s'agit d'un contrat innommé[275].

Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, le fiduciaire est seul propriétaire du patrimoine fiduciaire qui lui a été transféré, le fiduciant n'ayant plus de droit réel à l'égard de ce patrimoine[276]. Le fiduciaire a ainsi les pleins pouvoirs de disposer du patrimoine fiduciaire et la convention de fiducie n'a aucun effet réel[277]. S'il aliène frauduleusement le bien fiduciaire, le tiers-acquéreur devient en principe pleinement propriétaire dudit bien, qu'il connaisse ou non le caractère fiduciaire de celui-ci[278]. Doit cependant être réservée la question de la nullité de ce contrat d'aliénation lorsqu'il est jugé contraire aux bonnes mœurs[279].

La doctrine majoritaire approuve dans ce contexte la jurisprudence constante[280], jugeant que la convention de fiducie ne saurait limiter le pouvoir juridique du fiduciaire vis-à-vis des tiers, étant donné la teneur du § 137

---

275 Cf. BLAUROCK/WITZ (1985), p. 234.

276 Cf. von TUHR (1918), p. 199.

277 Arrêt du Tribunal d'Empire du 19 février 1937, RGZ 153 (1937) 366, 369: «Das Eigentum und das Recht gehen vielmehr mit voller dinglicher Wirkung auf den Erwerber [fiduciaire] über mit der Rechtsfolge, dass alle dinglichen Beziehungen des bisherigen Eigentümers und Inhabers des Rechts [fiduciant] zu der übereigneten Sache und zu dem übertragenen Recht gelöst werden. Die Verpflichtung des Treuhänders, nur in bestimmter Weise über das Treugut zu verfügen, ist lediglich schuldrechtlicher Art..., ebenso seine Verpflichtung, das Treugut nach Beendigung des Treuhandverhältnisses an den Treugeber zurückzuübertragen...». Dans une décision relative à une fiducie-sûreté, le Tribunal d'Empire affirma que le droit transféré au fiduciaire était une «volles bürgerlichrechtliches Eigentum, an dessen dinglicher Wirksamkeit durch Vereinbarungen der Beteiligten nichts geändert werden kann» (décision du 9 avril 1929, in RGZ 124 (1929) 73). Cf. aussi BLAUROCK/WITZ (1985), p. 243 et GERNHUBER (1988), p. 359.

278 Voir ASMUS (1977), p. 60 et ASSFALG (1963), p. 1583. Cf. aussi les remarques critiques de REINHARDT/ERLINGHAGEN (1962), p. 46 et de SCHLOSSER (1970), pp. 681ss.

279 Cf. COING (1973a), p. 164 et GRUNDMANN (1998), p. 476.

280 Cf., par exemple, l'arrêt du Tribunal d'Empire du 4 juin 1920, publié in RGZ 99 (1920) 142, 143: «Das Veräusserungsverbot kann als rechtsgeschäftliches die Befugnis des neuen Gläubigers [fiduciaire], über die Forderung zu verfügen, nicht ausschliessen oder beschränken, § 137 BGB. Eine trotzdem bewirkte Abtretung der Forderung an einem Dritten entbehrt deshalb nicht der dinglichen Wirkung. Unerheblich ist es, ob der Erwerber von dem Veräusserungsverbote Kenntnis hatte oder nicht. Auf den sogenannten guten Glauben des Erwerbers kommt es nicht an». Cf. aussi l'arrêt de la Cour fédérale allemande du 4 avril 1968, in *NJW* 1968, 1471: «Beim Treuhandverhältnis handelt der Treuhänder im eigenen Namen und verfügt über eigenes Recht. Das etwa im Innenverhältnis zum Treugeber bestehende Verfügungsverbot hat keine dingliche Wirkung (§ 137 BGB). Die Verfügungen des Treuhänders müssen deshalb auch bei Verstoss gegen das Verfügungsverbot grundsätzlich als wirksam anerkannt werden».

BGB, lequel prohibe l'exclusion ou la restriction par convention du pouvoir de disposer d'un droit cessible[281]. Elle estime par contre qu'en vertu du § 158 al. 2 BGB les parties sont libres de convenir, lors de la constitution du rapport fiduciaire, que le transfert du bien fiduciaire aura lieu sous condition résolutoire (prenant effet, par exemple, en cas de résiliation du contrat fiduciaire). Le fiduciant serait alors titulaire d'un droit d'expectative (*Anwartschaftsrecht*) qui se transformerait en un véritable droit réel en cas d'avènement de la condition. Le bien fiduciaire retomberait ainsi automatiquement dans la pleine propriété du fiduciant (*statu quo ante*), sans nécessité de procéder à un quelconque acte juridique de retransfert dudit bien[282]. Dans cette optique, les parties pourraient convenir d'une condition résolutoire prenant effet en cas d'aliénation frauduleuse du bien fiduciaire[283]. Cette convention serait opposable au tiers acquéreur (en rendant inefficace l'acte de disposition du fiduciaire) lorsque celui-ci connaissait ou ignorait par négligence grave l'existence de cette condition (cf. § 161 BGB)[284]. Certains estiment que l'on devrait même présumer que les parties à tout contrat fiduciaire ont convenu tacitement d'une telle condition résolutoire[285].

Les relations contractuelles entre les parties sont régies par la convention de fiducie. Celle-ci détermine le but du transfert fiduciaire et organise leurs rapports juridiques[286]. Elle limite les pouvoirs du fiduciaire, «weil es [das Treuhandverhältnis] dem ungeschmalerten <Können> des Treuhänders

---

281 Voir CANARIS (1978), pp. 419ss et (1988), nos 272ss; HENSSLER (1996), pp. 66ss; PALANDT (1996), p. 1108, no 40; SCHLOSSER (1970), pp. 681s; SEEL-VIANDON (1979), pp. 242ss et SIEBERT (1933), p. 419.

282 Cf. GERNHUBER (1988), p. 363 et PALANDT (1996), p. 1107, no 39. Voir aussi la décision de la Cour fédérale allemande relative à une fiducie-sûreté, du 2 février 1984, in *NJW* 1984, 1184, 1185: «Eine dem Vorbehaltskäufer vergleichbare Rechtsstellung hat bei der Sicherungsübereignung der Sicherungsgeber nur, wenn er das Sicherungsgut unter der auflösenden Bedingung vollständiger Tilgung der gesicherten Forderung übereignet. Er behält dann ein durch die §§ 160, 161 BGB geschütztes Anwartschaftsrecht auf Rückerwerb des Eigentums, das er nach den §§ 929ff. BGB veräussern kann mit der Folge, dass das Eigentum bei Bedingungseintritt unmittelbar von dem Sicherungsnehmer auf den Anwartschaftserwerber übergeht».

283 Cf. HENSSLER (1996), pp. 69ss. Voir aussi la liste des auteurs cités par SCHLOSSER (1970), p. 682, note 14. Relevons que ce dernier estime qu'une telle condition résolutoire est incompatible avec la teneur du § 137 BGB et qu'elle est contraire au principe du *numerus clausus* des droits réels (SCHLOSSER (1970), pp. 682ss).

284 Cf. ASMUS (1977), p. 62; HENSSLER (1996), p. 70; PALANDT (1996), p. 1108, no 40 et REINHARDT/ERLINGHAGEN (1962), p. 46.

285 Cf. REINHARDT/ERLINGHAGEN (1962), p. 46.

286 Cf. COING (1973a), pp. 109ss.

nach aussen ein beschränkteres <Dürfen> entgegensetzt...»[287]. Ainsi, en sa qualité de propriétaire, le fiduciaire peut disposer du bien fiduciaire comme de ses propres biens, mais il ne doit exercer ses droits de propriété que dans les limites définies dans la convention de fiducie[288]. Sauf stipulation contraire, il est admis que le rapport fiduciaire est régi par les dispositions du BGB sur le mandat (§ 662ss), en cas de fiducie non rémunérée, et par celles régissant le *Geschäftsbesorgungsvertrag* (contrat de louage de service ou d'ouvrage ayant pour objet la conduite d'une affaire; § 675), en cas de fiducie rémunérée[289].

De la même manière qu'en droit suisse, les conséquences de la *Vollrechtstheorie* ne sont pas appliquées dans toute leur rigueur. Dans une série de décisions jurisprudentielles, les juges, après avoir défini certaines particularités du droit de propriété transféré au fiduciaire[290], ont distingué les éléments de patrimoine gérés à titre fiduciaire des autres biens appartenant au fiduciaire, et ont fait prévaloir la «titularité économique» du fiduciant sur ce patrimoine. Les principaux arrêts ont été rendus en matière d'exécution forcée et de compensation de créances.

Le point de départ de ces jurisprudences réside dans une décision, peu connue, du Tribunal d'Empire de 1890 relative à une cession de créance à titre d'encaissement. Le Tribunal accorda un droit de revendication au cédant dans la faillite du cessionnaire, au motif que le failli n'était devenu que titulaire «formel» de la créance cédée, sur laquelle le cédant avait conservé une titularité «matérielle»[291]. Mais, quelques années plus tard, le Tribunal d'Empire rendit une décision relative à une fiducie-gestion qui, bien que centenaire, est encore aujourd'hui considérée comme la jurisprudence fon-

---

287 GERNHUBER (1988), p. 357.

288 Cf. SEEL-VIANDON (1979), p. 209.

289 Cf. BLAUROCK/WITZ (1985), p. 234; COING (1973a), p. 92; NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 29. et WITZ (1991b), p. 13.

290 Cf., par exemple, l'arrêt du Tribunal d'Empire du 23 décembre 1899, publié in RGZ 45 (1900) 80, 84: «Es handelt sich um ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, eine Eigentumsübertragung, die nicht einen Vermögenszuwachs für den Empfänger H. [le fiduciaire] bezweckte, sondern lediglich im Interesse der Kläger [le fiduciant] vorgenommen wurde... Der Eigentumsübertragung lag demnach ein Vollmachtsverhältnis zu Grunde, das den H. verpflichtete, über das ihm aufgelassene Eigentum nicht anders als in den Grenzen des ihm erteilten Auftrages zu verfügen, es insbesondere nicht als sein eigenes Vermögen zu behandeln».

291 Décision du Tribunal d'Empire du 18 juin 1890, publié in *Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, 46, Munich et Leipzig, 1891, 144.

damentale en matière de revendication du fiduciant dans la faillite du fiduciaire[292]. Le Tribunal affirma que, dans la faillite du fiduciaire, le fiduciant devait être mis au bénéfice, en ce qui concerne le bien fiduciaire, du droit de distraction (*Aussonderungsrecht*) prévu au § 35 (aujourd'hui § 43) de l'ordonnance sur la faillite (KO)[293], dont il est pourtant à remarquer qu'il ne prévoit ce droit de distraction que pour les biens qui n'appartiennent pas au failli («nicht gehörigend Gegenstandes»)[294]. Le Tribunal estima en effet qu'un bien (le bien fiduciaire), dont la propriété est certes transférée au cocontractant (le fiduciaire), mais avec l'accord que celui-ci ne le considérera pas comme sien, le bien demeurant en réalité économiquement un *Vermögensbestandteil* du propriétaire antérieur (le fiduciant), qu'un tel bien donc appartenait bien au fiduciaire «formellement» et «juridiquement», mais non d'un point de vue «matériel» et «économique»[295]. Dans une jurisprudence de 1912, le Tribunal d'Empire releva qu'il n'y avait pas de raison permettant de refuser une protection analogue du bien fiduciaire dans le cas non pas d'une faillite mais d'une saisie opérée contre le fiduciaire. Il autorisa en conséquence le fiduciant, sur la base du § 771 du Code de procédure civile (ZPO)[296], à faire tierce opposition (*Drittwiderspruchsklage*) en cas de saisie du bien fiduciaire opérée en mains du fiduciaire à la demande d'un créancier personnel de celui-ci[297]. Ces jurisprudences ont été confirmées dans leur principe par

---

292 Cf. ASMUS (1977), p. 51 et JAEGER (1968), p. 115.

293 § 43 KO: «Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts bestimmen sich nach den ausserhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen». Sur cette disposition, cf., par exemple, BARTHOLD (1997), pp. 29ss.

294 Arrêt du 23 décembre 1899, publié dans le recueil de Jurisprudence du Tribunal d'Empire en matière civile, *RGZ* 45 (1900) 80.

295 RGZ 45 (1900) 80, 85: «Ein Gegenstand, der dem Gemeinschuldner zwar zum Eigentum übergeben worden ist, jedoch mit der Abmachung, dass derselbe gleichwohl von ihm nicht wie sein Eigentum behandelt werden dürfe, sondern wirtschaftlich ein Vermögensbestandteil des früheren Eigentümers bleiben solle, «gehört» dem Gemeinschuldner zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich...». Cf. aussi ASMUS (1977), p. 51; REYMOND (1948), no 16 et ROSSIER (1989), p. 882. Relevons encore que, selon COING (1973b), p. 208 et ROSSIER (1989), p. 883, cette décision a été inspirée par le modèle de l'ancienne *Treuhand* germanique, dans laquelle le lien entre le fiduciant et le bien fiduciaire est de nature réelle. Mais la jurisprudence allemande ne s'est jamais fondée sur cette source historique.

296 § 771 ZPO: «Behauptet ein Dritter, dass ihm an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gericht geltend zu machen, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt».

297 Arrêt du 20 mars 1912, publié dans RGZ 79 (1912) 121. Cf. aussi, ASMUS (1977), p. 53; WITZ (1991b), pp. 12s et BLAUROCK/WITZ (1985), p. 234.

le Tribunal d'Empire et reprises par la Cour fédérale jusqu'à nos jours[298]. Relevons que la Cour fédérale a indiqué qu'il faut également faire prévaloir l'appartenance patrimoniale sur la titularité juridique du bien fiduciaire, et de ce fait refuser le droit au fiduciaire de faire tierce opposition, dans le cas où le bien fiduciaire est saisi par un créancier du fiduciant alors qu'il se trouve en possession de ce dernier[299].

La portée de ces décisions a été limitée par une jurisprudence du Tribunal d'Empire de 1914[300] instituant ce que l'on a par la suite nommé le «principe de l'immédiateté» (*Unmittelbarkeitsprinzip*). Voulant éviter que la notion de rapport fiduciaire s'évanouisse dans l'indétermination («ins Unbestimmte zerfliessen»), que la fiducie ne puisse en particulier plus être distinguée d'un simple mandat avec représentation indirecte[301], le Tribunal a déclaré que l'on ne peut reconnaître comme bien fiduciaire, susceptible d'être protégé contre les mesures d'exécution forcée visant le patrimoine personnel du fiduciaire, que le bien qui a été transféré directement du patrimoine du fiduciant à celui du fiduciaire[302]. A défaut de ce lien immédiat, il

298 Cf., par exemple, l'arrêt du 7 avril 1959, in *NJW 12* 1959, 1223. Le droit de revendication dans la faillite du fiduciaire a même été qualifié de «droit coutumier» (*Gewohnheitsrecht*) par la Cour fédérale allemande (cf. arrêt du 7 avril 1959, in *NJW* 1959 1223, 1224). Dans une jurisprudence récente, la Cour fédérale allemande a opposé la «wirtschaftliche Inhaberschaft» du fiduciant à la «rechtliche Inhaberschaft» du fiduciaire (cf. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Cologne) 14 (1993) 213, 214).

299 Arrêt du 5 novembre 1953, publié in *NJW* 1954, 190, 192. Quant à la faillite du fiduciant, on admet qu'elle provoque l'extinction automatique du rapport fiduciaire (§ 23 KO) et permet, en conséquence, à l'administrateur de la faillite de faire valoir contre le fiduciaire la créance du fiduciant en restitution du bien fiduciaire (cf. ASMUS (1977), p. 59; HENSSLER (1996), p. 50; NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 102 et REINHARDT/ ERLINGHAGEN (1962), p. 44).

300 Arrêt du 19 février 1914 publié in RGZ 84 (1914), 214.

301 «Der Begriff des Treuhänderverhältnis würde aber völlig ins Unbestimmte zerfliessen, wenn man dabei vom Erfordernisse des «Anvertrauens zu treuen Händen» ganz absehen und ein solches Verhältnis überall schon da als vorhanden ansehen wollte, wo jemand im Auftrag eines anderen für dessen Rechnung, aber im eigenen Namen handelt» (RGZ 84 (1914), 214, 217s).

302 RGZ 84 (1914), 214, 217: «Von einem solchen [Treuhanderverhältnis] kann man schon nach allgemeinen Verkehrsbegriffen, jedenfalls aber im Rechtssinne, nur dann sprechen, wenn der eine (Treugeber) aus seinem Vermögen dem anderen (der Treuhänder) einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, d.h. übereignet, und zwar derart, dass der andere das übertragene Recht im eigenen Rahmen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll. Das Treugut scheidet hierbei rechtlich, wenn auch nicht wirtschaftlich, aus dem Vermögen des Treugebers aus». Par la suite, le Tribunal d'Empire indiqua que le principe du caractère immédiat permettait également, d'une part, de maintenir la distinction conceptuelle entre droit réel et droit personnel (RGZ 133 84, 89), et d'autre part, d'éviter une «*ausserordentliche Rechtsunsicherheit*» (RGZ 153, 366, 370).

n'y a pas de rapport fiduciaire au sens propre[303]. Il n'y a donc ni droit de distraction ni droit d'opposition pour les biens que le fiduciaire a acquis de tiers, même si lesdits biens ont été acquis en remploi de biens reçus en fiducie (*Surrogationsverbot*)[304]. En outre, quand les biens fiduciaires sont des biens fongibles, tout privilège est dénié au fiduciant lorsque le fiduciaire les a mélangés avec ses propres biens[305].

Le principe de l'*Unmittelbarkeit* est aujourd'hui interprété de manière souple. Ainsi, dès les années cinquante, la Cour fédérale de justice a considérablement étendu la protection du fiduciant en reconnaissant comme comptes fiduciaires (*Treuhandkonto*) protégés les comptes ouverts par certaines catégories professionnelles (avocats, notaires, experts-comptables, conseillers fiscaux) au profit de tiers (*Anderkonto*)[306]. La Cour a, en effet, estimé que le principe du caractère immédiat est également respecté en cas de versement d'une somme d'argent, qu'elle qu'en soit la provenance (fiduciant, fidu-

---

303 Rappelons qu'en Allemagne, contrairement à la conception existant en Suisse, il n'y a de «fiducie authentique», ou au «sens propre», qu'en cas de remise directe du bien fiduciaire par le fiduciant au fiduciaire (BLAUROCK/WITZ (1985), p. 244).

304 Arrêt du Tribunal d'Empire du 5 novembre 1918, publié in RGZ 94 (1919) 305, 308: «Ein fiduziarisches Eigentum hat zur Voraussetzung, dass der Gegenstand vom Treugeber aus seinem Vermögen dem Treuhänder anvertraut und übereignet ist... Dies Erfordernis ist bei jenem Erlösse nicht erfüllt...»; arrêt du Tribunal d'Empire du 19 février 1937, publié in RGZ 153 (1937) 366, 369s: «Im gegebenen Falle hat jedoch die Beklagte [tiers créancier du fiduciaire] die Zwangsvollstreckung gar nicht in das Treugut betrieben, sondern sie hat, nachdem dieses von dem Treuhänder entgegen den sich für ihn aus dem Treuhandvertrag ergebenden Pflichten an die U. [tiers acquéreur] veräussert war, den Anspruch des Fr. [fiduciaire] auf Rückübertragung der Hypothek gepfändet. Dieser Anspruch war aber kein Treugut mehr... Denn die für verschiedene Rechtsverhältnisse geltende Regel des dinglichen Ersatzes (Surrogats) hat keine allgemeine Geltung... Ihre Zulassung im Anwendungsbereich des § 771 ZPO auf Fälle der hier zur Entscheidung stehenden Art müsste zudem zu einer ausserordentlichen Rechtsunsicherheit führen». Cf. aussi GERNHUBER (1988), p. 361; HUBER (1967), p. 404; JAEGER (1968), pp. 129ss; NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 16s et ROSSIER (1989), p. 884.

305 Arrêt de la Cour fédérale allemande du 21 avril 1955, publié in BGHZ, Band 17 (1955) 140, 145s: «Von einem Verwalter fremden Vermögens muss verlangt werden, dass er die fremden Gelder völlig getrennt von seinem eigenen Geldern verwahrt und dass er entweder in bar oder auf einem Sonderkonto jederzeit greifbar bereit hält»; arrêt de la Cour fédérale allemande du 19 novembre 1992, publié in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Cologne) 14 (1993) 213, 214: «Diese Vorauszahlungen kommen zwar aus dem Vermögen der Kläger [fiduciant]. Sie sind aber auf dem Festgeldkonto mit anderen im Eigentum der Gemeinschuldnerin [fiduciaire] stehenden Guthaben vermischt worden. Damit sind auch die eingezahlten Erbbauzinsen kein Treugut zugunsten der Kläger...». Cf. aussi l'arrêt de la Cour fédérale allemande du 16 décembre 1970, in *NJW 24* 1971, 559, ainsi que ROSSIER (1989), p. 885.

306 Sur la notion d'*Anderkonto*, cf. CANARIS (1988), nos 288ss; JAEGER (1968), pp. 151ss; KÖTZ (1999), p. 92 et SEEL-VIANDON (1979), pp. 296s.

ciaire ou tiers), sur un compte bancaire fiduciaire, distinct et ouvertement constitué pour le compte de tiers (*echtes Anderkonto*)[307]. Les fiduciaires qui ne peuvent constituer d'*Anderkonten* ont la possibilité de se faire ouvrir un compte spécial (*Sonderkonto*) séparé de leur propre compte (*Stammkonto*) qui est aussi protégé à certaines conditions. La Cour fédérale a ainsi jugé que pouvaient être considérés comme fiduciaires les montants versés par un tiers, sur un compte postal séparé, spécialement ouvert et utilisé à cet effet par le fiduciaire (*Sonderkonto*), pour éteindre des créances qui sont directement nées en la personne du fiduciant[308]. Pareillement, personne ne conteste que l'élément de patrimoine versé par un tiers au fiduciaire en paiement d'une créance cédée par le fiduciant en vue d'encaissement (*Inkassozession*) constitue également un bien fiduciaire[309]. Enfin, la réglementation légale de la fiducie en matière de sociétés de placement de capitaux renonce expressément tant au principe du caractère immédiat qu'à l'interdiction de la subrogation[310].

Dans une jurisprudence peu connue rendue en 1928, le Tribunal d'Empire s'est également exprimé sur la validité d'un legs, constitué par le fiduciaire au profit d'un tiers, portant sur le bien fiduciaire. Selon le Tribunal d'Empire, l'acte de disposition du fiduciaire était pleinement valable et ne constituait nullement une violation de son devoir de fidélité. Cet acte devait

---

307 Arrêt de la Cour fédérale allemande du 5 novembre 1953, publié in *NJW* 1954, 190. Dans une jurisprudence ultérieure (*NJW* 1959, 1223, 1225), la Cour a explicité la teneur de la décision susmentionnée: «Von dem in dieser Rechtsprechung betonten Grundsatz der Unmittelbarkeit, wonach das Vermögen des Treugebers aus dessen Hand in die des Treuhänders gelangt sein muss, um ein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO zu begründen, wird eine Ausnahme für den Fall gemacht, wenn Geld auf ein sog. Anderkonto eingezahlt oder überwiesen wird. In diesen Fällen wird als genügend angesehen, dass das Anderkonto offenkundig zu dem Zweck bestimmt ist, fremde Gelder zu verwalten (... *NJW* 1954, 190, 192...)».

308 Arrêt de la Cour fédérale allemande du 7 avril 1959, publié in *NJW 12* 1959, 1223, 1225: «Von einem Anvertrauen ... kann auch dann noch gesprochen werden, wenn M. [fiduciaire] kraft der ihm vom Verein [fiduciant] erteilten Ermächtigung von Dritten Beträge auf dieses Postscheckkonto überwiesen erhielt. Handelte es sich bei diesem um ein nur zu diesem Zweck eingerichtetes und benutztes Sonderkonto, so bildete die jeweilige Forderung gegen das Postscheckamt auf Auszahlung des Guthabens Treugut für den Verein im Rechtssinne und grundsätzlich eine ausreichende Grundlage für die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO». Cf. aussi l'arrêt de la Cour fédérale allemande du 19 novembre 1992, publié in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Cologne) 14 (1993) 213.

309 Cf. GERNHUBER (1988), p. 361 et REIHNARDT/ERLINGHAGEN (1962), p. 47.

310 Cf. § 6 *des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 16. April* 1957. Voir aussi, BLAUROCK/WITZ (1985), p. 258; HUBER (1967), p. 405 et JAEGER (1968), pp. 165ss.

cependant être interprété comme la volonté du fiduciaire de préserver, au-delà de sa propre mort, les droits du fiduciant. Après le décès du fiduciaire, le rapport fiduciaire devait donc se poursuivre avec le légataire, lequel n'avait reçu qu'une «propriété fiduciaire», chargée des mêmes obligations envers le fiduciant que celles incombant au fiduciaire décédé[311].

En matière de compensation de créances, la Cour fédérale allemande a également rendu quelques décisions qui prennent en compte la place particulière qu'occupe le bien fiduciaire dans le patrimoine du fiduciaire. Ainsi, dans un arrêt de 1973, la Cour fédérale allemande a estimé que, dans le cas d'un compte fiduciaire expressément ouvert à titre fiduciaire (*offenes Treuhandkonto*), la banque dépositaire ne pouvait compenser une créance personnelle (ne relevant pas de la gestion fiduciaire) qu'elle possédait envers le fiduciaire avec tout ou partie de sa propre dette envers le fiduciaire, correspondant à l'avoir figurant sur le compte fiduciaire[312]. Inversement, la Cour a repris à son compte l'argumentation d'une cour inférieure, qui indiquait que l'admissibilité d'une compensation de créance par un tiers, débiteur de l'avoir fiduciaire, mais créancier du fiduciant, devait être tranchée au cas par cas, et dépendait de l'indépendance du fiduciaire vis-à-vis du fiduciant. Dans l'hypothèse où celle-ci était très réduite, le tiers débiteur était légitimé a considérer le fiduciant et le fiduciaire comme une entité juridique, et à compenser sa créance[313]. Enfin, la Cour a également indiqué

---

311 Arrêt du 7 juin 1928, in *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* (Leipzig) XXII (1928), pp. 1248s: «Die Verfügung enthält keinen Missbrauch der Treumacht. Sie sollte gerade dazu dienen, die Rechte des Treugebers auch über den Tod des bisherigen Treuhänders hinaus zu wahren. Der Vermächtnisnehmer sollte durch sie wiederum nur fiduziarisches, d.h. mit den Verpflichtungen des bisherigen Treuhänders belastetes Eigentum erhalten».

312 Arrêt du 25 juin 1973, publié in BGHZ 61 (1974) 72, 77: «Ist der Bank bekannt, dass die auf dem Konto eingehenden Beträge dem Kontoinhaber nur als Treuhänder zustehen, und ist ihr auch ersichtlich gemacht worden, dass dieser den Willen hat, die Beträge auf dem Konto nur treuhänderisch für den Treugeber anzulegen, so erwirbt die Bank, die ein solches Konto antragsgemäss eröffnet, weder ein Pfandrecht am Guthaben noch ein Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Guthabenforderung für Ansprüche gegen den Kontoinhaber». Sur la question générale du droit de compensation du tiers au moyen d'une créance personnelle envers le fiduciaire, cf. CANARIS (1988), no 284; KOLLHOSSER (1989), pp. 739ss et WOLTER (1999), p. 12.

313 Arrêt de la Cour fédérale allemande du 3 novembre 1967, in *NJW 21* 1968, 594, 595: «Frei vom Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht hieraus gefolgert, je unselbständiger und abhängiger die Stellung des Treuhänders gegenüber dem Treugeber sei, desto eher werde es gerechfertigt sein, unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben Treuhänder und Treugeber trotz der formalen Trennung als Einheit zu behandeln». Sur cette question, cf. KOLLHOSSER (1989), pp. 737s, selon lequel le critère de l'admissibilité d'une compensation du tiers contre le fiduciaire au moyen d'une créance existant envers le fiduciant doit résider dans le défaut d'un intérêt digne

que l'avocat-fiduciaire pouvait légitimement compenser sa dette en restitution de l'avoir fiduciaire, par sa propre créance d'honoraires envers le fiduciant, au moyen du prélèvement d'une somme correspondante sur le compte bancaire faisant l'objet de la gestion fiduciaire (*Anderkonto*), et cela même lorsque sa créance d'honoraires ne concernait pas la gestion dudit compte[314].

Tout d'abord fortement réticente[315], la doctrine approuve globalement depuis quelques dizaines d'années les diverses jurisprudences destinées, pour des raisons d'équité, à protéger les biens fiduciaires, mobiliers et immobiliers, contre les prétentions des créanciers personnels du fiduciaire[316]. Elle cherche à définir un fondement théorique, ainsi qu'à déterminer les conditions d'une telle protection et ne se contente généralement pas de la distinction prétorienne peu explicite entre «propriété juridique» et «propriété économique»[317].

En ce qui concerne le fondement, on peut répartir la doctrine en trois groupes principaux, selon le critère de la nature des effets juridiques produits par le contrat fiduciaire[318]. Pour certains, sans doute majoritaires, la convention de fiducie a également un effet «quasi réel»; pour d'autres, la fiducie correspond à un droit réel spécifique qu'il convient de consacrer; enfin, pour d'autres encore, la convention de fiducie n'est la source que d'un simple rapport obligationnel entre le fiduciant et le fiduciaire.

---

de protection chez le fiduciaire et non dans la non indépendance juridique de celui-ci par rapport au fiduciant.

314 Arrêt de la Cour fédérale allemande du 23 février 1995, in *NJW 48* 1995, 1425, 1426: «Gleichwohl ist ein Rechtsanwalt grundsätzlich nicht gehindert, sich durch Aufrechnung mit Honoraransprüchen aus nicht zweckgebundenen Fremdgeldern zu befriedigen, auch wenn die Vergütungsansprüche – wie im Streitfall – nicht gerade den Auftrag betreffen, der zu dem Geldeingang geführt hat...». Cf. aussi l'arrêt de la Cour fédérale du 1er juin 1978, publié in BGHZ 71 (1978) 380.

315 L'octroi, par exemple, du droit de revendication au fiduciant dans la faillite du fiduciaire fut à l'origine très critiqué par la doctrine majoritaire qui estima que cette faveur aboutissait à la mise à néant des principes prétendument issus du droit romain, tels l'impossibilité d'une propriété relative ou divisée, le *numerus clausus* des droits réels, ou la distinction entre droits réels et personnels (cf. von TUHR (1918), pp. 203ss, ainsi que les références citées par ROSSIER (1989), p. 882, note 371).

316 Cf. CANARIS (1978), p. 411, et références citées note 190, ainsi que NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 89

317 Certains auteurs s'en accommodent toutefois. Ainsi, ASSFALG (1963), pp. 1582ss, voit dans la «propriété économique» du fiduciant une notion juridique spécifique, comparable au *trust property* du droit anglais!

318 Il s'agit certes d'une division un peu schématique tant les avis divergent d'un auteur à l'autre.

Ne parvenant pas à expliquer véritablement la notion de «propriété économique», la doctrine majoritaire qualifie de droit «quasi réel» le droit du fiduciant sur le bien fiduciaire[319]. Elle entend par cette qualification définir des effets juridiques qui sont semblables à un droit réel bien qu'ils résultent d'un droit relatif[320]. La convention de fiducie produirait certains effets juridiques opposables aux tiers, notamment dans le cadre des mesures d'exécution forcée visant le fiduciaire. Elle ne serait cependant pas la source d'un véritable droit réel, d'une part, quant à ses effets, parce qu'elle ne protège pas le fiduciant contre les actes de disposition effectués par le fiduciaire en violation de la convention de fiducie[321], et, d'autre part, sur le plan des principes, parce que le *numerus clausus* des droits réels empêcherait les parties de constituer un droit réel non défini dans la loi. Plus généralement, la doctrine majoritaire rejette toute idée d'une propriété relative, selon laquelle le fiduciaire serait propriétaire vis-à-vis des tiers, mais non du fiduciant[322]. Elle admet, en revanche, qu'il n'est pas interdit au législateur de créer un nouveau droit réel par le biais d'une modification législative[323]. On ne saurait enfin, selon la doctrine, reprocher aux parties au contrat de fiducie une violation du principe du *numerus clausus*, puisque les effets «quasi réels» ne résultent pas directement de leur volonté, mais de décisions jurisprudentielles[324]!

Parmi les partisans de la reconnaissance d'un droit réel spécifique, REINHARDT et ERLINGHAGEN relèvent que la jurisprudence actuelle régit à certains égards déjà *de facto* la *Treuhand* comme un droit réel particulier[325], et qu'il n'y a pas de raison de ne protéger le patrimoine fiduciaire qu'en matière d'exécution forcée ou de compensation, mais non contre les aliénations frauduleuses du fiduciaire à un tiers[326]. Ils estiment que la juris-

---

319 Cf. BARTHOLD (1997), pp. 34ss; BLAUROCK/WITZ (1985), p. 234 et CANARIS (1988), no 279: «es handelt sich um eine teilweise <Verdinglichung> der Rechtsstellung des Treugebers...». Pour une présentation critique de la doctrine majoritaire, cf. HENSSLER (1996), pp. 48ss.

320 Cf. GERNHUBER (1988), p. 358.

321 Cf. BLAUROCK/WITZ (1985), p. 234.

322 Cf. ASMUS (1977), p. 54 et WALTER (1974), p. 17. Voir aussi la décision du Tribunal d'Empire du 23 décembre 1899, in RGZ 45 (1900) 80, 82: «Es lässt sich auch nicht etwa geltend machen, dass H. [fiduciaire] nur nach aussen hin, Dritten gegenüber, dagegen nicht in seinem Verhältnis zu den Klägern [fiduciants] Eigentümer geworden sei; in dieser Weise lässt sich der Eigentumsbegriff nicht spalten».

323 Cf. BLAUROCK/WITZ (1985), p. 234.

324 Cf. GERNHUBER (1988), p. 358.

325 REINHARDT/ERLINGHAGEN (1962), pp. 45 et 49.

326 REINHARDT/ERLINGHAGEN (1962), pp. 46ss.

prudence devrait franchir un pas supplémentaire et conceptualiser la fiducie sur la base de l'attribution d'un droit réel limité au fiduciaire, et non d'un plein transfert de droit (propriété absolue ou titularité d'une créance)[327]. Selon eux, le *numerus clausus* des droits réels n'empêche pas la jurisprudence de développer un acte juridique, non réglementé par la loi, de manière à ce qu'il corresponde aux besoins de l'économie[328]. Quant à ASMUS, il considère que le transfert de droit est un transfert causal qui aboutit à l'attribution au fiduciaire d'un droit de propriété relatif, limité à la réalisation du but fiduciaire («zweckbeschränktes Eigentumsrecht»), le fiduciant conservant un droit de nature réelle sur le bien fiduciaire[329]. Pour WOLFF et RAISER, le contrat fiduciaire crée une propriété relative («relativ unwirksames Eigentum»), selon laquelle le fiduciaire est propriétaire vis-à-vis de tous (rapports externes) excepté le fiduciant, celui-ci demeurant propriétaire du bien fiduciaire dans les rapports internes[330].

Enfin, une partie de la doctrine ne reconnaît à la convention de fiducie que des effets obligationnels et approuve le droit de revendication sur la base d'une interprétation spécifique des dispositions légales en vigueur. Ainsi, selon WALTER, il résulte d'une interprétation historique et téléologique des §§ 1 et 43 KO, que l'on ne peut revendiquer un bien dans la faillite que si celui-ci n'appartient pas au patrimoine du failli. Or, la titularité juridique sur un bien («Rechtszuständigkeit») ne serait qu'un indice de son appartenance patrimoniale («Vermögenszugehörigkeit»). En matière de fiducie, le principe juridique de l'équité (*Billigkeit*) justifierait le droit du fiduciant de revendiquer le bien fiduciaire, lequel fait économiquement partie de son patrimoine, malgré la titularité juridique que possède le fiduciaire sur ce même bien[331]. D'opinion semblable, HENSSLER estime que la *ratio* des §§ 771 ZPO et 43 KO permet de soustraire certains biens aux mesures d'exécution forcée prises à l'encontre d'un cocontractant (en l'espèce le fiduciaire), en faisant prévaloir le critère de l'appartenance patrimoniale par rapport à celui de la titularité formelle[332]. Dans sa récente thèse,

---

327 REINHARDT/ERLINGHAGEN (1962), pp. 49s.

328 REINHARDT/ERLINGHAGEN (1962), p. 49.

329 ASMUS (1977), pp. 68s et 327ss. «Fiduziarisches Eigentum ist Sondereigentum. Es ist relatives Eigentum, geprägt von den kausalen Rechtsbeziehungen der Parteien» (p. 330).

330 WOLFF Martin et RAISER Ludwig, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Dritter Band, *Sachenrecht*, Tübingen, 1957, pp. 354 et 355. Ces auteurs reprennent la théorie développée par DERNBURG dans ses *Pandekten* publiés en 1888 (Tome I, Partie générale et droits réels, Berlin, 1888, p. 230). Sur cette théorie, cf. JAEGER (1968), pp. 66ss.

331 WALTER (1974), pp. 52ss.

332 HENSSLER (1996), pp. 52s.

GRUNDMANN soutient lui aussi l'approche obligationnelle. Il explique le droit de distraction du fiduciant par le fait que la convention de fiducie serait apte à produire un effet juridique grevant les droits des tiers («Lastwirkung gegenüber Dritten»)[333].

Il faut encore mentionner la thèse, semble-t-il isolée, de HUBER, selon lequel le fiduciant serait titulaire d'un droit patrimonial *sui generis*, comparable à l'*equitable interest* du *beneficiary* d'un *trust*[334]. Il s'agirait d'un «personenrechtlich garantiertes Vermögensinteresse» découlant des rapports privilégiés de confiance existant entre le fiduciant et le fiduciaire[335].

Quant aux conditions de la protection du patrimoine fiduciaire, la doctrine a évolué de manière inverse au cas des privilèges accordés au fiduciant: alors qu'elle approuvait à l'époque le principe de l'*Unmittelbarkeit*[336], la doctrine plus récente le rejette majoritairement[337]. Elle estime en effet que tous les biens que le fiduciaire gère en qualité de propriétaire au profit du fiduciant (patrimoine fiduciaire), quelle que soit leur provenance, devraient être considérés comme biens fiduciaires, et donc être protégés[338]. Pour une partie croissante de la doctrine, le «principe de l'immédiateté» doit être écarté au profit d'autres critères, tels ceux de la claire ségrégation du bien fiduciaire (*Bestimmtheitsprinzip*)[339] ou de la reconnaissabilité par les tiers créan-

---

333 Stefan GRUNDMANN, *Der Treuhandvertrag insbesondere die werbende Treuhand*, Munich, 1997, pp. 318ss. Voir aussi GRUNDMANN (1998), pp. 478ss.

334 HUBER (1967), p. 420.

335 HUBER (1967), p. 421.

336 Il s'agissait notamment de distinguer la fiducie de la représentation indirecte, d'assurer la sécurité du droit, et de réduire tant les risques de fraude que le champ d'application d'une règle qui revêtait un caractère exceptionnel (cf. ROSSIER (1989), p. 885; REINHARDT/ERLINGHAGEN (1962), p. 47; SCHULER (1962), p. 52 et WALTER (1974), pp. 99ss).

337 Elle reproche notamment à ce principe de produire des résultats arbitraires, d'être incompatible avec les modes de paiement modernes et de pas être conforme avec la notion, pourtant définie par la jurisprudence, «*d'appartenance économique*» du bien fiduciaire. Cf. ASSFALG (1963), p. 1585; COING (1973a), pp. 178s; GERNHUBER (1988), p. 361; HENSSLER (1996), p. 55; KÖTZ (1963), pp. 132ss; REINHARDT/ERLINGHAGEN (1962), p. 48 et WALTER (1974), pp. 115ss.

338 Cf. ROSSIER (1989), p. 885 et références citées, note 393.

339 Cf. ASSFALG (1963), p. 1585: «Unabdingbare Vorraussetzung ist jedoch stets, dass der verwaltete Gegenstand bestimmt oder vom Vermögen des Verwalters unterscheidbar ist»; COING (1973a), pp. 178s; HENSSLER (1996), pp. 58ss et WALTER (1974), pp. 150ss.

ciers de l'opération fiduciaire (*Offenkundigkeitsprinzip*)[340]. Relevons que la Cour fédérale, même si elle maintient le principe de l'*Unmittelbarkeit*, applique à notre avis déjà dans certains cas, il est vrai de manière limitée, les critères proposés par la doctrine[341]. Par ailleurs, le législateur a partiellement codifié le *Bestimmtheitsprinzip* au § 292 de la nouvelle loi sur l'insolvabilité (InsO)[342].

Enfin, reste la question de la qualification juridique du patrimoine fiduciaire. Cette question n'a pas été tranchée expressément par la jurisprudence. La doctrine dominante considère cependant que, de par les mesures de protection du patrimoine fiduciaire et de par l'obligation pour le fiduciaire de tenir ce patrimoine séparément de ses propres biens et de le comptabiliser distinctement, le patrimoine fiduciaire constitue en Allemagne, sous réserve des limites induites par le principe du caractère immédiat, un patrimoine

---

340 NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 99: «Voraussetzung für die Interventionsrechte des Fiduzianten bei Gläubigerzugriff auf das Treugut soll nicht nur die Bestimmtheit des bloss fiduziarischen Gutes sein, sondern aus Gründen der Rechtssicherheit... auch die Erkennbarkeit der bloss fiduziarischen Berechtigung des Fiduziars durch dessen Gläubiger». GERNHUBER (1988), pp. 357 et 361, insiste sur le fait qu'il doit s'agir d'une reconnaissabilité relative, visant le tiers contractant avec le fiduciaire et non un cercle de tiers élargi. Cf. aussi CANARIS (1978), pp. 410ss et (1988), no 280.

341 La jurisprudence excluant la protection du patrimoine fiduciaire contre des mesures d'exécution forcée exercées par des tiers créanciers du fiduciaire, lorsque le fiduciaire a mélangé ledit patrimoine, constitué de biens fongibles, avec ses propres biens fongibles (cf. *NJW* 24 (1971) 559), peut, en effet, être considérée comme une application partielle du *Bestimmtheitsprinzip*.

Par ailleurs, la Cour fédérale allemande a également reconnu partiellement le principe de l'*Offenkundigkeit* dans le cas du *echtes Anderkonto*. Ainsi a-t-elle jugé, d'une part, que de tels comptes sont compatibles avec le principe du caractère immédiat (cf., par exemple, la jurisprudence publiée in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Cologne) 14 (1993) 213), et, d'autre part, qu'ils empêchent une banque dépositaire de compenser sa dette, constitué de l'avoir fiduciaire, avec une créance qu'elle détient envers le fiduciaire (cf., par exemple, la jurisprudence publiée in *NJW* 1968, 594, 595). La Cour fédérale allemande a, en revanche, encore récemment rejeté l'application générale de ce principe: «Für das Widerspruchsrecht des Treugebers nach § 771 ZPO ist die Publizität des Treuhandkontos demgegenüber nicht zwingend erforderlich... Die Rechtsordnung verlangt generell nicht, dass die Vermögensverhältnisse des Schuldners für seine Glaübiger ohne weiteres durchschaubar sein müssen. Wie gerade die Vorschrift des § 771 ZPO zeigt, muss der Gläubiger gewärtigen, dass Vermögensgegenstände, die dem äusseren Anschein nach dem Schuldner gehören, in Wahrheit nicht dem Vollstreckungszugriff unterliegen. Auch die stille Zession und viele Formen der Sicherungsübereignung belegen, dass der Schuldner nicht gezwungen ist, seine Vermögensverhältnisse offenzulegen» (arrêt du 1er juillet 1993, publié in *NJW 46* 1993, 2622).

342 *Insolvenzordnung* du 5 octobre 1994, entrée en vigueur le premier janvier 1999. Cf. HENSSLER (1996), p. 59.

distinct (*Sondervermögen*) du patrimoine personnel du fiduciaire[343]. Il est par contre difficile d'y voir un véritable patrimoine affecté, qui ne répondrait que des dettes liées à l'opération fiduciaire en question, vu les jurisprudences hésitantes, et parfois contradictoires en la matière[344].

[343] Cf. BARTHOLD (1997), p. 31; BLAUROCK/WITZ (1985), p. 244; COING (1991), pp. 83s; KLEIN (1990), p. 478 et SEEL-VIANDON (1979), p. 195.

[344] Voir, par exemple, la jurisprudence admettant la compensation de créances au profit d'un tiers, débiteur du patrimoine fiduciaire et créancier du fiduciant, lorsque le tiers peut démontrer l'absence d'indépendance juridique du fiduciaire vis-à-vis du fiduciant (cf. *NJW* 1968, 594, 595). Dans un tel cas, le patrimoine fiduciaire répond d'une dette du fiduciant, étrangère à l'opération fiduciaire en question.

CHAPITRE III

BILAN CRITIQUE

La fiducie-gestion helvétique et son homologue allemande comportent de nombreuses similitudes, mais aussi plusieurs différences. La mise en perspective de ces divers éléments nous permettra de tirer des enseignements précieux. Mentionnons tout d'abord les points communs[345]. Tant en Suisse qu'en Allemagne, l'existence et le développement de la fiducie sont dus, en l'absence de réglementation légale, au mérite de la jurisprudence. La conception de la fiducie est identique. La doctrine majoritaire des deux pays s'appuie sur la *Vollrechtstheorie*, laquelle postule un transfert de droit plein et entier au fiduciaire (le *Können*), dont l'exercice est limité par la convention de fiducie (le *Dürfen*). Cette théorie, dont nous déterminerons par la suite les origines historiques, est tributaire de principes juridiques érigés en dogmes (stricte séparation entre droit réel et droit obligationnel, *numerus clausus* des droits réels et unité du patrimoine). Ces principes ne permettent cependant pas de prendre en compte de manière adéquate la dissociation entre titre juridique et bénéfice économique. Appliqués à la lettre, ils rendraient pratiquement impossible toute protection du patrimoine fiduciaire. Ce que la structure choisie de la fiducie ne semblait pas permettre a pourtant été réalisé, certes de manière fragmentaire, principalement par les juges.

Il est intéressant de noter que, si les buts recherchés étaient les mêmes en Suisse et en Allemagne, les moyens d'y parvenir et les solutions adoptées ont considérablement divergé. Les tribunaux se sont basés sur des conceptions et dispositions particulières existant dans chacun des deux Etats. Ainsi, la question du droit de revendication du fiduciant dans la faillite du fiduciaire a été réglée de manière exactement contraire. Alors que les tribunaux allemands n'ont admis le principe d'un tel droit que pour les biens que le fiduciant a lui-même remis directement au fiduciaire, le Tribunal fédéral ne l'accorde que pour les biens et créances acquis de tiers[346]. Il faut remarquer, d'un point de vue dogmatique, que la jurisprudence allemande, contrairement à celle de notre pays, a implicitement admis que la propriété conférée au fiduciaire était une propriété spécifique, dans la mesure où elle ne com-

---

345 Cf. BARTHOLD (1997), pp. 26s.

346 Cf. HENSSLER (1996), p. 55; HONSELL (1993), p. 74; WIEGAND (1982), p. 586 et WOLTER (1999), pp. 168ss.

prend, selon le Tribunal d'Empire puis la Cour fédérale allemande, que la «propriété juridique», mais non la «propriété économique». En l'occurrence, la jurisprudence allemande, connue pour son attitude dogmatique, a été beaucoup plus libérale que la jurisprudence helvétique, pourtant réputée pour son pragmatisme[347]. On peut aussi mettre en évidence une autre différence qui concerne les domaines d'application de la fiducie. En Allemagne, la *Sicherungsübereignung* (ou *eigennützige Treuhand*) est la forme de fiducie la plus pratiquée, alors qu'en Suisse la fiducie-gestion (ou *fremdnützige Treuhand*) est la plus utilisée, la fiducie-sûreté étant frappée d'inefficacité envers les tiers de par l'interdiction du gage sans dépossession (art. 717 CC)[348].

Mais, au-delà des similitudes ou divergences relevées ci-dessus, il faut constater que la fiducie suisse et sa sœur allemande souffrent des mêmes insuffisances dogmatiques et de lacunes similaires dans leur régime juridique[349].

En Allemagne, il n'existe toujours pas de régime cohérent de la *Treuhand*. La jurisprudence a certes apporté des réponses concrètes à des litiges qui lui ont été soumis, mais n'a jamais choisi de fondement dogmatique clair permettant de résoudre d'une manière générale et incontestée les questions centrales du statut juridique du bien fiduciaire, et de la nature des relations juridiques entre le fiduciant, le fiduciaire et les tiers[350]. Le régime actuel, composé de multiples exceptions et contre-exceptions (propriété économique, *Unmittelbarkeitsprinzip*, *Surrogationsverbot*, *echtes Anderkonto*, *Sonderkonto*), aboutit à une certaine insécurité juridique. En outre, la reconnaissance tacite d'un patrimoine séparé et d'un droit de nature «*quasi réelle*» du fiduciant sur les biens fiduciaires est peu compatible avec les fondements théoriques de la *Treuhand*[351]. Une partie de la doctrine a tenté de

---

347 Cf. WIEGAND (1982), p. 574.

348 Cf. REYMOND/REVACLIER (1985), p. 446 et WITZ (1991b), p. 13.

349 Cf. WIEGAND (1982), pp. 565ss et 587 ss.

350 Voir ASMUS (1977), p. 65. NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 91: «...geht hervor, dass das oberste deutsche Gericht an eine strukturverändernde juristische Aufspaltung des Eigentumsbegriffs mit allen Konsenquenzen nicht gedacht haben kann. Vielmehr standen für das Gericht stets nur die vollstreckungsrechtlichen Folgen der Fiduzia zur Diskussion, niemals aber beispielsweise der Umfang der Verfügungsbefugnis des Fiduziars».

351 ASMUS (1977), pp. 65s: «Sieht man den Treuhänder als Volleigentümer an, verbleibt keine dingliche Rechtsposition, die Grundlage eines Aussonderungsrechts oder Drittwiderspruchsklage zugunsten des Treugebers sein könnte. Wenn sich die Rechtsprechung seit der grundlegenden Entscheidung in RGZ 45, 80, 85 auf den Standpunkt

remédier à cette situation; à défaut d'unité de vues, elle n'est toutefois pas parvenue à proposer un régime juridique qui se soit imposé.

En définitive, la protection du patrimoine fiduciaire repose encore aujourd'hui sur une jurisprudence du XIX^e siècle! A l'époque, quelques jours avant l'entrée en vigueur du *Bürgerliches Gesetzbuch* le premier janvier 1900, cette décision pouvait paraître bien hardie. Distinguer une propriété juridique et une propriété économique, et faire prévaloir celle-ci sur celle-là, dans un pays qui s'apprêtait à consacrer le principe de la propriété absolue, a sans doute nécessité un certain courage. Mais, depuis lors, peu de progrès significatifs ont été réalisés[352]. La notion de «propriété économique» n'a toujours pas été précisée, de sorte qu'il est bien difficile de déterminer quels sont ses contours et ses effets juridiques[353]. Il en va de même du concept plus récent de droit «*quasi réel*», proposé par la doctrine[354]. Les privilèges accordés au fiduciant ne correspondent-ils pas à une limitation des droits du fiduciaire sur le bien fiduciaire? La référence à un droit «quasi réel» ne revient-elle pas à admettre implicitement l'existence d'une propriété fiduciaire spécifique?

En Suisse, la protection partielle du patrimoine fiduciaire est intervenue tardivement[355], par à-coups, sans conception globale, ni justification théorique[356]. C'est souvent la jurisprudence qui a pris les devants (par exem-

stellt, das Treugut gehöre zwar formell und juristisch dem Treuhänder, materiell und wirtschaftlich dem Treugeber, so bedeutet dies, dass dingliche Rechtszuständigkeit und vollstreckungsrechtliche Vermögenzugehörigkeit im Rahmen fiduziarischer Rechtsgestaltungen auseinanderfallen». Cf. aussi HENSSLER (1996), pp. 37ss.

352 Ce que regrettait récemment un auteur allemand: «90 Jahre Theorienstreit um eine Verdinglichung der Rechtsstellung des Treugebers haben der Treuhanddogmatik keine Präzision und Überzeugungskraft, der Praxis keine Erleichterung bei der Begründung der unstreitigen Ergebnisse und keine Fortschritte bei der Lösung neu auftretender Streitfragen gebracht» (cf. HENSSLER (1996), p. 85).

353 Pour une critique de cette notion, cf. GERNHUBER (1988), pp. 358s; HENSSLER (1996), pp. 51s et HUBER (1967), p. 420.

354 Pour une critique de la doctrine majoritaire, cf. HENSSLER (1996), pp. 48ss et HUBER (1967), p. 420.

355 Rappelons que la fameuse décision *Feras Anstalt c. Vallugano*, dans laquelle le Tribunal fédéral indiqua que le fiduciant pouvait se prévaloir dans la faillite du fiduciaire, à certaines conditions, du droit de distraction prévu à l'art. 401 CO, n'a été rendue qu'en 1973 (cf. ATF 99 II 393, *JdT* 1974 I 588).

356 Cf. WIEGAND (1982), p. 565. L'expression de «propriété économique» a certes parfois été adoptée par le Tribunal fédéral (cf. ATF 91 II 442, *JdT* 1966 I 337 et ATF 117 II 429). Mais, jamais un lien n'a été effectué entre la titularité économique du fiduciant et les droits qui lui ont été accordés. En d'autres termes, on a toujours évité de donner un contenu dogmatique et juridique spécifiques à cette «propriété économique», pourtant expressément nommée.

ple, application de l'art. 401 CO), plus rarement aussi, le législateur (cf. par exemple les art. 16 et 37b LB). Mais à chaque fois, la conception dogmatique de la fiducie-gestion a été mise à mal. Le régime juridique s'éloigne en effet de plus en plus de la structure théorique de la fiducie (théorie de l'acte fiduciaire). Par ailleurs, le régime hétéroclite résultant de ces diverses interventions aboutit à des solutions pratiques parfois injustifiables[357]. Il faut souligner en outre l'extrême manque de cohérence du système juridique. Car, à l'inverse du droit civil, les droits fiscal, comptable et pénal reconnaissent la titularité du fiduciant sur le patrimoine fiduciaire[358]. Nous sommes donc confrontés à un régime disparate qui est doublement inadéquat: d'une part, il ne correspond que très imparfaitement aux attentes des utilisateurs de la fiducie et, d'autre part, il n'a pas de fondement théorique clair.

La doctrine récente critique de manière croissante cette situation. Les reproches concernent avant tout le manque de protection des biens fiduciaires vis-à-vis des tiers et le manque d'indépendance du fiduciaire vis-à-vis du fiduciant[359]. Un auteur se demande si la fiducie, sous sa forme actuelle, n'a pas épuisé ses potentialités. Il regrette que la fiducie helvétique ne puisse être utilisée dans des applications pourtant en plein développement dans d'autres pays, tels les fonds de créance, les pools de sûretés, les comptes fiduciaires remplissant les fonctions d'*escrow account*, ainsi que les diverses opérations «d'ingénierie financière»[360]. Paraissent également impratica-

---

357 Commentant la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'application de l'art. 401 CO, GIOVANOLI parle de «protection à éclipses» qui «ne joue que par intermittence: elle n'existe pas lorsque les avoirs sont remis directement par le fiduciant en attendant le placement fiduciaire et disparaît lorsque les fonds sont remboursés et crédités sur un compte général du fiduciaire» (GIOVANOLI (1994), p. 198). Quant à THÉVENOZ (1995), il juge de la manière suivante la réglementation de l'acte fiduciaire: «Ainsi, malgré les soins de la jurisprudence..., malgré ces deux interventions parlementaires [fonds de placement et fiducie bancaire] et quelques rapiéçages réglementaires, malgré encore la pratique plutôt libérale des autorités fiscales, la fiducie m'apparaît comme une cendrillon dont le vêtement législatif tout neuf cache mal les haillons et dont le carrosse n'est qu'une citrouille longuement bricolée...» (p. 348).

358 Ainsi, par exemple, HIRSCH: «On voit bien la contradiction évidente entre la tradition du droit privé où on laisse au fiduciaire la plénitude des droits sur le bien et les développements de droit comptable et fiscal qui manifestement vont dans un autre sens... Est-ce que notre ordre juridique peut pendant encore longtemps continuer à avoir une pareille différence entre l'approche de droit privé et l'approche de droit comptable et fiscal?» (Alain HIRSCH: «Intervention aux débats de la journée d'étude CEDIDAC du 16 mars 1994», in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, p. 235).

359 Cf. GIOVANOLI (1991), pp. 45ss; GIOVANOLI (1994), pp. 189ss et THÉVENOZ (1995), pp. 313ss.

360 Cf. GIOVANOLI (1991), p. 45, note 76 et références citées. Voir aussi THÉVENOZ (1995), pp. 293ss, (1997), p. 122 et WATTER (1995), pp. 246ss.

bles des formes discrétionnaires de fiducie-gestion, dont le succès du trust au-delà du monde anglo-saxon démontre aujourd'hui la nécessité[361]. En outre, la fiducie-gestion de droit commun ne peut, en l'état, bénéficier de la reconnaissance internationale sur la base de la *Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, convention que notre pays pourrait ratifier d'ici quelques années. Dès lors, la convention n'aurait aucune portée quant à la reconnaissance d'une fiducie suisse à l'étranger[362]. Or, actuellement la reconnaissance des règles suisses protégeant fiduciants et bénéficiaires n'est pas garantie devant les juridictions étrangères, ce qui compromet l'attrait de la fiducie helvétique[363].

Enfin, le nouveau régime juridique adopté en matière de fiducie bancaire a également prêté le flanc à la critique. Non prévues dans le projet de loi du gouvernement, mais intégrées dans la loi sur les banques, en commission du Conseil National, à l'instigation de l'Association suisse des banquiers, les nouvelles dispositions (art. 16 et 37b LB) ont été adoptées en session plénière, sans motivation ni débats[364]. Il en résulte, suivant les points de vue, une formulation aussi incomplète qu'incertaine[365], mais aussi un avantage concurrentiel non justifié. En instaurant une protection plus étendue pour les patrimoines gérés à titre fiduciaire par les banques, le législateur a en effet indirectement prétérité toutes les personnes agissant à titre fiduciaire qui ne sont pas des banques[366]. Il faut préciser que les clients des gérants de fortune, des sociétés fiduciaires, des notaires, des avocats, mais aussi les fiduciants utilisant la fiducie dans un contexte non professionnel, ne pourront pas bénéficier d'un tel système[367]. Or, à l'heure actuelle, on ne

361 Cf. THÉVENOZ/DUNAND (1998), p. 504.

362 Cf. GIOVANOLI (1991), no 32.

363 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 349.

364 Sur les interventions des députés au Conseil national ou au Conseil des Etats, cf. *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats*, 1993 658 et 1994 734, 1094s et 1355; et *Conseil national*, 1993 48, 1994 1422 et 2530. Sur les circonstances politiques et économiques ayant conduit à l'adoption de ces nouvelles dispositions, voir FASEL (1995), pp. 113s; Victor FÜGLISTER, «Intervention aux débats de la Société Suisse des Juristes le 30 septembre 1995», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 114 (1995) II, pp. 516s; THÉVENOZ (1995), pp. 282s et ZOBL (1995), pp. 547s.

365 Cf. ZOBL (1995), p. 560 et GIOVANOLI (1994), p. 216ss, lequel estime, p. 222, que ces nouveaux articles «ont une portée limitée et posent plus de questions qu'ils n'apportent de réponses: c'est un hors-d'œuvre appétissant qui ne remplace pas le festin complet auquel on pourrait songer...».

366 Cf. FASEL (1995), pp. 112ss et André CUENDET, «Intervention aux débats de la Société Suisse des Juristes le 30 septembre 1995», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 114 (1995) II, pp. 523s.

367 Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 283s et 349s.

sait comment les juges interpréteront l'art. 401 CO à la fiducie non bancaire[368]. Certains craignent que, le cas des banques étant réglé, le Tribunal fédéral estime nécessaire, pour les hypothèses non visées par ces nouvelles dispositions, de restreindre l'application de l'art. 401 CO aux fiducies faisant l'objet d'un simple mandat destiné à prendre rapidement fin, contentant ainsi les auteurs qui différencient fiducie et représentation indirecte[369].

On trouve dans la doctrine de nombreuses propositions pour résoudre ces défauts majeurs. En ce qui concerne le régime commun de la fiducie, la doctrine majoritaire propose avant tout une application extensive de l'art. 401 CO, tendant à assurer une protection plus étendue du patrimoine fiduciaire[370]. Certains vont plus loin, en estimant que l'ordre juridique suisse devrait reconnaître que les biens fiduciaires forment un patrimoine séparé, distinct du patrimoine général du fiduciaire et affecté aux fins de la convention de fiducie[371]. Il a également été suggéré que certaines dispositions légales sur le mandat (art. 397 et 404 CO) ne soient plus considérées comme impératives. En particulier, le fiduciant devrait être à même de renoncer à son droit de révoquer en tout temps la fiducie et à son pouvoir de donner des instructions obligatoires pour le fiduciaire[372].

Nous reviendrons dans la dernière partie de notre thèse sur ces différentes questions. Il importe ici de souligner l'importance de prendre en compte l'objectif recherché par les parties: transférer au fiduciaire un plein pouvoir juridique sur un bien, sans lui en attribuer pour autant la titularité patrimoniale. L'analyse de ce mécanisme nous amène tout naturellement à une réflexion approfondie sur les concepts de propriété et de patrimoine, mais aussi sur les rapports entre droit personnel et droit réel. On sait que ces diverses notions, qui constituent des éléments essentiels du droit privé, ont été forgées par les juristes romains. Encore faut-il déterminer ce qu'elles recouvraient véritablement en droit romain. Par ailleurs, il est d'usage de faire découler la *Vollrechtstheorie* des sources romaines. Or, nous souhaitons démontrer que la doctrine moderne se méprend largement sur la nature

---

368 THÉVENOZ (1995), p. 283: «les juges interpréteront-ils désormais la disposition du Code des obligations dans le sens des normes spéciales de la loi sur les banques, ou maintiendront-ils une application restrictive par un argument *a contrario*?».

369 Ce que pourrait laisser craindre, nous l'avons vu, l'*obiter dictum* de l'ATF 117 II 429, 430, *JdT* 1994 II 2.

370 Cf., par exemple, HONSELL (1993), pp. 73ss et WATTER (1995), pp. 222ss.

371 Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 313ss.

372 Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 339ss et WATTER (1995), nos 77ss.

de la fiducie romaine. Nous sommes convaincu qu'une meilleure connaissance des sources historiques contribuera largement à une définition plus efficiente de notre fiducie moderne. Nos propositions de réforme du régime juridique de la fiducie-gestion (partie IV) seront ainsi précédées d'une étude détaillée de la *fiducia cum amico* romaine (partie II), ainsi que du contexte dogmatique du XIX^{e} siècle dans lequel est née la théorie de l'acte fiduciaire (partie III).

DEUXIÈME PARTIE

FIDUCIA CUM AMICO: «MANCIPIO DARE UT REMANCIPETUR»

Nous venons de rappeler les principes dogmatiques qui régissent aujourd'hui la fiducie-gestion en droit suisse[373]. Nous allons maintenant chercher à démontrer que la *fiducia* romaine est étrangère à ces principes. L'objectif est de définir la structure, ainsi que les effets juridiques de la *fiducia*. Dans le chapitre II, nous indiquerons de quelle manière se crée cet acte juridique et nous déterminerons la source du devoir de retransfert du bien fiduciaire. Puis, dans un chapitre consacré à la sanction juridique de la *fiducia*, nous cernerons de plus près l'objet et l'ampleur de ce devoir (chapitre III). Le chapitre suivant, centré sur les aspects patrimonial et réel de la propriété fiduciaire, portera sur l'analyse du statut juridique du bien fiduciaire et sur la nature de ses liens juridiques avec le fiduciaire comme avec le fiduciant (chapitre IV). Enfin, le dernier chapitre sera l'occasion de synthétiser nos principales thèses sur la *fiducia romaine* (chapitre V). Ces développements seront précédés d'un chapitre introductif dans lequel il s'agira d'évoquer l'étymologie, l'histoire et les domaines d'utilisation de la *fiducia*, mais aussi de délimiter le sujet, de mentionner les sources à notre disposition et de préciser notre méthode de travail (chapitre I).

CHAPITRE I

INTRODUCTION

Le terme *fiducia*, qui signifie «confiance», est un dérivé des verbes *fidere* (avoir confiance, se fier à) et *fidare* (confier), dont le sens est voisin de *audacia* (audace)[374]. Les juristes romains l'ont employé pour désigner soit l'opération fiduciaire dans son ensemble, soit la cause du transfert de pro-

[373] Cf. *supra*, pp. 17ss.

[374] Cf. ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), p. 233, rubrique *fido, -is, fisus sum*, dont la *fiducia* est un dérivé.

priété par le procédé de la *mancipatio*, soit encore, le bien fiduciaire lui-même[375].

Le sens de ce mot doit être rapproché, mais clairement distingué, du terme *fides*, dont l'origine étymologique est proche[376]. D'un point de vue juridique, la *fides* se réfère à la qualité objective que l'on reconnaît à toute personne à qui l'on peut se fier en pleine sécurité. C'est de ce sens objectif que dérive le sens subjectif par lequel la *fides* exprime un mode de comportement dans la vie sociale apte à inspirer la confiance et à en constituer le fondement le plus sérieux[377]. Dans la langue du droit, *fides* peut donc être traduit par «engagement solennel, garantie donnée, serment»; d'où «bonne foi, loyauté, fidélité à la parole donnée»[378]. On admet généralement que le nom de l'institution, *fiducia*, provient du fait que, dans sa forme primitive, elle n'était pas sanctionnée juridiquement, mais reposait uniquement sur le respect de la *fides* par le fiduciaire[379].

L'histoire de la fiducie romaine couvre l'essentiel de l'histoire du droit romain que l'on décompose généralement en quatre périodes distinctes: archaïque, pré-classique, classique et post-classique[380].

---

375 Cf. BISCARDI (1976), p. 20; ENGELS (1969), p. 846; ERBE (1940), p. 11; JACQUELIN (1891), p. 41, note 1; LONGO (1946), p. 2 et OERTMANN (1890), p. 4. Nous utiliserons quant à nous le terme *fiducia* pour qualifier l'opération fiduciaire dans son ensemble.

376 Sur le lien étymologique entre *fiducia* et *fides*, cf. GENY (1885), p. 16, note 14 et IMBERT (1953), p. 353. Selon IMBERT (1959), p. 408, la notion romaine primitive de la *fides*, qui relève plus de la sociologie que du droit, peut être définie comme «l'abandon total et confiant d'une personne à une autre, d'un peuple à un autre».

377 Cf. BETTI (1947), pp. 310s; BECKER (1969), p. 802 et NICOLETTI (1961), p. 293.

378 ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), p. 233.

379 Cf. GENY (1885), pp. 15s et NOORDRAVEN (1990), p. 229.

380 Si la dénomination même de ces périodes est aujourd'hui assez largement admise, leur datation, et en particulier la fixation de l'époque du passage du droit archaïque au droit pré-classique, est en revanche encore discutée. En principe, les auteurs font correspondre ces périodes à certaines phases essentielles de l'histoire de Rome, elles-mêmes déterminées par des modifications des structures politiques. Tout exercice de classification comporte nécessairement une part non négligeable d'appréciation personnelle. Nous nous baserons pour notre part sur la classification de GUARINO (1997), pp. 93 à 154, qui nous paraît intéressante bien qu'elle ne puisse être considérée comme exclusive.

Le droit archaïque, qui correspond à la période de la cité des Quirites (*civitas Quiritium*), conçue comme une communauté des pères de famille appartenant à des souches ou clans déterminés, s'étend de l'année de la mythique création de Rome, soit 754 av. J.-C., à l'an 367 av. J.-C., année de l'adoption des *leges Liciniae Sextiae*, par lesquelles les plébéiens furent considérés comme des citoyens à part entière de la communauté politique romaine. Relevons que, selon CANNATA (1989), pp. 12ss, lequel définit les pério-

Vraisemblablement apparue dans le courant du V^e siècle avant Jésus-Christ[381], la fiducie se développe pendant toute l'époque républicaine (env. 509 à 27 ans av. J.-C)[382] pour satisfaire peu à peu les fins les plus diverses. Ainsi, dans le droit des personnes, elle est utilisée dans le cas de la mancipation d'un *alieni juris* à un aquéreur qui s'engagera à l'affranchir (*emancipatio, coemptio, fiducia manumissionis causa*, etc); dans le droit des biens, elle permet de pallier l'absence de la représentation directe en droit romain, de mettre un bien en sécurité juridique (*fiducia cum amico*) et est aussi pratiquée comme sûreté réelle sans obligation de dépossession (*fiducia cum creditore*); dans le droit des successions, elle sert à réaliser une

---

des de l'histoire de Rome dans le contexte de l'histoire de la jurisprudence romaine, la période archaïque s'étend jusqu'à la fin du III^e siècle av. J.-C. (achèvement de la seconde guerre punique), voire au milieu du II^e, lorsque la jurisprudence romaine, élaborée par les *veteres*, les «anciens», parvint à une certaine maturité. La période pré-classique, qui correspond à celle de la *respublica* «romano-nationale», dans laquelle la citoyenneté romaine est conférée à toute personne, sans distinction de classe, ayant démontré son aptitude à participer et à s'intégrer dans la communauté nationale romaine, s'étend de l'an 367 av. J.-C., à l'an 27 av. J.-C., année pendant laquelle furent conférés à AUGUSTE les premiers pouvoirs constitutionnels du *princeps*. La période classique, qui correspond à la *respublica* «romano-universelle», dans laquelle la citoyenneté romaine est progressivement accordée à tous les habitants de l'Empire, et au régime du Principat, dans lequel il est conféré au plus éminent des citoyens, le *princeps*, des pouvoirs très étendus sur toutes les Provinces, s'étend de l'an 27 av. J.-C., à l'an 284 ap-J.-C., année de l'accession au pouvoir de l'Empereur DIOCLÉTIEN. Enfin, la période post-classique, qui correspond à l'absolutisme impérial, marqué par l'anéantissement presque total du rôle des institutions républicaines et la prééminence absolue de l'Empereur, s'étend du règne de DIOCLÉTIEN (284-305) à celui de JUSTINIEN (527-565).

381 La date d'origine est incertaine et difficilement déterminable. Divers écrits de CICERO représentent les premières sources dans lesquelles apparaît directement l'institution de la *fiducia*. La doctrine doit donc se limiter à des spéculations qui sont souvent basées sur des considérations historiques ou sociologiques, ou liées à l'étude d'institutions ou procédures diverses ayant un lien direct avec la *fiducia* (*mancipatio, nuncupatio, usucapio, usureceptio*...). Pour BELLOCCI, par exemple, qui se réfère notamment à l'existence de l'*usureceptio* qu'elle estime antérieure à l'*usucapio*, la *fiducia* est née antérieurement à la loi des XII Tables, laquelle fut promulguée en 451 av. J.-C. (1983, pp. 226ss). Voir aussi BELLOCCI (1974), pp. 13s. Dans le même sens, cf. KEMENES (1985), p. 253. FREZZA établit quant à lui le *dies a quo* à l'époque des *decemviri* (collège, composé de dix magistrats, qui gouverna Rome en 451-450 av. J.-C. et rédigea la loi des XII Tables), pendant laquelle la *mancipatio nummo uno* est déjà connue et utilisée, et le *dies ad quem*, à l'époque de la naissance de l'*actio fiduciae*. Il considère dès lors que l'origine de la *fiducia* peut être fixée dans une période comprise entre le V^e et le II^e siècle av. J.-C., vraisemblablement dans la première moitié de cette période (FREZZA (1963), pp. 4s).

382 Selon la classification de GUARINO que nous avons retenue, la République romaine est régie, en ce qui concerne le droit privé, en partie par le droit archaïque (jusqu'en 367 av. J.-C.), et en partie par le droit pré-classique (couvrant la période allant jusqu'à la fin de la République, soit de 367 à 27 av. J.-C).

donation *mortis causa* et apparaît également dans le cadre de la *mancipatio familiae* ou du testament *per aes et libram*[383].

La fiducie romaine est encore largement en usage pendant la période du droit classique (env. -27 à 284 ap. J.-C.)[384], puis disparaît progressivement lors de l'époque post-classique (env. 285 à 527 ap. J.-C.)[385] – sans doute plus rapidement dans la partie orientale de l'Empire romain[386] –, en raison notamment de la désuétude des modes de transfert de propriété (*mancipatio* et *in jure cessio*) auxquels elle est liée[387], ainsi que de l'utilisation croissante de contrats pouvant avoir des fonctions similaires (dépôt et commodat), du développement du gage (*pignus*) et de la naissance de l'hypothèque. Elle n'existe plus dans le droit de JUSTINIEN et, par la suite, elle n'est pas expressément mentionnée dans le *Digeste*[388].

Les sources, parfois fragmentaires, sont d'inégale valeur et sont l'œuvre tant d'auteurs juristes que non juristes[389]. Certaines d'entre elles nous donnent toutefois des informations précises et fiables sur de nombreux aspects de la fiducie[390].

Ainsi, la fiducie est traitée dans certaines œuvres de CICERO (106-43 av. J.-C.), dans les *Institutes* de GAIUS (II^e siècle ap. J.-C.), de même que dans les *Sententiae receptae* de PAULUS (III^e siècle ap. J.-C.)[391].

---

383 Pour une présentation des différentes applications de la *fiducia*, cf. BURDESE (1964), p. 501; ERBE (1940), pp. 124ss; MANIGK (1909), colonnes 2300ss; MONIER II (1977), pp. 122s; NOORDRAVEN (1990), pp. 236ss et WITZ (1981), pp. 21ss. Voir aussi l'étude détaillée de GROSSO (1929b) sur la *fiducia manumissionis causa*.

384 Le fragment du Vatican 18 se réfère à une constitution impériale de l'an 255, dans laquelle une *actio fiduciae* est mentionnée (cf. ERBE (1940), p. 191).

385 Vraisemblablement à partir de la fin du IV^e siècle, voire de la première partie du V^e (cf. ERBE (1940), pp. 204ss et JACQUELIN (1891), pp. 435ss). On peut relever qu'une constitution des Empereurs ARCADIUS et HONORIUS de l'an 395, compilée dans le *Codex Theodosianus* (recueil de constitutions impériales publié en l'an 428, entré en vigueur dans tout l'Empire en l'an 439), 15.14.9, mentionne encore la *fiducia* aux côtés du *pignus*: *pignoris atque fiduciae obligatio perseveret*.

386 Cf. GENY (1885), pp. 106ss; ERBE (1940), pp. 204ss et LONGO (1946), p. 84.

387 Sur la disparition progressive de l'usage de la *mancipatio*, voir COLLINET (1912), pp. 222 à 269.

388 BURDESE (1964), p. 500 et (1980), p. 295; MONIER II (1977), p. 121 et WITZ (1981), pp. 21ss.

389 Pour une liste détaillée des sources, voir OERTMANN (1890), pp. 5 à 51.

390 Cf. DIURNI (1992), p. 291.

391 L'origine de ces Sentences est controversée. On tend aujourd'hui à les considérer comme le fruit de l'activité d'un compilateur inconnu qui, à la fin du III^e siècle, les auraient réunies à partir de différentes œuvres de PAUL, et peut-être même d'autres auteurs

Par ailleurs, plusieurs inscriptions nous sont connues. Font, en effet, état d'une fiducie une tablette cirée provenant d'un triptyque d'Herculanum du I^er siècle ap. J.-C. (la *Tabula Herculanensis* no 65)[392], plusieurs tablettes cirées de Pompei du I^er siècle ap. J.-C. (les *Tabulae Pompeianae* 19, 21 et 22)[393], un triptyque de Pompei de 61 ap. J.-C. (communément appelé *mancipatio pompeiana*)[394], une inscription gravée sur une table de bronze du I^er ou II^e siècle ap. J.-C. (communément appelée *Formula Baetica*)[395], de même qu'un papyrus latin du III^e siècle ap. J.-C. relatif à l'émancipation des filles en Egypte (communément nommé *emancipatio puellae*)[396].

On trouve aussi certains textes relatifs à la fiducie dans des compilations privées d'importance, telles les *fragmenta Vaticana* (IV^e siècle)[397] ou la *collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (fin du IV^e siècle ou début du V^e siècle)[398].

---

classiques. Ce recueil de sentences aurait ensuite subi plusieurs modifications au cours des siècles. Il fut intégré en 506 dans la *Lex Romana Wisigothorum* (ou *Breviarium Alaricianum*), code émanant du roi wisigoth ALARIC II, non sans avoir été complété par une *Interpretatio*, sorte de commentaire-paraphrase. Sur ces questions, cf. Maria BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Pauli Sententiae / Testo e interpretatio*, Padoue, 1995, introduction.

392 Il s'agit d'une tablette provenant des archives privées de L. Cominius Primus, retrouvée dans la maison portant référence «Ins. V. n. 22». Le texte est publié par ARANGIO-RUIZ/PUGLIESE CARRATELLI (1954), p. 64.

393 Ces tablettes, composant sans doute trois triptyques, ont été retrouvées en 1959 dans la villa de Murécine, située près de la zone portuaire de Pompéi. Datant des années soixante ap. J.-C., elles font partie des archives d'une famille de Pouzzoles, les *Sulpicii* (cf. BOVE (1973), p. 7, note 2 et BOVE (1984), pp. 1 et 100).

394 Il s'agit de tablettes en bois trouvées à Pompéi le 20 septembre 1887 parmi les débris constituant deux triptyques (cf. GIRARD (1913), p. 819). Texte publié dans *FIRA* III, pp. 292 à 294.

395 Cette table faisant partie d'un diptyque dont elle formait la première table, la seconde ayant disparu, a été découverte en 1867 en Andalousie, près de l'embouchure du Guadalquivir, dans l'ancienne province de Bétique (cf. GIRARD (1913), pp. 822 et RUDORFF (1873), p. 52). Le texte est publié dans *FIRA* III, pp. 296s.

396 Texte publié dans *FIRA* III, pp. 31 à 33.

397 Il s'agit d'un manuscrit découvert en 1820 dans la bibliothèque du Vatican, consistant en un recueil de textes tirés des œuvres de PAPINIANUS, PAULUS et ULPIANUS, ainsi que des lois impériales (cf. GIRARD (1978), p. 83).

398 Il s'agit du fragment du premier livre d'un ouvrage dans lequel un auteur chrétien rapproche des passages des lois attribuées à MOÏSE et des textes de droit romain empruntés aux jurisconsultes GAIUS, PAULUS, ULPIANUS et MODESTINUS, ainsi qu'aux premiers codes (cf. GIRARD (1978), p. 83).

En outre, la fiducie est également mentionnée dans des textes de BOETHIUS (environ 480-524)[399] et d'ISIDORE DE SÉVILLE (560-636)[400].

Enfin, dans le cadre de sa reconstitution de l'édit perpétuel du préteur, le juriste allemand LENEL démontra à la fin du siècle dernier, par une étude systématique des interpolations justiniennes, que de nombreux fragments d'œuvres classiques contenus dans le *Digeste*, bien que parlant de *pignus* (gage), notamment au livre 13.7, *de pigneratitia actione* (de l'action du gage), se référaient à l'origine à la fiducie (*cum creditore*)[401].

---

399 La *fiducia cum amico* est mentionnée dans un passage (4.10.41) de l'ouvrage *In Ciceronis Topica*, commentaire des *Topiques* de CICERO. Relevons que, pour expliquer cette œuvre de CICERO, Anicius Manlius Severinus BOETHIUS, philosophe issu d'une famille noble, s'est également référé à certains textes de GAIUS, PAULUS et ULPIANUS, tous trois éminents juristes de l'époque classique (cf. WENGER Léopold, *Die Quellen des römischen Rechts*, Vienne, 1953, pp. 264 et 265). Le passage sur la *fiducia* est cité par OERTMANN (1890), p. 13.

400 On trouve une référence à la *fiducia* au passage 5.23 de l'ouvrage encyclopédique, *Originum sive Etymologiarum libri*, dans lequel le savant et lexicographe ISIDORE DE SÉVILLE, archevêque de Séville et docteur de l'Eglise, a condensé le savoir de l'Antiquité (cf. VAN CAENEGEM (1988), no 17). Pour la partie consacrée au droit, ISIDORUS a utilisé un grand nombre des sources romaines d'importance (GAIUS, PAULUS et ULPIANUS, ainsi que l'ensemble des sources justiniennes). Son œuvre reste donc d'un grand intérêt pour une meilleure compréhension de la terminologie du droit romain (cf. WENGER Léopold, *Die Quellen des römischen Rechts*, Vienne, 1953, pp. 212s). Le passage sur la *fiducia* est cité par OERTMANN (1890), p. 13.

401 A l'occasion de son travail de reconstruction du texte des grands commentaires de l'Edit de GAIUS, PAULUS et ULPIANUS, ainsi que du *Digestorum* de IULIANUS, LENEL remarqua, en effet, qu'il résultait du *Digeste* de l'Empereur JUSTINIEN que chacun des auteurs classiques susmentionnés aurait traité, sans logique apparente, du *pignus* dans deux livres différents. Par l'analyse méthodique des fragments des ouvrages de IULIANUS, GAIUS, PAULUS et ULPIANUS, LENEL parvint à la conclusion que, si certains livres se rapportaient à l'origine à l'*actio pigneratitia* et étaient classifiés dans l'Edit sous la rubrique «*de rebus creditis*», d'autres, au contraire, se référaient à l'*actio fiduciae*, sous la rubrique «*bonae fidei iudiciis*» (LENEL (1882), pp. 104ss).

Dans ce dernier cas, il s'agit notamment de fragments du livre X du commentaire de GAIUS *ad edictum provinciale* (cf. LENEL I (1960), p. 214, no 231), du livre XXXI du commentaire *ad edictum* de PAULUS (LENEL I (1960), p. 1027, nos 481 à 483), du livre XXX du commentaire *ad edictum* d'ULPIANUS (LENEL II (1960), pp. 618s, nos 901 à 906) et du livre XIII du *Digestorum libri XC* de IULIANUS (LENEL I (1960), pp. 353ss, nos 211 à 222).

Pour GIRARD, cette découverte de LENEL constitue l'un «des résultats de détail les plus brillants et les mieux établis» que ce dernier ait obtenus (GIRARD (1978), p. 552, note 2). Voir aussi, BELLOCCI (1974), p. 10; BISCARDI (1976), pp. 23ss; FREZZA (1963), pp. 5s; LONGO (1946), pp. 6s et NOORDRAVEN (1990), p. 231.

Cette découverte suscita de nouvelles études critiques[402] qui permirent d'établir avec une grande vraisemblance que, dans certains autres fragments du *Digeste*, les compilateurs avaient substitué à la *fiducia*, le *pignus* (pour la *fiducia cum creditore*)[403], le dépôt et le commodat (pour la *fiducia cum amico*)[404], le

402 Les principaux résultats probants ont été fournis par LENEL lui-même. Il a ainsi démontré que les textes suivants concernaient la *fiducia*: livre XXXV du commentaire de POMPONIUS *ad Sabinum* (LENEL II (1960), pp. 146ss, nos 797 à 802), partie du livre VII du *Digestorum libri XXXIX* de CELSUS (LENEL I (1960), p. 138, no 65), et livre VI du *Digestorum libri XL* de SCAEVOLA (LENEL II (1960), p. 222, nos 22 à 24). Cf. FREZZA (1963), pp. 5s; et LONGO (1946), p .7.

A noter que, selon NOORDRAVEN, le livre XXXV du commentaire de POMPONIUS se référait à l'origine au *pignus* et non à la *fiducia*. Il reconnaît cependant que la doctrine presque unanime a approuvé les conclusions de LENEL sur cette question (NOORDRAVEN (1990), pp. 231 à 236 et références citées). NOORDRAVEN opère toutefois une distinction entre des fragments qui, selon lui, ne concernaient que le *pignus* (13.7.8.1; 13.7.8.3; 13.7.8.4; 13.7.6 pr et 20.4.4), et d'autres qui, à l'origine, pouvaient traiter tant du *pignus* que de la *fiducia* (13.7.6.1; 13.7.8 pr; 13.7.8.2; 13.7.8.5; 18.3.2.; 46.3.26 et 50.16.181; cf. NOORDRAVEN (1990), pp. 235 et 254, note 22). LENEL se fonde quant à lui sur une interprétation grammaticale d'un passage du fragment 13.7.8.3 de POMPONIUS: *si... acceperim pignus pactusque sim, ut... vendere mihi eam liceret...* (si... j'ai reçu un bien en gage et qu'il soit convenu que je pourrai vendre ledit bien...). LENEL (cf. LENEL II (1960), p. 146) estime que les compilateurs du *Digeste*, après avoir remplacé le terme *fiducia* par celui de *pignus*, ont oublié de corriger le pronom féminin accusatif *eam* qui s'accordait parfaitement avec le mot féminin *fiducia*, mais qui est incompatible avec le substantif neutre *pignus*.

403 L'analogie entre la *fiducia cum creditore* et le *pignus* est évidente. Il s'agit, en effet, dans les deux hypothèses d'une sûreté réelle accordée au créancier. Il existait, toutefois, à l'origine une différence fondamentale: alors que, dans le cas de la *fiducia cum creditore*, le débiteur transférait la propriété du bien fiduciaire au fiduciaire (il gardait en principe la possession du bien fiduciaire qui consistait généralement en un bien indispensable pour sa survie économique, par exemple, un bien-fonds ou un esclave), dans le cas du *pignus*, le débiteur transférait au créancier-gagiste la possession (et non la propriété) du bien mis en gage. Ce n'est qu'à partir de l'époque de JULIEN (II^{e} siècle ap. J.-C.) qu'il fut possible de constituer un gage sans transfert de possession et que, dès lors, l'attractivité de la *fiducia cum creditore* déclina (cf. NOORDRAVEN (1990), pp. 239s).

404 Selon NOORDRAVEN, il en va ainsi des fragments suivants du *Digeste*: 9.4.22; 13.7.31; 27.3.5; 44.7.16 et 45.3.6 (NOORDRAVEN (1990), pp. 238 et 255, note 36). A noter que, dans ces cas, la fiducie a été tracée au profit du dépôt et du commodat, c'est-à-dire, remplacée par la clause «depositum vel commodatum». NOORDRAVEN explique de manière convaincante les raisons d'un tel choix: d'une part, la *fiducia cum amico* a une fonction similaire avec le dépôt, à savoir la remise d'un bien à un ami qui en prendra soin; d'autre part, il arrivait parfois, s'agissant notamment du transfert des biens-fonds, que les parties conviennent que le fiduciaire ait à les entretenir et à les utiliser, dans l'intérêt de leur conservation, et par là-même du fiduciant. Cette fonction pouvait donc comporter certaines analogies avec le commodat. Mais, dans le cas du commodat, l'utilisation est effectuée dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur, contrairement à la figure de la fiducie présentée ci-dessus. Il est dès lors possible d'exclure historiquement l'existence d'une fiducie ayant pour but unique celui recherché dans le commodat, parce qu'une telle fonction aurait été contraire à la nature de la fiducie (NOORDRAVEN (1990), pp. 238s). Dans le même sens, LONGO (1946), p. 78.

mandat[405] ou même la vente[406].

En fait, il apparaît que les juristes de JUSTINIEN ont systématiquement effacé toute mention relative à la fiducie, car cette institution était alors tombée en désuétude. Ils la remplacèrent dans les textes du *Digeste* par des contrats utilisés pour remplir les mêmes fonctions pratiques que la *fiducia* (*cum creditore* ou *cum amico*)[407].

Nous venons de voir que la *fiducia* romaine se prêtait à des applications très variées. Dans le droit moderne suisse, la pratique a essentiellement conservé les deux formes distinguées par GAIUS dans un célèbre passage de ses *Institutes* (2.60):

> *Sed cum fiducia contrahitur aut* ***cum creditore*** *pignoris iure, aut* ***cum amico***...
>
> (Si l'on convient fiduciairement soit avec un créancier selon le droit du gage, soit avec un ami...).

En effet, telles qu'adaptées aux besoins économiques de notre époque, ces deux catégories sont employées sous forme de fiducie-gestion (*fiducia cum amico*) et de fiducie-sûreté (*fiducia cum creditore*). Pour l'étude de la fiducie romaine, nous poursuivrons l'optique de notre recherche et nous aurons donc principalement en vue la *fiducia cum amico*[408]. La doctrine en a délimité de nombreuses applications[409]. Nous traiterons quant à nous de la

---

405 Pour le cas d'une *fiducia manumissionis causa*, voir les D. 17.1.30, IULIANUS, *lib.13 Digestorum* et 17.1.27.1, GAIUS, *lib. 9 ad Edictum provinciale* (cf., par exemple, LONGO (1946), pp. 81ss). Pour un autre cas, voir le D. 46.2.12, PAULUS, *lib. 31 ad Edictum* (cf. Horst Heinrich JAKOBS, «Fiducia und Delegation», in *SZ* (Weimar) 1993, pp. 370ss).

406 En ce qui concerne le remplacement du terme «fiducia» par le contrat de vente, cf. COLLINET (1939), pp. 93ss.

407 COLLINET (1912), pp. 231 et 232; LONGO (1946), pp. 6s et MARRONE (1989), p. 623.

408 Au demeurant, la *fiducia cum amico* laisse clairement apparaître, sans doute mieux que la *fiducia cum creditore* – la *fiducia cum amico* étant accomplie dans l'intérêt exclusif du fiduciant –, la finalité fiduciaire de l'acte et permet une vision plus nette de la structure originelle de la *fiducia* (cf. BELLOCCI (1983), p. 21).

409 Cf., par exemple, OERTMANN (1890), pp. 135ss. TELLEGEN (1997) a récemment déduit d'une lettre de PLINE LE JEUNE (10.4), l'existence d'une forme particulière de *fiducia cum amico*, qu'il dénomme *fiducia cum filio contracta*, liant une mère et son fils. A noter que selon HECK, la *fiducia cum amico* ne serait, en réalité, qu'une variante de la *fiducia cum creditore* (cf. HECK, «Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann», *SZ* (Weimar) 10 (1889), pp. 82ss). A notre connaissance, cette thèse déjà ancienne n'a trouvé aucun appui en doctrine. Cf. à ce sujet, H. GÖPPERT, «Zur Fiducia cum amico contracta», in *SZ* (Weimar) 13 (1892), pp. 317ss, ainsi que JACQUELIN (1891), pp. 386ss et WUBBE (1960), pp. 24ss.

forme la plus caractéristique et la mieux documentée, celle au moyen de laquelle le fiduciant cherche à protéger juridiquement ses biens lors de «temps difficiles».

A ce stade, il serait prématuré de donner une définition juridique de la *fiducia cum amico*; contentons-nous d'en relever l'état de fait et la fonction. Reprenant la description de MONIER, on peut indiquer que la *fiducia cum amico* a pour but de permettre «à une personne possédant des objets précieux de les confier à une personne de confiance qui en deviendra propriétaire et les restituera ultérieurement ...»[410].

Cette fonction essentielle de sûreté, de sécurité, dans la *fiducia cum amico* est très clairement exprimée par GAIUS *(Institutes*, 2.60):

> *Sed cum fiducia contrahitur... aut cum amico,* ***quod tutius nostrae res apud eum essent...***
>
> (Si l'on convient fiduciairement... soit avec un ami, que les choses nous appartenant soient plus en sûreté chez lui...).

Elle ressort également chez BOETHIUS, lequel donne un exemple concret de *fiducia cum amico* (*In Ciceronis Topica*, 4.10.41):

> *Velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat.*
>
> (Ainsi, par exemple, lorsqu'une personne qui traverse des temps difficiles transfère par une mancipation un fonds à un ami plus puissant, afin que l'ami le lui rende quand les temps difficiles auront cessé).

On le voit, la *fiducia cum amico* est apparue lorsqu'une personne ne voulait pas laisser ses biens sans protection, alors que, par suite d'éloignement (absence pour une longue période, par exemple à cause d'une guerre ou d'un voyage lointain) ou de faiblesse (classe sociale défavorisée, maladie ou accident), elle était dans l'incapacité temporaire de les administrer et de les défendre juridiquement[411]. Pour des raisons de sécurité, elle pouvait alors transférer les plus précieux de ceux-ci, voire l'intégralité de son patrimoine, à un ami de confiance[412], dont les positions sociale et politique leur

---

410 MONIER II (1977), p. 123.

411 Cf. NOUEL (1890), p. 19.

412 Selon ALBANESE le droit romain a en quelque sorte institutionnalisé les rapports d'amitié, dans la mesure où ceux-ci sont déterminables selon des valeurs objectives. Dans le droit privé de la fin de l'époque républicaine, n'est pas ami qui veut, mais celui qui provient de la même classe sociale et avec qui on peut fonder un rapport durable de fidélité (cf. Bernardo ALBANESE, «L'<amicitia> nel diritto privato romano», in *JUS*,

conféraient des garanties majeures d'immunité[413]. Il ne s'agissait pas d'une simple sécurité de fait, mais bien d'une sécurité juridique, découlant du transfert au fiduciaire de la titularité juridique sur le bien fiduciaire[414]. Parfois, le fiduciant *pater familias* transférait également à son ami la puissance juridique qu'il possédait sur les membres de sa famille. A son retour, l'ami lui retransférait l'intégralité des droits et des biens[415]. Notons que d'autres écrits littéraires font aussi état d'un tel transfert fiduciaire de droit, non pas en droit privé, mais dans le domaine ici non étudié du droit public, plus spécifiquement des pouvoirs politiques[416].

La difficulté – inhérente à l'étude du droit romain – provenant de l'existence de sources altérées est sans doute encore accrue dans le cas de la *fiducia* par les interpolations justiniennes. En fait, on trouve en doctrine de nombreux essais de reconstitution de tel ou tel passage d'un fragment, de sorte que la plupart d'entre eux connaissent plusieurs versions. De plus, la réfé-

---

Rivista di scienze giuridiche (Milan) XIV (1963), pp. 130ss). Voir à ce sujet PAULUS, D. 50.16.223.1 (*lib.* 2 *Sententiarum*): *Amicos appellare debemus, non levi notitia conjunctos: sed quibus fuerint jura cum patrefamilias, honestis familiaritatis quaesita rationibus.* (Nous ne devons pas donner le nom d'amis à ceux que nous ne connaissons que bien peu, mais à ceux avec qui nos pères ont eu des liaisons honnêtes).

413 NOUEL (1890), p. 21, relève que, dans les premiers siècles de Rome, où les patriciens ont à leur service le droit et la force, l'unique moyen pour un plébéien de jouir en paix de sa fortune, est d'en transférer le droit de propriété à titre fiduciaire à un patricien, tout en s'en réservant le droit de jouissance, et sous la condition que le patricien soit tenu de la rendre à première réquisition.

414 Cf. GROSSO (1929b), pp. 274ss.

415 BELLOCCI (1983), p. 109; ERBE (1940), pp. 139s et NOORDRAVEN (1990), p. 229.

416 Ainsi, CURTIUS (QUINTE-CURCE), écrivain et historien de l'époque de l'Empereur CLAUDE, dans ses *Histoires* (relatives à l'Empereur ALEXANDRE), livre 5.9, fait dire à DARIUS par NABARZANE, l'un de ses généraux: *Proinde si Bactra, quod tutissimum receptaculum est, petimus, praefectum regionis eius Bessum regem temporis gratia statuamus; conpositis rebus iusto regi tibi fiduciarium restituet imperium.* (Donc, si nous gagnons Bactres, qui est notre plus sûr refuge, attribuons la royauté, pour la circonstance, au préfet de cette région Bassus; quand la situation sera arrangée, il te rendra, à toi le roi légitime, cet empire transitoire). Et LIVIUS (TITE-LIVE, historien, 59 av. J.-C. - 17 ap. J.-C.), *AB VRBE CONDITA* (Histoire romaine), livre 32, 38: *Philippus, cum acie decernendum videret et undique ad se contrahendas vires, maxime de Achaiae urbibus, regionis ab se diversae, et magis tamen de Argis quam de Corintho sollicitus, optimum ratus Nabidi eam Lacedaemoniorum tyranno velut fiduciariam dare, ut victori sibi restitueret, si quid adversi accidisset ipse haberet...* (Philippe, puisqu'il voyait qu'il faudrait combattre et faire venir à lui les corps de troupe de partout, venant pour la plupart des villes d'Achaïe, région isolée, et cependant plus inquiet au sujet de la région d'Argos que de Corinthe, fut convaincu que la meilleure solution était de donner Corinthe à titre fiduciaire à Nabis, tyran des Lacédémoniens, de sorte qu'il la lui restitue à lui vainqueur; si un malheur devait arriver, il [Nabis] la conserverait lui-même...). Cf. aussi *infra*, p. 122.

rence originaire de certains fragments à la *fiducia* est elle-même débattue. Nous prendrons pour notre part comme base de travail la *Palingenesia iuris civilis* de LENEL. Nous porterons notre attention sur les sources dont le rapport avec la *fiducia* est généralement admis. De même, nous nous concentrerons sur la partie indiscutable d'une source et non pas sur son passage controversé. Ne vaut-il pas mieux occulter une source dont la relation à la *fiducia* est peu certaine ou un passage peu lisible d'une source, plutôt que de raisonner à partir de fragments qui ne concernent pas la *fiducia*, ou de céder à la tentation répandue de réécrire un fragment selon ses propres a priori dogmatiques?

La rareté des sources relatives à la *fiducia cum amico* nous contraindra souvent à citer et étudier des fragments relatifs à la *fiducia cum creditore*[417]. Mais, comme nous le verrons, ces sources permettent la plupart du temps de déceler des mécanismes juridiques qui concernent aussi la *fiducia cum amico*[418]. Il s'agira en conséquence de procéder à une interprétation par analogie ou a fortiori. En outre, nous n'hésiterons pas à nous référer ponctuellement à des institutions juridiques diverses dans lesquelles on trouve des similitudes avec la *fiducia*. Précisons également qu'il existe dans la doctrine d'innombrables contributions portant sur tel ou tel aspect de la *fiducia*, presque tous les Romanistes ayant écrit un jour ou l'autre sur le sujet. Par ailleurs, sur la période de 1885 à nos jours, nous dénombrons une dizaine de monographies traitant de manière complète et systématique de l'ensemble des thèmes concernant l'institution (histoire, structure, *actio fiduciae*...)[419]. Parmi elles, nous privilégierons l'analyse et la discussion des études les

---

417 ISIDORUS, *Originum sive Etymologiarum libri*, 5. 23, décrit la *fiducia cum creditore* de la manière suivante: *Fiducia est cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur*... (Il y a fiducie lorsque, pour obtenir un prêt, une chose déterminée est transférée soit par *mancipatio*, soit selon la procédure de l'*in iure cessio*). Quant à MONIER, il indique qu'elle «permet à un débiteur de donner une sûreté réelle très forte à un créancier: celui-ci devient propriétaire de la chose qui lui est remise en garantie de la créance et promet de la restituer après le paiement de la dette» (MONIER II (1977), p. 123).

418 Cf., BELLOCCI (1979), pp. 16ss; citation, p. 20: «... crediamo di poter concludere che esiste una tematica generale dell'istituto della <<fiducia>>, considerata come un unico <<genus>>, a cui certamente si contrappongono una serie di problemi, che sono peculiari delle singole <<species>>».

419 Voici, par pays, le nom de l'auteur et la date de parution: France, GENY (1885) et JACQUELIN (1891); Allemagne, OERTMANN (1890) et ERBE (1940); Italie, LONGO (1946) et BELLOCCI (1974, 1979 et 1983); Hollande, NOORDRAVEN (1988).

plus récentes, celles de BELLOCCI[420] et NOORDRAVEN[421]. Enfin, il faudra toujours se souvenir que tant la structure que le régime juridique de la *fiducia* ont subi, selon les époques, des évolutions importantes. Nous essayerons toutefois de définir les points essentiels qui constituent à notre avis le noyau structurel dur de la *fiducia*[422].

[420] BELLOCCI a rédigé en l'espace de neuf ans (1974 - 1983) trois contributions importantes sur la *fiducia*.

[421] Notons que la traduction allemande de la thèse néerlandaise de NOORDRAVEN, attendue depuis plusieurs années, a dû finalement paraître fin 1999 chez Gieben (Amsterdam), soit après l'achèvement de notre manuscrit. Nous avons pour notre part travaillé sur la base d'un article publié en 1990 dans la revue *INDEX* (Naples), dans lequel l'auteur résume ses principales thèses.

[422] Comme le relève BELLOCCI d'une manière générale, mais en l'appliquant à la *fiducia*: «... anche se nel corso dell'evoluzione storica si sono prodotte profonde trasformazioni nell'ambito di un determinato rapporto, spesso perdura una certa continuità nei suoi caratteri essenziali; essa costituisce, al di là del tempo, il suo nucleo fondamentale a prescindere dalle trasformazioni che in un ambiente sociale cosi vario e complesso, in cui confluiscono i più disparati fattori, il rapporto stesso ha potuto subire» (1983, p. 222).

CHAPITRE II

STRUCTURE DE LA *FIDUCIA*

Lorsque l'on étudie la *fiducia*, on distingue habituellement deux actes: un acte formaliste de transfert de la propriété, la *mancipatio*[423] et une convention, le *pactum fiduciae*. La doctrine analyse généralement la *fiducia* comme un transfert, du fiduciant au fiduciaire, du *dominium ex iure Quiritium* (propriété quiritaire) sur le bien fiduciaire, le fiduciaire assumant l'obligation de retransférer ce bien, selon des modalités qui sont adaptées aux buts poursuivis dans l'opération en question[424]. Il existe cependant des controverses importantes en ce qui concerne la forme, la nature et les effets juridiques de la *mancipatio* et du *pactum*, et, plus particulièrement, le problème de la source du devoir de retransfert qu'assume le fiduciaire.

C'est ainsi que deux optiques divergentes s'opposent[425]. Selon la première, qui s'inscrit parfaitement dans la lignée de la conception actuelle de la fiducie en droit suisse et en droit allemand[426], la *fiducia* se caractériserait

---

423 Les sources attestent que le transfert de propriété au fiduciaire pouvait également intervenir au moyen de la procédure de l'*in iure cessio* (cf., par exemple, GAIUS, *Institutes*, 2.59; pour une description de l'*in iure cessio*, cf. MONIER I (1977), pp. 405s). Par simplification, nous ne traiterons toutefois que de la *mancipatio*, dont la procédure semble avoir été utilisée plus fréquemment (voir GROSSO (1929b), p. 251, note 1). Par contre, il est généralement admis que le transfert de la propriété du bien fiduciaire n'intervenait pas par le biais d'une *traditio* (voir, par exemple, BISCARDI (1976), pp. 29ss; JACQUELIN (1891), pp. 63 à 80 et LONGO (1946), pp. 20ss). En effet, aucun texte fiable ne fait état d'un tel transfert. De plus, nous l'avons vu, la *fiducia* est tombée en désuétude, suite notamment à la disparition progressive de l'usage des modes formalistes de transfert de la propriété.

424 BURDESE (1980), p. 295 et MONIER II (1977), pp. 120s.

425 Il va de soi que l'on trouve dans la doctrine de nombreuses autres variantes. Par exemple, pour BELLOCCI, si l'obligation du fiduciaire ne naît pas d'un *pactum*, elle ne provient pas non plus de la seule *mancipatio*. Selon BELLOCCI, la *fiducia* comporte deux éléments qui s'entremêlent dans un acte unique: une *mancipatio* effectuée sur la base de la *fides* et un accord fiduciaire également fondé sur la *fides*. L'auteur voit toutefois une évolution historique: alors qu'à l'époque archaïque et à celle de la République, il aurait était donné une importance particulière à la *mancipatio*, lors de la période classique, c'est l'accord fiduciaire qui aurait surtout été mis en relief (1983, not. pp. 9ss et 161ss). BELLOCCI reconnaît cependant que les sources connues ne font pas état de cet accord fiduciaire et ne comportent même pas d'allusion aux clauses qui l'auraient exprimé (1983, p. 178).

426 Cf. *supra*, pp. 17ss et 54ss.

par la juxtaposition de deux actes aux effets juridiques contradictoires: un transfert d'une propriété absolue et définitive au fiduciaire (effet réel), qui proviendrait exclusivement de la *mancipatio* (acte de disposition), d'une part, et une obligation de retransfert (effet obligationnel), laquelle résulterait d'une convention, le *pactum fiduciae*, d'autre part[427]. En revanche, selon la seconde optique, la *mancipatio* (*fidi*) *fiduciae causa* produirait au moins deux effets: certes, elle transférerait au fiduciaire la propriété du bien fiduciaire, mais elle générerait aussi elle-même le devoir de restitution. Le *pactum*, quant à lui, se limiterait à régler les modalités d'un tel retransfert, voire à l'exclure[428].

Avant d'étudier la nature juridique et le rôle de la *mancipatio* (section A) et du *pactum* (section B) dans la *fiducia*, quelques considérations générales sur la distinction entre droit réel et droit personnel en droit romain s'imposent.

La distinction fondamentale en droit privé moderne entre droit réel et droit personnel trouve certainement ses racines dans le droit romain[429]. Mais il faut appréhender avec précaution l'idée répandue en doctrine[430] de l'existence d'une conception identique en droit romain et en droit moderne, car la perspective n'est pas la même. On sait que la science juridique romaine est une science empirique basée sur la recherche de solutions aux cas concrets et non pas sur la définition de notions juridiques abstraites ou l'établissement de classifications conceptuelles[431]. Les *Institutes* de GAIUS, dans lesquelles l'auteur a procédé à une présentation systématique et dogmatique des principes élémentaires du droit privé romain, constituent à certains égards une exception à cette règle. GAIUS, 1.8, distingue trois catégories de base:

---

427 Cf., par exemple, APATHY (1997), p. 376; BETTI (1947), p. 135; BISCARDI (1976), not. p. 60; DERNBURG (1860), pp. 11ss; GENY (1885), p. 13; JACQUELIN (1891), not. pp. 86s; LONGO (1946), pp. 20ss; MONIER II (1977), pp. 120s et TALAMANCA (1990), pp. 552ss. Notons que TELLEGEN (1997, pp. 238s) déduit cette claire distinction entre *mancipatio* et *pactum fiduciae* d'une interprétation extrapolationiste d'une lettre écrite par PLINE LE JEUNE à l'Empereur TRAJAN en l'an 98 ap. J.-C. (lettre 10.4).

428 GROSSO (1929b), pp. 251ss, (1963), pp. 114ss et (1968), p. 387; BOVE (1984), p. 89; BURDESE (1949), p. 9 et (1980), p. 295; DIURNI (1992), p. 291; MACQUERON (1975), p. 85 et RUDORFF (1873), p. 85.

429 Cf. SCHERILLO (1962), pp. 81ss et SCHMIDLIN (1994), pp. 36ss.

430 Sur cette question, cf. les références citées par DUBISCHAR (1961), p. 3.

431 Cf. DUBISCHAR (1961), p. 4; KASER (1977), p. 11 et SCHMIDLIN (1988), p. 175.

Omne autem ius quo utimur uel ad personas pertinet, uel ad res, uel ad actiones...

(Les droits dont nous faisons usage se rapportent tous soit aux personnes, soit aux choses, soit aux actions...).

Parmi les choses, GAIUS oppose celles qui sont corporelles à celles qui sont incorporelles, rangeant les obligations dans ces dernières[432]. Les obligations ne représentent donc qu'une catégorie de choses. GAIUS ne cherche pas à décrire des droits subjectifs au sens moderne du terme, car cette notion est inconnue au droit romain, mais seulement des catégories objectives de biens juridiques[433]. Plus généralement, les juristes romains n'ont pas qualifié de choses incorporelles certaines catégories de droits subjectifs, mais au contraire donné le nom de droit (*iura*) à certaines choses incorporelles[434]. Quant aux droits réels, ils ne forment pas une catégorie unitaire. Les servitudes (*iura in re*), par exemple, font partie des choses incorporelles, alors que le droit de propriété est intégré dans la catégorie des choses corporelles[435]. La propriété est ainsi conçue comme un rapport juridique objectif entre l'homme et la chose, et non comme un véritable droit[436].

Si la distinction entre droit réel et droit personnel ne doit pas être recherchée dans la problématique de l'analyse de droits subjectifs, elle résulte en revanche clairement de la différenciation procédurale entre *actiones in rem* et *actiones in personam* qui existe en droit romain depuis des temps reculés. Comme le relève GAIUS, ces deux types d'action sont de nature différente[437]. Alors que, dans les premières, le demandeur allègue un droit

---

[432] 2.12: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.* (D'autre part les choses sont ou corporelles ou incorporelles); 2.13: *Corporales hae quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.* (Sont corporelles celles qu'on peut toucher; exemples: un terrain, un individu, un vêtement, de l'or, de l'argent, et ainsi de suite); 2.14: *Incorporales quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae...* (Sont incorporelles les choses qu'on ne peut toucher, telles les choses qui consistent en un droit, comme une succession, un usufruit, les obligations, de quelque manière qu'elles aient été contractées...).

[433] Cf. COING (1982), pp. 244ss.

[434] Sur ces questions, cf. DUBISCHAR (1961), pp. 6ss.

[435] Cf. SCHERILLO (1962), p. 82.

[436] Cf. DUBISCHAR (1961), pp. 13ss.

[437] *Institutes*, 4.2: *In personam actio est, qua agimus quotiens agimus cum aliquo qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.* (Il y a action personnelle quand nous intentons un procès à quelqu'un qui est obligé envers nous par contrat ou par délit, c'est-à-dire quand nous prétendons qu'il faut qu'il donne, fasse, exécute une prestation); 4.3: *In rem actio est,*

absolu sur une *res corporalis* ou un droit quelconque, il fait valoir, dans les secondes, une obligation (droit relatif) contre un débiteur déterminé[438]. C'est sans doute dans ce contexte que PAULUS, juriste de la fin de la période classique, évoque la nature des obligations:

PAULUS, D. 44.7.3 pr (*lib.* 2 *Institutionum*)[439]:

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

(La nature des obligations ne consiste pas à nous faire acquérir la propriété d'un effet ou d'un droit, mais à obliger quelqu'un à nous donner, à nous faire ou à nous répondre de quelque chose).

Par ailleurs, il est vrai que les actes juridiques au moyen desquels on acquiert ou on crée un droit réel sont en principe clairement distincts de ceux permettant de constituer des rapports obligationnels[440]. L'indépendance entre ces deux types de droits patrimoniaux n'est toutefois pas absolue. Nous allons voir que la *mancipatio*, procédé formaliste de transfert de la propriété, est non seulement apte à transférer un droit ou un pouvoir sur une chose, mais aussi à générer un devoir de restitution du bien transféré, à la charge de l'acquéreur. Dans un autre registre, KASER a relevé avec pertinence la grande liberté, à son avis sous-estimée en doctrine, accordée au propriétaire, tant d'autolimiter son droit sur un bien, que de modifier le contenu ou les effets de certains actes de disposition qu'il accomplit[441]. Il a ainsi dénombré plusieurs cas d'actes juridiques dans lesquels le propriétaire pouvait, au moyen de l'insertion d'une clause unilatérale, imposer une condition à l'acquéreur dont l'effet juridique, grevant le bien transféré lui-même, était de nature réelle, car opposable aux tiers[442]. Il cite, par exemple, la clause contenue dans un contrat ou un testament, qui interdit l'émancipation de l'esclave (*ne manumittatur*) vendu ou attribué à titre successoral[443], ou la

cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis conpetere... (L'action est réelle quand nous prétendons que nous appartient une chose corporelle ou un droit quelconque...).

438 Cf. DUBISCHAR (1961), pp. 17ss; MARRONE (1989), pp. 120ss et SCHERILLO (1962), pp. 90ss.

439 Sur les controverses liées à l'interprétation de ce fragment, cf. SCHERILLO (1962), pp. 85ss.

440 Cf. SCHERILLO (1962), p. 90.

441 Cf. KASER (1977), pp. 11ss.

442 Cf. KASER (1977), pp. 13s et (1978), pp. 97s.

443 Cf. KASER (1977), pp. 20ss. L'émancipation de l'esclave effectuée en violation de cette clause est nulle de plein droit. Cf. ULPIANUS, D. 40.1.4.9 (*lib.* 6 *Disputationum*): *In*

clause, figurant dans les actes de dernière volonté, qui impose un fidéicommis de famille prohibant l'aliénation, la mise en gage, ou l'attribution successorale de certains biens[444].

A. Nature de la *mancipatio* «(fidi) fiduciae causa»: un «ea lege mancipio dare ut remancipetur»

Mode d'acquisition dérivé de la propriété, la *mancipatio* est un acte formel qui est utilisé dans les cas ordinaires pour transférer un pouvoir juridique plein et absolu (*dominium*) sur un bien. Cependant, la science juridique romaine a su adapter cet instrument à des fonctions diverses (sous-section 1). Il en va précisément ainsi, à notre sens, en matière de fiducie. Nous aborderons cette question selon trois optiques différentes. Dans un premier temps, nous verrons que la *mancipatio*, lorsqu'elle est employée pour transférer le bien fiduciaire, est identifiée au moyen d'une qualification spécifique et qu'il s'agit dès lors d'une *mancipatio* particulière (sous-section 2). Dans un deuxième temps, nous cernerons de plus près la finalité de la *mancipatio* dans la *fiducia*: transfert temporaire d'un droit dans le but d'un retransfert (sous-section 3). Enfin, dans un troisième temps, nous aurons à cœur de démontrer par quel biais technique la *mancipatio* est elle-même apte à générer le devoir de retransfert (sous-section 4).

1. La *mancipatio* usuelle et ses formes dérivées

Etudiée comme un mode d'acquisition dérivé de la propriété, la *mancipatio* est un «acte juridique formalisé au moyen de paroles et de gestes solennels

---

illis sane servis non intervenit constitutio, qui in totum perduci ad libertatem non possunt: utputa si exportandus, vel hac lege venierit, vel testamento hanc conditionem acceperat, ne unquam manumitteretur. (L'ordonnance impériale ne peut point avoir lieu par rapport aux esclaves qui ont une incapacité absolue de parvenir à la liberté: par exemple si c'est un esclave qui doit être transporté hors d'Italie, ou qui a été vendu ou laissé par testament sous la condition qu'il ne pourrait jamais être affranchi); MARCIANUS, D. 40.9.9.2 (*lib.*1 *Institutionum*): *Qui hac lege venierint, ne manumittantur, vel qui testamento prohibiti sint manumitti, vel jussu praesidis provinciae: licet manumittantur, tamen ad libertatem non perveniunt.* (Les esclaves, quoiqu'affranchis, ne parviennent pas à la liberté quand ils ont été vendus sous la condition de n'être pas affranchis, ou quand la liberté leur a été interdite par un testateur ou par un jugement du président de la province).

444 L'acte de disposition effectué en violation de cette clause est valable, mais donne lieu à une action personnelle munie d'une *missio in rem* avec effet juridique de droit réel, permettant la saisie de l'objet dans les mains de tout possesseur actuel (cf. KASER (1977), pp. 25s).

par lequel l'acquéreur saisit de la main la chose que le propriétaire veut aliéner»[445].

Grâce à GAIUS (*Institutes*, 1.119), nous connaissons la conception de cette institution à l'époque classique, dans le cas du transfert de la propriété d'un esclave:

> *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium ciuium romanorum est, eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus ciuibus romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: <<HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA>>; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.*
>
> (Mais qu'est-ce que la mancipation? Comme nous l'avons dit précédemment, c'est une sorte de vente symbolique. Elle ressortit au droit particulier aux citoyens romains. La procédure est la suivante: en présence d'au moins cinq témoins citoyens romains pubères et d'un autre de même condition, qui doit tenir une livre de bronze, et que l'on appelle le peseur, celui qui reçoit en mainprise, tenant l'objet, dit: <<J'affirme que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites; qu'il me soit acquis par ce lingot de bronze et par cette balance de bronze>>; puis il frappe la livre avec le bronze et donne ce bronze en guise de prix à celui duquel il reçoit en mainprise).

Née en droit archaïque, alors que la notion de propriété n'est pas encore fixée, la *mancipatio* est utilisée pour transférer une puissance, un pouvoir sur une chose ou une personne[446]. Suite à un développement progressif, elle devient un instrument juridique dont l'effet principal est, dans le cas usuel, de conférer à l'acquéreur la propriété quiritaire d'une chose, définie par l'expression *meum esse ex iure Quiritium* (est à moi selon le droit des Quirites). L'acquéreur saisit l'objet dans sa main et frappe simultanément la balance avec le lingot qu'il tient dans l'autre main, symbolisant par ce geste le paiement du prix[447]. Acte d'une précision juridique remarquable qui ne peut être employé que par certaines personnes et pour transférer certains

---

445 SCHMIDLIN (1988), p. 184.

446 Cf. DE VISSCHER (1936), pp. 275ss.

447 Le terme même de *mancipatio* dérive de *manu capere* et désigne l'acte concret de prendre quelque chose par la main (cf. SCHMIDLIN (1988), p. 184). Ainsi, GAIUS, *Institutes*, 1.121: ... *unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur* ... (... c'est pour cela que l'on parle de «*mancipatio*», parce que la chose est saisie par la main ...).

types de biens[448], la *mancipatio* présente le double avantage de déterminer exactement le moment du passage du droit et d'assurer la publicité de l'acte de passage, effectué en présence d'au moins cinq témoins pubères[449]. La *mancipatio* est généralement considérée comme un mode abstrait de transfert de la propriété. Seul le respect rigoureux de la forme adéquate crée l'effet juridique du transfert de propriété; le rituel ne prend en principe pas en compte la nature de l'affaire en question. L'intention matérielle de l'aliénation ne ressort donc pas des paroles prononcées[450].

La question du lien entre la *mancipatio* et la vente est controversée[451]. Il est sans doute opportun de distinguer strictement l'une de l'autre. Il est vrai que la *mancipatio* a été avant tout utilisée pour formaliser une vente. Mais elle a un sens plus général et plus ancien[452]. Elle consiste à l'origine moins en un acte d'aliénation, de transfert d'un droit, qu'en celui de création d'un nouveau droit[453]. En doctrine, certains y ont vu une sorte de revendication de l'acquéreur que l'aliénant ne conteste pas[454] ou d'occupation d'un bien préalablement abandonné à cet effet[455]. Le paiement du prix «libère» l'objet transféré, en ce sens qu'il légitime son appréhension par l'acquéreur et empêche l'aliénant de s'y opposer[456]. Dans la description de GAIUS, la *mancipatio* ressemble plus à un acte unilatéral de l'acquéreur, qu'à un procédé d'échange de prestations[457]. L'aliénateur joue un rôle passif; il tolère la perte de son droit au profit de l'acquéreur, lequel prononce

---

448 L'usage de la *mancipatio* est en effet doublement limité, tant par rapport aux personnes pouvant l'utiliser, qu'aux biens susceptibles d'être transférés. Il est en principe réservé aux citoyens romains, bien qu'il ait été étendu aux latins coloniaires et juniens, ainsi qu'aux pérégrins ayant reçu une concession expresse du *commercium*. De plus, la *mancipatio* ne peut, du moins à l'époque classique, porter que sur des *res mancipi*, soit sur les biens fondamentaux d'une société rurale (fermes, fonds, esclaves, bêtes de somme, ...). Cf. MONIER I (1977), pp. 350 et 410; et SCHMIDLIN (1988), p. 129. Voir aussi GAIUS, *Institutes*, 1.119-121.

449 Cf. MONIER I (1977), p. 410 et SCHMIDLIN (1988), pp. 184ss.

450 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 186.

451 Cf. HUSSERL (1930), pp. 478ss; STURM (1990a), pp. 567ss et VOLTERRA (1964), pp. 99s.

452 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 185.

453 Cf. NOAILLES (1949), p. 205.

454 Cf. KASER (1951a), pp. 174ss, 176: «Die *mancipatio* ist demnach wirklich ein nachgeformtes Rechtsgeschäft, nachgestaltet der förmlichen Vindikation» et WUBBE (1960), p. 39.

455 Cf. HUSSERL (1930), pp. 484s.

456 Cf. HUSSERL (1930), p. 484.

457 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 186.

les paroles rituelles et exécute les gestes requis[458]. GAIUS décrit la *mancipatio* comme une «*imaginaria venditio*», mais n'emploie pas le terme technique d'«*emptio-venditio*», désignant habituellement le contrat de vente. Par ailleurs, dans le cas du transfert de l'esclave, le terme *emptus*, contenu dans la formule énoncée par l'acquéreur, doit être compris dans le sens de «pris», «reçu», «acquis», mais non d'«acheté»[459]. Enfin, comme nous le verrons, la *mancipatio* a servi à toutes sortes d'opérations juridiques qui ne consistaient nullement en la remise d'un prix contre le transfert d'une possession paisible d'une chose.

Se basant sur l'effet usuel principal de la *mancipatio* dans son stade évolué, à savoir un transfert plein et absolu du *dominium* d'un bien, certains estiment que, dans la *fiducia*, la *mancipatio* ne peut avoir que ce même effet, c'est-à-dire le transfert intégral au fiduciaire du *dominium* sur le bien fiduciaire. Par ailleurs, toujours selon les mêmes auteurs, il serait incompatible avec la nature-même de la *mancipatio* que celle-ci soit, en plus de la source du transfert, celle du retransfert[460].

Cette doctrine perd cependant de vue que, déjà à l'époque de la jurisprudence pontificale – sans doute née antérieurement à la loi des XII Tables[461] –, les besoins de la vie sociale et économique ont rendu nécessaire l'adaptation des rites et procédés formalistes existants aux nouvelles conséquences juridiques spécifiques que l'on cherchait à atteindre[462]. Il en va ainsi de la *mancipatio* qui, destinée de par sa nature à la vente, est devenue un acte polyvalent permettant de réaliser les actes de disposition les plus variés[463]. La *mancipatio* doit donc être étudiée comme un acte particulier et complexe qui n'a pas pour seul but le transfert de la propriété d'une chose, au sens où nous l'entendons aujourd'hui.

---

458 Cf. MONIER I (1977), p. 407 et SCHMIDLIN (1988), pp. 185s.

459 Voir HUSSERL (1930), p. 484, note 2; NOAILLES (1949), p. 212 et STURM (1990a), p. 571. Le sens étymologique premier de «emo, -is, emi, emptum, emere» est «prendre» (ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), p. 195).

460 Voir BELLOCCI (1974), pp. 19ss.

461 Cf. CANNATA (1989), pp. 22ss.

462 Cf. RANDAZZO (1998), pp. 39ss et WIEACKER (1988), p. 325.

463 La *mancipatio* est notamment utilisée dans le droit des personnes et des successions, par exemple, pour effectuer une émancipation, une *coemptio* ou un testament. Elle intervient également pour réaliser un transfert à titre gratuit, pour constituer une dot, et bien sûr, pour transférer le bien fiduciaire, du fiduciant au fiduciaire (cf. MONIER I (1977), pp. 407ss et SCHMIDLIN (1988), p. 186).

Nous souhaitons démontrer que en matière de *fiducia cum amico*, la *mancipatio* a une formule, un rituel, un contenu, un but et des effets juridiques spécifiques. Au préalable, nous présenterons brièvement le rôle et les effets de la *mancipatio* dans trois institutions aussi différentes que l'*emancipatio* et la *fiducia manumissionis causa*, d'une part (sous-section a), et que le testament *per aes et libram*, d'autre part (sous-section b), toutes trois considérées comme des exemples de mancipation fiduciaire[464]. Elles ont en commun avec la *fiducia* d'être constituées au moyen d'une *mancipatio* adaptée au but recherché et dont la particularité est de créer, selon les termes de WIEACKER, une «*funktionale Zuständigkeitsbeschränkung eines Rechterwerbers*»[465].

a) L'*emancipatio* et la *fiducia manumissionis causa*

i) Le fils est soumis, comme toutes les personnes composant la famille romaine, au pouvoir absolu de son père, le *pater familias*[466]. Ce pouvoir comprend le droit d'aliéner le fils à un autre *pater familias* au moyen d'une *mancipatio*. Quels effets juridiques résultent d'un tel transfert? Le fils est acquis comme un *liber in causa mancipii* (personne libre étant dans une condition juridique proche de celle d'un esclave). Il se trouve «*in mancipio*», sous la puissance, sous le pouvoir dominial de l'acquéreur[467], mais reste soumis, de manière latente, à son *pater familias*[468]. Pouvoir et puissance sur l'enfant sont en quelque sorte fonctionnellement partagés entre l'acquéreur, qui détient le *mancipium*, et le *pater familias*, lequel conserve la *patria potestas*, la puissance familiale[469].

L'acquéreur pouvait, à son tour, aliéner le fils à un tiers, ou alors décider de l'émanciper. Cependant, lorsque l'acquéreur affranchissait le fils,

---

464 Cf. MONIER II (1977), p. 123 et NOORDRAVEN (1990), pp. 236ss. Voir aussi Max KASER, «Die Anfänge der manumissio und das fiduziarisch gebundene Eigentum», in *SZ* (Weimar) 61 (1941), pp. 153ss.

465 WIEACKER (1988), p. 326.

466 On exprima cette autorité souveraine par le terme «*potestas*» et affirma que les membres de la famille étaient dans la «*manus*» (main) *du pater familias* (MONIER I (1977), pp. 248s).

467 Sur ces questions terminologiques, cf. DE VISSCHER (1936), pp. 277ss et PUGLIESE (1985), p. 44.

468 KASER (1950), p. 486: «Die *patria potestas* ruht, solange das Kind *in mancipio* ist, und lebt mit der Freilassung wieder auf...».

469 Cf. KASER (1950), pp. 486s.

celui-ci retournait *ipso iure* sous la *patria potestas* de son père[470]. On constate ici que, contrairement au cas d'une *mancipatio* usuelle, au moyen de laquelle le *mancipio dans* transfère au *mancipio accipiens* l'intégralité des droits qu'il détient sur le bien transféré, la vente par *mancipatio* du *filius familias* n'a donc pas comme conséquence de transférer à l'acquéreur le pouvoir que le *pater familias* détient sur son fils, soit la *patria potestas*[471]. C'est ce qui a fait dire à NOAILLES qu'il n'y a pas transfert de droit, mais création d'un droit nouveau[472]. Sans doute pour lutter contre des ventes successives du même fils par le *pater familias*, une disposition de la loi des XII Tables (4.2) libéra de la puissance paternelle le fils vendu par trois fois à une autre famille (*in mancipio*)[473]. Un affranchissement intervenant après la troisième vente avait alors comme effet de rendre le fils *sui iuris*[474].

C'est dans ce contexte que l'on peut étudier l'*emancipatio*, procédure qui permet au *pater familias* d'exclure un enfant de la famille et de le libérer de la *patria potestas*. L'émancipé sort de sa famille agnatique[475] et devient *sui juris*. Comme il n'existait pas de procédé direct d'émancipation, la jurisprudence pontificale utilisa, en effet, la règle de la loi des Douze Tables susmentionnée, qui rendait possible la libération du fils après le troisième transfert[476].

---

470 Cf. GUARINO (1997), p. 563.

471 Cf. TALAMANCA (1990), p. 120.

472 NOAILLES (1949), p. 205.

473 *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.* (Si un père a vendu trois fois son fils, que le fils soit libre par rapport au père). Cf. GUARINO (1997), p. 563.

474 Statut juridique des personnes indépendantes et autonomes (cf. SCHMIDLIN (1988), p. 99).

475 Selon le système de parenté de l'agnation, ne sont parents que ceux qui se trouvent sous la même puissance paternelle ou s'y trouvaient lorsque le *pater familias* vivait encore (cf. SCHMIDLIN (1988), p. 73).

476 Les filles et les petits-enfants étaient quant à eux, en principe, émancipés après une seule mancipation, suivie d'un affranchissement. Cf. GAIUS, *Institutes*, 1.132: *Emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse, sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi, siue masculini sexus, siue feminini, una mancipatione exeunt de parentium potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his uerbis: «SI PATER TER FILIVM VENVM DVIT, A PATRE FILIVS LIBER ESTO.* (Les descendants libres cessent d'être sous puissance d'un ascendant par l'émancipation. Pour le fils, il faut trois mancipations; pour les autres descendants libres de l'un ou l'autre sexe, il suffit d'une seule pour les faire échapper à la puissance des ascendants. En effet, la loi des XII Tables ne vise que le fils lorsqu'elle dit: «Si un père a vendu trois fois son fils, que le fils soit libre par rapport au père»).

En pratique, le *pater familias* mancipait son fils à une personne de confiance (le *pater fiduciarius*) qui s'engageait, en général, à l'affranchir, mais peut-être aussi, à le remanciper au *pater*[477]. Dans les deux cas, le fils acquis, *in causa mancipii*, retournait sous la puissance du père. Cette opération était renouvelée deux fois. Après la troisième mancipation, la *patria potestas* du *pater familias* s'éteignait automatiquement (cf. GAIUS, *Institutes*, 1.132) et un nouvel affranchissement du fils impliquait pour lui l'acquisition de l'autonomie familiale. La personne de l'affranchisseur avait alors une importance pratique déterminante puisqu'elle se voyait conférer la qualité de *patronus*, avec les droits de tutelle et de succession y afférents[478]. Lorsque le tiers acquéreur affranchissait lui-même le fils, il prenait le titre de tuteur fiduciaire[479]. Cependant, pour éviter que le tiers ne devienne le *patronus* du fils, le père ne le lui mancipait, la troisième fois, qu'à la condition qu'il s'engage à le lui remanciper. De cette manière, le père acquérait son fils comme un *liber in mancipio* et, en l'affranchissant, en devenait lui-même son patron (tuteur légitime)[480]. Ainsi, GAIUS, *Institutes*, 1.172, en ce qui concerne la descendance féminine:

> *Sed fiduciarios quoque quidam putauerunt cedendae tutelae ius non habere cum ipsi se oneri subiecerint. Quod etsi placeat, in parente tamen qui filiam neptemue aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet cum is et legitimus tutor habeatur et non minus huic quam patronis honor praestandus est.*
>
> (Selon certains, les tuteurs fiduciaires n'auraient, eux non plus, pas le droit de céder la tutelle, pour s'être soumis volontairement à leur charge. Même en acceptant cette doctrine, on ne devrait pas retenir la même solution pour l'ascendant qui a donné en mainprise sa fille, sa petite-fille ou son arrière-petite-fille sous condition qu'elle lui soit remancipée, et qui, après remancipation, l'a affranchie, car celui-là est réputé tuteur légitime et a droit à la même considération que le patron).

---

477 Sur l'hypothèse de la remancipation, cf. KASER (1950), pp. 490ss.

478 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 78. Voir aussi, BERRUTI (1965), p. 808 et MONIER I (1977), p. 273.

479 GAIUS, *Institutes*, 1.166: *Exemplo patronorum receptae sunt et aliae tutelae, quae fiduciariae uocantur, id est quae ideo nobis conpetunt quia liberum caput mancipatum nobis uel a parente uel a coemptionatore manumiserimus.* (A l'instar de celle des patrons, d'autres tutelles ont été reçues, qu'on appelle fiduciaires, c'est-à-dire qui nous sont attribuées lorsque nous avons affranchi d'un ascendant ou d'un coemptionateur un individu libre qui nous a été mancipé).

480 Cf. GUARINO (1997), p. 573, note 48.3.1.

Exposant les différences entre l'affranchissement des esclaves et celui des personnes *in causa mancipii*, GAIUS, 1.140, explique dans un fragment dont l'authenticité est controversée[481], que, lorsqu'il avait été transféré en vue d'une émancipation[482], l'enfant, *in liber mancipio*, pouvait en principe bénéficier de la *manumissio censu*[483], même contre le gré du *pater fiduciarius* et du *pater familias*[484], sauf dans le cas où ce dernier l'avait transféré sous condition qu'il lui fût remancipé, car alors le *pater familias* était considéré comme s'étant réservé sa propre puissance:

> *Quin etiam, inuito quoque eo cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo quem pater ea lege mancipio dedit ut sibi remancipetur, nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi uidetur eo ipso quod mancipio recipit....*
>
> (Bien mieux, la liberté peut leur échoir par recensement même contre le gré de celui en mainprise duquel ils se trouvent, – sauf si le père a donné en mainprise sous condition qu'il lui fût remancipé, car le père est censé s'être ainsi réservé en quelque sorte sa propre puissance par cela même qu'il reprend en mainprise...).

On se rend bien compte que, dans le procédé pour le moins singulier de l'*emancipatio*, le but de la *mancipatio* n'est nullement le transfert définitif du *ius Quiritium* sur l'enfant. Après chacune des deux premières mancipations, le fils est bien «en puissance» du tiers acquéreur, mais le *pater familias* conserve toujours, du moins potentiellement, la *patria potestas*, puissance et pouvoirs absolus sur son fils. Ce n'est que la troisième mancipation qui a pour effet d'éteindre définitivement la *patria potestas*. Toutefois, même dans ce cas, le *pater familias* peut encore se réserver sa propre puissance, lorsque le troisième transfert n'est effectué qu'à la condition d'un retransfert *(«ea lege mancipio dedit ut sibi remancipetur»)*.

GAIUS, *Institutes*, 1.141, nous donne des renseignements complémentaires sur la nature de l'acquisition de la personne *in mancipio*:

> *In summa admonendi sumus aduersus eos quos in mancipio habemus nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin iniuriarum causa tenebimur. Ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque*

---

481 Cf. GUARINO (1997), p. 564, note 47.3.

482 Cf. KASER (1950), p. 481.

483 Le *liber in mancipio*, citoyen libre, pouvait bénéficier d'un mode d'affranchissement réservé en principe aux esclaves, qui consistait à profiter des opérations de recensement ayant lieu tous les cinq ans, pour se faire inscrire sur les listes en qualité de *sui iuris* (cf. GUARINO (1997), p. 564, note 47.3.

484 Cf. PUGLIESE (1985), p. 52.

hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa manciparentur.

(Pour finir, notons qu'il ne nous est pas permis de rien entreprendre de dommageable contre ceux que nous avons en mainprise: sinon, nous serons tenus pour préjudice. D'ailleurs, on ne se trouve pas maintenu dans cette situation pendant longtemps: on n'y est généralement placé que pour la forme pendant un instant, à moins naturellement que la mancipation ne soit intervenue à titre de dédommagement).

Il s'agit, comme nous le constatons, d'une acquisition transitoire, de brève durée[485], dans laquelle le *mancipio accipiens* a une fonction purement formelle: il doit jouer le rôle d'acquéreur, pour la forme («*dicis gratia*»), afin que le rituel de la *mancipatio* soit respecté, mais il n'a aucune intention de s'approprier le futur émancipé.

Nous ne disposons malheureusement pas de source nous informant des conséquences juridiques d'une non-remancipation de l'enfant par l'acquéreur et, en particulier, des moyens juridiques dont aurait disposé le *pater familias* pour s'y opposer. Interprétant le fragment 1.141 de Gaius, ERBE estime que l'ensemble de l'opération d'émancipation se serait passée d'un seul trait en présence du même magistrat et que l'acquéreur n'aurait pas osé se dérober devant ce dernier. Il s'agirait de la raison pour laquelle une *actio fiduciae* n'était en principe pas nécessaire et, par voie de conséquence, n'a pas été reproduite dans les sources qui nous sont parvenues[486]. Selon PUGLIESE, il résulterait du fragment 1.140 que le transfert sous condition de retransfert induisait vraisemblablement un effet juridique indirect, consistant en une limitation du pouvoir de disposition du *mancipio accipiens*, de manière à rendre inefficace tous les actes de celui-ci pouvant remettre en cause la conservation de la *patria potestas* par le *pater familias*[487].

L'Empereur JUSTINIEN a complètement réformé le régime juridique de l'émancipation, qui pouvait désormais être effectuée par une simple déclaration devant le magistrat, les droits de tutelle et de succession du *pater familias* étant sauvegardés[488].

---

485 Cf. TALAMANCA (1990), p. 100.

486 ERBE (1940), pp. 174 et 203.

487 PUGLIESE (1985), pp. 54s.

488 Cf. GENY (1885), pp. 52s et GUARINO (1997), p. 574. Dans les textes juridiques pertinents (cf. *Codex* 8.49.6 et *Institutiones* 3.2.8,) JUSTINIEN a pris soin de rappeler que, dans le «droit des anciens», l'émancipation pouvait, si le père en décidait ainsi, être effectuée à titre fiduciaire (*fiducia contracta*).

ii) La *fiducia manumissionis causa* peut être rapprochée sur certains points de l'*emancipatio*. Il s'agit du cas dans lequel le maître d'esclaves, dans le but de détourner certaines incapacités d'affranchir résultant notamment des lois *Fuffia Caninia*[489] et *Aelia Sentia*[490], transfère la propriété d'un esclave à un fiduciaire afin que celui-ci l'affranchisse, soit immédiatement, soit à un terme déterminé[491], un abus contre lequel la jurisprudence finit d'ailleurs par intervenir[492]. Ce procédé permettait aussi sans doute de contourner la procédure d'affranchissement judiciaire (*manumissio vindicta*)[493] qui nécessitait la comparution, à Rome, devant le préteur, du propriétaire de l'esclave. Lorsque le propriétaire était momentanément éloigné de la capitale, il confiait parfois la tâche de l'affranchissement à un ami qui était en mesure de se rendre plus facilement à Rome[494]. Nous citerons deux extraits parmi les divers fragments du *Digeste* qui font référence à ce type de transfert[495].

IULIANUS, 17.1.30 (lib. 13 *Digestorum*)[496]:

> *Si hominem tibi dedero <mancipio dedero>, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit ne manumitteres, an mandati <fiduciae> agere possim, si tu eum manumiseris? ...*
>
> (Si je vous ai donné en mancipation un esclave afin que vous l'affranchissiez, et qu'ensuite mon mandataire vous l'ait défendu, puis-je intenter contre vous l'action de la fiducie si vous l'avez affranchi? ...)

---

489 Loi de l'an 2 av. J.-C. qui modifia le régime juridique de l'affranchissement des esclaves par testament, en interdisant au maître d'affranchir par testament des esclaves au-delà d'un certain nombre fixé proportionnellement au chiffre total des esclaves dont le maître était propriétaire.

490 Loi de l'an 4 ap. J.-C. qui, dans le but de restaurer la *civitas* et lutter contre la corruption de la société, interdit l'affranchissement effectué en vue de léser ses propres créanciers.

491 Cf. JACQUELIN (1891), pp. 364ss et PERNICE (1892), p. 130.

492 Cf. APATHY (1997), p. 379.

493 Sur cette procédure, cf. GUARINO (1997), pp. 702s.

494 Cf. APATHY (1997), pp. 378s.

495 Il s'agit notamment de fragments d'œuvres de GAIUS (17.1.27.1), de IULIANUS (17.1.30 et 40.9.7.1), de POMPONIUS (40.1.13), de MARCELLUS (37.15.3), de PAULUS (40.9.16.1) et d'ULPIANUS (12.4.5.1, 39.5.18.1-2 et 40.2.16.1).

496 Fragment considéré comme interpolé par LENEL (LENEL I (1960), p. 354, no 218), approuvé par NOORDRAVEN (1990, pp. 240 et 257, note 46).
Il faut relever que, lorsque, dans la source latine, un passage est intégré entre des crochets (<...>), cela signifie, comme il en ira tout au long de notre recherche, que nous sommes en présence d'une reconstitution d'un texte original qui a été soit interpolé soit altéré.

ULPIANUS, 12.4.5.1 (lib. 2 *Disputationem*)[497]:

> *Si servum quis tradiderit <mancipaverit> alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur...*
>
> (Si quelqu'un mancipe un esclave à un autre de telle sorte que celui-ci l'affranchisse dans un temps déterminé...)

Il résulte des deux fragments qui précèdent que le but de la mancipation, dans la *fiducia manumissionis causa*, n'est pas de transférer la propriété de l'esclave à un acquéreur, afin que celui-ci en jouisse comme n'importe quel autre élément de son patrimoine. Au contraire, est recherchée une conséquence juridique particulière, concrétisée par la formule «*ut manumittatur*», c'est-à-dire que l'acquéreur fiduciaire affranchisse l'esclave selon les termes convenus avec le fiduciant.

Dans l'hypothèse de l'*emancipatio* comme dans celle de la *manumissio*, les juristes romains ne se sont pas posé la question de savoir qui était propriétaire du bien transféré par *mancipatio*. De même, ils n'ont pas qualifié le statut juridique de l'enfant ou de l'esclave en mains du fiduciaire. Ce qui compte, c'est le résultat final, à savoir l'émancipation ou l'affranchissement. La *mancipatio* est instrumentalisée, utilisée, pour atteindre un objectif spécifique prédéterminé.

b) La *mancipatio* dans le testament *per aes et libram*: «endo mandatelam tuam custodelamque meam»

GAIUS, *Institutes*, 2.102:

> *...Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dare uellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*
>
> (...Celui qui n'avait fait de testament ni les comices convoqués ni en campagne, donnait, s'il était menacé d'une mort subite, sa famille, autrement dit son patrimoine, en mancipation à un ami et lui indiquait ce qu'il voulait donner à chacun après sa mort. Ce testament s'appelle «par le bronze et la livre» évidemment parce qu'on procède au moyen d'une mancipation).

---

[497] Fragment considéré comme interpolé par LENEL (LENEL II (1960), p. 390, no 43) approuvé par NOORDRAVEN (1990, pp. 240 et 257, note 46).

Comme le décrit GAIUS (*Institutes*, 2.103), le testament *per aes et libram* s'est historiquement substitué à la *mancipatio familiae* dans laquelle le *familiae emptor* avait un rôle plus actif:

> *...Nam quia olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia, propter ueteris iuris imitationem, familiae emptor adhibetur.*
>
> (...Mais le rite n'est plus celui d'autrefois. En effet, comme jadis l'acquéreur du patrimoine, c'est-à-dire celui qui recevait du testateur le patrimoine en mancipation, tenait lieu d'héritier, le testateur pour cette raison, le chargeait aussi de donner après sa mort à ceux qu'il entendait gratifier. Maintenant au contraire, il y a deux personnages: l'un, qui est institué héritier par le testament et est chargé également de distribuer les legs, l'autre, maintenu pour la forme, par imitation de l'ancien droit, joue le rôle d'acquéreur du patrimoine).

La forme plus ancienne, la *mancipatio familiae*, datant probablement de l'époque de la monarchie étrusque, ne nous est que peu connue[498]. Elle résulte de l'adaptation de la *mancipatio* – typique acte de disposition entre vifs – pour atteindre un objectif relevant du droit successoral, l'exécution des dernières volontés du *de cujus*[499]. Le testateur, en imminent danger de mort («*si subita morte urguebatur*»), transfère par *mancipatio*, pour un prix symbolique[500], son propre patrimoine[501] à un ami, personne de confiance, le *familiae emptor*. Dans le même acte, par une déclaration orale, il charge ce dernier de transférer à sa mort tout ou partie des éléments de son patrimoine aux personnes qu'il a désignées. Certes, la titularité juridique sur le patrimoine du *de cujus* est effectivement transférée au *familiae emptor*. Il s'agit d'une acquisition immédiate entre vifs qui résulte directement de la *mancipatio*[502]. Mais le *de cujus* n'a nullement la volonté d'opérer un véritable transfert patrimonial au profit du *familiae emptor*. Celui-ci n'est pas considéré comme un vrai acquéreur. Il n'est, en particulier, ni acheteur, ni

---

498 Sur cette institution, cf. MARRONE (1989), p. 846.

499 Cf. ZIMMERMANN (1998), p. 269.

500 Cf. APATHY (1995), p. 2.

501 Rappelons qu'en principe la *mancipatio* ne peut être utilisée que pour transférer des *res mancipi*. Or, en l'espèce, c'est l'intégralité du patrimoine du testateur qui est transférée, patrimoine qui, d'une part, n'est pas en lui-même une *res mancipi*, et, d'autre part, n'est pas constitué que de *res mancipi* (cf. ALBANESE (1982), p. 48, note 68 et TALAMANCA (1990), p. 718). Ce simple fait démontre la souplesse de la jurisprudence romaine quant à l'application de la *mancipatio*.

502 Cf. BIONDI (1955), p. 37.

héritier. GAIUS (*Institutes*, 2.103) nous informe que le *familiae emptor* n'a que la qualité de celui qui «joue le rôle d'héritier» («*heredis locum optinebat*»). En réalité, le *familiae emptor* n'est que titulaire passager du patrimoine du testateur. Sa titularité est adaptée à la réalisation d'un but déterminé, à savoir l'affectation des biens du *de cujus* selon les instructions reçues. Voilà pourquoi la doctrine estime généralement qu'il doit être qualifié de titulaire «fiduciaire» du patrimoine du testateur[503]. L'exécution de la volonté de ce dernier est soumise à la loyauté du *familiae emptor*, lequel, vu sa qualité de titulaire formel du patrimoine qui lui a été confié, pouvait sans doute l'aliéner de manière juridiquement efficace. Sans citer de source, MARRONE tient pour vraisemblable que, dans un premier temps, le *familiae emptor* commettait un grave acte illicite (*furtum*?) s'il venait à disposer des biens avant le décès du testateur. Par la suite, il était sans doute lié et tenu par la *fides* à se conformer aux instructions du *de cujus*[504].

Le procédé susmentionné a subi des transformations fondamentales dès le III^e^ siècle av. J.-C. et a pris le caractère d'un véritable testament, le testament *per aes et libram*, dont l'usage a subsisté jusqu'à la fin de l'époque classique[505]. Il résulte de la description détaillée de GAIUS que la *mancipatio* constitue, dans ce cas, un transfert fictif, réalisé «*dicis gratia*», soit «pour la forme»:

GAIUS, *Institutes*, 2.104:

> *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam, in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECUNIAMQUE TU(AM)ENDO MANDATELA TUAM CUSTODELAQUE MEA QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM HOC AERE (et ut quidam adiciunt) AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testator, tabulas testamenti tenens, ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABULIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQVE VOS QVIRITES TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE, et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.*

[503] Cf. MARRONE (1989), p. 846; SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 209 et TALAMANCA (1990), p. 718.

[504] Cf. MARRONE (1989), p. 846, note 126 et APATHY (1997), p. 373.

[505] Cf. MONIER I (1977), p. 459 et TALAMANCA (1990), p. 716.

(La procédure est la suivante: celui qui fait le testament, en présence, comme dans toutes les mancipations, de cinq citoyens romains pubères et d'un peseur, après avoir rempli les tablettes du testament, mancipe à un tiers, pour la forme, son patrimoine; dans cette circonstance, l'acheteur du patrimoine prononce ces paroles: <<Prenant dans ma main et sous ma garde ton patrimoine familial lequel reste entre tes mains, pour que tu puisses faire ton testament régulièrement selon un règlement public, que cela me soit acheté par ce lingot de bronze (et ajoute-t-il parfois) par cette balance de bronze!>>. Puis il frappe la livre avec le bronze et donne le bronze au testateur en guise de prix. Alors le testateur, tenant les tablettes du testament, s'exprime ainsi: <<Je donne, je lègue, je teste ainsi qu'il est écrit dans ces tablettes et sur cette cire. Vous, Quirites, prêtez-moi donc témoignage>>. C'est ce qu'on appelle la nuncupation. Nuncuper, en effet, c'est énoncer publiquement, et effectivement, ce que le testateur a écrit en détail dans les tablettes du testament, il est censé l'énoncer et le confirmer par une formule générale).

Après avoir inscrit ses dernières volontés sur des tablettes de cire, le testateur «mancipe» son patrimoine à un tiers. Selon la formule élaborée qu'il prononce, «l'acquéreur» ne déclare pas acquérir la propriété quiritaire, comme dans une *mancipatio* ordinaire, mais «avoir les biens sous sa garde» (*custodelam meam*), tout en précisant que ceux-ci demeurent entre les mains, ou sous la puissance, du *mancipio dans* (*mandatelam tuam*)[506]. Cette adaptation du rituel permet au testateur de conserver jusqu'à sa mort la libre disposition de son patrimoine[507]. La formule exprime ainsi une séquence chronologique qui se décompose comme suit: le patrimoine reste, d'abord, dans la *mandatela* du testateur, et ne passe, ensuite, qu'à la mort du testateur dans la *custodela* du *familiae emptor*[508]. Dès ce moment, *le familiae emptor*,

---

[506] Les termes *custodela* et *mandatela* ont une forme itérative, c'est-à-dire une forme verbale envisageant une action dans son développement et sa durée (cf. WEISS (1921), p. 107). Le mot *custodela*, ancêtre d'origine archaïque du mot *custodia*, peut être traduit par les termes, «garde», «protection» (ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), p. 161 et WEISS (1921), p. 108). Quant au mot *mandatela*, il dérive de *mandare* (ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), p. 382). En latin archaïque, il a un sens très concret, signifiant «jemandem etwas in die Hand geben» (WEISS (1921), p. 110). Il doit être relié avec le terme *manus*, dans le sens de «Gewalt über Mensch und Sachen» (WEISS (1921), p. 111).

[507] Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 209 et APATHY (1997), p. 371.

[508] Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 209; WEISS (1921), pp. 111ss et ZIMMERMANN (1998), p. 269.
Selon KASER (1939), p. 48, et (1971), p. 108, il existe une «propriété fonctionnellement divisée» entre le testateur et le *familiae emptor*: «Der Erblasser mag anfangs die mancipatio in unmittelbarer Todesnähe und mit der Wirkung sofortigen Übergangs des vollen Eigentums vollzogen haben. Doch berücksichtigt man schon früh die Möglichkeit seiner Genesung und schiebt darum die Wirkung auf, indem man das Eigentum funktionell

sorte d'exécuteur testamentaire, prend, en effet, les biens du *de cujus* sous sa garde et les distribue selon les instructions reçues[509]. La procédure contient en outre une autre différence majeure par rapport à celle d'une *mancipatio* usuelle. Alors que, dans celle-ci, seul l'acquéreur prononce une formule, dans celle-là, le «transférant», soit le testateur, s'exprime également par le biais d'une *nuncupatio* dans laquelle il annonce et confirme par une formule générale les dispositions testamentaires qui sont renfermées dans les tablettes de cire. Les témoins n'attestent donc pas directement le contenu du testament, mais seulement l'authenticité des tablettes[510].

Contrairement à la situation prévalant dans la *mancipatio familiae*, le *familiae emptor* se limite ici à jouer le rôle d'acquéreur, pour la forme (*dicis gratia*), la *mancipatio* en supposant nécessairement un. Sa présence est dénuée de toute signification substantielle[511]. Le *familiae emptor* est, en effet, dépouillé de tout pouvoir effectif sur le patrimoine du testateur, lequel «*ne fait que passer entre ses mains pour être distribué aux héritiers nommés dans le testament*»[512]. Car les dispositions inscrites sur les tablettes de cire sont réputées investir directement les héritiers et légataires au décès du *de cujus*[513]. Il n'est donc pas nécessaire que le *familiae emptor* mancipe ou accomplisse un quelconque acte juridique pour que ceux-ci deviennent propriétaires des éléments de patrimoine qui leur sont attribués[514], biens qu'ils peuvent revendiquer contre n'importe quel possesseur: «Der Bedachte ist also unmittelbar dinglich berechtigt, sei es als Vindikationslegatar, sei es als Erbe, der mit der rei vindicatio oder der gleichfalls dinglinchen hereditas petitio gegen den Besitzer von Nachlasssachen vorgehen kann»[515]. Ces éléments permettent de considérer, selon APATHY, à défaut de source démontrant le contraire, que le *familiae emptor* ne reçoit pas la propriété sur les biens qui sont sous sa garde, mais seulement une légitimation («Ermächtigungstreuhand») assortie d'un pouvoir de disposition limité, dans le cadre défini par la *nuncupatio* accompagnant l'acte de transfert[516].

---

teilt: Der emptor erwirbt zunächst nur ein >ruhendes< Eigentum, die Verfügungsgewalt des Erblassers besteht fort. Erst mit dessen Tod erstarkt das Recht des emptor zu einer realen Schutzgewalt. Die Formel drückt das anscheinend so aus, dass der emptor die Gegenstände in seine custodela übernimmt und die mandatela dem Erblasser belässt».

509 Cf. STURM (1990a), p. 574.

510 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 210 et MONIER I (1977), p. 461.

511 Cf. ZIMMERMANN (1998), p. 270.

512 SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 209.

513 Cf. STURM (1990a), p. 574; BIONDI (1955), p. 38 et MONIER I (1977), p. 459.

514 Cf. APATHY (1995), p. 4, et (1997), p. 372.

515 APATHY (1995), p. 4. Cf. aussi KASER (1971), p. 108.

516 APATHY (1997), p. 372.

Dans les deux rites évoqués par GAIUS (*mancipatio familiae* et testament *per aes et libram*), la *mancipatio* n'est pas destinée à transférer la propriété définitive du patrimoine du testateur au *familiae emptor*. Elle est instrumentalisée, c'est-à-dire adaptée aux buts recherchés[517], soit la libération du patrimoine des liens l'unissant à la famille (l'acte de vente fictif a pour effet d'enlever irréversiblement les biens aux héritiers légaux) et le transfert du patrimoine à un héritier librement choisi par le testateur[518].

En ce qui concerne le testament *per aes et libram*, on observe même une dualité dans la titularité juridique du *familiae emptor*. Ainsi, vis-à-vis des tiers, le *familiae emptor* est considéré comme le titulaire juridique du patrimoine objet du testament, car la *mancipatio* a pour effet de supprimer tout droit de propriété formel du *de cujus* sur ce patrimoine. Les tiers ne peuvent donc faire valoir aucune prétention relative à ce patrimoine contre ce dernier, puisqu'il n'en est juridiquement plus propriétaire. Par contre, vis-à-vis du *de cujus*, puis au décès de celui-ci, des héritiers institués, le *familiae emptor* n'a qu'une titularité vide d'effets juridiques, son rôle étant limité à celui de «protecteur» de ce patrimoine. On rappellera, en particulier, que durant la vie du testateur les biens restent entre les mains de celui-ci. Puis, à son décès, les héritiers institués héritent directement du *de cujus*. Dans le testament *per aes et libram*, nous sommes donc en présence d'un transfert de la «*propriété*» de biens à un «*acquéreur*» qui, du vivant du testateur, n'a aucun pouvoir effectif sur ces biens, et, au décès de celui-ci, est automatiquement dessaisi de son droit de propriété! La *mancipatio* est en fait employée comme une simple forme, qui ne comporte ni la substance ni les conséquences usuelles de l'acte[519]. Elle produit un double effet juridique. Le premier est immédiat: c'est le transfert de la titularité formelle du patrimoine au *familiae emptor*. Le second n'intervient que *mortis causa*: les bénéficiaires deviennent automatiquement titulaires des biens successoraux au décès du testateur.

Les exemples de l'*emancipatio*, de la *fiducia manumissionis causa*, et surtout, du testament *per aes et libram*, attestent des diversités d'application de la *mancipatio* dans des opérations comportant un aspect fiduciaire. La mancipation est, en effet, une institution qui a plusieurs fonctions et qui s'adapte facilement aux buts recherchés, sans avoir pour unique vocation le

---

517 Cf. BIONDI (1955), p. 36, parle d' «attuazione della mancipatio a scopo di testamento».
518 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), pp. 208ss.
519 Cf. BIONDI (1955), pp. 38 et 43.

transfert définitif du *ius Quiritium* sur un bien. On ne peut la classer dans aucune des catégories modernes d'acte juridique. C'est en gardant à l'esprit sa souplesse que nous allons maintenant l'étudier en rapport avec la *fiducia cum amico*.

2. La *mancipatio* «(fidi) fiduciae causa»

L'usage de la *mancipatio*, tant dans la *fiducia cum amico* que dans la *fiducia cum creditore*, pour le transfert du bien fiduciaire du fiduciant au fiduciaire, est attesté par plusieurs textes d'époques et de lieux différents, dont la *Formula Baetica* (I^er^ ou II^e^ siècle, *fiducia cum creditore*), les *Institutes* de GAIUS (2.59 et 60, II^e^ siècle, *fiducia cum amico* et *cum creditore*), un texte de BOETHIUS (*In Ciceronis Topica*, 4.10.41, V, VI^e^ siècles, *fiducia cum amico*), ainsi qu'une définition d'ISIDORUS (*Originum sive Etymologiarum libri*, 5.23, VI, VII^e^ siècles, *fiducia cum creditore*).

Même s'il n'existe pas de preuve formelle à ce sujet, il n'est pas contesté que, dès son origine, la *fiducia* était structurellement constituée au moyen de la *mancipatio*. Or, il faut se souvenir qu'à l'époque où apparaît la *fiducia* les grandes notions du droit privé (droit de propriété absolu, droit de créance, patrimoine) ne sont pas encore formées de manière précise en droit romain. On évitera, en conséquence, d'analyser la structure de la *fiducia*, institution d'origine archaïque, sur la seule base de critères ou principes qui ne se sont véritablement développés qu'en droit pré-classique, voire classique.

Comme le relève MACQUERON, à juste titre, «La mancipation, en matière de fiducie, n'est pas une mancipation ordinaire, elle est faite «à titre de fiducie», *«fiduciae causa»* et pour un prix fictif *nummo uno*»[520]. Il convient dès lors d'étudier les sources qui reflètent ces particularités de forme et de contenu.

A titre de premier exemple, nous citerons la *Formula Baetica*, dont la découverte en 1867 eut une importance considérable pour l'étude de la fiducie, et qui représente la seule source bien conservée qui nous soit connue dans laquelle une *mancipatio* et un *pactum* sont clairement nommés et distingués. On admet généralement qu'il s'agit d'une formule standard de mancipation fiduciaire – dressée d'avance pour des actes futurs –, présentée sous la forme d'un formulaire destiné vraisemblablement à être suspendu

[520] MACQUERON (1975), p. 85. Dans le même sens, cf. OERTMANN (1890), p. 67.

dans le bureau d'un juriste (*pragmaticus*)[521]. L'acte mérite d'être étudié, bien qu'il concerne la *fiducia cum creditore*, dès lors que, vu son caractère général, il devait s'appliquer à de nombreux cas, et représenter en quelque sorte la pratique en la matière, à tout le moins à l'époque et dans la région de son utilisation. Nous nous intéresserons, tout d'abord, à la première partie du texte, relative à la *mancipatio*:

> *Dama L. Titi ser(uus) fundum Baianum, qui est in agro qui Veneriensis uocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue) esset, (sestertio) n(ummo) I et hominem Midam (sestertio) n(ummo) I* ***fidi fiduciae causa*** *mancipio accepit ab L. Baianio, libripende antest(ato). Adfines fundo dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet....*
>
> (Dama, esclave de Lucius Titius, a reçu de Lucius Baianus par mancipatio «*fidi fiduciae causa*», et pour un sesterce [prix symbolique], le fonds Baianus qui se trouve sur le terrain appelé Veneriens, dans le village d'Olbense, libre de servitude ou de toute autre charge, ainsi que l'esclave Midas, également pour un sesterce, en présence comme témoin d'un «peseur». Lucius Baianus a confirmé que le fonds était voisin des fonds appartenant à Lucius Titius, Caius Seius, ainsi qu'au domaine public...).

On observera, à titre préalable, que le transfert du fonds et de l'esclave intervient en échange d'un sesterce («*nummo uno*»), soit pour un prix symbolique. Le *mancipio accipiens* (fiduciaire) ne transfère donc aucune véritable contrepartie au *mancipio dans* (fiduciant) lors du rituel de la *mancipatio*[522]. L'indication d'un prix, même symbolique, est conforme au rituel et permet simplement de respecter le caractère d'échange qui marque la *mancipatio*.

L'expression, assez rare, *nummus unus*, est présente dans plusieurs sources relatives à des opérations fiduciaires[523]. Elle apparaît aussi dans des cas de vente réelle où le prix est dérisoire, lorsque les parties ont simplement substitué, dans la formule de la *mancipatio*, au prix réel un prix fictif[524]. La

---

[521] Cf. GIRARD (1913), p. 823. Voir aussi, BELLOCCI (1983), p. 39; KÜBLER (1922), p. 83; LONGO (1946), pp. 4s et RUDORFF (1873), pp. 76ss.

[522] Cf., par exemple, FREZZA (1963), p. 7.

[523] Cette expression figure, outre dans la *Formula Baetica*, dans les sources suivantes: la *Tabula Herculanensis* no 65 (ARANGIO-RUIZ/PUGLIESE CARRATELLI (1954), p. 64), ainsi que les *Tabulae Pompeianae* 19, 21 et 22 (BOVE, pp. 9, 11 et 12). Dans la *mancipatio pompeiana*, on trouve l'expression équivalente: «eaque mancipia singula sestertis nummis singulis...» (FIRA III, p. 292). Voir TOMULESCU (1976), p. 223.

[524] De manière, certes, un peu schématique, mais suffisamment claire pour permettre une meilleure compréhension du problème, TOMULESCU (1976, pp. 223ss; récapitulation, pp. 236s) distingue deux grandes catégories de *mancipatio*: il y a, d'une part, la *mancipatio* réelle (destinée réellement à réaliser la vente d'un bien), et, d'autre part, la

fonction du *nummus unus* réside alors uniquement dans la réduction à un montant insignifiant de l'objet de l'*actio auctoritatis*[525] laquelle résultait directement de la *mancipatio*. Le transfert de la propriété de la chose vendue reste toutefois subordonné au paiement du prix réel[526].

Il est vrai que, dans le cas de la *fiducia*, la mention d'un prix symbolique a également le même effet[527]. Cependant, ce prix a une signification particulière qui ne se limite pas à une réduction de la responsabilité du vendeur en cas d'éviction. Car le prix indiqué n'est pas fictif, mais bien réel, puisque le fiduciaire ne verse qu'un montant symbolique de un sesterce au fiduciant. Dans la fiducie, le but recherché n'est pas la vente du bien fiduciaire[528]. Le transfert du bien n'intervient qu'à titre temporaire, dans un but particulier (dans la *fiducia cum amico*, sécurité du bien fiduciaire; dans la *fiducia cum creditore*, octroi d'une garantie réelle au créancier fiduciaire). En matière de fiducie, l'emploi du *nummus unus* a pour fonction de révéler

---

mancipatio apparente (qui n'est pas destinée à réaliser la vente d'un bien). La première catégorie comprend trois sortes différentes: la *mancipatio* avec prix pesé (c'est la *mancipatio* originelle), la *mancipatio* imaginaire (dans laquelle le prix n'est plus pesé), et, enfin, la *mancipatio* imaginaire *nummo uno* (dans laquelle à la mention du prix réel a été substitué un prix fictif dans la formule prononcée par l'*accipiens*). La seconde catégorie comprend la *mancipatio* imaginaire apparente *nummo uno* (dans laquelle la vente cache un autre acte ayant un autre but) et la *mancipatio* imaginaire *nummo uno dicis causa* (qui n'a pas pour effet normal un transfert de propriété, par exemple cas de l'*emancipatio* ou du testament *per aes et libram*). TOMULESCU classe la *fiducia* dans les actes constitués par une *mancipatio* imaginaire apparente *nummo uno*. Sous réserve de l'assimilation de la *mancipatio* à une vente, contre laquelle nous avons déjà émis des réserves, nous considérons que la classification de TOMULESCU a pour avantage de souligner les effets juridiques très différents produits, suivant les cas, par la *mancipatio*.

525 Cette *actio* représentait dans l'antique vente au comptant, la garantie contre l'éviction dont le vendeur était tenu (cf. MONIER I (1977), p. 411 et TALAMANCA (1990), pp. 588s).

526 TOMULESCU (1976), pp. 227s.

527 Le prix symbolique d'un sesterce a pour conséquence qu'en cas d'éviction du fiduciaire par un tiers une *actio auctoritatis* contre le fiduciant est illusoire, car le *mancipio dans* ne peut répondre que dans la mesure où le prix effectif de la vente a été déclaré lors de la *mancipatio*. Toutefois, selon BISCARDI (1976), pp. 36s, le fiduciant jurait généralement que le bien fiduciaire était sa propriété exclusive. Par ce biais, il assumait la responsabilité en cas d'éviction et, dans l'hypothèse d'un parjure, répondait du *crimen stellionatus*. BISCARDI (1976), p. 37, voit une confirmation de ce principe dans un fragment de MODESTINUS, D. 47.20.4 (*lib.* 3 *de Poenis*): *De perjurio, si sua pignora esse quis in instrumento juravit, crimen stellionatus fit: et ideo ad tempus exulat.* (Si quelqu'un, dans une obligation écrite, a affirmé qu'un gage qu'il donnait était à lui, ce parjure devient crime de stellionat; c'est pourquoi la peine est l'exil à temps).

528 Cf. OERTMANN (1890), p. 85.

que le *mancipio dans* et le *mancipio accipiens* poursuivent un autre objectif que le transfert de la propriété d'un bien contre le paiement d'un prix.

Ce but spécifique est signalé par une clause particulière adjointe à la *mancipatio*, ce que démontre l'analyse de la *Formula Baetica*. Il est ici essentiel de relever que l'acte de mancipation du fonds et de l'esclave Midas est qualifié «*fidi fiduciae causa*». Dans les cas usuels, où elle est utilisée pour procéder au transfert définitif de la propriété sur un bien contre le paiement d'un prix, la *mancipatio* ne contient pas d'indication de la cause du transfert. C'est la raison pour laquelle on la considère aujourd'hui comme un acte abstrait de transfert de la propriété. Mais, lorsqu'elle poursuit un objectif spécifique, celui-ci ressort d'une mention spéciale, intégrée dans le rituel. Ainsi, par exemple, en matière de donation, plusieurs sources datant des deuxième et troisième siècles font état d'une *mancipatio* intervenue «*donationis causa*»[529]. De la même manière, la fonction de la clause «*fidei fiduciae causa*» est de révéler la nature particulière de la *mancipatio* dans la fiducie[530]. Or, nous l'avons dit, le but de la fiducie n'est pas un transfert définitif de la propriété, mais bien la recherche d'une sécurité juridique.

Dans de nombreuses autres sources figurent les qualifications «*fidi fiduciae causa*», «*fiduciae causa*», ou encore, dans un cas, «*fiduciaria*». Ainsi, outre la *Formula Baetica*, trois tablettes de cire du Ier siècle ap. J.-C., retrouvées dans la villa Murénie à Pompei, les *Tabulae Pompeianae* 19, 21 et 22[531], font état d'un transfert par une *mancipatio* «*fidei fiduciae causa*». Nous citerons un extrait qui se trouve de manière parfaitement identique dans les deux tablettes les mieux conservées, soit la 21 et la 22:

Tab. Pomp. 21 du 5 mars 61, diptyque, p. 2, lignes 7 à 10 et *Tab. Pomp. 22* du 6 mars 61, diptyque, p. 2, lignes 7 à 10.

> *... Mulier Fortunata, quam Marcia Aucta C<aio> Sulpicio Oniro* ***fidei fiduciae causa*** *HS n<ummo> I mancipasse diceretur....*

---

529 Cf. RUDORFF (1873), p. 70 et WOLF (1970), pp. 144ss.

530 Cf. OERTMANN (1890), p. 68.

531 Il s'agit de documents, inspirés d'un formulaire commun, qui concernent la vente aux enchères de la part du créancier, d'esclaves qui lui ont été mancipés «fidei fiduciae causa» par le débiteur (Cf. BOVE (1984), pp. 98ss et BURDESE (1983), p. 182). L'intérêt de ces tablettes qui ne concernent qu'indirectement la *fiducia* est de démontrer que la clause «fidei fiduciae causa», rendue célèbre par la découverte de la *Formula Baetica*, était également utilisée dans la région de Pompei.

(... la femme (esclave) Fortunata, dont on dit qu'elle a été mancipée «*fidei fiduciae causa*» et pour un prix fictif par Marcia Aucta à Caius Sulpicius Onirus...).

Certaines sources contiennent la mention «*fiduciae causa*», sans comporter le terme «*fidei*», contraction de «*fides*», que l'on trouve dans les textes sus-mentionnés. C'est notamment le cas de plusieurs fragments figurant dans les *Institutes* de GAIUS:

2.59. ... *nam qui rem alicui* ***fiduciae causa*** *mancipio dederit vel in iure cesserit....* (... car qui donne une chose par mancipation – ou par une cession devant magistrat – à titre de fiducie...).

2.220. ... *ueluti si quis eam rem legauerit quam creditori* ***fiduciae causa*** *mancipio dederit....* (... par exemple, si on a légué une chose que l'on avait donnée par mancipation à un créancier à titre de fiducie...).

3.201. *Item debitor rem quam* ***fiduciae causa*** *creditori mancipauerit aut in iure cesserit... sine furto possidere et usucapere potest.* (De même un débiteur peut sans voler posséder et usucaper une chose qu'il aura donnée à son créancier par mancipation – ou par une cession devant magistrat – à titre de fiducie...).

On retrouve aussi cette qualification dans la *Tabula Herculanensis no 65*[532]:

<M. Noniu>s Fuscus iurauit per Iouem et numina <deoru>m et genium Neronis Claudi Caesaris <Aug. ea>m puellam N<a>idem suam suique <man>cipi esse seque possidere neque sibi cum ullo co<m>munem aut in publicum priuatumue ob<lig>atam esse.

postea <L. Comin>ius Primus eam puellam Naidem ***fidu<cia>e c<a>us<a>*** *HS n. I mancipio <a>cce<pit ab> <M. No>nio Fusc<o> ob HS DC libripende T. Blaesio Saturnino.*

(M. Nonius Fuscus a juré par Jupiter et les noms des dieux et le génie de Néron, Claude et César que sa jeune fille (esclave) Naïda est sous son pouvoir et qu'il la possède libre de toute obligation, publique et privée. Ensuite, L. Cominius Primus a reçu par mancipation à titre de fiducie de M. Nonius Fuscus cette jeune fille Naïda, pour un prix fictif, mais en raison de 600 sesterces, en présence du peseur T. Blaesius Saturninus).

---

532 Notons que NOORDRAVEN invoque de manière étonnante ce fragment à l'appui de la thèse d'une différenciation stricte entre transfert réel et rapport obligationnel (1990, p. 241). Certes, l'esclave Naïda est transférée au fiduciaire en garantie d'une créance de celui-ci envers le fiduciant de 600 sesterces. Il s'agit donc d'un cas de *fiducia cum creditore*. Mais la fiducie en elle-même n'est composée que d'une *mancipatio fiduciae causa*, à l'exclusion de tout *pactum fiduciae*. Le reste du triptyque est tout simplement illisible (cf. ARANGIO-RUIZ/ PUGLIESE CARATTELLI (1954), p. 65).

Quant à BOETHIUS, *In Ciceronis Topica*, 4.10.41, il emploie les termes «mancipatio *fiduciaria*» en relation avec la *fiducia cum amico*:

> *Haec* ***mancipatio fiduciaria*** *nominatur idcirco...* (Cette mancipation est appelée mancipation fiduciaire...).

La *causa mancipationis* permet d'identifier le but concret recherché par les parties au moyen d'un acte juridique qui est de nature abstraite[533]. Certains auteurs estiment que la présence de la clause «*(fidei) fiduciae causa*» aurait pour conséquence de transformer la *mancipatio*, dans le cas de la fiducie, en un acte causal[534]. Cette affirmation mérite d'être nuancée. Car la *mancipatio* reste toujours un acte abstrait quelle que soit son application, dès lors que le transfert est valable indépendamment de toute cause. En revanche, il est vrai que, pour pouvoir atteindre les buts spécifiques de la fiducie, il est nécessaire de modifier le rituel et les effets juridiques ordinaires de la *mancipatio*. Ce n'est donc pas la *mancipatio* qui est causale, mais la *fiducia* qui présuppose le recours à un acte juridique adapté.

En synthèse, de nombreuses sources provenant de différents lieux attestent l'utilisation fréquente, dans les premiers siècles de notre ère, d'une mancipation finalisée par une clause spécifique «*(fidi) fiduciae causa*». Lors de la constitution de la *fiducia*, les parties ne procèdent pas à un acte de mancipation ordinaire, mais bien à une *mancipatio* qualifiée qui, comme nous le verrons, est effectuée au moyen d'un rituel particulier et qui produit des effets juridiques spécifiques[535]. L'absence de sources antérieures à l'ère chrétienne ne permet pas d'inférer, par une sorte de «preuve négative», de l'inexistence à des temps plus reculés d'une clause identique ou similaire.

Mais quel sens faut-il attribuer aux expressions «*fidei fiduciae causa*» et «*fiduciae causa*»?

La proposition «*fidei (ou fidi) fiduciae causa*», apparemment plus vieille[536], fait partie des nombreuses clauses binomiales tenant lieu d'allité-

---

533 Cf. WOLF (1970), p. 148.

534 Cf. BURDESE (1983), p. 181 et ALBANESE (1982), p. 42, note 45.

535 Dans le même sens, WOLF (1970), p. 148: «Und was weiter bleibt, ist die Einsicht, dass die donationis causa oder fidi fiduciae causa abgeschlossene Manzipation, die in der vom Erwerber gesprochenen Formel die causa benennt, nicht blosse Übereignung, nicht zivilrechtlich neutrale Eigentumsverschaffung, sondern Schenkung im einen, <fiduziarische Übereignung> im anderen Falle war».

536 Cette proposition est constituée au moyen d'une asyndète, consistant à supprimer la particule de liaison, en l'occurrence la conjonction de subordination «et», entre deux phrases ou dans une phrase, en l'espèce entre les substantifs *fides* et *fiducia*, tous deux

ration que l'on trouve dans l'ancienne langue juridique latine[537]. De tels binômes ont généralement un sens pléonastique, comme, par exemple, «*aequius melius*» (au plus équitable et au mieux), «*pactum conventum*» (ce qui a été convenu)[538], ou «*doli mali fraudisve causa*» (pour cause de dol – tromperie malveillante – et de fraude, de tromperie), sens que l'on retrouve aussi dans certaines clauses dans lesquelles chacun des termes du binôme qualifie l'action (ou l'inaction) de l'une des deux personnes parties à un rapport juridique déterminé. Ainsi, par exemple, le terme technique désignant le contrat de vente, «*emptio-venditio*» (achat-vente), concerne l'activité de l'acheteur comme celle du vendeur. De même, la clause «*vi metusve causa*» (pour cause de violence et de crainte), qui permettait à une certaine époque au préteur de sanctionner un contrat conclu sous l'empire d'une crainte fondée, envisage une activité, la violence, sous l'angle de son auteur, comme sous celui de sa victime[539]. La clause «*(fidi) fiduciae causa*» est sans doute de la même nature en ce qu'elle paraît se référer tant au fiduciant qu'au fiduciaire.

Cette clause comprend, outre le terme «*fiduciae*», déclinaison de *fiducia* (confiance), celui de «*fidi*», déclinaison de *fides* (loyauté, fidélité à la parole donnée). Elle apparaît déjà dans deux pièces du poète MARCUS PLAUTUS (PLAUTE, 254-184 av. J.-C.), sans que l'on sache exactement si elle pos-

---

au génitif, car qualifiant *causa*: «ad certam quorundam negotiorum condicionem definiendam usurpatur formula fidi fiduciae causa (hanc ampliorem formulam pro breviore illa, quam apud Gaium legimus, antiquitus sollemnen fuisse et forma genetivi fidi docet et asyndeton)» (FRAENKEL (1912-1926), p. 701,3). Le terme «fidi» est une forme génitive archaïque de *fides* (cf. RUDORFF (1873), p. 78 et WATSON (1962), p. 333).

537 Cf. STURM (1990b), p. 161 et RUDORFF (1873), p. 78.

538 Sur le sens de cette clause, cf. STURM (1990b), pp. 160s.

539 La principale source d'information sur cette clause provient d'un fragment d'ULPIANUS, D. 4.2.1 ((lib. 11 *ad Edictum*), cf. LENEL II (1960), p. 460, no 369): *Ait praetor: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Olim ita edicebatur, quod vi metusve causa. Vis enim fiebat mentio, propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus, instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione: sed postea detracta est vis mentio: ideo quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.* (L'Edit du préteur porte: <Je ne reconnaîtrai point tout ce qui aura été fait par crainte>. L'édit portait auparavant <tout ce qui aura été extorqué par la violence ou par la crainte>. Il y était fait mention de la violence, parce que la violence est contraire à la volonté, et que la crainte d'un péril présent ou futur trouble l'esprit. Mais ensuite on a ôté de l'édit le terme violence, parce que ce qui est fait par une violence considérable, peut toujours être regardé comme fait par crainte). Pour une synthèse des controverses liées à l'interprétation de ce fragment, cf. Udo EBERT, «Vi metusve causa», in *SZ* (Weimar) 86 (1969), pp. 403ss et les nombreuses références citées.

sède dans ce cadre une connotation juridique[540]. Nous avons rappelé ci-dessus[541] les liens unissant les deux termes, à savoir, d'une part, un lien étymologique, puisqu'ils dérivent du même mot, et, d'autre part, un lien fonctionnel, dès lors que le nom donné à l'institution elle-même, «*fiducia*», provient très vraisemblablement du fait que, comme nous le verrons encore plus en détail[542], à l'origine, la fiducie n'était pas sanctionnée juridiquement, mais reposait sur le respect de la *fides* par le fiduciaire. Les deux mots clés, *fides* et *fiducia*, sont complémentaires. Ils se distinguent par rapport à la personne visée par l'action: le fiduciaire donne et respecte sa parole; le fiduciant fait confiance[543]. Cette expression sous-entend donc que, au-delà de la confiance placée par le fiduciant dans le fiduciaire, il existe un engagement du fiduciaire lui-même. Mais cet engagement résulte de la *mancipatio* et non d'un *pactum*. La clause «*fiduciae causa*» n'a pas un sens différent. Simplement, le terme *fiducia* s'est imposé pour donner le nom à l'institution dans son intégralité. La *fides*, laquelle est sous-entendue, n'a donc pas besoin d'être rappelée.

---

[540] Nous reproduirons, pour notre part, les textes établis et traduits par Alfred ERNOUT, Paris, 1959 et 1961, édition «*Les belles lettres*». *AVLVLARIA* (La marmite), 582-586: *Nunc hoc mihi factust optimum, ut te<d> auferam, Aula, in Fidei fanum; ibi abstrudam probe. Fides, nouisti me et ego te: cave sis tibi, Ne tu inmutassis nomen, si hoc concreduo. Ibo ad te fretus tua, Fides, fiducia.* (Le mieux pour moi, maintenant, c'est de t'emporter, marmite bien-aimée dans le temple de la Bonne Foi: là je te cacherai comme il faut. O Bonne Foi! Nous nous connaissons, toi et moi. Ne va pas, s'il te plaît, démentir le nom que tu portes, si je te confie ce dépôt. Je viens à toi, ô Bonne Foi, fort de la confiance que tu m'inspires); *TRINVMMVS* (Les trois écus), 116-118: *Quid tu adulescentem quem esse corruptum uides, Qui tuae mandatus est fide et fiduciae, Quin eum restituis, quin ad frugem conrigis?* (Mais toi, ce jeune homme dont tu vois les débauches, et qui a été confié à ta loyauté, à ta fidélité, que ne le redresses-tu, que ne le ramènes-tu dans la bonne voie?) et 140-144: *Subigis maledictis me tuis, Megaronides, Nouo modo adeo ut quo<d> meae concreditumst Taciturnitati clam, fide et fiduciae, Ne enuntiarem quoiquam neu facerem palam, Vt mihi necesse sit iam id tibi concredere.* (Tu me réduis par tes reproches, Mégaronide, et contre toute attente, à ce point qu'un secret confié à ma discrétion, à ma bonne foi, à ma loyauté, un secret que je ne devais communiquer ni révéler à personne, me voici maintenant dans la nécessité de te le confier).

[541] Cf. *supra*, pp. 77s.

[542] Cf. *infra*, pp. 150ss.

[543] Cf. ENGELS (1969), p. 844.

3. La *mancipatio* «fidei fiduciae causa»: un «mancipio dare ut remancipetur»

Le droit romain connaît des formes de rapports fiduciaires qui n'ont pas comme finalité ultime la restitution du bien fiduciaire au fiduciant[544]. Nous l'avons vu, en matière d'*emancipatio*, le but réside dans l'émancipation d'un descendant, parfois affranchi par le fiduciaire lui-même, et, en matière de *fiducia manumissionis causa*, dans l'affranchissement de l'esclave par le fiduciaire. Par ailleurs, en droit des successions, la *mancipatio familiae* et le testament *per aes et libram* peuvent être examinés comme des actes de disposition fiduciaires en faveur d'un tiers bénéficiaire, le *familiae emptor* n'ayant que le rôle d'un intermédiaire juridique, sorte d'exécuteur testamentaire fiduciaire[545]. Il en va de même de la *donatio mortis causa* lorsque, généralement en vue d'éluder la prohibition des donations entre époux, l'un de ceux-ci donne à l'autre un bien en fiducie à la charge fiduciaire de le rendre après sa mort à leur fils commun (*mancipio dedit, uti post mortem restituatur filio*)[546]. Il faut aussi citer dans ce contexte le *fideicommissum*, usage apparu à la fin de l'époque pré-classique dans le but de contourner les obstacles et les interdictions du régime des legs[547]. Il consistait alors en une simple prière (*rogatio*)[548] adressée par le *de cujus* à un héritier ou un légataire (fiduciaire), afin que celui-ci accomplisse les dernières volontés de celui-là en transférant à son décès tout ou partie des valeurs reçues à titre successoral à un tiers bénéficiaire, le fidéicommissaire[549]. Moins formaliste que le legs, dépourvu de la solennité du testament, le fidéicommis, qui repo-

---

544 Cf. JACQUELIN (1891), pp. 93ss.

545 Cf. BROGGINI (1997), pp. 12s.

546 Cf. JACQUELIN (1891), p. 362 et APATHY (1997), p. 380. Voir, MARCELLUS, D. 24.1.49 (*lib.* 7 *Digestorum*), texte que LENEL ne considère pas comme se référant à un transfert fiduciaire (cf. LENEL I (1960), p. 603, no 90): *Sulpicius Marcello. Mulier quae ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri tradidit <mancipio dedit>, uti post mortem restituatur filio...* (Sulpicius à Marcellus, salut: une femme voulant qu'après la mort de son mari un de ses fonds passât à son fils qui était sous la puissance de son père, a donné ce fonds au père, à charge de le rendre à son fils après sa mort...)

547 Cf. JOHNSTON (1998), pp. 45ss.

548 GAIUS, *Institutes*, 2.249: *Verba autem utilia fideicommissorum haec recte maxime in usu esse uidentur: PETO, ROGO, VOLO, FIDEI COMMITTO; quae proinde firma singula sunt atque si omnia in unum congesta sint.* (La formule qui paraît la plus usuelle pour établir un fidéicommis est la suivante: <Je te prie, je te demande, je désire, je te confie>. Chacun de ces mots isolés a la même valeur que s'ils sont rassemblés en une formule unique).

549 Cf. GUARINO (1997), pp. 506s et MARRONE (1989), p. 888. Voir aussi, dans ce contexte, BROGGINI (1997), p. 13.

sait à l'origine sur la fidélité et la piété du fiduciaire (*fidei committere*), permettait de faire bénéficier comme fidéicommissaire n'importe quelle personne, même celles incapables de recevoir pour cause de mort[550]. Lorsque, sous AUGUSTE, le fidéicommissaire se vit accorder le droit d'agir en justice contre le grevé, le fidéicommis changea de nature[551]. Sans être un véritable droit réel, le droit du bénéficiaire d'un *fideicommissum* était cependant aussi exerçable contre certains tiers et était muni de la *missio in rem*, lui permettant d'obtenir la possession des biens litigieux[552].

Cependant, la figure classique de la *fiducia* correspond bien, comme le démontrent plusieurs sources, au fait de «donner pour reprendre» (*mancipio dare ut remancipetur*). Le substantif *mancipium*, dont les linguistes ont révélé plusieurs significations[553], prend ici la forme d'un ablatif marquant le but, ayant originairement le sens de «droit», «pouvoir»[554]. Ce transfert de droit est spécialisé au moyen d'un *ut* qui a, en l'occurrence, une valeur finale et signifie donc, «afin que», «pour que». La fiducie réside, en substance, en un transfert de droit, de puissance, par le biais d'une *mancipatio*, au *mancipio accipiens*, dans le but, afin que celui-ci retransfère ce droit dans des circonstances déterminées au *mancipio dans* originaire. La *remancipatio*, soit l'opération de retransfert du bien fiduciaire, de restitution du pouvoir, au fiduciant, est une notion inhérente à la fiducie, qui résulte directement de la *mancipatio*[555].

Ainsi, chez GAIUS apparaît clairement l'interdépendance entre *mancipatio* et *remancipatio*, dans des cas de transferts fiduciaires. En effet,

---

550 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 239. *Institutiones* de l'Empereur JUSTINIEN, 2.23.1: *Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant hereditatem. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur...* (Il faut observer qu'à l'origine les fidéicommis n'avaient aucun effet, parce qu'on ne pouvait forcer personne à donner ce qu'il avait été simplement prié de rendre. Les testateurs qui ne pouvaient laisser à certaines personnes ni succession ni legs, usaient de fidéicommis, et chargeaient de leur restitution des personnes qui étaient capables de recevoir dans leur testament. C'est ce qui a fait appeler ces dispositions fidéicommis (c'est-à-dire commis à la foi de quelqu'un), parce qu'elles n'étaient appuyées sur aucune loi, mais seulement sur la pudeur et la probité de ceux qui en étaient chargés...).

551 Cf. MARRONE (1989), pp. 888ss et MONIER I (1977), pp. 523ss.

552 Cf. JOHNSTON (1998), p. 51.

553 Cf. DE VISSCHER (1936), pp. 276ss.

554 Cf. DE VISSCHER (1936), p. 279.

555 Dans ce sens, cf. RUDORFF (1873), p. 84.

s'il est vrai que la notion de remancipation n'est pas mentionnée pour l'hypothèse classique de la *fiducia cum amico* ou *cum creditore*, elle est, comme nous l'avons vu, très clairement présente dans l'hypothèse de l'*emancipatio*, acte dont la nature fiduciaire du transfert est reconnue.

> *Institutes*, 1.172: ... *Quod etsi placeat, in parente tamen qui filiam neptemue aut proneptem alteri ea lege* ***mancipio dedit ut sibi remanciparetur***...
>
> (Même en acceptant cette doctrine, on ne devrait pas donner la même solution pour l'ascendant qui a donné par mancipation sa fille, sa petite-fille ou son arrière petite-fille sous condition qu'elle lui soit remancipée...).

GAIUS se réfère également à cette notion, dans le cas des personnes données en *mancipium*:

> 1.140: *Quin etiam, inuito quoque eo cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo quem pater ea lege* ***mancipio dedit ut sibi remancipetur****, nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi uidetur eo ipso quod mancipio recipit...*
>
> (Bien mieux, la liberté peut leur échoir par recensement même contre le gré de celui en mancipium duquel ils se trouvent, sauf si le père a donné par mancipation sous condition qu'il lui fût remancipé, car le père est censé s'être ainsi réservé en quelque sorte sa propre puissance par cela même qu'il reprend par mancipation).

Dans les deux passages de GAIUS, nous sommes en présence d'un *ut* explicatif, qualifiant les termes *ea lege*, qu'il convient de traduire ici par «*sous la condition, à la condition que*»[556]. Selon le célèbre jurisconsulte, l'enfant devient en principe libre même contre la volonté de l'acquéreur. Mais, si la mancipation du fils intervient *ut sibi remancipetur*, la situation juridique est différente. En effet, en aliénant son enfant sous cette forme, le père «réserve» sa puissance. Nous étudierons par la suite plus en détail la nature du lien juridique qui subsiste, dans la *fiducia cum amico*, entre le fiduciant et le bien fiduciaire, après le transfert de ce bien[557]. En l'état, nous remarquerons qu'une mancipation *ut remancipetur* n'est pas de même nature et n'a pas les mêmes effets juridiques qu'une *mancipatio* ordinaire. Par ailleurs, cet extrait confirme que la *mancipatio* est la source du devoir de restitution, puisque, en l'espèce, le père réserve sa puissance par la *mancipatio* elle-même, sans avoir à recourir à un *pactum*. Il résulte des deux textes susmentionnés que la chose est transférée par mancipation, «à la condition»

---

556 ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), p. 353.

557 Cf. *infra*, pp. 209ss et 218ss.

qu'elle soit retransférée au *mancipio dans*. Sans devoir de retransfert, il n'y a donc pas de fiducie.

La *Formula Baetica* est aussi édifiante à cet égard. En effet, le devoir de retransfert découle du rituel accompagnant la *mancipatio fidi fiduciae causa* et non du *pactum*, lequel n'apparaît que dans la seconde partie du texte[558].

Les mêmes conclusions peuvent être tirées d'un papyrus latin contenant une requête adressée au préfet d'Egypte ou au *juridicus* d'Alexandrie, ainsi qu'un acte d'émancipation joint comme pièce justificative[559]. Le document fait référence à l'émancipation d'une fille, précédée de trois mancipations et de trois affranchissements (*emancipatio puellae*). Malgré le mauvais état de conservation du texte, il a été établi que l'acte concernait une fille nommée Aurelias Sarapias destinée à être émancipée par son père, Aurelius...Sarapionis, avec l'aide du fiduciaire appelé Aurelius...tis, en présence de témoins et d'un libripens qui s'appellent aussi tous Aurelii[560]. La première partie du texte fait état d'un transfert «*fidei fiduciae causa*», de la fille au fiduciaire[561]. Puis, l'un des passages les plus lisibles est le suivant:

> *...Aur(elius)...Sarapionis filiam suam mancipio dedit... <praesentibus testibus> supra (scriptis), fiducia contracta* ***(ut) sibi remancipa(retur)***...
>
> (...Aurelius...Sarapionis a donné sa fille par mancipation... en présence des témoins (décrits) *supra*; une fiducie a été convenue, selon laquelle elle [sa fille] lui serait remancipée).

A première vue, ce passage pourrait être compris comme démontrant la nécessité d'un accord obligationnel (*fiducia contracta*) pour fonder le devoir de restitution. Toutefois, le mot «pactum» n'y figure pas. Le verbe *contrahere*, comme nous le verrons au chapitre suivant, n'a d'ailleurs pas la signification qu'a pour nous le verbe contracter[562]. Nous pensons donc que les termes «fiducia contracta» se réfèrent simplement à l'acte fiduciaire dans son ensemble (et non à un éventuel *pactum fiduciae*). Ils expliquent pourquoi les parties ont recouru à la fiducie, singulièrement à une *mancipatio*

---

558 Cf. *infra*, pp. 132ss.

559 Cf. GIRARD (1913), pp. 824s.

560 Cf. GIRARD (1913), p. 824.

561 Voir la reconstitution dans FIRA III, p. 31, ou celle de GIRARD (1913), p. 825, que GROSSO (1929b), p. 256, juge acceptable.

562 Cf. *infra*, p. 148.

fidei fiduciae causa, pour procéder à une émancipation: il s'agit de fonder le devoir de restitution. (*fiducia contracta (ut) sibi remancipa(retur)...*) Mais il importe de relever que l'on retrouve ici la même fonctionnalité de la *mancipatio* que dans la *fiducia cum amico* ou *cum creditore*, à savoir une *mancipatio ut remancipetur*.

Par ailleurs, dans un passage qui nous est bien connu, BOETHIUS, *In Ciceronis Topica*, 4.10.41, nous renseigne, tant sur l'articulation *mancipatio-remancipatio* que sur le fondement de l'obligation de retransfert du bien fiduciaire[563]:

> *Fiduciam accepit cuicumque res aliqua mancipatur,* ***ut eam mancipanti remancipet.*** *Velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quos suspectum est praeterit, reddat. Haec* ***mancipatio fiduciaria nominatur*** *idcirco,* ***quod restituendi fides interponitur.***
>
> (Le fiduciaire est une personne à qui une chose est transférée par mancipation afin qu'il la retransfère par mancipation au transférant originaire. Ainsi, par exemple, lorsqu'une personne qui traverse des temps difficiles transfère par mancipation un fonds à un ami plus puissant, afin que l'ami le lui rende quand les temps difficiles auront cessé. Ce type de mancipation est appelée fiduciaire, car vient s'interposer l'assurance de la restitution, fondée sur la *fides*).

Dans ce texte, l'auteur indique clairement que le bien fiduciaire, mancipé pour des raisons de sécurité, est destiné à être remancipé, ce qui implique que la notion de remancipation fait partie de la définition de la *fiducia*. Il existe une interdépendance structurelle entre la *mancipatio* et la *remancipatio*. La remancipation semble même être le but final de la fiducie, puisque le bien fiduciaire est transféré par le fiduciant au fiduciaire, *ut eam mancipanti remancipet*[564]. Ainsi, la *fiducia cum amico*, à laquelle se réfère plus particulièrement BOETHIUS, est constituée d'une *mancipatio* d'un bien, exécutée «afin que» le bien soit restitué quand le danger aura été écarté.

---

563 Nous avons vu que BOETHIUS, commentant les *Topiques* de CICERO, a également utilisé certains écrits de GAIUS, PAULUS et ULPIANUS. De ce fait, il existe en doctrine une controverse sur la question de savoir si, dans sa définition de la *fiducia*, BOETHIUS se réfère à des sources de l'époque cicéronienne ou à celles de l'époque classique. Mais on ne remet généralement pas en cause l'authenticité des sources, ainsi que leur juste compréhension et transcription par BOETHIUS (cf. BELLOCCI (1983), pp. 42ss; BISCARDI (1976), p. 28; GROSSO (1929b), pp. 252s; et ZANNINI (1983), p. 19, note 15).

564 Dans ce sens, BELLOCCI (1983), p. 137.

BOETHIUS distingue, en outre, la *mancipatio* utilisée pour constituer un rapport fiduciaire (*mancipatio fiduciaria*) d'une *mancipatio* ordinaire, et explique les liens unissant la *fiducia* et la *fides*: la *mancipatio* est qualifiée de *fiduciaria* précisément parce qu'elle intègre la *fides*, fondement de la *fiducia* et source du devoir de restitution. BOETHIUS relève expressément que l'obligation de restitution est basée sur la *fides*: *quod restituendi fides interponitur*. Par contre, les notions de *pactum* ou, plus généralement, d'accord obligationnel sont absentes, dès lors qu'elles sont étrangères au devoir de restitution.

Notons, enfin, que ce concept d'inhérence du devoir de restitution dans la *fiducia* se retrouve également en matière de droit public dans un passage de l'*Histoire romaine* de LIVIUS (32.38):

> *Philippus, cum acie decernendum videret et undique ad se contrahendas vires, maxime de Achaiae urbibus, regionis ab se diversae, et magis tamen de Argis quam de Corintho sollicitus, optimum ratus Nabidi eam Lacedaemoniorum tyranno velut fiduciariam dare, ut victori sibi restitueret, si quid adversi accidisset ipse haberet...*
>
> (Philippe [roi de Macédoine], puisqu'il voyait qu'il faudrait combattre et faire venir à lui les corps de troupe de partout, venant pour la plupart des villes d'Achaïe, région isolée, et cependant plus inquiet au sujet de la région d'Argos que de Corinthe, fut convaincu que la meilleure solution était de donner Corinthe à titre fiduciaire à Nabis, tyran des Lacédémoniens, de sorte qu'il la lui restitue à lui vainqueur; si un malheur devait arriver, il [Nabis] la conserverait lui-même...).

Dans le livre 32, TITE-LIVE (59 av. J.-C. – 17 ap. J.-C.) relate certains événements qui ont eu lieu en l'an 197 av. J.-C. lors de la deuxième guerre de Macédoine, donc des faits qui lui sont antérieurs de plus d'un siècle. Son auteur n'étant pas juriste, mais historien, il est difficile de rendre compte de la valeur sémantique de l'extrait susmentionné. Mais, quelle que soit sa formation, LIVIUS traduit parfaitement la finalité de l'opération fiduciaire, ici envisagée dans le domaine des pouvoirs politiques, par l'emploi du *ut* à valeur finale (*fiduciariam dare, ut sibi restitueret*), ce qui laisse supposer qu'il s'est inspiré en la circonstance d'écrits juridiques de droit privé de son époque.

4. Forme de l'obligation de retransfert: «ea lege mancipio dare ut remancipetur»

Nous avons vu que la *mancipatio*, lorsqu'elle est utilisée dans le cadre de la *fiducia*, est une *mancipatio* particulière, qualifiée, *fidei fiduciae causa* ou *fiduciae causa*. Les termes employés ont un sens précis qui rappelle le rôle du fiduciant comme du fiduciaire dans l'acte de constitution. Cette *mancipatio* est, par ailleurs, un acte finalisé, dont l'objectif est de concrétiser un *mancipio dare ut remancipetur*. Il s'agit maintenant de démontrer que cette *mancipatio*, qualifiée et finalisée, est elle-même la source du devoir de restitution du fiduciaire.

Le droit romain permettait aux privés de modifier le contenu et les effets de certains actes juridiques au moyen d'une *lex dicta* ou *lex privata*[565]. Cette forme de *lex*[566] consistait en une manifestation de volonté unilatérale que l'une des parties effectuait lors de la création de l'acte juridique en question[567]. Une telle clause accompagnait tant des actes formels, comme la *mancipatio* ou l'*in iure cessio*, que des actes non formels, comme le contrat de vente ou le contrat de mandat[568]. En ce qui concerne la *mancipatio*, les déclarations solennelles (dites *nuncupationes*[569] ou *dicta in mancipio*), qui complétaient la formule de base prononcée par le *mancipio accipiens* pour déterminer des effets particuliers à l'acte translatif, dans l'intérêt de l'aliénateur ou de l'acquéreur, prenaient la forme de clauses accessoires unilatérales dénommées *lex mancipii*[570]. Elles étaient généralement énoncées par le *mancipio dans*, mais peut-être aussi répétées par l'acquéreur; elles pouvaient sans doute également être insérées dans la formule prononcée par l'acquéreur[571]. Sur la base notamment d'une règle tirée de la loi des

---

565 Cf. KASER (1977), p. 13 et GEORGESCO (1932), p. 28: «Les leges privatae sont destinées à permettre à la volonté privée d'accomplir ses visées, sous la forme la plus complexe et la plus nuancée, et en dehors des effets normaux de l'acte juridique envisagé».

566 La *lex privata*, qui se distingue de la *lex publica*, a un sens étendu que SCHMIDLIN définit comme «alles feierlich erklärtes Recht» (SCHMIDLIN (1970), p. 373 et références citées sous note 11; cf. aussi KASER (1978), pp. 90ss).

567 Cf. GEORGESCO (1932), pp. 39s.

568 Cf. KASER (1978), p. 94.

569 Nous avons vu que, dans le contexte de la description du testament *per aes et libram*, GAIUS (*Institutiones*, 2.104) définit la *nuncupatio* comme le fait de déclarer publiquement quelque chose. Cf. *supra*, pp. 105s.

570 Les *leges mancipii*, contenues dans les *dicta in mancipio* ou *nuncupatio*, représentent ainsi l'une des catégories des *leges privatae* (cf. GEORGESCO (1932), pp. 46s).

571 Cf. ALBANESE (1982), p. 45.

XII Tables (*Tabula* 6.1: *cum nexum*[572] *faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* [à l'occasion du nexum ou de la mancipation, comme on aura parlé, qu'ainsi soit le droit])[573], plusieurs auteurs estiment que ces clauses accessoires étaient efficaces et juridiquement obligatoires[574]. Notons encore que, selon diverses études récentes, il conviendrait de distinguer le concept de *nuncupatio* de la notion de *lex mancipii*[575].

---

572 Le *nexum* est un *gestum per aes et libram* qui se réalise, comme la *mancipatio*, avec l'aide de cinq témoins et d'un peseur. Nous n'avons que peu de renseignements sur cet acte qui fut aboli en l'an 326 av. J.-C. On recourt en principe à ce procédé dans le cadre d'un prêt d'argent. Le créancier prononce des paroles solennelles, par lesquelles il affirme le pouvoir qui se constitue sur le débiteur. Celui-ci devient *nexus*, soit assujetti au créancier, mais demeure une personne libre (cf. MARRONE (1989), pp. 552s).

573 Cf. le texte in FIRA I, p. 43. Pour une exégèse récente de ce fragment, voir RANDAZZO (1998), pp. 50ss. On peut également citer deux autres sources que certains affirment être directement liées à cette règle: CICERO, *De officiis*, 3.16.65: ... *Nam, cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constitua*... (Alors en effet que, d'après les XII Tables, il suffisait de répondre des défauts qui avaient été verbalement déclarés, mais que celui qui les avaient nié tombait sous la peine d'une réparation du double, les jurisconsultes ont établi une peine, même pour le silence); *Digeste* 2.14.48, GAIUS, lib. 3 *ad Legem XII tabularum* (LENEL I (1960), p. 244, no 430): *In traditionibus <mancipationibus> rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestum est.* (Toute convention faite lors de la *mancipatio* doit être observée).

Par ailleurs, selon MONIER (I (1977), p. 411), cette règle des XII Tables était uniquement destinée à sanctionner les clauses précisant la situation juridique de la chose mancipée. Il faut enfin relever que BELLOCCI (1979, pp. 47ss) conteste catégoriquement le fait que la règle 6.1. des XII Tables ait eu pour fonction de donner une efficacité juridique à des clauses spécifiques insérées dans le formulaire de la *mancipatio*. Selon l'interprétation de cet auteur, la règle susmentionnée se serait limitée à reconnaître la validité de la *mancipatio* et du *nexum*, au travers de leurs deux composantes formelles, à savoir les gestes et les paroles. Pour une critique de cette interprétation, cf. BURDESE (1983), p. 180. Quant à GEORGESCO, il estime que cette disposition de la loi des XII Tables nous signale l'existence, dans le corps de la mancipation, à côté du *meum esse aio*, d'une autre déclaration, appelée *lingua nuncupare*, *nuncupata* ou *nuncupatio* et prononcée par le *mancipio dans* (1932, pp. 145ss).

574 BURDESE définit de la manière suivante le terme «nuncupare»: «pronunciare delle parole in un contesto solenne, ove sullo schema originario fisso del rite orale si possono innestare dichiarazioni accessorie, dirette a integrarne il contenuto con aggiunte tipiche suggerite dalla giurisprudenza e immediatemente produttive di effetti vincolanti» (BURDESE (1983), p. 180). Voir également ALBANESE (1982), pp. 45 et 46, note 59; AMBROSINO (1953), p. 261; HÄGERSTRÖM (1927), pp. 89ss; MONIER I (1977), p. 411; NOAILLES (1949), p. 220; RUDORFF (1873), p. 71 et SOHM (1889), p. 36.

575 BELLOCCI (1979), pp. 154ss, estime, par exemple, que les *nuncupationes* sont des déclarations formelles et solennelles à effet obligatoire, prononcées pour poursuivre une finalité indépendante du transfert de propriété, et dont l'efficacité juridique est expressément reconnue par l'ordre sacral ou juridique, alors que les *leges mancipii* ou *leges in mancipio dictae* seraient des clauses accessoires insérées par le *mancipio accipiens* dans la *mancipatio*, dans le cadre étroit du but fondamental de transfert de la propriété, et dont l'efficacité juridique, s'agissant de manifestations de volonté privées, se fonderait sur l'autonomie privée.

RANDAZZO (1998), pp. 135ss, est d'un avis partiellement différent. Il considère la *nuncupatio* comme une déclaration formelle, correspondant à une formule stricte préétablie, qui est entièrement intégrée dans le *gestum* de la *mancipatio*. Elle serait apte à

Dans la *fiducia*, il résulte des diverses sources étudiées, qualifiant la *mancipatio* au moyens des clauses «fidei fiduciae causa» ou «fiduciae causa», que la «fiduciarité» de l'opération découle de la *mancipatio* elle-même, et par voie de conséquence, que le lien fiduciaire est créé par les déclarations intégrées dans l'acte de mancipation[576]. C'est ici que l'on peut citer à nouveau deux passages des *Institutes* de GAIUS, dont nous avons déjà parlé en relation avec l'*emancipatio* et les personnes données en *mancipium*[577]:

> 1.172....*ea lege mancipio dedit ut sibi remanciparetur*... (...qui a donné par mancipation, sous condition qu'elle lui soit remancipée...).
>
> 1.140....*ea lege mancipio dedit ut sibi remancipetur*... (...qui a donné par mancipation, sous condition qu'il lui fût remancipé...).

La proposition *ea lege...ut*, présente dans chacune de ces sources, révèle le processus de la création d'un droit, exprimé sous la forme d'une *lex mancipii*, prononcée par l'aliénateur fiduciant, ayant pour but et effet de créer le devoir de restitution à charge de l'acquéreur du bien fiduciaire[578]. Nous disposons maintenant de la formule complète de la fiducie: *ea lege mancipio dare ut remancipetur*. L'obligation de restituer le bien fiduciaire ne se fonde pas sur une promesse – au sens contractuel du terme – du fiduciaire, mais sur une soumission de ce dernier à la *lex* que lui impose unilatéralement le fiduciant.

Pour créer valablement une fiducie, on recourt ainsi à une adaptation de la *mancipatio*, ayant pour but et effet de signaler le caractère fiduciaire et de faire naître le devoir de retransfert[579]. La doctrine a imaginé diverses formes

---

orienter l'acte vers un résultat spécifique et à en influencer l'effet constitutif. Quant à la *lex mancipii*, il s'agirait d'une clause accessoire, soumise à des formes variées, restant en dehors du «module» formel par lequel se réalise l'effet spécifique du *gestum*.

576 Dans ce sens, cf. BURDESE (1983), pp. 182s; HÄGERSTRÖM (1927), p. 394 *in fine*; MANIGK (1909), colonnes 2289ss; OERTMANN (1890), pp. 93ss et SOHM (1889), pp. 35s.

577 Cf. *supra*, pp. 99s.

578 Cf. HÄGERSTRÖM (1927), pp. 391 et 393, qui cite expressément ces deux fragments, comme exemples de *lex mancipii*. GEORGESCO relève d'une manière générale que l'emploi de l'ablatif, comme dans l'expression «ea lege ut....», est typique pour désigner l'insertion, dans un acte juridique, d'une *lex privata* (GEORGESCO (1932), p. 17).

579 Nous avons déjà évoqué l'importance des paroles prononcées lors de l'accomplissement de la *mancipatio*. SCHMIDLIN (1970, pp. 376s) relève d'une manière générale le rôle des témoins participant à la procédure: «Die Manzipation ist ein stilisiertes Handelsgeschäft, das durch den Formspruch, die zugezogenen Zeugen und den libripens seinen feierlichen Charakter erhält. Es is klar, dass die Wirkungen und Voraussetzungen im Geschäftsvollzug selbst sichtbar werden müssen, wenn die Zeugen sie wahrnehmen sollen...». Ainsi, dans la *fiducia*, la «fiduciarité» de l'acte devait nécessairement appa-

constitutives. Lors du rituel, le fiduciant prononçait très vraisemblablement une formule spécifique, il énonçait sa *lex*. Peut-être que le fiduciaire affirmait de son côté sa soumission[580]. Il faut rappeler à cet égard que la *fides*, omniprésente dans la *fiducia*, s'identifie au maintien de la parole donnée[581]. Dans la fiducie, le fiduciaire donne et respecte sa parole, ce qui sous-entend qu'il s'exprimait aussi lors du rituel. En conclusion, il est vraisemblable que le devoir de restitution du fiduciaire était créé, en tout cas dans les temps anciens, par le biais d'une *nuncupatio* ou *leges mancipii*[582].

C'est dans ce contexte que l'on doit citer un passage de CICERO, *De officis*, 3.17.70:

> *Nam quanti uerba illa: VTI NE PROPTER TE FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDATVS SIM! Quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAVDATIONE!*
>
> (Car combien de prix ont ces paroles: pourvu que je ne sois ni abusé ni victime d'une fraude à cause de toi ou de ta parole! Qu'elles sont d'or celles-ci: il faut bien faire, comme entre gens de bien, et sans tromperie!).

Comme certains autres textes de CICERO attestent que la deuxième proposition susmentionnée est une partie de la formule de l'action fiduciaire (cf. par exemple, *Topica*, 17.66), on considère généralement que la

---

raître dans le rituel de la *mancipatio*, car les témoins ne pouvaient attester que des déclarations solennelles du *mancipio dans* ou du *mancipio accipiens* et non d'une convention annexe, non intégrée dans la procédure stricte de la *mancipatio*.

580 Voir AMBROSINO (1953), p. 261, pour qui la *nuncupatio* est un élément constitutif de la «mancipatio fiduciaria», et BURDESE (1983), pp. 180 à 183. Selon PERNICE (1892), p. 123, le caractère fiduciaire de l'opération était exprimé par une adaptation des paroles déclarées par le fiduciaire acquéreur lors de la *mancipatio*. PERNICE suggère la déclaration suivante (1892, p. 123, note 1): «hunc fundum meum esse aio ex iure QUIRITIUM isque mihi emptus esto nummo 1. fiduciae causa hoc aere aque libra». Cf. également WOLF (1970), pp. 144ss.

581 Cf. NICOLETTI (1961), p. 293.

582 Sur la base d'une comparaison (contestée par BELLOCCI (1979), pp. 30ss) entre les termes de la *Formula Baetica* et de certains textes de PLAUTUS, que nous avons évoquée ci-dessus, WATSON est également parvenu à la conclusion que la *fiducia* d'origine était constituée d'une *mancipatio* dans laquelle s'insérait l'expression *fidei fiduciae causa*, par le biais d'une *nuncupatio*. Selon WATSON, avec la disparition des *legis actiones* et la naissance du procès formulaire, cette expression serait devenue facultative, dès lors que la *bona fides* aurait permis de distinguer une *mancipatio* ordinaire d'une *mancipatio fiduciae causa* (WATSON (1962), pp. 329ss). Selon GEORGESCO, la *nuncupatio* pouvait contenir «des *dicta* qui modifiaient sensiblement le *meum esse aio*, comme la *fidi fiduciae causa*... La présence de ces *dicta* rendait équivoque la déclaration «absolute» du *mancipio accipiens*. Force lui était donc d'y conformer sa déclaration, ce qu'il faisait par une référence aux *dicta* du *mancipio dans* ou bien par une

proximité de la première proposition avec la deuxième permet de penser qu'elle se rapporte aussi à la fiducie. L'on voit bien cependant qu'il y a une différence de nature entre les deux propositions. Alors que la deuxième représente une injonction de caractère général, la première est constituée de paroles prononcées par quelqu'un à l'attention d'une autre personne, et qui met en liaison la tromperie et la confiance. On peut dès lors se laisser convaincre par les auteurs qui affirment qu'à une certaine époque les paroles *VTI NE PROPTER* ... étaient précisément intégrées dans le rituel de la *mancipatio* et que, énoncées par le fiduciant lors de la constitution de la fiducie, elles prenaient la forme de *leges mancipii*[583]. Lors de la *mancipatio*, le *mancipio dans* (fiduciant) s'adressait au *mancipio accipiens* (fiduciaire) en lui déclarant: «pourvu que je ne sois (dans le futur) ni abusé ni victime d'une fraude à cause de toi ou de ta parole». On déduira de l'emploi du subjonctif présent *sim*, que l'on est en présence d'une injonction relative au comportement futur d'une personne, et qui convient donc parfaitement à la création d'un acte qui n'a pas produit d'effets juridiques dans le passé, mais qui en produira à l'avenir.

répétition de ces *dicta*...» (GEORGESCO (1932), p. 147). Quant à ERBE, il semble admettre que la clause fiduciaire de la *fiducia cum amico* était exprimée au moyen d'une *lex* (ERBE (1940), pp. 182s).

583 Par exemple, HÄGERSTRÖM (1927), pp. 395ss; KRELLER (1942), p. 197 et HUSCHKE (1847), pp. 246s, lequel propose la clause suivante: «Hanc ego rem tibi fiduciae causa (z. B.) quo tutius ea apud te esset, mancipio dedi, eamque tu mihi ita remancupato, UTI NE PROPTER TE FIDEMQVE TUAM CAPTUS FRAVDATVSVE SIEM».

Il est toutefois vrai que, selon de nombreux autres auteurs, cette formule faisait en réalité partie d'une *legis actio fiduciae*. Nous examinerons cette question au chapitre suivant.

Il faut d'ores et déjà relever que l'éventuelle appartenance de cette formule à une *legis actio* n'empêche nullement qu'elle ait été dans le même temps également intégrée dans une *mancipatio*, sous forme de *lex mancipii*. Pour HÄGERSTRÖM, il est possible que la formule ait été adaptée dans une *lex publica*, puis reprise dans une *legis actio*; il estime toutefois que CICERO fait référence avant tout à une *lex privata*, à savoir une *nuncupatio*, intégrée dans la *mancipatio* (1927, pp. 395 à 397). Mais surtout, SCHMIDLIN (1970) a relevé d'une manière générale la similitude entre la forme des formules nécessaires à la création de certains actes juridiques solennels et celle des *legis actiones* sanctionnant ces mêmes actes. Ainsi, par exemple, la partie centrale de la formule énoncée par le *mancipio accipiens* à l'occasion du transfert d'un esclave (GAIUS 1.119: ... *HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO*... (...j'affirme que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites...) se retrouve en termes exactement identiques dans la déclaration prononcée par les deux parties dans une *legis actio sacramento in rem* permettant la revendication de l'esclave (GAIUS 4.16: *HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO*...). Au sens large, les termes «lege agere» peuvent être compris comme «certis verbis agere» et évoquer toute déclaration solennelle ayant un effet juridique (SCHMIDLIN (1970), p. 373). Dans ce sens, la notion de *legis actio* comprend tant les déclarations orales effectuées lors

De cette formule qui contient deux clauses tautologiques (*propter te fidemve tuam* et *captus fraudatus*), nous retiendrons les deux termes centraux, à savoir, *fidem* (*fides*) et *fraudatus* (*fraus*). Nous avons défini ci-dessus le terme *fides*[584]. Dans le passage ici examiné, il ne s'agit pas d'une *fides* générique, mais d'une *fides tua*, définie par le *propter te*, qui exige de celui qui s'engage un comportement précis[585]. Quant au terme *fraus*, il signifie «tort fait à quelqu'un; dommage, perte résultant d'une erreur ou d'une ignorance personnelle ou d'une tromperie; et par suite <fraude, tromperie>»[586]. Déjà, dans la très ancienne langue latine, la *fraus* est souvent opposée à la *fides* dont elle symbolise, en quelque sorte, l'antithèse[587]. Il existe, en effet, un lien entre les notions de *fides* et de *fraus*, car tromper celui qui vous a fait confiance, c'est violer la *fides*[588]. Ce sens, très présent dans les écrits de la période républicaine, subsiste encore à l'époque classique, comme en témoignent de nombreux textes juridiques[589].

La *fraus* consiste en une violation intentionnelle du droit, compris dans un sens très large, en ce qu'il inclut, notamment, la loi, les actes juridiques et les bonnes mœurs[590]. Or, dans la fiducie, le fiduciaire était investi de la titularité formelle sur le bien fiduciaire[591]. En l'aliénant de manière frauduleuse, il ne violait donc pas forcément le droit civil strict, mais bien la loi privée (*lex mancipii*) du fiduciant. L'auteur d'une *fraus* subissait une forte réprobation sociale[592], et encourait, à partir d'une certaine époque, diverses

d'un procès (*Gesetzesklage*) que les déclarations orales effectuées à l'occasion de la création d'un acte juridique (*Spruchklage*), dans notre cas, lors de la *mancipatio fidei fiduciae causa*.

584 Cf. *supra*, p. 78.

585 Cf. BELLOCCI (1983), p. 182.

586 ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), p. 252.

587 Cf. KRÜGER/KASER (1943), p. 169.

588 «La fraus, c'est le tort causé à autrui de façon injuste, en se comportant d'une façon que la morale reçue réprouve: faire une fraus à celui qui s'est remis à votre fides, c'est violer la fides» (MACQUERON (1975), p. 25, se référant à IMBERT, «Fides et nexum», in *Mélanges ARANGIO-RUIZ*, 1952).

589 Cf. KRÜGER/KASER (1943), pp. 169ss.

590 Cf. KRÜGER/KASER (1943), pp. 173s.

591 Cf. *infra*, pp. 202ss.

592 Dans un autre passage de *De officiis*, (1.13.41), CICERO évoque la gravité de la *fraus*: *... Cum autem duobus modis, id est aut ui aut fraude, fiat iniuria, fraus quasi uulpeculae, uis leonis uidetur; utrumque homine alienissimum, sed fraus odio digna maiore. Totius autem iniustitiae nulla capitalior quam eorum qui tum cum maxime fallunt, id agunt ut uiri boni esse uideantur. De iustitia satis dictum.* (... Il y a deux façons, la force ou la tromperie, de commettre l'injustice: la tromperie paraît en quelque sorte la manière du renard, et la force, celle du lion, et les deux sont choses tout à fait indignes de l'homme, mais la tromperie est plus haïssable encore. Et, de tout ce qui porte le nom d'injustice,

sanctions juridiques. En fait, l'on retrouve dans l'extrait de CICERO (3.17.70) la dualité qui est à la base de la fiducie, à savoir confiance (*fiducia*) de l'un et loyauté (*fides*), c'est-à-dire absence de tromperie (*fraus*), de l'autre.

On peut rappeler, en conclusion, que la *mancipatio* est un acte particulier et complexe qui pouvait être adapté à différents buts et remplir des fonctions diverses. Dans la *fiducia*, la *mancipatio*, fonctionnalisée par les termes, *ea lege ... ut remancipetur*, génère elle-même l'obligation de restituer le bien fiduciaire[593]. La *mancipatio fiduciae causa* ne produit pas les effets juridiques d'une *mancipatio* usuelle (transfert de propriété plein et définitif), mais des effets spécifiques, liés aux buts recherchés, que nous nous proposons de mieux définir dans la suite de notre travail.

B. Nature du *pactum fiduciae*

Dès lors que, comme nous l'affirmons, le devoir de retransfert est généré par la *mancipatio*, quel pourrait être alors la fonction assignée au *pactum fiduciae*?

Si les textes mentionnant une *mancipatio fiduciae causa* sont relativement nombreux, il n'en va pas de même de ceux relatifs au «*pactum fiduciae*». En effet, parmi les sources qui nous sont connues, aucune n'atteste l'existence d'un *pactum* dans le cas de la *fiducia cum amico*. En ce qui concerne la *fiducia cum creditore*, deux sources sont généralement discutées par la doctrine pour déterminer le rôle du *pactum fiduciae*: il s'agit, d'une part, de la *mancipatio pompeiana* (an 61 ap. J.-C.) et, d'autre part, de la *Formula Baetica* (Ier ou IIe siècle ap. J.-C.), que nous avons déjà évoquée lors de l'analyse de la nature de la *mancipatio fidei fiduciae causa*[594]. Etudions, tout d'abord, la *mancipatio pompeiana*:

---

aucune n'est plus criminelle que l'injustice de ceux qui, au moment même où ils trompent le plus, le font de telle sorte qu'ils paraissent être gens de bien. Ce qui suffit pour la justice).

593 Contrairement à ce que semblait penser BELLOCCI (1974, p. 23), il existe d'autres cas d'obligations naissant directement de la *mancipatio*, par exemple l'*obligatio auctoritatis* (cf. BURDESE (1983), p. 178). BELLOCCI a toutefois plus récemment indiqué que, par l'usage de la *mancipatio*, on ne poursuivait pas forcément des buts qui se limitaient au pur et simple transfert de propriété, mais que l'on pouvait également créer des obligations sociales, garanties au-delà d'une protection juridique, comme, par exemple, la *mancipatio familiae* que nous avons examinée plus haut (BELLOCCI (1983), p. 246).

594 Cf. *supra*, pp. 109ss. Voir aussi BELLOCCI (1979), p. 23.

...In margine tabellae I. ae.: Firmata [*manc*]ipiorum sumtio.

Scriptura interior: Poppaea Prisci liberta Note iurauit pueros Simplicem et Petrinum, siue ea mancipia alis nominib[*us*] sunt, sua esse seque possidere, neque ea mancipia [...] ali ulli obligata esse neque sibi cum ul<*l*>o com[*munia*] esse, eaque mancipia singula sestertis nu[*mmis sin*]gulis Dicidia Margaris emit ob seste[*rtios n(ummos) LD et*] mancipio accepit de Popp<*a*>ea Prisc[*i liberta Note*], tutore auctore D. Caprasio A[*mpliato*], libripende in si[*ngu*]la P. C[- - - - -, an] testata est in singula [- - - -.

Dicidia Margaris cum] Popp<*a*>ea Prisci li[*b(erta) Note pactum conuentum fecit*], uti<*que*> ea manc[*ipia sumtu inpensa periculoque tuo sint supra haec inter se conuenerunt pactaeque ... inter se sunt. Actum Pompeis IX Kal. ... L. Iunio Caesennio Paeto P. Caluisio Rusone cos*].

[*Pactum conuentum. Quae mancipia hodie mihi uen*]didi[*sti, ita tibi herediue tuo (?) restituentur, ut antea pecunia, quam*] m[*u*]t[*uam*] pro duobu[*s mancipiis tibi hodie (?) dedi, o*]mnis mihi <*h*>ere[*diue meo soluatur uel ad me ut rede*]at usu ue[*ni*]at. Si ea pecu[*nia omnis mihi herediue meo*] k(alendis) Nouem(bribus) primis solu[*ta non erit, ut mihi herediue meo liceat*] ea mancip[*ia q(uibus) d(e) a(gitur) i]dibus D[ecembr(ibus) primis pecunia praesenti*] Pompeis in foro luce palam [*uendere - - - neue*] tibi eg[*o*] neue heres me[*us teneamur nisi proptere*] a, si mi[*nus*] de dolo malo ea ue[*nditione redactum esse ...*] tatur.

Si quo minoris e[*a*] mancipia q(*uibus*) d(*e*) a(*gitur*) uenie[*rint, in sortis ui*]cem d[*e*]bebun[*t*]u[*r*] mihi herediu[*e meo quae reliqua erunt. Quod si pluris*] ea mancipia q(uibus) d(e) a(gitur) ueni[*erint, id quod superfluum erit reddetur tibi h*]ered[*iue tuo - - - - - -*] ea pecunia [- - - -]. Utique ea mancipia sumtu inp[*e*]nsa peri[*culoque tuo sint*], id mihi tecum conuenit e[*t pacta tecum sum.*

Dicidi]a Margaris, Popp<*a*>ea [*P*]risci lib(erta) Note tuto[*re D. Caprasio Ampliato*] supra h<*a*>ec inter eas conueneru[*nt pactaeque - - -*] inter se sunt.

Ac[t(*um*)] Pompeis IX k[al. - - -] L. Iunio Caesennio [*Pacto*] P. Caluisio Rusone cos[595].

(...Poppaea Note, affranchie de Priscus, a promis sous serment que les enfants Simplex et Petrinus (ou quel que soit le nom de ces esclaves) lui

[595] Version de FIRA III, pp. 292ss. Nous avons repris pour ce texte le système de signes tel qu'expliqué dans FIRA I, p. XXII. Le signe [ ] indique les passages dont les lacunes ont été comblées; les ( ) indiquent une expression qui a été abrégée ou résumée dans le texte; le signe < > indique un mot ou une lettre qui semble avoir été omis par erreur; les ... indiquent des espaces vides qui ne peuvent être comblés de manière certaine; enfin, les mots imprimés en *italique* indiquent les expressions dont la reconstitution varie selon les auteurs.

appartiennent et qu'elle les possède, et que ces esclaves ne sont ni obligés envers quelqu'un d'autre, ni ne sont partagés en propriété avec d'autres personnes, et Dicidia Margaris a acheté ces esclaves l'un après l'autre pour le montant d'un sesterce pour chacun des esclaves, à cause des 1450 sesterces (prêtés par Dicidia Margaris à Poppaea Note), et les a reçus par mancipation de Poppaea Note, affranchie de Priscus, actuellement sous la tutelle de D. Caprasius; pour chacune des deux mancipations un peseur est intervenu et quelqu'un a été pris comme témoin.

Dicidia Margaris a convenu d'un pacte avec Poppaea Note, affranchie de Priscus, selon lequel les impenses et risques relatifs aux esclaves sont à ta charge (fiduciant). Par ailleurs, elles ont convenu entre elles les arrangements... qui les concernent personnellement. Fait à Pompei...

Il a été convenu. Ces esclaves que tu m'a vendus aujourd'hui te seront restitués à toi ou à ton héritier, dès que que l'argent que je t'ai prêté aujourd'hui en échange des deux esclaves m'aura été intégralement remboursé à moi ou à mon héritier, en particulier que le produit ou l'usage m'en revienne.

Si l'intégralité de la somme ne m'est pas remboursée (ou à mon héritier) à l'échéance des prochaines calendes de Novembre, il me sera permis (ou à mon héritier) de vendre au comptant les esclaves dont il s'agit aux prochaines ides de décembre (le 13 décembre), au marché de Pompei en plein jour et publiquement, et moi ou mon héritier ne seront tenus de rien envers toi à cause de cela, à moins que la vente n'ait été faite de mauvaise foi. Si le prix de la vente des esclaves dont il s'agit est inférieur au capital prêté, alors la différence me sera due à moi ou à mon héritier. Au contraire, si le prix de vente est plus élevé, alors le surplus te sera restitué à toi ou ton héritier. Afin que les impenses et les risques soient à ta charge, il me faut convenir de cela avec toi par des pactes.

Dicidia Margaris, Poppaea Note, affranchie de Priscus, actuellement sous la tutelle de D. Caprasius Ampliatus, outre ces choses-là, ont convenu entre elles les arrangements... qui les concernent personnellement. Fait à Pompei lors des calendes de juin...).

L'état de conservation de cette source est tellement mauvais qu'il n'est, à notre avis, pas possible de l'intégrer dans une réflexion déterminante[596]. Force est, en effet, de constater que les passages sans doute les plus intéressants sont ceux qui présentent les plus grandes lacunes. En particulier, le terme de *pactum* est absent du texte d'origine. Les informations sur le contenu d'un éventuel pacte résultent, en réalité, pour une grande part, du travail de réécriture effectué par les juristes des XIX^e^ et XX^e^ siècles.

[596] Dans le passé, certains auteurs ont même douté que cette source concerne effectivement la *fiducia* (voir BELLOCCI (1979), p. 25 et référence citée).

En tous les cas, même si l'on admet la reconstitution citée ci-dessus, l'on observe alors que la *mancipatio pompeiana* ne fait nullement état d'un accord portant sur la création d'un devoir de restitution. Le pacte conditionne une telle restitution au remboursement de la dette garantie, accorde au fiduciaire le droit de vendre le bien fiduciaire à certaines conditions, et définit les modalités ainsi que les conséquences de cette vente. Comme le relève GROSSO, la *mancipatio pompeiana* n'est apte qu'à démontrer l'existence, au profit du fiduciaire, d'un *pactum de vendenda fiducia*. Mais on ne peut en aucun cas inférer du fait que le *pactum* est distinct de la *mancipatio* qu'il serait la source de l'obligation de restitution[597].

La *Formula Baetica* est bien mieux conservée. Nous en avons étudié plus haut la première partie, où il est fait mention du transfert par une *mancipatio* «*fidei fiduciae causa*» d'un fonds et d'un esclave[598]. Il s'agit maintenant de se concentrer sur la seconde, dans laquelle apparaît le «*pactum*»:

> *...Pactum conuentum factum est inter Damam L. Titi ser(uum) et L. Baian(ium), <uti> quam pecuniam L. <Titius L.> Baian<i>o dedit dederit, credidit crediderit, ex pensumue tulit tulerit, siue quid pro eo promisit promiserit, spopondit <spoponderit>, fideue quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus eaque mancipia fiducia<e> essent, donec ea omnis pecunia fidesue persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua quaque die L. Titio h(eredi)ue eius data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia, siue quae mancipia ex is <<uellet>> L. Titius h(eres)ue eius velet, ubi et quo die uellet, pecunia praesenti uenderet; mancipio pluris (sestertio) n(ummo) I inuitus ne daret, neue satis secundum mancipium daret, neue ut in ea uerba, quae in uerba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neue simplam neue [duplam* [599].
>
> (...Il a été convenu entre Dama, esclave de Lucius Titius, et Lucius Baianus que, – dans l'hypothèse où Titius a donné (ou aura donné) de l'argent à Baianus, a prêté (ou aura prêté), a repris (ou aura repris) une dette, ou ce pourquoi il s'est porté (ou se sera porté) garant pour lui, s'est porté (se sera porté) caution, ou ce qu'il a (aura) engagé avec sa confiance –, ce fonds et ces esclaves resteront dans un rapport fiduciaire tant que l'intégralité de la somme n'aura pas été remboursée à Lucius Titius ou que sa loyauté n'aura pas été honorée.
>
> Si l'argent de Lucius Titius ne lui est pas remboursé à lui ou son héritier au jour ou aux jour(s) fixé(s), alors Lucius Titius (ou son héritier) peut

[597] Cf. GROSSO (1929b), p. 255.
[598] Cf. *supra*, pp. 109ss.
[599] Version de FIRA III, pp. 296s.

> vendre au comptant le fonds et les esclaves (ou à son choix, tout ou partie des esclaves), au lieu et au jour de son choix. Il peut être prévu que le vendeur ne sera pas soumis à la garantie pour éviction dans les différentes hypothèses où une telle garantie pourrait naître (*mancipatio pluris nummo uno*, *sadisdatio* ou *repromissio secundum mancipium*, *stipulatio simplae* ou *stipulatio duplae*)[600].

Cette partie de la *Formula Baetica* décrit le contenu du pacte conclu entre l'esclave du fiduciaire et le fiduciant. Sont, tout d'abord, mentionnées de manière détaillée les diverses causes possible du crédit, soit les actes juridiques pour la garantie desquels est ou sera constituée la *fiducia*. Il est, ensuite, convenu que le fiduciaire conservera les biens fiduciaires jusqu'à ce que le fiduciant ait remboursé la dette garantie. Enfin, dans l'hypothèse d'une non-exécution à l'échéance, le créancier ou ses héritiers ont la faculté de vendre fonds et esclaves.

On approuvera la doctrine majoritaire, quand elle prend appui sur la *Formula Baetica* pour démontrer l'existence d'un *pactum fiduciae* indépendant, non entièrement intégré dans la *mancipatio* sous forme de *nuncupatio*[601]. Par contre, nous ne la suivrons pas lorsqu'elle y voit une séparation nette entre la première partie, supposée ne traiter que du transfert de propriété par *mancipatio* (effet réel), et la deuxième partie, dans laquelle le *pactum fiduciae* serait la source du transfert et du devoir de retransfert (effet obligationnel)[602]. Nous sommes, au contraire, d'avis que l'étude des termes de la seconde partie de la formule conforte la thèse selon laquelle c'est la *mancipatio*, et non le *pactum*, qui génère le devoir de retransfert. Le pacte ne contient, en effet, pas de clause par laquelle le fiduciaire s'engagerait à restituer le bien fiduciaire. L'obligation de restitution est fixée négativement («les biens resteront dans un rapport fiduciaire tant que...»), et donc présupposée. Elle découle de la *mancipatio fidi fiduciae causa* qui consiste en un *ea lege mancipio dare ut remancipetur*. Le pacte se limite à régler les modalités d'une telle obligation. Seules sont évoquées les conditions du retransfert,

---

[600] Sur l'interprétation de ce texte, cf. BISCARDI (1976), p. 72; Paul GIDE, «Un pactum fiduciae», in *Revue de législation ancienne & moderne, française et étrangère* (Paris) 1870, pp. 74ss et KÜBLER (1922), pp. 83s.

[601] Cf. GIRARD (1913), p. 823. A notre avis, la question principale à résoudre n'est pas celle de savoir si le *pactum* est intégré dans la *mancipatio* ou s'il est indépendant de celle-ci, mais bien de savoir quelles sont les fonctions et les conséquences juridiques de la *mancipatio*, d'une part, et du *pactum*, d'autre part.

[602] Cf. par exemple, NOORDRAVEN (1990), p. 241.

ainsi que les conséquences du non remboursement à l'échéance du prêt contracté par le fiduciant et garanti par le bien fiduciaire[603].

Il n'y a donc pas de restriction à caractère obligationnel des pouvoirs revenant au fiduciaire en qualité de *dominus* de la chose, mais bien une limitation de l'obligation inhérente de restitution, conditionnée au paiement de sa dette par le fiduciant[604]. La fonction du *pactum* peut être expliquée comme suit. La *nuncupatio* renseigne sur le caractère fiduciaire du transfert de propriété, mais n'indique pas pour quelles raisons les parties ont recouru à un acte fiduciaire et à quel moment le devoir de restitution du bien fiduciaire doit être exercé. Ces informations sont précisément contenues dans le *pactum fiduciae*, qui constitue à certains égards, comme l'affirme OERTMANN, «einen Kommentar zu den Worten <<fidi fiduciae causa>> der nuncupatio»[605].

Il résulte, *a contrario*, de ce qui précède que les droits pour le fiduciaire de s'approprier définitivement la chose (*lex commissoria*[606]) ou de la vendre à un tiers (*ius vendendi*[607]) ne sont pas inhérents à la *fiducia*[608]. Ils n'exis-

---

603 Force est de constater que la restitution du bien fiduciaire n'est même pas mentionnée (cf. KRELLER (1942), p. 191, note 182)!

604 Cf. GROSSO (1929b), p. 272.

605 OERTMANN (1890), p. 95.

606 BURDESE, qui, comme nous le savons, estime lui aussi que le devoir de restitution du bien fiduciaire trouve son fondement dans la *mancipatio fiduciae causa*, définit la *lex commissoria fiduciaria* comme une condition qui suspend l'obligation de restitution au remboursement par le fiduciant du crédit garanti. La *lex* vient ainsi compléter le contenu du *pactum fiduciae* avec lequel elle se confond, pour adapter la *fiducia cum creditore* à sa fonction de garantie. Selon BURDESE, la *lex commissoria* est inhérente au *pactum fiduciae*, lorsque celui-ci conditionne l'obligation fiduciaire *soluta pecunia* (BURDESE (1949), pp. 10ss).

607 Par rapport au régime du pacte commissoire, dont il représente une déviation partielle, le *pactum vendendi* permet de trouver une solution plus équitable dans les rapports réciproques entre les parties, obligeant le créancier à la restitution du *superfluum* et le débiteur au paiement de la différence entre le prix de vente et la créance du fiduciaire (cf. BURDESE (1949), p. 31).

608 Cf., par exemple, GROSSO (1929b), pp. 269ss; JACQUELIN (1891), pp. 271ss; KASER (1982), pp. 114s; NOUEL (1890), pp. 75s et PERNICE (1892), p. 139.
NOORDRAVEN (1990, pp. 247 à 249) est d'un avis contraire. Il estime que la *fiducia cum creditore* aurait été une garantie réelle absurde et inefficace, si le fiduciaire n'avait pas eu le droit de se désintéresser au moyen du bien fiduciaire, en cas de carence du fiduciant. Selon lui, le créancier-fiduciaire aurait alors été plus mal traité qu'un créancier ordinaire, lequel avait la possibilité d'exercer des mesures d'exécution forcée sur l'intégralité du patrimoine de son débiteur. Pour NOORDRAVEN, lorsque le fiduciant ne remboursait pas sa dette dans le délai convenu, le fiduciaire disposait d'une *lex commissoria* inhérente. Le bien fiduciaire étant tombé définitivement dans le patrimoine

tent que si le créancier-fiduciaire s'est préalablement réservé la possibilité d'en bénéficier, par la conclusion d'un pacte avec le fiduciant. A défaut de pacte, le fiduciaire engage sa responsabilité en cas d'appropriation définitive ou de vente à un tiers du bien fiduciaire. Il risque ainsi de se faire condamner par le juge dans le cadre de l'*actio fiduciae* que le fiduciant est légitimé à lui intenter[609].

Cette approche est confirmée par quelques sources qu'il convient maintenant d'examiner.

a) *Lex commissoria*

Un passage (21.51) du discours de CICERO pour L. FLACCUS atteste de l'existence à l'époque républicaine d'une clause commissoire en rapport avec la fiducie:

> *Abduxisti Temno Apollonidem; pecuniam adulescentulo grandi faenore, fiducia tamen accepta, occupauisti. Hanc fiduciam commissam tibi dicis; tenes hodie ac possides. Eum tu testem spe recuperandi fundi paterni uenire ad testimonium dicendum coegisti...*

---

du fiduciaire, celui-ci avait donc le droit de le vendre comme bon lui semble. Un *pactum vendendi* n'aurait servi qu'à déterminer l'affectation d'éventuels *superfluum*, ou *reliquum* (montant restant encore à rembourser par le fiduciant). Ce n'est que dans le courant de l'époque classique, qu'en cas de demeure du débiteur le créancier fiduciaire se serait vu privé de la possibilité de s'approprier définitivement la chose, car la loi imposa dans ce cas la vente du bien fiduciaire.

NOORDRAVEN perd cependant de vue que le fiduciaire pouvait parfaitement pallier les désavantages que la structure de la *fiducia* lui occasionnait en concluant un *pactum*, assorti d'une *lex commissoria* ou d'un *ius vendendi*. Il est même vraisemblable que, suivant les époques, la conclusion de tels pactes faisait partie des usages commerciaux. Cependant, même en l'absence de *pactum*, la *fiducia cum creditore* conférait au créancier fiduciaire des avantages non négligeables. Ainsi, le transfert fiduciaire sortait, vis-à-vis des tiers, le bien fiduciaire du patrimoine du fiduciant, tout en étant affecté à la garantie exclusive de la créance du fiduciaire. De plus, étant propriétaire du bien fiduciaire, le fiduciaire n'avait, par exemple, pas à craindre une aliénation frauduleuse ou la constitution d'un droit réel limité sur ce bien (cf. LONGO (1946), p. 35). On doit, enfin, rappeler que rien n'empêchait le créancier de poursuivre son débiteur en remboursement de sa créance, selon les termes de la convention de prêt. S'il était condamné à payer le montant du prêt, le débiteur pouvait alors renoncer à son droit à la restitution du bien fiduciaire et autoriser le créancier à conserver ce bien ou à le vendre. Il ne faut pas oublier que le débiteur était très souvent en état de dépendance économique vis-à-vis de son créancier.

609 Cf. DERNBURG (1860), pp. 20s: «Manche Rechtshistoriker haben dies bezweifelt, aus dem Grund, weil der Gläubiger bereits Eigenthümer sei und demnach die Verkaufsmacht ohne weiteres besitzte. Dieser Einwurf ist aber gewiss nichtssagend, denn es handelt sich nicht um die Gültigkeit der Eigenthumsübertragung der fiducia, sondern, um die

(Tu l'as emmené de Temnos à Appollonis; tu lui a prêté de l'argent à gros intérêt, non cependant sans avoir reçu un fonds en fiducie. Tu dis que ce bien fiduciaire t'a été définitivement dévolu; aujourd'hui, tu le détiens et tu en as pris possession. Quant à Lysanias, ton témoin, tu l'as contraint, en lui faisant espérer de recouvrer le domaine hérité de son père, à venir déposer).

Dans cet extrait, CICERO dénonce l'attitude d'un certain DECANIUS, qui a prêté de l'argent au Grec LYSANIAS, contre remise d'un fonds en garantie (*fiducia cum creditore*). La dette n'ayant pas été honorée, le créancier s'est vu attribuer le bien fiduciaire en pleine propriété. CICERO ne nous donne pas de renseignement sur la procédure suivie, mais les termes employés reflètent l'existence d'une *lex commissoria* («*fiduciam commissam*»)[610].

En ce qui concerne la période classique, la situation est plus incertaine, car on ne trouve dans le *Digeste* aucun texte pouvant être considéré de manière certaine comme faisant référence à une *lex commissoria* en rapport avec la *fiducia*. En doctrine, on tient parfois pour vraisemblable que les textes classiques traitant d'un tel pacte ont été supprimés par les auteurs des collections successives, ainsi que par les compilateurs de l'époque justinienne, du fait qu'en l'an 326 l'Empereur CONSTANTIN prohiba l'usage du pacte commissoire[611].

Il existe tout de même dans le *Digeste* deux fragments qui traitent d'une *lex commissoria* dans le contexte d'un contrat de vente. Ils méritent d'être cités, car ils font précisément partie des livres relatifs à la *fiducia* (selon les études de LENEL) dans les commentaires de POMPONIUS (livre 35 du commentaire *ad Sabinum*) et d'ULPIANUS (livre 30 du commentaire *ad Edictum*).

POMPONIUS, D. 18.3.2 (*lib.* 35 *ad Sabinum*):

Cum venditor fundi in lege ita caverit, Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit: quia id venditoris causa caveretur...

(Si le vendeur insère cette clause: que la vente soit nulle si le prix n'est point payé dans tel temps, la vente n'est résolue qu'autant que le vendeur

Verantwortlichkeit des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, um die Frage, ob der Schuldner in der actio fiduciae immer noch Sachrestitution verlangen kann».

610 Cf. RUDORFF (1873), p. 66.

611 *Codex*, 8.35.3, *Imp. Constantinus A. ad populum*. Cf. FREZZA (1963), p. 43 et LONGO (1946), p. 57.

le jugera à propos; parce que cette clause est insérée en faveur du vendeur...).

ULPIANUS, D. 18.3.3 (lib. 30 *ad Edictum*):

Nam legem commissoriam quae in venditionibus adjicitur, si volet, venditor exercebit: non etiam invitus.

(Car le pacte commissoire inséré dans le contrat vente, n'aura son effet, en cas de non paiement du prix, qu'autant que le vendeur le jugera à propos: il ne pourra pas être forcé à le mettre à exécution)[612].

Comment expliquer que ces deux textes, qui se réfèrent au contrat de vente, fassent partie de livres consacrés à la *fiducia*? Selon certains, la seule explication plausible est que POMPONIUS et ULPIANUS voulaient comparer la *lex commissoria* dans la fiducie et dans le contrat de vente, ce qui justifierait que ces jurisconsultes aient traité du contrat de vente à cet endroit. Il serait alors possible d'en déduire que la *lex commissoria* était effectivement utilisée dans le contexte de la *fiducia*[613]. Par ailleurs, il résulte clairement de ces textes que la *lex commissoria* est une clause «*creditoris causa cavetur*», c'est-à-dire qu'elle est insérée dans l'intérêt du créancier (fiduciaire) et que celui-ci ne peut être forcé à s'en prévaloir[614].

Comme indice supplémentaire de l'usage de la *lex commissoria* en matière de fiducie, on relèvera encore que l'un des titres du chapitre des *Sententiae receptae* de PAULUS consacré notamment à la *fiducia* (2.13) se nomme précisément «*De lege commissoria*»[615].

Qu'en est-il, si les parties n'avaient pas intégré une *lex commissoria* à leur pacte, et que le fiduciaire désirait tout de même devenir définitivement propriétaire du bien fiduciaire, en supprimant son devoir de restitution? ULPIANUS nous informe que, dans cette hypothèse, le créancier bénéficiait, à l'époque impériale tardive, de l'institution de l'«*impetratio possessionis*»:

---

612 A noter que, selon LENEL (II (1960), p. 619, no 905) ce fragment se référait à l'origine à la *fiducia* et non au contrat de vente. Si tel devait être effectivement le cas, nous aurions alors une preuve directe de l'existence d'une *lex commissoria* (non inhérente) en matière de *fiducia*.

613 Cf. BURDESE (1949), pp. 11ss et FREZZA (1963), p. 43.

614 Cf. FREZZA (1963), p. 43.

615 Il s'agit toutefois d'un indice incertain, car les paragraphes concernés (§6 et 7) ne paraissent pas traiter de la *lex commissoria*.

ULPIANUS, D. 13.7.24 pr (lib. 30 *ad Edictum*)[616]:

Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor à Caesare, ut pignus <fiduciam> possideret, idque evictum <eaque evicta> esset, an habeat contrariam pigneratitiam <fiduciae>?...

(On m'a consulté sur cette espèce assez singulière: Si le créancier a obtenu de l'Empereur le droit de garder le bien fiduciaire pour lui, et qu'ensuite il en ait été évincé, aura-t-il à cet égard l'action contraire de la fiducie?...).

Selon BURDESE, l'*impetratio fiduciae* s'explique comme un moyen extrême auquel pouvait recourir le fiduciaire qui n'avait pas réussi à vendre le bien fiduciaire à un prix convenable. Il demandait alors à l'Empereur de consentir à ce qu'il conserve définitivement ce bien (qui lui appartenait pourtant déjà d'un point de vue formel), comme s'il avait convenu avec le fiduciant d'une *lex commissoria*[617]. En tous les cas, ce texte confirme le principe de non-appropriation inhérente du bien fiduciaire, puisque le fiduciaire, à défaut de pacte commissoire, avait besoin d'une autorisation impériale pour se l'approprier définitivement[618].

b) *Ius vendendi*

Outre dans certains documents épigraphiques déjà étudiés (*mancipatio pompeiana*[619] et *formula Baetica*[620]), on trouve également dans le *Digeste*

---

616 LENEL II (1960), p. 618, no 903.

617 BURDESE (1949), pp. 90s.

618 Cf. ERBE (1940), p. 79, lequel limite toutefois la portée de ce fragment à la période classique tardive. Selon RUDORFF (1873), pp. 67s, cette procédure permettait au fiduciaire, déjà titulaire formel du droit de propriété, d'en obtenir également la titularité matérielle: «Findet sich kein Käufer, so ist eine dominii impetratio nöthig, denn wenn auch der Gläubiger schon von Haus aus Eigenthümer ist, so ist doch dieses Eigenthum nur ein procuratorisches, materiell ist er nur Pfandgläubiger, gegen die Einlösung kann ihn also nur ein Specialgesetz des Regenten schützen, welches ihm auch das materielle Recht des Schuldners überweist».

619 *...Si ea pecu[nia omnis mihi herediue meo] k(alendis) Nouem(bribus) primis solu[ta non erit, ut mihi herediue meo liceat] ea mancip[ia q(uibus) d(e) a(gitur) i]dibus D[ecembr(ibus) primis pecunia praesenti] Pompeis in foro luce palam [uendere - - - neue] tibi eg[o] neue heres me[us teneamur nisi proptere] a, si mi[nus] de dolo malo ea ue[nditione redactum esse ...] tatur...* (...Si l'intégralité de la somme ne m'est pas remboursée (ou à mon héritier) à l'échéance des prochaines calendes de Novembre, il me sera permis (ou à mon héritier) de vendre au comptant les esclaves dont il s'agit aux prochaines ides de Décembre, au forum de Pompei en plein jour et publiquement, et moi ou mon héritier ne seront tenus de rien envers toi à cause de cela, à moins que la vente n'ait été faite de mauvaise foi...).

620 *...si pecunia sua quaque die L. Titio h(eredi)ue eius data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia, siue quae mancipia ex is <<uellet>> L. Titius h(eres)ue eius*

trois fragments, tous tirés du livre 35 du commentaire de POMPONIUS *ad Sabinum*, qui mentionnent l'existence d'un *pactum vendendi* en relation avec la *fiducia*[621].

POMPONIUS, D. 13.7.6 pr (*lib.* 35 *ad Sabinum*)[622]:

Quamvis convenerit, ut fundum pigneratitium <fiduciarium> tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus <fiduciam> dederit: quia tua causa id caveatur. Sed ATILICINUS...

(Quoiqu'on ait convenu que vous pourriez vendre un fonds qu'on vous donnait en fiducie, on ne peut pas pour cela vous forcer à vendre le bien fiduciaire, quand bien même le débiteur ne serait pas solvable; parce que cette clause a été insérée en votre faveur. Mais ATILICINUS...).

Comme on le constate, POMPONIUS affirme sans ambiguïté que la convention a un «effet autorisatif» de la vente, «*vendere liceret*». Ainsi, le pacte est conclu dans l'intérêt du créancier («*tua causa id caveatur*»), puisqu'il attribue un droit à celui-ci. Les deux autres fragments attestent également du caractère constitutif (*vendere liceret*) et régulatif du pacte comprenant un *ius vendendi*:

---

velet, ubi et quo die uellet, pecunia praesenti uenderet... (Si l'argent de Lucius Titius ne lui est pas remboursé à lui ou son héritier au jour ou aux jours fixé(s), alors Lucius Titius (ou son héritier) peut vendre au comptant le fonds et les esclaves (ou à son choix, tout ou partie des esclaves), au lieu et au jour de son choix).

RUDORFF (1873), pp. 84s: «Diese Klausel widerstreitet aber dem Wesen der Fiducia, der Mancipation auf Remancipation, eben so wohl wie die Verfallklausel. Sie ist daher der Fiducia, wie schon bemerkt, ursprünglich und begriffsmässig fremd und eben deshalb bildet sie ein ausserhalb derselben stehendes pactum adiectum».

621 Selon LONGO (1946), pp. 46ss, ces fragments, tels qu'ils nous sont connus, n'ont que peu de rapports avec le texte original de POMPONIUS, car ils auraient été profondément remaniés par les compilateurs de JUSTINIEN. A son avis, le fiduciaire avait un droit inhérent de vendre le bien fiduciaire, mais sa responsabilité pouvait être engagée, s'il n'agissait pas selon les règles de la bonne foi. Il devait donc respecter les intérêts du fiduciant lorsqu'il vendait ce bien. Un éventuel pacte ne servait pas à autoriser la vente, mais plutôt à définir les modalités de celle-ci, de sorte que le créancier, en se conformant aux termes du pacte, n'encourait plus le risque de se voir attaqué par le biais de l'*actio fiduciae*.

622 LENEL II (1960), p. 146, no 797. Nous savons que NOORDRAVEN (1990, pp. 233s) pense que ce fragment se référait à l'origine au *pignus* et non à la *fiducia*. Nous y reviendrons ci-dessous (cf. *infra*, note 901, pp. 210s.).

POMPONIUS, D. 13.7.8.3 (*lib.* 35 *ad Sabinum*)[623]:

Si annua, bima, trima die, triginta stipulatus, acceperim pignus <fiduciam>, pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus <fiduciam> vendere...

(Si, ayant stipulé trente payables en trois paiements, j'ai reçu un bien fiduciaire, et qu'il soit convenu que je pourrai vendre ledit bien dans le cas où chaque paiement ne sera pas fait à son terme, il sera décidé que je ne peux pas vendre le bien fiduciaire avant l'échéance du dernier...).

POMPONIUS, D. 13.7.8.4 (lib. 35 *ad Sabinum*)[624]:

De vendendo pignore <vendenda fiducia> in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur. Sed et si creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres ejus jure vendet, si nihil in contrarium actum est.

(Le pacte portant permission d'aliéner le bien fiduciaire doit être conçu en termes généraux, pour que tous les possesseurs soient compris. Si la clause ne fait mention que du créancier, son héritier jouira du même droit, s'il n'y a pas de convention contraire).

Il résulte clairement de ces trois fragments que le créancier fiduciaire ne pouvait pas vendre le bien fiduciaire sans avoir préalablement conclu une convention avec le fiduciant, le *pactum vendendi*, l'autorisant à le faire. En conséquence, le *pactum vendendi* a un effet attributif et régulatif de droit[625].

---

623 LENEL II (1960), p. 147, no 799.
NOORDRAVEN (1990, p. 234) admet que l'analyse intrinsèque du fragment ne permet pas d'inférer qu'il se rapportait à l'origine au *pignus*. Mais, selon son point de vue, purement dogmatique (p. 235), le fiduciaire, en tant que propriétaire du bien fiduciaire était toujours autorisé à le vendre, pour autant que cette faculté n'ait pas été exclue contractuellement. Dès lors, la clause «*ut...vendere mihi liceret*» ne pouvait concerner que le *pignus*, puisque dans cette hypothèse, le créancier, en qualité de non-propriétaire, se voyait reconnaître contractuellement la possibilité de vendre le bien fiduciaire. Pour la fiducie, seule la clause «*ut (creditor) venderet*» aurait été possible, laquelle se limiterait à déterminer le moment auquel le fiduciaire était légitimé à exercer son droit de vente inhérent, soit en principe lorque le débiteur ne l'avait pas remboursé dans les délais prévus.

624 LENEL II (1960), p. 147, no 799. Selon BISCARDI, ce fragment a été largement modifié sous JUSTINIEN, car dans sa forme actuelle il reviendrait à admettre un *pactio in rem*, soit un pacte impersonnel, pourtant inconcevable en droit classique. A son avis, la première phrase peut être restituée de la manière suivante: «de vendenda fiducia ita pactio concipienda est ut heredes contineantur...» (BISCARDI (1976), p. 78).

625 Cf. FREZZA (1963), p. 36 et BOVE (1984), p. 96.

Si le principe de la non-inhérence du droit de vendre librement le bien fiduciaire n'a pas évolué avec le temps, vu qu'il découle de la structure même de la *fiducia*, il n'en va pas de même de la question de l'inhérence (ou non) du *pactum vendendi*. En effet, on admet généralement l'existence, à l'époque classique tardive, d'un *pactum fiduciae* tacite comprenant un *pactum vendendi*[626]. Cela signifie que les usages commerciaux ont fini par rendre habituelle une clause qui ne relevait pas de la structure originelle de la *fiducia*. Il importe cependant de retenir que la source du droit pour le fiduciaire de vendre licitement le bien fiduciaire n'est pas son droit de propriété absolu, mais bien le pacte qu'il a conclu (même tacitement) avec le fiduciant, et qui lui permet de ne pas exécuter son devoir de retransfert.

C'est sans doute dans ce contexte que l'on doit comprendre la sentence suivante de PAULUS, dont l'authenticité n'est toutefois pas garantie (PAULUS, *Sententiae receptae*, 2.13.5)[627]:

> *Si inter creditorem et debitorem conuenerit, ut fiduciam sibi uendere non liceat, non soluente debitore creditor denuntiare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim in tali conuentione fiduciae actio nasci potest.*
>
> (S'il a été convenu entre le créancier et le débiteur que le créancier ne pourra vendre le bien fiduciaire, le créancier pourra tout de même, si le débiteur ne le paye pas, lui faire les dénonciations prescrites (mises en demeure), et ensuite vendre ce bien: en effet, le débiteur ne pourra exercer dans ce cas l'action fiduciaire).

Il faut reconnaître que ce texte relate le cas dans lequel le fiduciant et le fiduciaire ont convenu d'un *pactum de non vendendo*. Ce qui sous-entendrait que la licéité de la vente libre du bien fiduciaire constituerait le principe. Il est toutefois possible d'intégrer ce fragment dans le système qui résulte des autres sources que nous avons commentées. On doit alors considérer que PAULUS exprime simplement l'idée qu'à l'époque où la fiducie contenait un *pactum vendendi* tacite les parties pouvaient exclure le droit de vendre au moyen d'un *pactum de non vendendo*.

Globalement, nous considérons que l'analyse spécifique des sources attribuées à la *fiducia* permet de rejeter la conception selon laquelle, en droit romain, la *fiducia* serait composée d'une *mancipatio* transférant la propriété et d'un *pactum* indépendant, contredisant le transfert, et obligeant le fiduciaire à retransférer le bien fiduciaire.

---

626 Cf. BURDESE (1949), pp. 84ss et (1964), p. 502.
627 Cf. ERBE (1940), p. 45.

Les résultats d'une telle analyse sont par ailleurs conformes aux principes généraux régissant les pactes en droit romain. Rappelons qu'un pacte ne pouvait, en principe, exister de façon autonome et indépendante, puisqu'il s'ajoutait nécessairement à une obligation précédente, trouvant ainsi sa raison d'être en tant que complément de ladite obligation. En effet, selon la règle de base déterminant la nature secondaire des pactes, ceux-ci ne faisaient pas naître une action, mais seulement une exception[628]. Voilà pourquoi MACQUERON «ne voit pas bien comment un pacte peut faire naître une obligation sanctionnée par une action civile, l'*actio fiduciae*»[629].

Certes, les pactes adjoints *in continenti* jouissaient d'un régime particulier lorsqu'ils s'ajoutaient aux contrats de bonne foi. De tels pactes étaient considérés comme partie intégrante du contrat, duquel ils étaient aptes à modifier ou compléter le contenu spécifique. Ils avaient ainsi un effet obligatoire manifeste, sanctionnable par voie d'action *ex fide bona*[630]. Mais, nous aurons l'occasion de déterminer que la *fiducia* n'est pas un vrai contrat, et qu'elle n'est pas obligatoirement assimilable aux contrats de bonne foi[631]. Par ailleurs, s'il est vrai qu'un pacte adjoint est susceptible de modifier le contenu d'un contrat, il ne peut, en revanche, en constituer son fondement. Or, en ce qui concerne la *fiducia*, le devoir de restitution est essentiel. Tout au plus, le pacte aurait-il donc pu être utilisé pour limiter ou conditionner ce devoir, mais nullement pour le créer. Nous verrons, de plus, au chapitre suivant, que le fiduciant n'est pas titulaire d'une véritable créance en exécution lui permettant de réclamer directement la restitution du bien fiduciaire. Seule est en effet sanctionnable la non-restitution de ce bien. Cela confirme que le *pactum fiduciae* ne fait pas naître une créance en restitution du bien fiduciaire. Relevons encore que, selon BELLOCCI, si l'obligation fiduciaire était vraiment née du pacte, celui-ci aurait dû constituer un *prius* logique et chronologique par rapport à la *mancipatio*, ce qui ne résulte nullement des sources[632].

---

628 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), pp. 108s et SOHM (1889), p. 36. Voir le célèbre passage d'ULPIANUS, D. 2.14.7.4 (*lib. 4 ad Edictum*): *Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* (Mais si aucune cause ne subsiste, une obligation ne peut naître de la convention: le pacte nu ne crée donc pas d'obligation mais il produit une exception). Voir aussi RUDORFF (1873), p. 85.

629 MACQUERON (1975), p. 85.

630 Cf. MARRONE (1989), p. 673 et MONIER II (1977), p. 196.

631 Cf. *infra*, pp. 146ss.

632 BELLOCCI (1974), p. 7, note 3.

Dans l'hypothèse où le devoir de restitution du bien fiduciaire n'aurait pas déjà été généré, comme nous l'affirmons, par la *mancipatio fidi fiduciae causa*, les parties auraient alors certainement recouru à une stipulation, promesse de prestation d'origine fort ancienne et d'usage très fréquent, dont la forme souple favorisait son utilisation pour promettre n'importe quelle prestation[633]. Dans le cas de la *fiducia cum creditore*, cette stipulation aurait pu être conditionnée au remboursement de la dette garantie. Par exemple, le fiduciant-*stipulator* aurait déclaré: «Promets-tu de me donner l'esclave Stichus, si ta créance est remboursée?». Et le fiduciaire-*promissor* aurait répondu: «Je le donnerai». La stipulation aurait conféré au créancier de la prestation, en l'occurrence le fiduciant, des moyens juridiques efficaces d'exécution, tout en permettant au débiteur, en l'espèce le fiduciaire, de conditionner l'exécution de sa prestation à un événement futur incertain, soit le remboursement de sa créance résultant du prêt. Il n'existe cependant aucune trace d'une source qui attesterait de l'utilisation d'une *stipulatio fiduciae*.

Ainsi donc, toute *fiducia* est structurellement formée d'un acte unique, une *mancipatio fiduciae causa*[634], ou autrement dit, d'un *ea lege mancipio dare ut remancipetur*. Le fiduciaire est tenu, à défaut de convention contraire, de restituer le bien fiduciaire lorsque le but fiduciaire est atteint. Si le rituel formaliste de la *mancipatio* s'adaptait de manière à exprimer le caractère fiduciaire du transfert de propriété, il ne pouvait, par contre, inclure toutes les clauses accessoires que les parties avaient en vue[635]. Celles-ci recouraient alors au *pactum fiduciae*, afin de préciser le but de l'opération fiduciaire en question et de délimiter le devoir de restitution du fiduciaire.

En matière de *fiducia cum amico*, le fiduciant et le fiduciaire n'ajoutaient en principe pas de pacte au transfert par *mancipatio fidei fiduciae causa*, puisqu'un tel pacte aurait été dans la plupart des cas parfaitement inutile. En effet, dans ce type de fiducie, l'objectif était de mettre le bien fiduciaire en sécurité juridique, dans l'intérêt exclusif du fiduciant. Il n'y avait dès lors pas de raison de limiter ou d'exclure le devoir de restitution du fiduciaire, dans la mesure où la perfection du but fiduciaire dépendait de la simple volonté du fiduciant, soit lorsque celui-ci manifestait son intention de recouvrer l'intégralité de ses droits relatifs au bien fiduciaire. Il en ré-

633 Sur la *stipulatio*, cf., par exemple, GUARINO (1997), pp. 851ss et SCHMIDLIN/CANNATA (1991), pp. 45ss.

634 Cf. OERTMANN (1890), pp. 112s.

635 Cf. SOHM (1889), p. 36.

sulte que cette forme de *fiducia* ne comprenait dans la règle qu'un *ea lege mancipio dare ut remancipetur.*

En revanche, en matière de *fiducia cum creditore*, la situation était différente. L'intention des parties était de conférer une garantie réelle au fiduciaire. Il était donc nécessaire de préciser le devoir de restitution du bien fiduciaire. Le fiduciant et le fiduciaire avaient ainsi recours à un *pactum fiduciae, in continenti*, qui délimitait négativement l'obligation de restitution[636]. En général, les parties convenaient d'une échéance pour le remboursement de la dette du fiduciant, et des conséquences du non-remboursement dans le délai prescrit. Suivant les époques, les parties incluaient dans ce pacte, dans l'intérêt du fiduciaire, soit une *lex commissoria*, soit un *ius vendendi.*

Ayant défini l'évolution historique et la structure de la *fiducia*, nous revient maintenant la tâche d'en étudier les effets juridiques, tout d'abord quant à sa sanction en justice (chapitre III), puis quant au statut réel et patrimonial du bien fiduciaire (chapitre IV).

[636] Cf. GROSSO (1941), p. 429 et (1963), pp. 114s, et MACQUERON (1975), p. 85.

CHAPITRE III

SANCTION JURIDIQUE DE LA *FIDUCIA*

Comme on le sait, le droit romain ne prévoit pas une sanction générale du droit, mais des sanctions attachées à chaque droit particulier. On peut ainsi dire que, pour les Romains, un droit n'existe que dans la mesure où il a été expressément sanctionné[637]. Le moyen approprié de déterminer les droits et devoirs du fiduciaire et du fiduciant consiste donc à étudier la ou les sanctions juridiques de leurs comportements. Nous chercherons dans ce chapitre à fixer le cadre et les critères de cette sanctionnabilité.

Au cours de l'histoire juridique de Rome, diverses formes de procédure se sont succédé. L'étape fondamentale se situe au III^e^ siècle av. J.-C., lorsque le préteur introduisit le procès formulaire, en octroyant des actions formulaires et en prévoyant les différentes formules dans son édit perpétuel. Dès ce moment, le procès ne fut plus lié, comme auparavant, à des paroles solennelles et aux gestes rituels accomplis par les plaideurs, mais à une formule dont le modèle était emprunté à l'édit ou dont la rédaction était soumise au contrôle du magistrat[638]. Le procès formulaire se substitua historiquement au système des *legis actiones* (actions de la loi), procédure utilisée dans les premiers siècles de la République. Dans ce système, tout dépendait de la loi – soit des XII Tables ou de certaines autres lois –, depuis les cas selon lesquels une action était admise, jusqu'à la forme d'action appropriée à chacun de ces cas[639].

Le présent chapitre s'articulera selon le plan suivant. Il s'agira, tout d'abord, d'évoquer la notion romaine de contrat et de situer la *fiducia* dans ce contexte (section A). Ensuite, nous traiterons de la sanction procédurale de la *fiducia cum amico*, d'une part, à l'époque pré-formulaire (section B), et, d'autre part, dans la formule de l'*actio fiduciae* (section C).

---

637 Cf. MONIER I (1977), p. 127.

638 Cf. MONIER I (1977), pp. 153ss et SCHMIDLIN/CANNATA (1991), pp. 254ss.

639 Cf. MONIER I (1977), pp. 136ss et SCHMIDLIN/CANNATA (1991), pp. 253s. Les *Institutes* de GAIUS (4.11ss) constituent notre principale source d'information à ce sujet. Pour une description des diverses formes de *legis actiones*, cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), pp. 259ss.

A. *Fiducia* et contrat

De nombreux auteurs classifient, sans doute par commodité, la *fiducia* parmi les contrats réels du droit romain, et le devoir de restitution du fiduciaire parmi les *obligationes re*[640]. Certes, étant stucturellement basée sur une *mancipatio «fidei fiduciae causa»*, soit un rituel formaliste de transfert d'un bien en vue d'une restitution ultérieure (*mancipio dare ut remancipetur*), la *fiducia* comporte, par définition, certaines similitudes avec un contrat réel[641]. Mais elle n'en est techniquement pas un. Un contrat est réel si l'accord des parties ne suffit pas à sa conclusion et que la remise matérielle d'une chose constitue son complément indispensable[642]. Ce type de contrat fonde une obligation de restitution qui ne naît qu'après la livraison de la chose[643]. En droit romain, seul le *mutuum* (prêt de consommation) revêtait la forme d'un contrat réel proprement dit[644]. En matière de fiducie, comme nous aurons l'occasion de le préciser, il n'existe pas de véritable obligation de restitution à charge du fiduciaire[645]. Le devoir de restitution, qui n'est qu'indirectement sanctionné, résulte de l'acte de mancipation *sui generis* et non de la remise de la chose en mains du fiduciaire. En outre, la tradition n'est pas une condition nécessaire à la validité de la *fiducia*. En matière de *fiducia cum creditore*, il était, en effet, d'usage que le fiduciant conserve *ab initio* la possession du bien fiduciaire dont il avait transféré la titularité formelle au fiduciaire à titre de garantie[646]. En réalité, on peut même douter que les juristes romains aient considéré la *fiducia* comme un véritable contrat, du moins avant la fin de l'époque classique[647]. Le traitement de cette question nécessite une brève digression sur la notion de contrat en droit romain.

---

640 Cf., par exemple, Arnaldo BISCARDI, «*Obligatio personae* et *obligatio rei* dans l'histoire du droit romain», in *Revue historique de droit français et étranger* (Paris) 1992, pp. 187ss, 192; GIRARD (1978), pp. 465s et 552ss; MARRONE (1989), pp. 602, 623s; MONIER II (1977), pp. 118ss et TALAMANCA (1990), pp. 540s. Sur cette question, voir également BELLOCCI (1983), p. 118.

641 Cf. LONGO (1946), p. 7.

642 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 102.

643 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 104.

644 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 95.

645 Notons que, selon BETTI (1962), pp. 102s, le fiduciaire était tenu à une obligation de restitution, complètement absorbée dans le complexe rapport personnel de fidélité qui régissait le comportement du fiduciaire. Ainsi, un «re obligari», pourtant théoriquement envisageable pour la *fiducia*, aurait cependant nécessairement été absorbé par ce rapport de fidélité.

646 Cf. MANIGK (1909), colonne 2305; OERTMANN (1890), pp. 173ss et KASER (1971), p. 460.

647 Cf. GENY (1885), p. 27 et ERBE (1940), pp. 20s.

La notion romaine de contrat, à l'origine de la notion moderne, est tributaire de l'histoire romaine des sources d'obligations. On peut décrire l'évolution suivante[648]. Le droit archaïque, qui ne connaît que peu d'actes juridiques générateurs d'obligations, est marqué par son formalisme extérieur déterminant, la forme seule créant l'effet juridique. En droit pré-classique, l'accroissement important de l'activité commerciale génère des modifications essentielles du régime archaïque. D'une part, les anciennes institutions sont réformées au moyen de la création d'un règlement procédural spécifique qui autorise le demandeur en justice à se limiter à mentionner l'objet de la demande et à prouver que l'argent ou la chose à donner ou à rendre se trouve effectivement dans le patrimoine du défendeur. Un nouveau type d'obligation est ainsi élaboré, fondé directement sur la chose promise (*verbis obligari*), la chose à restituer (*re obligari*) ou la créance inscrite dans le livre de comptes (*litteris obligari*). D'autre part, la création des contrats consensuels introduit un système parallèle de sources d'obligations. C'est désormais la volonté intérieure, le consentement mutuel des parties, basé sur la bonne foi, qui rend le contrat efficace, et non plus des signes et des actes extérieurs. Le consentement ne crée cependant un rapport contractuel valable que s'il se réfère à des buts spécifiques prédéterminés (système des contrats-types). L'insertion de la bonne foi dans le rapport juridique permet de fonder un véritable contrat bilatéral de type synallagmatique. Aux premier et deuxième siècles après J.-C., le système des contrats-types est assoupli par la reconnaissance des conventions formées d'éléments caractéristiques appartenant à plusieurs types de contrats existants (contrats mixtes), ainsi que par l'admission progressive et exceptionnelle de certains contrats, dits innommés, dans lesquels les parties ont convenu d'un échange réciproque de prestations (*synallagma*). La volonté concordante et réciproque des parties n'est toutefois pas reconnue comme source générale d'obligations contractuelles.

De manière synthétique, CANNATA relève que les sources laissent apparaître deux notions différentes de contrat[649]. Selon la plus ancienne, déjà décrite par LABEON, juriste du I^er^ siècle av. J.-C., le contrat est assimilé aux

---

[648] Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), pp. 23ss. Voir aussi, Rudolf MEYER-PRITZL, «*Pactum, conventio, contractus*. Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht», in *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, pp. 99ss.

[649] CANNATA (1970), pp. 63ss.

conventions bilatérales sanctionnées par une action de bonne foi[650]. Selon la seconde, apparue dans le courant du Ier siècle, voire au début du IIe siècle, après que le consentement fut également reconnu comme élément des actes conclus *re*, *verbis* et *litteris*[651], la notion de contrat est envisagée comme un accord source d'obligations. Cette conception, que l'on retrouve dans les Institutions de GAIUS[652] ou de PAULUS[653], comprend les quatre genres de contrats: *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu*. Précisons encore qu'il ne faut pas confondre le concept de contrat, dont les composantes ont pris des dénominations diverses[654], et le terme même de *contractus*, qui, inversement, a pu être employé pour qualifier des actes étrangers au concept. Dans la langue juridique latine, les termes *contrahere* et *contractus* ont, en effet, un sens spécifique qu'il faut prendre en considération. Dans le *contrahere* (mettre ensemble, construire), l'accent est mis sur l'engagement plus que sur l'accord[655]. Quant au mot *contractus*, qui apparaît assez tardivement dans la langue latine, il a un sens objectif proche des termes «lien» ou «affaire»[656].

---

650 Cf. ULPIANUS, D. 50.16.19 (*lib.* 11 *ad Edictum*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, ... Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci [synállagma] vocant: veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem...* (Labéon, au livre premier du préteur urbain, donne la définition suivante... Contracter doit recevoir un sens plus étendu que celui d'obligation, ce que les Grecs appellent synallagma, comme l'achat-vente, la location, la société...).

651 Cf. ULPIANUS, D. 2.14.1.3 (*lib.*4 *ad Edictum*): ... *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem: sive re, sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* (... La notion de convention est si générale, dit Pédius fort élégamment, qu'il n'y a aucun contrat et aucune obligation qui ne contiennent une convention, que celle-ci soit un contrat réel ou verbal: même la stipulation qui se fait par des paroles formelles est nulle sans consentement).

652 Au passage 3.89, GAIUS énumère les obligations qui naissent des contrats: ... *Harum autem quattuor genera sunt; aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis aut litteris aut consensu.* (... Il y en a quatre genres: l'obligation se contracte par remise de la chose, verbalement, par écrit ou par consentement mutuel).

653 Cf. PAULUS, D. 44.7.3 (*lib.* 2 *Institutionum*).

654 Cf., par exemple, MAGDELAIN (1958), p. 93, note 207.

655 Cf. GROSSO (1963), pp. 29ss, selon lequel le *contrahere* est utilisé pour définir des faits, actes et rapports qui impliquent une sanction de leurs conséquences juridiques (pp. 29ss). Pour MELILLO (1994), p. 127, le *contrahere*, décomposé en *cum-trahere*, signifie produire dans un rapport avec un autre sujet des événements déterminés, desquels peuvent résulter non seulement un effet recherché, mais aussi un effet non voulu par tous les sujets concernés.

656 Cf. MELILLO (1994), pp. 128ss. Selon BETTI (1962, p. 67, note 4), le terme *contractus* peut être défini comme l'acte juridique apte à créer un lien obligatoire. «Vi può essere, dunque, contractus senza accordo e, viceversa, accordo senza contractus: il momento essenziale del contractus non è dato dalla struttura bilaterale e consensuale dell'atto, ma dalla sua idoneità a stringere in un vincolo la persona in confronto di altri, dal suo essenziale riferimento ad un altro soggetto» (BETTI (1962), p. 68).

Revenant à la *fiducia*, il est admis que cet acte juridique ne figure dans aucune source décrivant les divers types de contrats existants[657]. En particulier, elle n'apparaît pas, il est vrai, au même titre que le dépôt ou le commodat, dans la répartition *re, verbis, litteris, consensu contrahi obligationem* de GAIUS (cf. *Institutes*, 3.89ss)[658]. Cette absence peut être expliquée au moyen d'une argumentation négative, selon laquelle la *fiducia* représente à l'époque classique un acte juridique spécifique qui ne correspond à aucune des catégories décrites par GAIUS[659]. L'argumentation positive, par laquelle on indique le fondement des obligations des parties, est plus difficile à apporter. Selon CANNATA, la *fiducia* constituerait un rapport dont la sanction juridique naît *ex conventione*, *le pactum fiduciae*, convention non formelle, ayant comme effet juridique de rendre inopérante la cause, incluse dans l'acte solennel de transfert, qui justifierait la présence du bien fiduciaire auprès du fiduciaire. Comprenant un consentement et la remise d'une chose, la fiducie aurait été inclassable: elle n'était pas consensuelle, car un accord de volontés ne suffisait pas à sa conclusion; elle ne pouvait non plus être considérée comme un contrat réel, tant une obligation *re* et une obligation de bonne foi étaient inconciliables[660]. Une intégration de la *fiducia* parmi les contrats innommés semble, en tous les cas, exclue, s'agissant d'un acte juridique répandu, au nom connu, et qui est issu de l'ancien droit civil[661].

A notre avis, la *fiducia* ne doit pas être analysée comme un contrat. On trouve, il est vrai, quelques sources des II^e^ ou III^e^ siècles dans lesquelles le verbe *contrahere* ou le substantif *contractus* apparaissent en relation avec la *fiducia*[662]. Il ne faut cependant pas y voir une référence à un *pactum fiduciae*

---

657 Cf. BURDESE (1980), p. 296.

658 En effet, dans la description de ces quatre catégories (cf. paragraphes 3.90-162), GAIUS ne mentionne jamais la *fiducia*. Cf. GROSSO (1968), p. 387.

659 Selon BELLOCCI, dès lors que «la fiducia, per la sua indubbia complessità e «contraddittorietà» di struttura costituisce un unicum nel diritto romano», les juristes classiques romains ne l'ont pas classifiée dans l'une des diverses sources d'obligations existantes (1983, p. 125). Il est donc vain aujourd'hui de vouloir répertorier la *fiducia* selon nos propres concepts juridiques.

660 Cf. CANNATA (1970), p. 67.

661 Cf. OERTMANN (1890), p. 105.

662 Ainsi, GAIUS, *Institutes*, 2.60: *Sed cum fiducia contrahitur...* (Si l'on convient fiduciairement...) et dans le papyrus latin relatif à l'émancipation fiduciaire d'une fille: *fiducia contracta (ut) sibi remancipa(retur)*. (Une fiducie a été convenue, afin qu'elle [la fille] lui soit remancipée). Il existe également deux fragments provenant de juristes de l'époque classique tardive, soit d'une époque où, comme nous le verrons à la fin de ce chapitre, il est vraisemblable que la *fiducia* ait évolué vers une forme d'engagement juridique plus proche du contrat consensuel moderne: PAPINIANUS, D. 33.10.9.2 (lib. 7 *Responsorum*): ... *sed propositum propter contractus fidem, ac restituendae rei*

indépendant, mais plutôt à l'acte juridique dans son ensemble[663]. Nous avons vu que la *fiducia* ne repose pas sur un échange de consentement, mais sur une *lex privata* imposée unilatéralement par le fiduciant et à laquelle le fiduciaire se soumet[664]. La *mancipatio fidei fiduciae causa* présente un rituel spécifique qui formalise la confiance du fiduciant en la loyauté du fiduciaire. Le devoir de restitution est ainsi fondé sur l'acte formel de transfert, rendu typique par l'accord fiduciaire (*fiduciae causa*) qui est intégré dans le rituel de la *mancipatio*, et non sur un pacte de fiducie distinct[665]. Au cours des siècles, l'attachement au rituel perd de son importance et ce n'est que dans le courant de l'époque classique que la *fiducia* évolue, peut-être, vers une forme contractuelle proche du contrat consensuel[666].

B. La période pré-formulaire

La *fiducia* étant née lors de l'époque archaïque, soit avant l'introduction de la procédure formulaire (III[e] siècle av. J.-C.), se pose la question de l'existence et du type de sa sanction juridique à l'origine. Comment le fiduciant était-il protégé d'une potentielle défaillance du fiduciaire (par exemple, non-restitution du bien fiduciaire)? Il faut d'emblée reconnaître qu'il n'est pas possible d'apporter une réponse certaine à cette question, dans la mesure où les sources ne nous renseignent pas de manière directe sur le problème. Comme toujours, la pauvreté des sources génère la multiplication des avis de la doctrine, laquelle travaille par interprétations, déductions ou sur la base d'*a priori* théoriques.

On affirme généralement qu'il n'existait pas à l'origine de sanction judiciaire, mais que la présence de la *fides* (dans le rituel de la *mancipatio*), fondement de la *fiducia*, constituait une protection efficace du fiduciant: le fiduciaire n'aurait pas osé trahir la *fides* qu'il avait donnée devant un magis-

---

vinculum. (... mais lui étaient données à cause de la parole donnée dans l'acte et du lien l'obligeant à restituer les choses); ULPIANUS, D. 13.7.24 pr (*lib.* 30 *ad Edictum*, LENEL II (1960), p. 618, no 903): ... *Et videtur finita esse pignoris <fiduciae> obligatio, et a contractu recessum*.... (... Il paraît que du moment qu'il a acquis définitivement le bien fiduciaire, l'obligation résultant de la *fiducia* est éteinte, l'accord étant définitivement résolu...).

663 Lorsqu'apparaît le terme *contrahere* en relation avec la *fiducia*, il indique simplement qu'un acte juridique dénommé *fiducia*, ayant certaines conséquences juridiques, a été constitué. En particulier, chez GAIUS (2.60), le terme *contrahere* ne se réfère pas au *pactum fiduciae*, mais à la *fiducia* dans son ensemble, y compris l'aliénation fiduciaire (cf. GROSSO (1941), p. 428, approuvé par BELLOCCI (1983), p. 150).

664 Cf. *supra*, pp. 123ss.

665 Dans le même sens, cf. GROSSO (1963), pp. 114ss et OERTMANN (1890), pp. 105s.

666 Cf. MAGDELAIN (1958), pp. 93ss.

trat et plusieurs témoins[667]. Une protection indirecte du fiduciant par les censeurs n'est pas exclue[668]. De plus, à ce lien moral s'ajoutait aux temps les plus lointains un lien religieux[669]. Dans ce contexte, la *Fides* ne représente pas une force magique, mais une divinité qui protège la parole donnée[670]. Le parjure était *sacer* (maudit), *exsecratus* (exécré), exclu de la communauté religieuse par le tribunal des pontifes[671]. D'une manière générale, le culte et le respect de la *fides* étaient considérés comme une vertu essentielle[672]. Il est ainsi vraisemblable que, pour les citoyens romains seuls ad-

667 Voir, par exemple, FREZZA (1963), p. 66; GENY (1885), pp. 15ss; GIRARD (1978), pp. 555s; MARRONE (1989), p. 621 et MONIER II (1977), p. 121. Sur l'importance des témoins, cf. BELLOCCI (1983), pp. 247ss.

Pour BELLOCCI, le défaut de sanction juridique à l'origine n'est pas étonnant dans «una società, che ha sempre riguardato alla fides come ad uno dei cardini su cui si incentra il buon vivere civile e che commina a coloro che si comportano contro questa fides sanzioni non sempre e solo stretamente giuridiche» ((1983), pp. 178s; sur le concept de *fides* à l'origine, pp. 252ss).

668 Cf. KASER (1949), p. 294. Selon BELLOCCI, dans les premiers siècles de la République, les censeurs protégeaient indirectement certains rapports juridiques en punissant tout comportement contraire aux principes qui règlent le «buon vivere civile», comme la rupture de la *fides* (1983, pp. 183ss, spéc. 191). La *nota censoria* rendue à l'encontre du fiduciaire défaillant aurait exposé celui-ci à une mésestime telle qu'il aurait été pratiquement empêché d'avoir de nouveaux rapports juridiques avec d'autres personnes ((1983), pp. 206s).

669 Cf. GAUDEMET (1963), p. 241; GRIMAL (1984), pp. 75s; KASER (1949), p. 294; KEMENES (1985), pp. 247s; MACQUERON (1975), pp. 24s; NOUEL (1890), p. 33 et WIEACKER (1988), p. 315: «Während hospitium, amicitia und das (noch in den XII Tafeln: 8, 21) sakral sanktionierte Schutzverhältnis des Patrons zum Klienten sich in der Folge zu sozialen Pflichten abschwächten, ist etwa bei der fiducia (cum amico), dem Mandatum und der (älteren) Societas eine religiöse Bindung durch Fides-hütende Gottheiten verrechtlicht worden».

670 Cf. NICOLETTI (1961), p. 294, note 18 et GENY (1885), pp. 16s: «Divinité commune aux Latins et aux Sabins, la FIDES avait, à Rome, plusieurs temples dont le premier, au rapport de la légende, aurait été établi sur le mont Palatin par Rhoma, petite-fille d'Enée, à l'arrivée de ce dernier en Italie. Non contente d'en faire une divinité spéciale, la religion romaine considérait encore la *Fides* comme un attribut de Jupiter, honoré sous le nom de DIUS FIDIUS. Le *Dius Fidius* vengeait les offenses à la bonne foi et la rupture des promesses sous la garantie de la *fides*. Enfin, Hercule était aussi le protecteur de la bonne foi, en même temps que le dieu du serment. Avec cela, on comprend qu'à l'époque ancienne, où la religion dominait le droit tout entier, une obligation fondée sur la *fides* pouvait se passer de la protection d'une action».

671 Cf. NOUEL (1890), p. 34.

672 Cf., par exemple, AULUS GELLIUS, auteur du II^e^ siècle ap. J.-C. qui, au passage 20.1.39 de ses *Noctes Atticae* (Nuits attiques), fait part d'une discussion entre le jurisconsulte Sextus CECILIUS et le philosophe FAVORINUS sur la loi des XII Tables: *Omnibus quidem virtutum generibus exercendis colendisque populus Romanus e parva origine ad tantae amplitudinis instar emicuit; sed omnium maxime atque praecipue fidem coluit, sanctamque habuit tam privatim, quam publice.* (C'est par le culte et la pratique de toutes les sortes de vertus que, de la plus humble origine, le peuple romain est parvenu

mis à utiliser la fiducie, la rupture de la *fides* aurait été un comportement tellement grave et répréhensible que le fiduciant pouvait pleinement se fier à la *fides* déclarée par le fiduciaire.

Dès l'époque de la loi des XII Tables (promulguée en 451 av. J.-C.), la *fides* devient cependant un véritable concept juridique, dont la violation par le fiduciaire (la *fraus*) est juridiquement sanctionnée. Dans ce contexte, la *fides* s'identifie au devoir de faire correspondre ses propres actes au contenu de la parole donnée, au respect et à la fidélité aux engagements pris[673]. Le devoir de restitution du fiduciaire, fondé sur la *lex privata* du fiduciant, devient juridiquement obligatoire[674]. L'action prévue se limite sans doute à sanctionner la *fraus*, laquelle consiste en une violation de la *lex mancipationis*, par exemple, en une non-restitution ou une détérioration dolosives du bien fiduciaire et de ses profits. Vu l'état lacunaire des sources, il n'est toutefois guère possible d'en déterminer la forme exacte[675].

Comme annoncé, la doctrine est très partagée. De nombreux auteurs affirment qu'avant l'introduction de la procédure formulaire le fiduciant pouvait faire valoir certains droits par le biais d'une *legis actio*. Par exemple, pour MONIER, l'*actio fiduciae* de la procédure formulaire est une transposition d'une action de la loi appliquée sous la forme de la *judicis postulatio* (demande de désignation d'un juge ou d'un arbitre)[676]; pour AMBROSINO et BURDESE, on utilisait une *legis actio sacramento in personam* (action générale sanctionnant les rapports obligationnels)[677]; KRELLER[678] et FREZZA[679] penchent, quant à eux, pour une *legis actio per condictionem*

à un si haut point de grandeur; mais, entre toutes les vertus, il eut un culte particulier pour la *fides*, qui lui fut toujours sacrée dans la vie privée comme dans la vie publique).

673 Cf. BETTI (1947), p. 310s et NICOLETTI (1961), p. 293.

674 Dans ce sens, KRELLER (1942), pp. 193 et 206.

675 Cf., par exemple, AMBROSINO (1953), pp. 260ss.

676 MONIER II (1977), p. 122.

677 AMBROSINO (1953), pp. 251ss et BURDESE (1980), p. 296.

678 KRELLER (1942), pp. 194ss. KRELLER cite notamment un fragment d'ULPIANUS, D. 12.1.4.1 (lib. 34 ad Sabinum), relatif au *pignus*, considéré pourtant comme non interpolé par LENEL II (1960), p. 1150, no 2794. Voici la version de KRELLER: «Res [pignori] <fiduciae causa mancipio> data pecunia soluta condici potest...». (On peut exercer une *condictio* pour demander la restitution du bien fiduciaire, lorsque le créancier est payé...).

679 FREZZA se base sur le fragment de GAIUS, *Institutes*, 4.19: *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege uero Calpurnia de omni certa re.* (Cette action de la loi a été instituée par la loi *Silia* et

(*condictio* permettant d'exiger la restitution du bien fiduciaire); selon LENEL et GROSSO, il existait une *legis actio fiduciae* spécifique introduite *praeter legem*[680]; enfin, GENY estime pour sa part que la violation de la *fides* était sanctionnée au moyen d'une *actio ex delicto* infamante (considérant la violation de la *fides* comme un délit), introduite par une loi spéciale ou déduite par la jurisprudence d'un texte assez général de la loi des XII Tables[681].

Les auteurs plaidant pour l'existence d'une *legis actio* se réfèrent souvent[682] à la clause citée par CICERO dans *De officiis*, 3.17.70, que nous avons déjà examinée lors de l'étude de l'acte de création de la *fiducia*[683].

> *Nam quanti uerba illa: VTI NE PROPTER TE FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDATVS SIM!...*
>
> (Car combien de prix ont ces paroles: en sorte que je ne sois ni abusé ni trompé a cause de toi ou de ta parole...).

Parmi eux, LENEL a pertinemment souligné sa ressemblance avec la clause contenue dans un fragment d'ULPIANUS, D. 15.1.36 (*lib.* 2

---

la loi *Calpurnia*, par la première, en matière de somme d'argent, par la seconde, en matière de toute autre chose déterminée).

680 LENEL (1956), pp. 293ss et GROSSO (1929a), pp. 102s.

681 GENY (1885), pp. 20ss. GENY admet qu'il n'y a pas de source directe, mais affirme que l'étude de rapports juridiques semblables à ceux nés de la fiducie permet de conclure à l'existence d'une telle action. Il relève que les Romains «considéraient aussi comme un délit le fait d'avoir déçu, à l'occasion de certains rapports, une confiance toute particulière» (1885, p. 20). Par exemple, certains actes entrepris dans le cadre d'un dépôt, d'une tutelle où d'un mandat étaient considérés comme des délits et réprimés comme tels. Puis, postérieurement à l'époque des *legis actiones*, des textes de CICERO et de GAIUS démontrent la gravité et les conséquences d'une fraude, dans le cadre de la *fiducia*, à l'époque de ces auteurs. Ainsi, par exemple, CICERO, *pro Qu. Roscio Comoedo*, 6.16 (*Œuvres complètes de Cicéron*, Tome II, Paris, 1860, pp. 66s): *Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis, et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum at nefarium est fidem frangere quae continet vitam et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit et socium fallere, qui se in negotio conjunxit.* (S'il existe des causes privées qui intéressent essentiellement l'honneur, je dirais presque l'existence, ce sont les causes où il s'agit de fiducie, de tutelle, de société. Car c'est également une perfidie abominable de violer la foi promise, lien de la vie civile, de frustrer l'orphelin dont on a reçu la tutelle, et de tromper l'associé avec lequel on s'est uni d'intérêt). Et aussi, GAIUS, *Institutes*, 4.182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi...* (Certaines instances donnent lieu à des condamnations infamantes: vol, biens enlevés de force, injures; de même les actions de société, de fiducie, de tutelle, de mandat, de dépôt...).

682 Cf., par exemple, GROSSO (1929a), pp. 102s; KRELLER (1942), pp. 196s; LENEL (1956), pp. 293ss, et MONIER II (1977), p. 122, note 2.

683 Cf. *supra*, pp. 126ss.

Disputationum)[684], dont il est admis qu'il concerne l'*actio fiduciae de peculio*[685]:

> *... nam quod in servo, cui res pignori <fiduciae> data est, expressum est: hoc et in caeteris bonae fidei judiciis accipiendum esse, Pomponius scripsit: namque si servo res pignori <fiduciae> data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio: verum hanc quoque habet adjectionem,* ***et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est.*** *Videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere.*
>
> (... On doit, suivant Pomponius, étendre à toutes les actions de bonne foi, ce qui a été décidé à l'égard d'un bien donné en fiducie à un esclave: car, en ce cas, on a contre le maître, non seulement l'action sur le pécule et l'action *de in rem verso*, mais on y ajoute encore la formule: «Et relativement au tort que le demandeur abusé et trompé souffre par la mauvaise foi du maître». Or le maître est de mauvaise foi, quand il est en possession des effets et qu'il refuse de les rendre).

Comme la clause tirée du fragment d'ULPIANUS représente un passage permanent d'une formule, pour le cas où l'action est dirigée contre un *pater familias* à raison de la *fiducia* conclue avec une personne en sa puissance (fils ou esclave), LENEL, approuvé par GROSSO, y voit la preuve que la clause similaire citée par CICERO figurait effectivement dans une *legis actio fiduciae* dont le sens et la fonction pratique étaient identiques à ceux de l'*actio fiduciae de peculio* postérieure[686].

Il est vrai que les similitudes entre ce fragment et la citation de CICERO sont saisissantes. Des deux clauses tautologiques figurant dans le texte de CICERO, la première (*propter te fidemve tuam*) a été remplacée dans l'*actio fiduciae de peculio* par la clause plus synthétique *dolo malo*, alors que la seconde (*captus fraudatus*) se retrouve telle quelle[687]. Les *legis actiones* que nous connaissons ne conviennent cependant guère à la clause de CICERO. Aucune *legis actio* procédurale ne contient, en effet, une formule qui exprime un devoir à accomplir dans le futur[688]. Ainsi, dans le fragment d'ULPIANUS, il est question de *fraudatus est* et non de *fraudatus sim*. Or,

---

684 LENEL II (1960), p. 392, no 48.

685 LENEL (1956), p. 294.

686 LENEL (1956), pp. 293ss et (1909), pp. 346ss, et GROSSO (1929a), pp. 102s.

687 Cf. KASER (1951b), p. 29.

688 Cf. RUDORFF (1873), p. 61. Pour une description générale des diverses formules des *legis actiones* qui nous sont connues, cf., par exemple, CANNATA/SCHMIDLIN (1991), pp. 259ss.

nous avons vu que la clause retenue par CICERO vise une tromperie future. En revanche, il est parfaitement possible que cette clause, qui était vraisemblablement intégrée dans la *lex mancipii* prononcée par le *mancipio dans* lors de la constitution de la fiducie, ait également composé la partie centrale d'une *legis actio*, sous une forme adaptée, dont nous ignorons la formulation exacte[689].

A l'appui de l'existence d'une *legis actio*, on mentionne parfois également une autre clause retranscrite par CICERO, juste à la suite de la clause susmentionnée, qui contient la forme latine archaïque *agier* ancêtre de *agi* (*De officiis*, 3.17.70): *Quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE.* (Qu'elles sont d'or celles-ci: «il faut bien faire, comme entre gens de bien, et sans tromperie!»). PERNICE, par exemple, a relevé que, dans certains cas, comme l'*actio furti*, on a reproduit dans l'*intentio* de la formule d'une action, une clause similaire à celle constituant l'ancienne *legis actio* sanctionnant le même acte juridique. Il estime, en conséquence, que cette seconde clause du passage de CICERO constituait précisément l'ancienne *legis actio*, avant d'être intégrée dans l'*intentio* de l'*actio fiduciae*[690].

Enfin, LENEL a également déduit l'existence d'une *legis actio fiduciae* d'une interprétation, largement contestée[691], du passage suivant des *Institutes* de GAIUS (4.33):

> *Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur; siue enim pecuniam siue rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam DARI NOBIS OPORTERE intendimus; nec ullam adiungimus condictionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas formulas quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus sua ui ac potestate ualere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.*
>
> (Dans aucune formule, la condiction ne comporte de fiction. Que nous réclamions de l'argent ou quelque prestation déterminée, nous prétendons qu'il faut nous donner l'objet même de l'assignation, sans adjonction

[689] KRELLER estime, par exemple, qu'il est fort possible que cette clause, utilisée tout d'abord comme *lex mancipii* lors de la constitution de la *fiducia*, ait ensuite été intégrée dans une *legis actio fiduciae* (Cf. KRELLER (1942), p. 197). Comme nous l'avons vu, SCHMIDLIN (1970) s'est quant à lui attaché à démontrer, d'une manière générale, les similitudes entre la forme des formules de création de certains actes juridiques et celle des *legis actiones* sanctionnant ces mêmes actes.

[690] PERNICE (1892), pp. 123s.

[691] Cf. DE MARTINO (1937), pp. 95ss; KASER (1949), p. 295 et MAGDELAIN (1991), pp. 245ss.

d'aucune fiction. Nous comprenons donc du même coup que les formules par lesquelles nous prétendons que de l'argent ou une prestation déterminée doit nous être procuré valent par elles-mêmes. Les actions de prêt, de fiducie, de gestion d'affaires et d'autres, en nombre illimité, sont de même nature).

Le fait que GAIUS ait distingué les actions de prêt, de fiducie et de gestion d'affaires des autres actions n'est certainement pas dû au hasard. LENEL part de la constatation que, dans ses *Institutes*, GAIUS ne mentionne les *legis actiones* qu'à titre d'*excursus*, afin d'attirer l'attention sur la différence de nature entre les formules qui sont construites sur la fiction d'une *legis actio* (*ad legis actionem exprimuntur*) et celles qui ne le sont pas (*sua vi ac potestate constant*). Après avoir, selon LENEL, dans un passage mutilé de 4.32, mentionné plusieurs *formulae fictitiae* de la première catégorie, GAIUS traite de la fiction de la *pignoris capio*. Dans l'introduction du passage 4.33, GAIUS indique qu'il n'existe pas de formule avec fiction d'une *condictio*. Les formules destinées au recouvrement d'un *certum*, que cela soit une *certa pecunia* (somme déterminée) ou une *certa res* (prestation déterminée), comportent, en effet, une *intentio* orientée directement sur un *dari nobis oportere*, un *oportere* de donner la somme ou la chose déterminée qui est due, sans nécessité d'y adjoindre une *condictionis fictio*, ce qui explique qu'elles valent par elles-mêmes. Puis, parmi les diverses actions non basées sur la fiction d'une *legis actio*, GAIUS aurait spécialement distingué les actions de prêt, de fiducie et de gestions d'affaires, des autres actions, car dans celles-ci, au contraire de celles-là, le débiteur ne répondrait que dans la mesure *id quod facere potest*. LENEL considère comme plausible que GAIUS ait expressément rappelé, dans un passage mutilé du § 32, l'existence antérieure de *legis actiones* pour les trois actes juridiques susmentionnés. LENEL relève, enfin, qu'il n'y aurait eu aucune logique à ce que GAIUS donne comme exemples d'actions sans fiction de *legis actio*, des actes juridiques qui n'auraient jamais été sanctionnés par une *legis actio*[692].

Une partie importante de la doctrine rejette toutefois l'existence d'une *legis actio fiduciae*[693]. NOORDRAVEN, par exemple, réfute en bloc tous les arguments avancés à l'appui d'une telle *legis actio*: ainsi, l'emploi du

[692] LENEL (1909) pp. 344s.

[693] Cf. par exemple, BELLOCCI (1974), pp. 17ss (qui pense que, jusqu'à la période formulaire, la *fiducia* était dépourvue de sanction juridique, mais pas de sanction sociale, donnée par la seule présence de la *fides*); BISCARDI (1976), pp. 116ss; DE MARTINO (1937), pp. 95ss; MARRONE (1989), p. 621 et TALAMANCA (1990), p. 553. Voir aussi LONGO (1946), pp. 8ss.

terme ancien *agier*, dans la formule reprise par CICERO, *ut inter bonos bene agier et sine fraudatione* (*De Officiis*, 3.17.70), ne serait pas déterminant, puisqu'à la fin de l'époque républicaine la langue «administrative», y compris dans l'Edit du préteur, était plus ancienne que la langue littéraire[694]. Par ailleurs, les termes *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*, faisant partie du même fragment, sont certes liés à l'*actio fiduciae de peculio* (D. 15.1.36), mais ils ne prouveraient pas l'existence d'une *legis actio*. On voit mal pourquoi on aurait créé une telle *actio* à une époque où la vie juridique était peu développée, pour régler un état de fait relativement rare, soit lorsque le *filius familias*, ou l'esclave, a donné en fiducie un *res mancipi*. Enfin, NOORDRAVEN dénie au paragraphe 4.33 des *Institutes* de GAIUS une référence à une *legis actio fiduciae*. Il pense au contraire que l'expression *sua vi ac potestate valere* signifie que les formules auxquelles se réfère GAIUS sont précisément nées après l'époque des *legis actiones*. GAIUS aurait ensuite individualisé le prêt, la fiducie et la gestion d'affaires, car il se serait agi d'actes juridiques qui, bien que fréquemment utilisés en pratique à l'époque des actions de la loi, n'étaient pas sanctionnés par une action[695].

On précisera encore que, selon d'autres auteurs, la violation de la *fides* par le fiduciaire était effectivement réprimée juridiquement, mais par une autre procédure que la *legis actio*. LONGO estime, par exemple, que le seul moyen pour les parties de rendre leur accord obligatoire était de recourir à une *stipulatio*. En cas de carence du fiduciaire, le fiduciant disposait alors d'une *actio ex stipulatu*. En l'absence d'une stipulation, le fiduciant pouvait tout de même se prévaloir d'une *condictio sine causa*, lorsque le but fiduciaire avait été atteint (par exemple, paiement de la dette)[696]. KASER avance pour sa part l'hypothèse de la création par le magistrat d'une formule procédurale orale, *in certam rem*, basée non pas sur une loi, mais sur la *fides*, et dont l'accès aurait été supprimé par la *Lex Iulia iudiciòrum privatòrum*[697], en l'an 17 av. J.-C[698].

---

694 Dans le même sens BELLOCCI (1974), p. 26 et LONGO (1946), p.12, lequel estime que l'on ne peut exclure l'appartenance de cette clause au style édictal de la fin de l'époque républicaine, dans laquelle le langage officiel était bien plus grossier et vulgaire que la langue littéraire et volontairement fine de CICERO.

695 NOORDRAVEN (1990), pp. 251s, note no 5.

696 LONGO (1946), p. 13.

697 Loi d'inspiration augustéenne qui, dans le cadre d'une révision du système procédural romain, abolit le système des *legis actiones*.

698 Cf. KASER (1949), pp. 292ss et (1966), pp. 27ss. Se basant sur CICERO, *De officiis*, 3.17.70, KASER (1949, p. 292) imagine la formule suivante: *aio te mihi...dare oportere, uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim.*

C. La formule de l'*actio fiduciae*

A défaut de source permettant une datation précise, on estime généralement que l'*actio fiduciae* fut introduite dans la deuxième partie du III^e^ siècle av. J.-C., ou plus vraisemblablement, dans le courant du II^e^ siècle av. J.-C[699]. Si l'existence même de l'*actio fiduciae* n'est pas contestée, la détermination de sa nature et de son contenu a par contre beaucoup retenu l'attention des Romanistes et a donné lieu à de multiples controverses, chaque auteur ayant sa propre opinion sur le sujet. Alors que LENEL avait affirmé l'existence d'une *actio fiduciae in factum*[700], soit une action créée par le préteur sur la base d'une appréciation de cas particuliers selon les critères de l'équité et de la justice[701], la doctrine dominante considère aujourd'hui que l'*actio fiduciae*

---

699 La datation est le fruit d'une appréciation personnelle des différents auteurs, lesquels déterminent généralement la date de naissance de l'*actio fiduciae* à l'intérieur d'une fourchette qui nous est donnée par la prise en compte des deux éléments objectifs suivants: le terme *a quo* est nécessairement fixé à l'époque de l'introduction de la procédure formulaire, que BELLOCCI situe après l'an 242 av. J.-C., année de la création de la préture pérégrine (BELLOCCI (1974), pp. 41s). Quant au terme *ad quem*, il doit être compris à l'époque du grand juriste Q. Mucio SCAEVOLA (140-82 av. J.-C.), *pontifex maximus*, puisqu'un texte de CICERO (*De officiis*, 3.17.70) nous informe que l'*actio fiduciae* était connue de cet éminent juriste: ... *Sed, qui sint boni, et quid sit bene agi, magna quaestio est. Q. quidem SCAEVOLA, pontifex maximus, summam uim esse dicebat in omnibus his arbitriis in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque uersari in tutelis, societatibus, fiduciis...* (... Mais quels sont les gens de bien et qu'est-ce que bien faire? C'est la grande question. Q. Scaevola en tout cas, le grand pontife, disait qu'il y avait le plus de force dans tous les jugements où l'on ajoutait *ex fide bona*, en vertu de la bonne foi, et il pensait que la référence à la bonne foi s'étendait très largement, qu'elle se trouvait dans les tutelles,les sociétés, les actes fiduciaires...).

Sur la base de ces éléments, FREZZA affirme que l'*actio fiduciae* fut introduite au cours du III^e^ siècle av. J.-C. (cf. FREZZA (1963), p. 66, et références citées), alors que NOORDRAVEN estime qu'elle a été créée au II^e^ siècle av. J.-C., suite aux guerres puniques, afin de protéger les paysans ruinés qui étaient contraints de recourir à la *fiducia cum creditore* pour obtenir des crédits (NOORDRAVEN (1990), p. 230). Avec une analyse similaire à celle de NOORDRAVEN, BELLOCCI (1974, pp. 40ss, not. 44 à 46) penche, quant à elle, pour la première moitié du II^e^ siècle av. J.-C.

700 Cf. LENEL (1956), p. 292. Notons que KASER a lui aussi défendu la thèse d'une *actio in factum*, tout en précisant qu'il ne fallait pas surestimer l'importance de la distinction entre formules *in factum* et formules *in ius*: «In der römischen Praxis wurde jede *actio* und jede *formula* als eine Individualität beurteilt, die nicht nach einem Schema gestaltet wurde, sondern nach dem jeweiligen Sachbedürfnis» (Max KASER, «Compte-rendu de Alan WATSON, The law of obligations in the later roman republic, Oxford, 1965», in *TR* (Dordrecht, Boston, Londres) 34 (1966), p. 418).

701 SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 288.

a été conçue dès l'origine sur la base du droit civil et qu'en conséquence elle revêtait la forme d'une *actio in ius*[702]. Nous tiendrons ce point pour acquis.

Il va de soi que, en l'absence de sources reproduisant la formule exacte de l'*actio fiduciae*, toute tentative de reconstitution s'avère en grande partie aléatoire. De nombreux auteurs se sont toutefois soumis à cet exercice. Il ne s'agira pas pour nous d'analyser chaque problème soulevé par la doctrine, mais de mettre en lumière certains éléments indiscutables de la formule, dans le but de déterminer quelles sont la nature et l'ampleur des devoirs générés par la *fiducia*.

Cette section s'organisera de la manière suivante. Dans un premier temps, nous analyserons la clause spécifique de l'*actio fiduciae* et nous expliquerons pourquoi cette action est particulière et atypique (sous-section 1). Dans un deuxième temps, nous préciserons quel est le devoir essentiel du fiduciaire dans la *fiducia cum amico* (sous-section 2). Dans un troisième temps, nous délimiterons les critères du juge dans l'évaluation et la détermination du montant de la condamnation (sous-section 3). Dans un quatrième temps, nous ferons mention de diverses tentatives doctrinales de reconstitution de la formule de l'action fiduciaire (sous-section 4). Enfin, dans un cinquième temps, nous aborderons la question de l'*actio fiduciae contraria*, action qui fut accordée au fiduciaire contre le fiduciant, semble-t-il, dans les premiers temps de la période classique (sous-section 5).

---

[702] NOORDRAVEN ((1990), p. 249) relève, par exemple, que, dans une *actio in factum concepta*, le juge devait condamner le défendeur lorsque l'état de fait allégué se trouvait réalisé. La condamnation ne pouvait porter que sur la valeur matérielle de la chose. En revanche, dans le cas de la fiducie, il résulterait clairement des sources que le juge disposait d'un large pouvoir d'appréciation, s'agissant d'un *bonae fidei iudicium*. Son jugement était donc susceptible de porter sur d'autres éléments, par exemple, la restitution du *superfluum*.

BELLOCCI pour qui également l'*actio fiduciae* avait les caractéristiques des formules *in ius*, considère qu'à l'origine la sanction formulaire était constituée par un *arbitrium honorarium* fondé sur l'*imperium* du magistrat et que cette forme prétorienne (en lieu et place d'une formule civile) aurait subsisté pendant toute la période de la République (1974, pp. 99ss). MASCHI conteste ce point de vue, puisque si la formule de la *fiducia* avait toutes les caractéristiques des formules *in ius concepta*, elle ne pouvait, structurellement parlant, ne pas être une formule civile ((1974), pp. 202s).

1. L'*actio fiduciae* est une action spécifique entrant dans la catégorie des *bonae fidei iudicia*

La lecture de plusieurs écrits de CICERO atteste de manière irréfutable que la clause «*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*» était intégrée dans la formule de l'*actio fiduciae*, à tout le moins, à l'époque du célèbre orateur[703]. On remarquera l'utilisation de la forme verbale archaïque *agier*, qui, pour certains, serait un indice de l'extrême ancienneté de la formule[704]. Par ailleurs, la présence dans cette clause du verbe *oportere* (qui a marqué à l'origine la convenance, le devoir moral, puis a servi à exprimer l'idée de devoir, d'obligation[705]) est le signe de l'existence d'un devoir résultant du *ius civile*[706]. Enfin, bien que les termes *et sine fraudatione* n'apparaissent que dans une source (*De officiis*, 3.17.70), il est généralement

---

703 Ainsi, dans *De officiis*, 3.15.61: *...et sine lege iudiciis in quibus additur EX FIDE BONA. Reliquorum autem iudiciorum haec uerba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae MELIUS AEQVIVS, in fiducia UT INTER BONOS BENE AGIER...* (...et d'autre part, sans loi, dans les jugements où l'on ajoute *ex fide bona*, en vertu de la bonne foi. Mais dans les autres jugements, les termes suivants sont tout à fait remarquables: dans le règlement d'une affaire matrimoniale, *melius aequius*, au mieux et au plus équitable, dans la fiducie, *ut inter bonos bene agier*, bien faire comme entre gens de bien...).

Et également dans le passage suivant (*De officiis*, 3.17.70): *Nam quanti uerba illa: VTI NE PROPTER TE FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDATVSVE SIM! Quam illa aurea: VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*! (Car combien de prix ont ces paroles: en sorte que je ne sois ni abusé ni trompé à cause de toi ou de ta parole! Qu'elles sont d'or celles-ci: il faut bien faire, comme entre gens de bien, et sans tromperie!).

Mais aussi dans les *Topica*, 17.66: *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus «ex fide bona» est additum, ubi <uero> etiam «inter bonos bene agier» inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est «aequius melius», parati eis esse debent.* (C'est ainsi que, pour toutes les actions dans la formule desquelles figure la clause: «d'après la bonne foi», ou celle-ci encore: «ainsi qu'on doit agir entre honnêtes gens», et surtout dans l'action arbitraire de restitution de la dot, où l'on trouve ces mots: «ce qui est le plus équitable et le meilleur», les jurisconsultes doivent être bien préparés).

Et enfin, dans une lettre répertoriée dans les *Epistolae ad familiares*, 7.12 (*ad Trebatium*): *Ubi porro illa erit formula fiduciae, VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET?* (Que va devenir chez vous cet axiome de la formule de la fiducie: «il faut bien faire comme entre gens de bien»?).

704 FREZZA (1963), p. 3, approuvé par CARCATERRA (1964), p. 5, souligne le caractère archaïque de ce mot en le rapprochant de la forme «testarier» que l'on trouve dans un fragment des XII Tables (8.22). BELLOCCI (1974, pp. 42s), au terme d'un bref excursus, relève que la forme infinitive «ier» a été le plus fréquemment utilisée à l'époque de PLAUTUS (254 à 184 av. J.-C.). Nous avons vu que, pour d'autres auteurs, l'emploi de la forme verbale «agier» n'était pas susceptible, à lui seul, de prouver l'ancienneté de la formule (cf. LONGO (1946), p. 12 et NOORDRAVEN (1990), p. 251, note 5).

705 Cf. ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), p. 463.

706 Cf., KASER (1966), pp. 42ss et MARRONE (1989), p. 32, note 17.

admis qu'ils faisaient partie intégrante de la clause spécifique de l'*actio fiduciae*[707].

Cette clause semble présenter un sens pléonastique, puisque l'idée de loyauté du fiduciaire y figure à trois reprises, sous les formes «inter bonos», «bene», et «sine fraudatione»[708]. Mais on peut aussi y déceler deux formes de devoirs très différentes. Le *sine fraudatione* correspond au devoir subjectif de ne rien entreprendre contre le sens de l'acte, contre la volonté du fiduciant, exprimée dans la *lex mancipii*[709]. Est frauduleux l'acte qui viole la *fides* imposée par le fiduciant. En revanche, le *bene agier ut inter bonos* correspond au devoir objectif standard, à l'activité que l'on est en droit d'attendre d'un homme de bien dans tout rapport fiduciaire. On trouvera un indice de cette différenciation dans l'interprétation que donne BURDESE de la structure de cette clause[710]. Selon cet auteur, la clause *ut inter bonos...*, lorsque l'on relie l'*ut* à *inter bonos* et non à *oportere*, nous donne l'ellipse suivante «*ut inter bonos bene <agier oportet> et sine fraudatione agier oportet*». Une telle approche permettrait de distinguer historiquement une formule plus ancienne et plus simple, relative au seul devoir négatif de se comporter sans fraude: *agier oportet sine fraudatione*, clause complétée par la suite, dans une formule plus élaborée, comprenant le devoir positif de se comporter comme une personne de bien (*bene agier oportet ut inter bonos*)[711].

Outre la présence dans la formule de la clause *ut inter bonos...*, l'existence d'un second élément est très largement admis en doctrine. Il convient de rappeler que la *fiducia* naît d'une *mancipatio* dont le rituel est adapté au moyen de la clause *fiduciae causa* ou *fidei fiduciae causa*. Or, une référence à cette *mancipatio* qualifiée, dont la *lex mancipii* crée le devoir de restitution (*ea lege ... ut remancipetur*), figurait nécessairement dans la formule de l'*actio fiduciae*, ce que tous les auteurs dont nous avons étudié la tentative de reconstitution de la formule ont remarqué (sous la forme «*fiduciae causa*»[712] ou «*fidei fiduciae causa*»[713]).

---

[707] Cf., par exemple, BELLOCCI (1974), pp. 82ss.

[708] Cf. KASER (1951b), p. 29.

[709] Cf. *supra*, pp. 128s

[710] BURDESE (1983), p. 179.

[711] Cf. aussi, *infra*, pp. 173ss.

[712] BELLOCCI (1974), p. 85; GROSSO (repris par BURDESE (1983), pp. 179s); KASER (1976), p. 107; KRELLER (1942), p. 194; LENEL (1965), p. 292 et PERNICE (1892), p. 124.

[713] NOORDRAVEN (1990), p. 250.

Notons, par ailleurs, que plusieurs auteurs ont établi un lien fonctionnel entre les deux éléments existant de manière non contestée dans la formule de l'*actio fiduciae*, à savoir la mention de la *mancipatio fiduciae causa* et la clause *ut inter bonos*.... Car, à la *lex* imposée par le fiduciant, correspond le devoir d'agir sans fraude du fiduciaire. Les termes *quam ob rem* (à cause de quoi), que l'on retrouve dans la formule de PERNICE, apparaissent comme un élément de coordination, entre la *mancipatio* et la norme de comportement, qui expriment parfaitement ce lien fonctionnel[714].

Après ces quelques remarques relatives à la forme de l'*actio fiduciae*, il convient de se demander si cette action peut être assimilée aux jugements de bonne foi (*iudicia bonae fidei*), dans lesquels le juge possédait un pouvoir discrétionnaire très large dans l'exercice de son office[715]. Il semblerait bien que tel soit le cas, si l'on en croit GAIUS.

GAIUS, *Institutes*, 4.62:

Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito..., fiduciae...

(Les jugements de bonne foi sont les suivants: ceux afférant à la vente..., à la fiducie...).

On constatera que, dans ce fragment, GAIUS classe purement et simplement l'*actio fiduciae* parmi les *bonae fidei iudicia*, comme par exemple le contrat de vente. Nous souhaitons toutefois démontrer que l'*actio fiduciae* ne peut être considérée sans réserve comme une action de bonne foi[716]. Il résulte en effet de plusieurs textes de CICERO que l'*actio fiduciae* est une action spécifique, unique et individualisée.

---

[714] PERNICE (1892), p. 124: *Si paret A.m A.m N.o N.o hominem Stichum fiduciae causa n. I mancipio dedisse, quam ob rem uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione (a N.o N.o ?) quanti ea res est c.* (S'il s'avère que A.A. a donné à N.N. l'esclave Stichus, par une mancipation dont la cause est une fiducie, à cause de quoi il sied d'agir comme entre gens de bien et sans fraude, quelle que soit la valeur de la chose...).

Relevons que GROSSO (1929, *actio fiduciae*, pp. 116s) a conçu une formule très proche de celle de PERNICE. BURDESE (1983, pp. 179s) a concrétisé l'opinion de GROSSO en rédigeant une formule conforme aux conclusions de celui-ci: «quod A.s A.s hominem Stichum (o fundum Capenatem) fiduciae causa mancipio dedit, q.d.r.a., quidquid (ob eam rem a N.° N.°) ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, eius iudex N.m N.m A.° A.° condemnato etc.». (Quant au fait que A.A. a donné l'esclave Stichus (ou le fonds près de la porte Capenate) par une mancipation dont la cause est une fiducie, ce qui est l'objet du différend, vu tout (à cause de cela) ce qui résulte du comportement exigé entre gens de bien et sans fraude, le juge condamnera N.° N.° en faveur de A. A. etc.»).

[715] Sur les jugements de bonne foi, cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 286.

[716] Dans ce sens également, NOORDRAVEN (1990), p. 249.

CICERO, *De officiis*, 3.17.70:

Nam quanti uerba illa: VTI NE PROPTER TE FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDATVSVE SIM! Quam illa aurea: VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint boni, et quid sit bene agi, magna quaestio est. Q. quidem Scaeuola, pontifex maximus, summam uim esse dicebat in omnibus his arbitriis in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque uersari in tutelis..., fiduciis...; in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oportet.

(Car combien de prix ont ces paroles: en sorte que je ne sois ni abusé ni trompé à cause de toi ou de ta parole! Qu'elles sont d'or celles-ci: il faut bien faire, comme entre gens de bien, et sans tromperie! Mais quels sont les gens de bien et qu'est-ce que bien faire? C'est la grande question. Q. Scaevola [juriste de la fin du II^e^ siècle av. J.-C.] en tout cas, le grand pontife, disait qu'il y avait le plus de force dans tous les jugements où l'on ajoutait ex fide bona, en vertu de la bonne foi, et il pensait que la référence à la bonne foi s'étendait très largement, qu'elle se trouvait dans les tutelles..., dans les fiducies..., en un mot dans les transactions qui formaient la base de la vie sociale: qu'en ces affaires, il importait avant tout que le juge décide ce que chacun réponde à chacun).

Il résulte de ce premier texte que l'*actio fiduciae* peut être classée parmi les *bonae fidei iudicia*, car elle est identifiable par sa référence à la bonne foi. On le voit, pour CICERO, les clauses *ut inter bonos...* et *ex fide bona* sont équivalentes, puisque, pour interpréter les éléments (*boni* et *bene agi*) de la clause caractéristique de la *fiducia*, il se réfère à la clause *ex fide bona*, caractéristique des *bonae fidei iudicia*, tout en précisant que, dans les jugements relatifs à la *fiducia* comme ceux concernant les contrats de bonne foi au sens strict, la référence à la *bona fides* est essentielle.

Au-delà de cette constatation, il convient cependant de se demander quelle est la valeur de la clause *ut inter bonos...*. Par rapport à la *bona fides* des *bonae fidei iudicia*, représente-t-elle une simple référence à un concept socialement équivalent, ou alors a-t-elle une valeur juridique identique? Autrement dit, dans la formule de l'*actio fiduciae*, fonctionne-t-elle comme un simple présupposé de fait ou remplit-elle la même fonction que la clause *ex fide bona* dans les *iudicia bonae fidei* ordinaires[717]? A notre avis, la clause *ut inter bonos...* doit être comprise dans un sens technique strict, dès lors que tout le développement de CICERO tourne autour de notions juridiques

[717] Sur cette problématique, cf. BELLOCCI (1974), pp. 55ss et DE MARTINO (1937), pp. 90s.

bien précises. De plus, CICERO appuie son raisonnement par une citation de SCAEVOLA, grand juriste de la fin du II^e siècle av. J.-C.[718].

On peut maintenant se référer à deux autres passages de CICERO qui confirment, d'une part, la nature spécifique de l'*actio fiduciae* par rapport aux contrats de bonne foi au sens strict, et, d'autre part, le caractère juridique de la clause *ut inter bonos....*

Ainsi, dans *De officiis* 3.15.61:

> *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela XII tab., circumscriptio adulescentium lege Plaetoria, et sine lege iudiciis, in quibus additur «ex fide bona». Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae «melius aequius», in fiducia «ut inter bonos bene agier». Quid ergo? Aut in eo «quod melius aequius», potest ulla pars inesse fraudis? Aut cum dicitur «inter bonos bene agier», quidquam agi dolose aut malitiose potest?.*
>
> (En outre cette fraude avait été punie; par les lois d'une part: dans le cas de la tutelle par les douze Tables, de la duperie à l'égard des jeunes gens par la loi Plaetoria; et d'autre part, sans loi, dans les jugements où l'on ajoute «ex fide bona», en vertu de la bonne foi. Mais dans les autres jugements, les termes suivants sont tout à fait remarquables: dans le règlement d'une affaire matrimoniale, *melius aequius*, au mieux et au plus équitable, dans la fiducie, «ut inter bonos bene agier», bien faire comme entre gens de bien. Quoi donc? Peut-il, dans une affaire traitée, au mieux et au plus équitable, se trouver aucune part de tromperie? Ou bien, quand on dit, bien faire, entre gens de bien, peut-on rien faire avec fraude ou fourberie?).

Comme on le constate, CICERO prend la peine de bien distinguer les jugements de bonne foi au sens strict (*iudiciis, in quibus additur «ex fide bona»*), de deux autres jugements spécifiques (*reliquorum autem iudiciorum*), l'*actio fiduciae*, d'une part, et l'*actio rei uxoriae*, d'autre part[719]. Dans ce texte qui concerne le dol, il explique que les clauses particulières de l'*actio rei uxoriae* et de l'*actio fiduciae* permettent, tout comme la clause usuelle des actions de bonne foi, de réprimer un comportememt dolosif.

Et également dans *Topica*, 17.66:

> *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus «ex fide bona» est additum, ubi vero etiam «inter bonos bene agier», inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est «aequius melius» parati eis esse debent. Illi enim dolum malum,*

---

[718] Pour une analyse du paragraphe 3.17.70, cf. BELLOCCI (1974), pp. 55 à 61.
[719] Cf. KRELLER (1942), p. 192.

illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt...

(C'est ainsi que, pour toutes les actions dans la formule desquelles figure la clause: «d'après la bonne foi», ou celle-ci encore: «ainsi qu'on doit agir entre honnêtes gens», et surtout dans l'action arbitraire de restitution de la dot, où l'on trouve ces mots: «ce qui est le plus équitable et le meilleur», les jurisconsultes doivent être bien préparés. Ce sont eux qui nous ont défini le dol, la bonne foi, ce qui est équitable et bon, les obligations de l'associé envers son associé, du gérant d'affaires envers celui dont les affaires ont été gérées, les obligations réciproques du mandant et du mandataire, celles d'un mari envers sa femme, d'une femme envers son mari...).

Dans le texte susmentionné, CICERO distingue à nouveau la clause spécifique des actions de bonne foi au sens strict (*ex fide bona*), de celles de l'*actio fiduciae* (*ut inter bonos...*) et de l'*arbitrio rei uxoriae* (*aequius melius*), en donnant ainsi aux deux dernières une valeur juridique identique à la première[720]. Le «bene agier» est le critère central de la *fiducia*, au même titre que la «fides bona» pour les autres jugements de bonne foi ou l'«aequius melius» du *iudicium rei uxoriae*[721].

On peut déjà retenir de ce qui précède que l'*actio fiduciae*, tout en faisant partie, de par sa référence à la bonne foi au sens large, du *genus* des *bonae fidei iudicia*, doit en être soigneusement distinguée, car sa formule est construite sur la base d'une clause centrale spécifique. Mais la particularité de l'*actio fiduciae* ne se limite pas à la substitution de la clause *ut inter bonos...* en lieu et place de la clause *ex fide bona*, dans le modèle usuel des actions de bonne foi *quidquid...dare facere oportet...*. La structure même de la formule de l'*actio fiduciae* est particulière, au même titre que celle de l'*actio rei uxoriae*[722]. En outre, les différences de forme entre l'*actio fiduciae* et les actions de bonne foi au sens strict reflètent la différence de nature entre la *fiducia* et les contrats de bonne foi au sens strict. Il ne faut pas oublier que la *fiducia*, tout comme l'institution de la dot, n'est pas un contrat,

720 Cf. BELLOCCI (1974), p. 67; KASER (1966), pp. 26, 35ss, et ROTONDI (1922a), p. 4.

721 Cf. DE MARTINO (1937), p. 91.

722 LENEL ((1956), p. 305) a reconstruit de la manière suivante l'*actio rei uxoriae*: «Si paret Nm Nm Aae Aae dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit, eius iudex Nm Nm Aae Aae condemnato, s.n.p.a.». (S'il s'avère que N. doit restituer à A. la dot ou une partie de celle-ci, ce qui sera tranché au mieux et au plus équitable, Juge, condamne N. en faveur de A., si ce n'est pas le cas, absous-le). Sur cette action, cf. aussi SÖLLNER (1969), pp. 137ss.

contrairement aux autres actes juridiques donnant lieu à un jugement de bonne foi. Elle est constituée au moyen d'un acte formel spécifique[723].

Il est intéressant de noter que la doctrine a parfois défini l'*actio fiduciae* selon d'autres critères. FREZZA, par exemple, relève que les jugements *fiduciae* (pour la *fiducia cum amico*), *rei uxoriae* et *tutelae* ont trait au domaine des rapports familiaux où les valeurs morales sont différentes de celles de la vie des affaires. Le droit n'a pas façonné ces institutions juridiques, mais les a reçues déjà modelées par la *mos*, les usages, et en a conservé la structure[724].

BELLOCCI distingue, quant à elle, parmi les *bonae fidei iudicia*, les actes juridiques qui ont une nature commerciale (*emptio-venditio*, *locatio-conductio*), de ceux qui n'en n'ont prétendument pas (*mandatum*, *societas*, *tutela*, *fiducia*)[725]. Pour BELLOCCI, alors que les *bonae fidei iudicia* destinés à réguler des rapports de droit commercial ont, en principe, comme objet un bien déterminé par sa seule valeur économique, l'objet de la *fiducia* est un bien qui, certes, a également une valeur économique, mais avec lequel le débiteur entretient des rapports particuliers, puisqu'il ne veut absolument pas s'en dessaisir mais au contraire se le réapproprier. Dans la *fiducia*, la *fides* aurait un contenu subjectif, qui se manifesterait par la confiance de l'autre, alors que, dans les rapports commerciaux, la *fides* se référerait à des principes objectivement déterminables. En outre, dans la *fiducia*, la *fides* impliquerait un engagement plus intense de celui qui répond de sa loyauté, une réprobation sociale plus grande en cas de rupture de la *fides*, ainsi qu'une investigation plus étendue du juge. Toujours selon BELLOCCI, ces considérations d'ordre social, dominantes aux temps de CICERO, ont perdu de leur importance à l'époque de GAIUS, ce qui expliquerait pourquoi celui-ci (*Institutes*, 4.62), à la différence de celui-là, a classé *sic et simpliciter* l'*actio fiduciae* parmi les *iudicia bonae fidei*[726].

---

723 Cf. DERNBURG (1860), p. 14, note 19.

724 FREZZA (1963), p. 64.

725 BELLOCCI (1974), pp. 64s, se base notamment sur le texte suivant de CICERO, tiré de *De natura deorum*, 3.30.74: *Inde tot judicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae; reliqua, quae ex empto, aut vendito, aut conducto, aut locato contra fidem fiunt.* (Tant de jugements rendus sur la mauvaise foi dans les tutelles, dans le mandat, dans les sociétés, dans les fiducies; et également dans les autres, ceux rendus dans la vente et la location).

726 BELLOCCI (1974), pp. 88ss. A l'appui de sa démonstration, BELLOCCI se réfère notamment au passage suivant de CICERO (*Pro Roscio Comoedo*, 6.16): *Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis, et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum et nefarium est, fidem frangere, quae continet vitam; et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit; et socium fallere, qui se in negotio*

Il est sans doute vrai que dans le mandat, la société, la tutelle et la fiducie, les liens juridiques unissant les parties sont basés sur des rapports de confiance particulièrement étroits qui n'existent pas toujours dans la vente ou la location. Mais cette constatation n'enlève rien à la distinction que nous avons opérée entre la *fiducia* et les contrats de bonne foi au sens strict. Il s'agit, en effet, de deux manières d'analyser l'*actio fiduciae* qui ne sont pas concurrentes mais complémentaires.

2. Le devoir du fiduciaire dans la *fiducia cum amico*: protection juridique du bien fiduciaire

Si l'on excepte la période archaïque, on peut affirmer que, lors du transfert par *mancipatio* du bien fiduciaire, le fiduciant perd tout droit de propriété formel sur ce bien[727]. Il n'est donc pas en mesure d'exercer une action réelle pour en récupérer la possession. Par ailleurs, nous savons que le devoir de retransfert n'est pas fondé sur le *pactum fiduciae*, mais sur la *mancipatio* elle-même[728]. Or, ce procédé formaliste ne génère pas de véritable créance en restitution, au sens où nous l'entendons aujourd'hui.

L'action dont bénéficie le fiduciant à l'encontre du fiduciaire est bien une action personnelle dont l'*intentio* mentionne la personne du défendeur (fiduciaire). Il s'agit toutefois d'une action personnelle spécifique qui tient compte de deux particularités: d'une part, sans être titulaire d'un droit protégé par une action réelle, le fiduciant n'en conserve pas moins certains pouvoirs juridiques sur le bien fiduciaire[729]. D'autre part, sans être titulaire d'une véritable créance en exécution, le fiduciant a le droit d'obtenir la condamnation pécuniaire du fiduciaire, en cas de rupture de la *fides*. Le but de l'*actio fiduciae* n'est en effet pas la restitution de la chose, mais la mise en œuvre de la responsabilité du fiduciaire pour non-restitution[730]. Il est donc

---

conjunxit. (S'il existe des causes privées qui intéressent essentiellement l'honneur, je dirais presque l'existence, ce sont les causes où il s'agit de fiducie, de tutelle, de société. Car c'est également une perfidie abominable de violer la foi promise, lien de la vie civile, de frustrer l'orphelin dont on a reçu la tutelle, et de tromper l'associé avec lequel on s'est uni d'intérêt).

727 Comme nous le verrons, il est vraisemblable qu'à l'époque archaïque le fiduciant ne transmettait pas au fiduciaire l'intégralité de sa titularité formelle sur le bien fiduciaire (cf. *infra*, pp. 196s et p. 233).

728 Cf. *supra*, pp. 109ss et 129ss.

729 Cf. *infra*, pp. 209ss.

730 ERBE (1940), p. 86. Ce que tendrait à infirmer un fragment d'ULPIANUS que ERBE (1940), p. 142, comprend comme une *actio fiduciae* concédée dans un cas de *fiducia*

extrêmement difficile pour un juriste de notre époque de classer cette action dans des catégories qui lui sont connues (droit réel ou droit de créance).

La formule type sanctionnant les contrats de bonne foi (vente, location, mandat, société, dépôt, etc.) contient la clause caractéristique *quidquid dare facere oportet ex fide bona* («tout ce que tu es obligé de faire et de donner en vertu de la bonne foi»). Ainsi, la prestation caractéristique de chaque contrat, soit le *dare, facere, praestare* (donner, faire, assumer un devoir) est évaluée par le juge selon le critère de la bonne foi[731]. De même, dans l'*actio rei uxoriae*, la prestation caractéristique consiste en un *dotem reddere oportet* (devoir de restituer la dot), évalué selon le critère *melius aequius* («au mieux et au plus équitable»)[732].

Mais, dans la *fiducia*, quelle est la prestation caractéristique ?

Alors que, pour les contrats de bonne foi au sens strict, les sources nous renseignent de manière précise sur les droits et obligations des parties, nous ne possédons aucun texte qui déterminerait un *dare* ou un *facere* spécifique à la *fiducia cum amico*. Cela est compréhensible, puisque c'est, en réalité, le devoir générique de se comporter selon les règles de la bonne foi, le «bene agi», concrétisé par la règle spécifique à la *fiducia, ut inter bonos bene agier*, qui représente lui-même le contenu du devoir du fiduciaire[733]. En condamnant ce dernier, le juge ne sanctionne pas la non-exécution d'une dette, d'un *dare* ou un *facere*, mais le fait que le fiduciaire ne s'est pas comporté comme un homme de bien[734]. La structure particulière de la *fiducia*, qui constitue

cum amico. Nous citerons le passage pertinent, même s'il ne nous renseigne pas sur les modalités et la finalité d'une telle action: ULPIANUS, D. 27.3.5 (lib. 43 *ad Sabinum*): *Si tutor rem sibi [depositam] <fiduciae datam> a patre pupilli, [vel commodatam] non reddat, non tantum [commodati, vel depositi] <fiduciae>, verum tutelae quoque tenetur...* (Si le tuteur refuse de restituer un bien qui lui a été transféré à titre fiduciaire par le père du pupille, celui-ci a contre lui à cet égard, non seulement l'action de la fiducie, mais aussi l'action de la tutelle...).

731 SCHMIDLIN/CANNATA (1991), pp. 17ss et 28ss.

732 Selon la reconstruction de LENEL (1956, p. 305): *Si paret Nm Nm Aae Aae dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit, eius iudex Nm Nm Aae Aae condemnato, s.n.p.a.* (S'il s'avère que N. doit restituer à A. la dot ou une partie de celle-ci, ce qui sera tranché au mieux et au plus équitable, Juge, condamne N. en faveur de A., si ce n'est pas le cas, absous-le). Cf. KASER (1966), pp. 33ss.

733 Cf. DE MARTINO (1937), p. 91.

734 Cf. SOHM (1889), p. 37, note 9.

Nous ne pouvons dès lors que réfuter la formule de NOORDRAVEN, laquelle contient la clause «*quidquid... dare facere praestare oportet*» (NOORDRAVEN (1990), p. 250): *Quod AmAm N°N° fidi fiduciae causa fundum quo de agitur mancipio dedit, quam ob rem ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quidquid ob eam rem NmNm*

comme nous le verrons un *negotium agere*[735], ne s'adapte en effet guère au schéma ordinaire, *dare facere*, mais s'exprime parfaitement dans le *bene agi oportere uti inter bonos*[736]. Un contenu aussi indéfini se doit bien évidemment d'être précisé et interprété en fonction du but recherché dans l'opération en question. Dans la *fiducia cum amico*, le fiduciant recherche la mise en sécurité juridique maximale des biens transférés.

GAIUS, *Institutes*, 2.60:

Sed cum fiducia contrahitur ..., aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent... (Si l'on convient fiduciairement..., soit avec un ami, que les choses nous appartenant soient plus en sûreté chez lui...).

Il s'agit donc de transférer le bien fiduciaire à une personne de confiance, dont les positions sociale, politique, économique et juridique donnent des garanties majeures d'immunité. Le transfert fiduciaire a une double fonction: d'une part, il soustrait en principe le bien fiduciaire aux prétentions des créanciers du fiduciant; d'autre part, il permet au fiduciaire, investi de la qualité de propriétaire sur ce bien, de le protéger juridiquement contre tout trouble ou usurpation de tiers[737]. Comme le relève GENY, «l'aliénation fiduciaire mettait l'objet à l'abri de toute atteinte portée au droit, en permettant à l'acquéreur *fiduciae causa*, en sa qualité de propriétaire, d'exercer les actions relatives à la chose, alors que le dépositaire n'aurait pu le faire, à l'époque ou régnait le principe de la non-représentation dans les actes en justice»[738] (cf. ULPIANUS, D. 50.17.123 pr (*lib.* 14 *ad Edictum*),

---

A°A° dare facere praestare oportet, eius iudex NmNm A°A° condemnato: si non paret, absolvito. (Quant au fait que A.A. a donné à N.N. le fonds, dont il est question, par une mancipation dont la cause est une fiducie, à cause de quoi il sied d'agir comme entre gens de bien et sans fraude, quoique N.N. soit tenu de donner, faire ou répondre à cause de cela envers A.A., toi, juge, tu vas dans ces limites condamner N.N. vis-à-vis de A.A.: si cela ne résulte pas, tu vas l'absoudre). Notons que, dans le même sens, LENEL (1909), pp. 348s, note 5, précise, qu'à l'*agere* contenu dans la clause *ut inter bonos...*, ne pouvait correspondre qu'un *agere*, et non un *dare facere*. Il juge en conséquence «sprachlich und sachlich unmöglich» la formule reconstituée par JACQUELIN (1891), p. 154, contenant un «dare facere ut inter bonos...».

On relèvera en outre que NOORDRAVEN place la clause spécifique *ut inter bonos...* dans la *demonstratio* et non dans l'*intentio*, comme la grande majorité des auteurs. Nous avons cependant souligné que l'*ut inter bonos...* est la clause spécifique centrale de l'*actio fiduciae* qui constitue le fondement, ainsi que le critère d'évaluation de l'*oportere*. Elle pouvait donc difficilement figurer dans la *demonstratio*, dans laquelle on se limite à circonscrire l'objet du litige.

735 Cf. *infra*, pp. 181ss. Voir aussi, LENEL (1909), p. 349.

736 Cf. DE MARTINO (1937), pp. 103s.

737 Cf. ROTONDI (1922a), pp. 22s.

738 GENY (1885), p. 61.

nemo alieno nomine lege agere potest). Le choix de la personne du fiduciaire était important: une personne puissante et diligente avait plus de facilité à défendre le bien fiduciaire contre les prétentions de ses propres créanciers.

Le fiduciaire était tenu à une obligation précise, sans qu'elle soit délimitée par une série de devoirs typiques. L'activité principale du fiduciaire consistait à protéger le bien fiduciaire contre toute atteinte et à permettre en tout temps son retour au fiduciant. Cela pouvait impliquer, suivant les circonstances, la charge d'engager les frais nécessaires à la conservation de la chose. Cependant, on attendait plutôt du fiduciaire un devoir d'abstention. Il devait, en particulier, s'abstenir de tout acte qui rendrait plus difficile ou impossible son devoir de restitution. Par ailleurs, le fiduciaire ne devait pas s'enrichir aux dépens du fiduciant. Ainsi que nous aurons l'occasion de le préciser, il était, par exemple, tenu de transférer (ou, dans la *fiducia cum creditore*, compenser tout ou partie de sa créance envers le fiduciant) au fiduciant les fruits et autres avantages perçus grâce à l'exploitation du bien fiduciaire[739]. Fondamentalement, il était donc exigé du fiduciaire une non-activité. Nous indiquerons au chapitre suivant que le fiduciaire n'était même pas obligé de remanciper le bien fiduciaire puisque la procédure particulière de l'*usureceptio* permettait au fiduciant d'en redevenir pleinement propriétaire par sa simple prise en possession et l'écoulement d'un délai d'une année[740].

L'on ne saurait par ailleurs inférer d'un texte de CICERO dans lequel l'auteur indique que le fiduciaire doit, au même titre que le sociétaire ou le mandataire, *fidem praestare*, que la formule de l'*actio fiduciae* contient nécessairement un *dare* ou un *facere*.

> *Topica*, 10.42:... *Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator...*[741].

---

739 Cf. *infra*, pp. 221ss.

740 Cf. *infra*, pp. 232ss.

741 Notons que BELLOCCI (1974), p. 85, intègre la notion de *praestare* dans la formule de l'*actio fiduciae* qu'elle a reconstruite: *Quod As As N° N° fundum capenatem fiduciae causa mancipio dedit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Nm Nm A° A° praestare oportet ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, eius iudex Nm Nm A° A° condemnato.* (Quant au fait que A.A. a donné à N.N. le fonds Capenate par une mancipation dont la cause est une fiducie, ce qui est l'objet du différend, quoique N.N. soit tenu à cause de cela de répondre envers A.A., comme il sied d'agir entre gens de bien et sans fraude, le juge condamnera...). Par rapport aux *iudicia bonae fidei* usuels, BELLOCCI a substitué à la clause *dare facere oportet*, un *praestare oportet*, et à l'*ex fide bona*, le *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, en liant le *ut* à l'*oportere*.

(Par exemple, si le tuteur, si l'associé, si le mandataire, si celui qui aura reçu un bien fiduciaire (le fiduciaire) doivent répondre d'une violation de la fidélité à la parole donnée, le représentant en justice doit également en répondre).

Certes, on a souvent donné au terme *praestare*, qui a un champ sémantique étendu[742], le sens d'un devoir, subsidiaire aux obligations principales de *dare* ou *facere*, servant à préciser certaines modalités de celles-ci et à permettre de juger des conséquences juridiques de l'inexécution[743]. Mais, dans le passage susmentionné, destiné à exemplifier son raisonnement sur les *similitudines*, CICERO se limite à relever que le représentant en justice, tout comme le tuteur, l'associé, le mandataire, ou le fiduciaire, répond d'une violation de la fidélité à la parole qu'il a donnée. Dans tous ces cas, il s'agit de rapports juridiques impliquant une certaine durée, dans lesquels une personne se voit en principe confier la propriété d'un bien qu'il devra restituer ou transférer en tout ou partie à la personne envers qui il est garant *(stare praes)* de sa loyauté. A notre avis, le *praestare* de ce texte n'a ainsi pas de relation directe avec une obligation de *dare* ou de *facere*.

En ce qui concerne le devoir de conservation du bien fiduciaire, le fiduciant ne disposait sans doute pas d'*actio* pour obliger le fiduciaire à accomplir les actes nécessaires. En cas de carence de celui-ci, il devait lui demander la restitution du bien et pouvait obtenir, le cas échéant, sa condamnation pécuniaire en cas de violation de la *bona fides*. Il avait également le droit de réclamer les fruits et autres avantages perçus par le fiduciaire. Dans l'hypothèse d'une non-restitution, il était loisible au fiduciant d'exiger, toujours dans le cadre de l'*actio fiduciae*, la condamnation du fiduciaire au versement d'une indemnité pour violation des règles de la bonne foi et rupture de la *fides*.

La nature de la *condemnatio* est bien évidemment également conditionnée par la structure de l'*actio fiduciae*. La *condemnatio* ne peut ainsi qu'être

---

On approuvera cette formule en ce qu'elle ne contient pas de *dare facere*, mais on la critiquera, dans la mesure où la présence non usuelle de deux *oportet* l'alourdit inutilement (cf. BURDESE (1983, p. 179). Notons que FALCONE a récemment jugé convaincante la reconstruction de BELLOCCI (cf. Giuseppe FALCONE, «Richerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis», in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, volume XLIV (1996), pp. 236s).

742 Sur les diverses acceptions juridiques du terme *praestare* notamment dans la langue de CICERO, cf. Riccardo CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milan, 1995, pp. 109ss.

743 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 19.

incerta et *infinita*, c'est-à-dire que le montant de la somme que le défendeur sera condamné à payer n'est pas déterminé à l'avance, mais sera fixé par le juge dans les limites et selon les indications qui se trouvent dans la formule. La *condemnatio* était donc certainement représentée par l'expression *quanti ea res est* (ou *erit*), qui signifie «quelle que soit la valeur de la chose»[744].

La question, essentielle en droit moderne, de la protection du patrimoine fiduciaire vis-à-vis des créanciers personnels du fiduciant comme de ceux du fiduciaire ne trouve malheureusement pas de réponse dans les sources en notre possession.

Un rappel très succinct de certains aspects de la procédure d'exécution forcée romaine s'avère nécessaire. Après avoir obtenu la condamnation judiciaire de son débiteur, le créancier pouvait, à partir du premier siècle avant J.-C., demander l'autorisation au magistrat de prendre possession d'un ou plusieurs biens (*missio in rem*), voire même de l'intégralité du patrimoine (*missio in bona*) du débiteur. Dans le cas de la *missio in bona rei servandae causa* (immixtion conservatoire dans le patrimoine), l'ensemble des créanciers étaient mis en état de possession du patrimoine du débiteur. Lorsque celui-ci ne parvenait pas à les désintéresser ou à trouver un arrangement avec eux dans un délai déterminé, normalement fixé à trente jours, l'insolvabilité était définitive, le débiteur frappé d'infamie et ses biens vendus (*bonorum venditio*) dans le cadre d'une procédure qui représente en quelque sorte l'ancêtre de notre poursuite par voie de faillite. L'acheteur du patrimoine, le *bonorum emptor*, était considéré comme le successeur universel du failli. Il était admis en conséquence à faire valoir contre les tiers les créances du failli, au moyen d'actions spécifiques[745].

---

[744] Relevons que, lorsque le présent était employé (*quanti ea res est*), le juge arrêtait le montant de la condamnation au moment de la *litis contestatio*, alors que lorsque la clause était composée au futur (*quanti ea res erit*) la valeur était arrêtée à l'instant où le juge rendait sa décision (cf. KASER (1979), p. 145).

[745] Cf. GUARINO (1997), pp. 272ss; PETER (1996), pp. 452s et SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 274.

Voir, par exemple, GAIUS, *Institutes* 4.35: *Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet; nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione, conuertit condemnationem in suam personam id est ut quod illius esset uel illi dare oporteret, eo nomine aduersarius huic condemnetur; quae species actionis appellatur Rutiliana quia a praetore P. Rutilio, qui et bonorum uenditionem introduxisse dicitur, dicitur conparata esse. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit Seruiana uocatur.* (Semblablement, l'acheteur de biens actionne en se prétendant héritier; mais parfois on le voit actionner d'autre façon: empruntant sa prétention à la personne du vendeur, il convertit la condamnation en faveur

Qu'en est-il des créanciers personnels du fiduciant? On sait que le fiduciant n'a plus de titularité formelle sur le bien fiduciaire puisqu'il l'a transférée temporaire au fiduciaire. Par ailleurs, il ne dispose pas d'une véritable créance en restitution, mais d'une action personnelle lui permettant de faire condamner le fiduciaire, lorsque celui-ci n'a pas agi «comme entre gens de bien». Cependant, comme nous le verrons par la suite, le patrimoine fiduciaire était traité à maints égards, du moins à l'époque classique, comme s'il faisait toujours partie du patrimoine du fiduciant[746]. En conséquence, il aurait été certainement abusif de la part du fiduciant de se prévaloir de cette titularité économique contre le fiduciaire et de la renier face à ses propres créanciers. De plus, si le fiduciant tombait en faillite, le *bonorum emptor* lui succédait dans ses droits et dans ses obligations. Il est donc très probable que le *bonorum emptor* était autorisé à exercer l'*actio fiduciae* à l'encontre du fiduciaire. Une solution similaire était retenue en cas de décès du fiduciant, l'*actio* fiduciae étant transmissible tant activement que passivement aux héritiers[747].

3. Critères du juge

S'agissant d'une action assimilée aux jugements de bonne foi, le juge disposait certainement d'une grande liberté dans l'évaluation du montant de la condamnation du fiduciaire.

En principe, si l'on suit les règles générales applicables en matière d'action de bonne foi, le fiduciant avait droit à la réparation de l'intégralité de son dommage, le *damnum emergens* comme le *lucrum cessans*[748]. Par ailleurs, le juge devait absoudre le fiduciaire lorsque celui-ci avait donné satisfaction au fiduciant, même si ce fait était intervenu après la *litis contestatio* (litispendance)[749]. Il est en outre admis qu'en cas de perte du procès le fidu-

---

de sa propre personne, en sorte que la condamnation à restituer ce qui appartient au vendeur ou à donner ce qu'il fallait qu'on lui donne, c'est envers lui acheteur que l'adversaire devra la supporter à ce titre. Cette espèce d'action est appelée rutilienne, parce qu'elle aurait été réglée par Publius Rutilius qui passe aussi pour avoir introduit l'institution de la vente des biens. L'espèce d'action précédemment mentionnée, par laquelle l'acheteur de biens actionne en se prétendant héritier s'appelle action servienne).

746 Cf. *infra*, pp. 218ss.

747 Cf. Alberto BURDESE, «La menzione degli eredi nella <fiducia cum creditore>», in *Studi in onore di Siro SOLAZZI*, Naples, 1948, p. 324 et NOUEL (1890), pp. 80s.

748 Cf. MONIER II (1977), p. 239.

749 Cf. MONIER I (1977), p. 184. Ainsi, le fiduciaire avait la possibilité de restituer le bien fiduciaire au fiduciant pour éviter une condamnation (cf. OERTMANN (1890), p. 242).

ciaire subissait, en plus d'une condamnation pécuniaire, les conséquences d'une condamnation infamante (*damnatio ignominiosa*)[750], car l'*actio fiduciae* était intentée contre celui qui avait violé la *fides*, ce qui était considéré comme un comportement particulièrement grave et répréhensible. La condamnation du défendeur impliquait qu'il ne pouvait, par exemple, plus représenter des personnes en justice ou devenir centurion[751].

Le devoir du fiduciaire, le «bene agi» était évalué dans un cas concret à l'aide de la clause spécifique de la *fiducia, ut inter bonos...*, laquelle déterminait aussi, outre le contenu, le critère d'évaluation de la prestation du fiduciaire[752]. Quelle était dans ce cadre l'utilité du *pactum fiduciae*? Nous savons que, lorsque les parties convenaient d'un tel pacte, elles ne pouvaient en obtenir l'exécution directe, mais seulement l'invoquer par voie d'exception. Mais, dans l'examen de l'ensemble des circonstances lui permettant de décider si le fiduciaire s'était comporté comme un homme de bien, le juge prenait également en compte, de manière indirecte, le contenu d'un éventuel *pactum*[753].

La norme *ut inter bonos...* constitue donc le critère d'appréciation de la prestation du fiduciaire. Comme dans tous les *bonae fidei iudicia* dont le *iudicium fiduciae* représente en quelque sorte l'archétype, la *fides* est objectivée et réapparaît sous la forme du devoir éthique de se comporter *ut inter bonos*, comme entre gens de bien, lequel fait abstraction des qualités individuelles de l'intéressé[754]. La bonne foi (*bona fides*) ne se limite pas au respect de la parole donnée, mais comprend, plus généralement, l'esprit d'honnêteté, de loyauté, de respect laborieux du droit d'autrui que, suivant la conscience sociale, il est coutume d'observer dans les rapports entre hommes d'honneur lors de l'accomplissement des expectatives réciproques[755]. Le *bonus vir* devient la figure-modèle et le point de référence pour évaluer

---

750 Cf. GAIUS, *Institutes* 4.182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi...* (Certaines instances donnent lieu à des condamnations infamantes: vol, biens enlevés de force, injures; de même actions de société, de fiducie, de tutelle, de mandat, de dépôt...).

751 Sur la notion d'*infamia*, cf. BELLOCCI (1983), pp. 183ss; sur les conséquences d'une condamnation infamante, cf. TALAMANCA (1990), p. 344.

752 En ce qui concerne le critère d'évaluation des devoirs du fiduciaire, cf. BELLOCCI (1974), pp. 72ss.

753 Cf. SOHM (1889), p. 36 et OERTMANN (1890), pp. 189 et 226s.

754 Cf. AMIRANTE (1988), p. 86 et NICOLETTI (1961), p. 294.

755 Cf. BETTI (1947), pp. 310s.

ce que l'on peut et doit exiger comme base de comportement honnête entre les gens[756]. Cependant, dans la *fiducia*, sorte de rapport unilatéral, le devoir de respecter la *fides*, transformé en norme de comportement «bene agi», ne concerne à la base que le fiduciaire, et non pas, comme dans les *bonae fidei iudicia* classiques, les deux parties au contrat[757].

La notion de *bonus vir* elle-même a évolué avec le temps[758]. Dans son traité sur l'agriculture, Marco Porcio CATO (234 - 149 av. J.-C.), dit le censeur, rappelle que les Anciens donnaient au *bonus vir* les traits d'un bon agriculteur et d'un paysan expérimenté[759]. Cette référence s'inscrit dans la tradition du droit civil, selon laquelle le *bonus vir* est celui qui se contente de respecter les conseils des ancêtres et d'observer les lois et préceptes (cf. HORATIUS, *Epître*, 1.16.40[760]). En revanche, dans la conception du *ius gentium*, fortement influencée par le courant hellénistique, l'homme de bien, dont on attend qu'il soit juste, loyal, généreux, mesuré et tempéré[761], est un homme bien plus ouvert et engagé:

CICERO, *De Officiis*, 3.19.76:

Eum virum bonum esse qui prosit quibus possit, noceat nemini nisi lacessitus iniuria. (L'homme de bien est celui qui se rend utile autant qu'il le peut, ne nuit à personne à moins qu'on ne le provoque injustement).

Le critère d'évaluation des devoirs du fiduciaire, «bien agir comme entre gens de bien», a donc forcément été marqué par cette évolution, dans la mesure où les exigences à son égard ont sans doute été marquées par la

---

756 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 19.

757 Cf. DE MARTINO (1937), p. 93.

758 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 19.

759 CATO, *De agricultura, praef.* 2: *Et virum bonum quom laudabant ita laudabant bonum agricolam bonumque colonum amplissime laudari existimabatur qui ita laudabatur.* (Et quand ils faisaient l'éloge d'un homme de bien, leur éloge était celui d'un bon agriculteur, d'un bon cultivateur. C'était, estimait-on, recevoir le plus grand éloge que recevoir celui-ci).

760 *Vir bonus est quis, qui consulta patrum qui leges iuraque servat.* (L'homme de bien est celui qui respecte les conseils de ses ancêtres, qui observe les lois et les préceptes de droit).

761 CICERO, *de officiis*, 1.33.121: ... *illa tamen praestare debebit quae erunt in ipsius potestate, iustitiam, fidem, liberalitatem, modestiam, temperantiam, quo minus ab eo id quod desit, requiratur.* (... il devra cependant présenter ces qualités qui seront en son pouvoir, la justice, la loyauté, la générosité, la mesure, la tempérance, afin que l'on sente moins l'absence chez lui, de ce qui peut lui faire défaut).

transformation de la définition du *bonus vir*, étalon du concept de bonne foi[762].

Quant au degré de responsabilité du fiduciaire, la doctrine majoritaire estime que, d'abord limité au dol (correspondant à la mauvaise foi, laquelle couvre la perte volontaire ou la faute grave)[763], il a été ensuite étendu à la *culpa* (responsabilité pour faute qui comprend la négligence ou l'imprudence), vraisemblablement au II^e siècle ap. J.-C[764]. Parmi diverses sources de valeur inégale, la doctrine se réfère principalement au fragment 10.2.2 de la *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum* (MODESTINUS (juriste du III^e siècle), *lib.* II *Differentiarum*):

> *Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit...*
>
> (Mais dans d'autres actes encore les parties sont soumises à cette règle: en effet, dans le jugement fiduciaire comme dans l'*actio rei uxoriae* le débiteur répond du dol et de sa faute, parce que dans de tels actes les deux parties obtiennent un avantage...).

On peut cependant se demander si les juristes classiques n'ont pas opéré une distinction entre le cas de la *fiducia cum creditore*, constituée dans l'intérêt prépondérant du fiduciaire, et celui de la *fiducia cum amico* décrite par GAIUS (*Institutes*, 2.60), accomplie, en principe, dans l'intérêt exclusif du

---

762 Nous avons déjà évoqué les différences de nature entre la *fiducia* et les contrats de bonne foi au sens strict. Dès lors, même si l'évolution du concept de la bonne foi a vraisemblablement exercé une influence sur l'intensité des devoirs du fiduciaire, il ne faut pas perdre de vue, dans ce domaine également, les spécificités de la *fiducia*.
BETTI distingue deux catégories de rapports juridiques gouvernés pas la *bona fides*. Dans la première catégorie, dans laquelle il classe outre la *societas*, la tutelle, le mandat et le dépôt, également la *fiducia*, une personne doit à une autre une fidélité de caractère personnel qui implique une obligation inconditionnelle de dévotion à ses intérêts. Dans la seconde catégorie, qui comprend l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* et la *negotiorum gestio*, la *bona fides* est comprise comme la loyauté dans les affaires (BETTI (1962), pp. 386ss).

763 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 126.

764 Cf. ERBE (1940), pp. 51ss; FREZZA (1963), pp. 62ss; MARRONE (1989), p. 622 et NOORDRAVEN (1990), pp. 247 et 260, notes 75 et 76. BISCARDI estime, quant à lui, que le fiduciaire répondait dès l'origine de sa *culpa* (1976, pp. 94ss). ROTONDI (1922b) considère, au contraire, que, comme dans d'autres actes juridiques impliquant une condamnation infamante (dépôt, mandat, société), la responsabilité du débiteur de la prestation principale était limitée au dol. Selon cet auteur, une extension (inexpliquée) à la *culpa* n'a pu se produire qu'à la fin de l'époque classique (III^e siècle).

fiduciant[765]. En effet, selon un principe général du droit romain, le degré et l'étendue de la responsabilité du débiteur doivent être déterminés en fonction du critère de l'utilité pour les parties de l'acte juridique en cause[766]. Ainsi, ULPIANUS affirme que la responsabilité du débiteur englobe la *culpa*, lorsque le contrat procure un avantage aux deux parties (vente, location, dot, gage, [fiducie-sûreté?], société) mais est limitée au dol, pour la partie à laquelle elle ne procure aucun avantage (dépôt, [fiducie-gestion?])[767]. Cette règle se vérifie dans les cas du dépositaire, du commodataire et du créancier-gagiste, qui tous trois ont pour obligation principale de rendre la chose à la fin du contrat. Alors que l'obligation du dépositaire n'est assortie que d'une simple obligation de *dolum prestare* (responsabilité pour perte volontaire ou faute grave), celles du commodataire et du créancier-gagiste s'étendent dans la règle à la *culpa* et à la *custodia* (responsabilité pour négligence,

---

765 Cf. NOUEL (1890), p. 70 et OERTMANN (1890), pp. 191s.

766 Cf. AFRICANUS, D. 30.108.12 *in fine* (*lib.* 5 *Quaestionum*): *... sicut in contractibus fidei bonae servatur ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.* (... comme dans les contrats on suit le principe de la bonne foi, selon lequel si les deux cocontractants tirent un avantage de l'affaire, ils répondent aussi pour leurs fautes. Si l'avantage revient à une seule partie, l'autre ne répond que du dol).

767 ULPIANUS, D. 13.6.5.2 (*lib.* 28 *ad Edictum*): *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione: utrum dolus, an et culpa? an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus. Dolum in deposito: nam quia nullam utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit. Tunc enim (ut est et constitutum) etiam culpa exhibetur: aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, <fiducia cum creditore?>, ut in societate: et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur. Et ideo verior est Quinti Mucii sententia, existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam.* (Il faut examiner maintenant quelles sont les choses qui entrent dans la nature de l'action du prêt à usage; cette action donne-t-elle au demandeur le droit de se faire indemniser par le défendeur de tout ce qu'il souffre par son dol, ou par sa faute, ou même par les cas fortuits? Il y a des contrats où l'on n'est responsable que de son dol, et d'autres où on répond même de ses fautes. Dans le dépôt, on ne répond que de son dol. En effet, comme ce contrat ne procure aucun avantage au dépositaire, c'est avec raison qu'il n'est tenu que de son dol, à moins que les parties n'aient convenu d'un salaire; car dans ce cas, suivant les ordonnances, le dépositaire répond de sa faute; ou à moins qu'il n'y ait une convention expresse portant que le dépositaire se charge de répondre de la perte qui pourra survenir par sa faute, ou par cas fortuit. Mais lorsque le contrat est avantageux aux deux contractants, comme dans la vente, le bail, la dot, le gage (la fiducie-sûreté?), la société, alors on répond des pertes qui surviennent par son dol ou sa faute. Or le prêt à usage n'est ordinairement avantageux que pour celui à qui la chose est prêtée. Ainsi le sentiment le plus sûr est celui de Quintus-Mucius, qui pense que dans le prêt à usage on répond des pertes survenues par sa faute ou sa négligence). Relevons que, selon LENEL (LENEL II (1960), p. 580, no 802, note 7), ULPIANUS ne peut, dans ce fragment, avoir omis de mentionner la *fiducia*. Dans le même sens, cf. OERTMANN (1890), p. 45.

garantie contre le vol et le dommage causé par un tiers)[768]. Il est donc vraisemblable que l'extension de la responsabilité du fiduciaire à la *culpa*, quelle que fût son époque, n'a concerné que la *fiducia cum creditore*, ce qui découle aussi du fragment de MODESTINUS, lequel précise que, dans la fiducie (*cum creditore*) comme dans la dot, les deux parties obtiennent un avantage. Ce régime de la responsabilité pouvait évidemment être modifié conventionnellement par les parties[769]. Il est, par ailleurs, admis que le fiduciaire ne répondait pas du cas fortuit[770].

Dans une perspective historique, la sanctionnabilité juridique du devoir du fiduciaire peut être synthétisée de la manière suivante. En droit archaïque, le devoir du fiduciaire consiste en l'absence d'un comportement frauduleux, seule la rupture de la *fides* étant réprimée. Ce n'est qu'au moment de la demande de restitution du bien fiduciaire que l'on est à même de juger si le fiduciaire n'a pas agi frauduleusement, par exemple, en vendant le bien à un tiers. L'activité du fiduciaire entre la création de la *fiducia* au moyen de la *mancipatio* et la restitution (*remancipatio*), accomplie ou non, n'est pas relevante juridiquement. L'introduction en droit préclassique du critère de la bonne foi dans le *iudicium fiduciae* a pour conséquence de modifier la nature juridique de la *fiducia*. La *bona fides* (sous la forme spécifique «ut inter bonos...») permet de créer un véritable rapport de droit qui comble l'espace existant entre les deux actes juridiques susmentionnés (*mancipatio – remancipatio*). A partir de ce moment, la *fiducia* devient un *negotium*, affaire juridique, pouvant être analysé sous l'angle de sa durée. Et le devoir du fiduciaire s'élargit, puisqu'il est évalué selon le comportement adopté durant tout le rapport, et non plus seulement lors des actes formalistes[771]. Le fiduciant pourra alors, par exemple, faire sanctionner une mauvaise conservation dolosive du bien fiduciaire.

Le degré d'intensité du devoir s'élargit lui-même peu à peu jusqu'à viser la nécessité d'un comportement altruiste face à son partenaire juridique. Par ailleurs, la mesure de la responsabilité du fiduciaire, dans la *fiducia cum creditore*, finit par s'étendre à la *culpa* à la fin de l'époque classique. Cette extension n'est pas forcément désavantageuse pour le fiduciaire, car, à l'élargissement de la nature de sa prestation et du degré de sa responsabi-

768 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), pp. 158ss.

769 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 131.

770 Cf. BISCARDI (1976), pp. 101 et 106, et LONGO (1946), p. 64, lequel déduit cette règle du principe général de la bonne foi qui domine toute la *fiducia*.

771 Cf. OERTMANN (1890), p. 186.

lité correspond sans doute aussi une réduction de l'importance de la sanction. A travers les siècles, la *fiducia* se transforme ainsi en un rapport juridique de plus en plus dense, dont l'aboutissement sera marqué en droit classique, comme nous le verrons, par l'octroi au fiduciaire d'une action contre le fiduciant[772]. Cette évolution ne doit cependant pas être appréciée d'une manière trop schématique. Elle est le fruit du développement continu et graduel du droit romain, dans lequel la nouvelle sanction juridique ne remplace généralement pas d'un seul coup la précédente, mais coexiste avec elle un certain temps, avant de s'imposer définitivement ou d'être fondue avec son «aînée» dans une nouvelle action[773].

Il n'est pas inintéressant d'évoquer dans ce contexte, à titre exemplatif, l'adaptation comparable mais non identique qu'a subie la sanction du contrat de dépôt, dont nous avons relevé qu'il avait été utilisé pour remplir certains buts poursuivis par la *fiducia cum amico*, suite à la disparition de celle-ci[774]. ROTONDI décrit les étapes suivantes[775]: après avoir connu à l'époque primitive une sanction sociale de nature quasi religieuse, la rupture de la *fides* par le dépositaire est réprimée dès l'époque de la loi des XII Tables par une *actio depositi in duplum*, de caractère pénal. La sanction prétorienne intervient à l'époque préclassique par l'octroi d'une action *in simplum*, tout d'abord *in factum*, puis *in ius*. Ces deux actions sont par la suite regroupées au sein d'une seule action, telle que nous la présente la législation justinienne.

GAIUS (*Institutes*, 4.47) nous donne la teneur des deux formules de l'action de dépôt à l'époque classique. La plus ancienne[776], *in factum*, se limite à sanctionner la non-restitution dolosive de la chose déposée:

> *IVDEX ESTO. SI PARET A. AGERIVM APVD N. NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVISSE EAMQUE DOLO MALO N. NEGIDII A. AGERIO REDDITAM NON ESSE, QVANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IVDEX N. NEGIDIVM A. AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO.* (Qu'il y ait un juge. S'il s'avère qu'A. Agerius a déposé chez N. Negidius une table d'argent et que, par l'effet d'un dol malicieux de N. N., elle n'a pas été rendue à A.A., condamne, juge, N.N. envers A.A. à une indemnité égale à la valeur de la chose; s'il ne s'avère pas, absous-le).

---

772 Cf. *infra*, pp. 186ss.
773 Cf. ROTONDI (1922a), p. 48.
774 Cf. *supra*, p. 83.
775 ROTONDI (1922a).
776 Cf. MARRONE (1989), pp. 608s et SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 288.

Alors que la seconde, *in ius*, en faisant référence au principe de la bonne foi, permet une évaluation plus globale des rapports juridiques qui lient le déposant au dépositaire, en ce qu'elle réprime toute inexécution du dépositaire, y compris la mauvaise surveillance, la responsabilité du dépositaire étant cependant limitée au dol[777]:

> *IVDEX ESTO. QVOD A. AGERIVS APVD N. NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVISSET, QVA DE RE ID AGITVR, QVIDQVID OB EAM REM N. NEGIDIVM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EIVS, ID IVDEX N. NEGIDIVM A. AGERIO CONDEMNATO [N.R.] SI NON PARET, ABSOLVITO.* (Qu'il y ait un juge. Puisque Aulus Agerius aurait déposé chez Numerius Negidius une table d'argent – ce qui est l'objet du litige –, condamne-le, juge, à exécuter tout ce que de bonne foi il faut que N. N. donne et fasse envers A. A. S'il ne s'avère pas, absous-le).

4. Essais de reconstitution de la formule

On trouve dans la doctrine une multitude de propositions de reconstitution de la formule de l'*actio fiduciae*[778]. Leur analyse critique pourrait faire à elle seule l'objet d'une contribution volumineuse. Nous nous limiterons, pour notre part, à traiter deux questions controversées qui nous paraissent particulièrement intéressantes.

---

[777] Cf. GUARINO (1997), p. 895.

[778] Pour quelques exemples, cf. BURDESE (1983) qui présente et compare les formules de BELLOCCI, KASER et GROSSO (pp. 178 à 180). Voir aussi CARCATERRA (1964, note 20, pp. 15s), lequel distingue les types d'*actio* possibles en répertoriant les avis de la doctrine à leur sujet, ainsi que LONGO (1946), p. 14.

a) Présence de la clause *negotium ita actum non esse*

A la suite de LENEL[779] et KRELLER[780], KASER[781] a intégré dans sa formule la clause *negotium ita actum non esse* qu'il a tirée d'un fragment de IULIANUS, D. 18.2.10 (lib. 13 *Digestorum*)[782]:

> *Sed si proponatur a creditore pignus in diem addictum <fiduciam in diem addictam>,* ***non potest videri bona fide negotium agi****, nisi adjectio recipiatur. Quid ergo est, si inops emptor, et impediendae tantummodo venditionis causa intervenit? Potest creditor, sine periculo, priori emptori addicere.*
>
> (Si c'était un créancier qui eût ainsi vendu le bien fiduciaire qu'il a reçu de son débiteur, avec la clause résolutoire de la vente en cas d'offres plus avantageuses dans un temps fixé, il ne serait pas censé avoir mené l'affaire de bonne foi s'il refusait l'enchère qui lui serait offerte. Mais cepen-

---

779 Dans son *Edictum perpetuum* (1966, pp. 291ss) LENEL a proposé l'une des premières tentatives de reconstruction de l'*actio fiduciae*, dont nous citerons ci-dessous la version relative à la *fiducia cum amico*:

S.p.Am Am N° N° fundum quo de agitur fiduciae causa mancipio dedisse eumque fundum redditum non esse negotiumue ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit, tantam pecuniam ... (S'il s'avère que A.A. a donné à N.N. le fonds, dont il est question, par une mancipation dont la cause est une fiducie et que ce fonds n'est pas restitué ou que l'affaire n'a ainsi pas été menée, comme il sied d'agir entre gens de bien et sans fraude, après avoir établi la valeur de ce fonds, toi, juge, tu vas condamner N.N. à payer autant d'argent à A.A. ...).

Selon LENEL, il s'agit d'une action de bonne foi, in *factum concepta*, qui fonctionnait comme *actio directa* et *contraria*. Il admet cependant l'existence d'une seconde formule, rédigée *in ius*.

780 KRELLER (1942), p. 194: *Si paret A.m A.m N°. N°. fundum quo de agitur fiduciae causa mancipio dedisse negotiumque ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit* ... (S'il s'avère que A.A. a donné à N.N. le fonds, dont il est question, par une mancipation dont la cause est une fiducie et que l'affaire n'a pas été menée, comme il sied d'agir entre gens de bien et sans fraude, après avoir établi la valeur de ce fonds ...).

781 KASER (1982), pp. 99ss, 107, propose la formule suivante, in *ius*, de bonne foi, tout en admettant que la reconstitution est un exercice difficile vu l'état lacunaire des sources: *si paret A.m A.m N.o N.o fundum q. d. a. fiduciae causa mancipio dedisse negotiumque ita actum non esse, uta bona fide agi oportet, quanti ea res erit* etc. (S'il s'avère que A.A. a donné à N.N. le fonds, dont il est question, par une mancipation dont la cause est une fiducie et que l'affaire n'a pas été menée, comme il le faut selon la bonne foi, après avoir établi la valeur de ce fonds...).

782 LENEL I (1960), p. 354, no 214. Notons cependant que, selon BURDESE (1983, p. 179), le *negotium* ne concerne ici pas la *fiducia*, mais le contrat de vente du bien fiduciaire. On peut encore préciser que le fragment est situé dans le titre II du livre 18 du Digeste, titre consacré à la clause par laquelle le vendeur se réserve la faculté de résoudre la vente s'il trouve dans un temps fixé une condition plus avantageuse (*DE IN DIEM ADDICTIONE*).

dant si ce nouvel acquéreur plus offrant n'était point solvable, et ne s'était présenté que pour empêcher la vente, le créancier ne courra aucun risque d'adjuger la chose au premier acheteur).

Selon KASER, le passage central de ce fragment (*non potest videri bona fide negotium agi*) constitue une référence directe à l'*actio fiduciae*[783]. Du point de vue syntaxique, cette expression a la particularité de relier de manière négative la *bona fides* au *negotium actum*, selon une tournure qui peut être résumée comme suit: *negotium bona fide actum non esse*.

On trouve souvent dans les sources romaines le terme *negotium*, signifiant «occupation», «affaire»[784], généralement dans des acceptions qui ne s'identifient pas avec notre conception moderne de l'acte juridique. Il suggère la notion large et imprécise d'«affaire», interprétée dans un sens commercial qui exclut la donation[785]. Dans le fragment de IULIANUS, le *negotium* est lié au terme *actum*, participe passé du verbe *agere*, lequel peut être traduit dans la langue du droit, par «mener», «agir», «procéder»[786]. En droit préclassique, parmi les diverses catégories des sources d'obligations résultant d'actes licites, l'*agere* a été opposé, d'une part, au *gerere* (résoudre volontairement une situation) et, d'autre part, au *contrahere* (mettre ensemble, construire)[787]. Selon un compte rendu d'ULPIANUS, LABEO a défini l'«agir», comme l'acte juridique dans lequel la manifestation de volonté s'exprime par le respect d'une forme (*verbis*) ou le transfert d'une chose (*res*)[788]. Le *negotium actum* ne présuppose ainsi pas l'existence d'un

783 KASER (1982), pp. 100 et 105.

784 ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), p. 436.

785 Cf. MARRONE (1989), p. 162, note 6.

786 Sur le sens de *ago*, cf. ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), pp. 15ss, not.16. Il convient de bien différencier le sens du verbe *agere* de celui de *facere*. Le premier se dit d'une activité qui se déploie (activité dans son exercice continu), le second d'une chose qui se fait (activité prise sur le fait dans un certain instant).

787 Cf. GUARINO (1997), p. 796, note 71.4.1.

788 ULPIANUS, D. 50.16.19 (*lib.* 11 *ad Edictum*, cf. LENEL II (1960), p. 462, no 372): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur. Et Actum quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur: ut in stipulatione vel numeratione. Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci... vocant: veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem. Gestum, rem significare sine verbis factam.* (Labéon, au livre premier du préteur urbain, donne la définition suivante des termes agir, gérer et contracter. Il dit qu'agir doit s'entendre en général de ce qui est fait par les paroles ou par la chose, comme dans la stipulation ou numération; que contracter doit recevoir un sens plus étendu que celui d'obligation, ce que les Grecs appellent contrat, comme l'achat, la vente, la location, la conduction, la société; et que gérer signifie une chose faite sans parole donnée).

contrat consensuel, mais désigne l'activité que doit accomplir le fiduciaire pendant toute la durée du *negotium*, soit du rapport fiduciaire.

Est condamné le fiduciaire qui n'exécute pas la *fiducia* selon les règles de la bonne foi. Or, comme nous le savons, la *fiducia* comprenait trois phases: la *mancipatio* du bien fiduciaire, la conservation du bien fiduciaire en sûreté et la *re-mancipatio*. C'est lors de ces trois phases que le fiduciaire devait agir selon la bonne foi[789]. S'agissant d'une action de bonne foi, le demandeur ne réclamait pas la restitution de la chose, mais bien la condamnation du défendeur pour non-respect de la *fides*. Nous avons vu que le fiduciaire n'était pas tenu à un *dare* ou à un *facere* spécifique[790]. C'est donc à juste titre que KASER n'emploie pas de *dare* ou de *facere*, mais intègre dans sa formule la clause *negotium ita actum non esse, ut bona fide agi oportet* («que l'affaire n'a pas été accomplie comme il le faut selon la bonne foi»). Par ailleurs, il considère que l'*ut inter bonos*... a été remplacé à l'époque classique par la clause *ut bona fide agi oportet*, plus synthétique et précise[791], dont il voit des références, outre dans le texte de IULIANUS, également dans un fragment d'AFRICANUS (lib 8 *Quaestionum*, *Digeste* 23.3.50 pr[792]), ainsi que dans une sentence de PAULUS (*Sententiae receptae* 1.9.8[793])[794].

Les formules de LENEL, KRELLER et KASER ont le mérite d'être basées sur un *negotium agere*, et non sur un *dare facere*, lequel ne correspond pas à la nature de l'obligation fiduciaire. Le *negotium* n'implique pas un contrat, mais exprime un rapport de droit sanctionnable sur sa durée. Les trois formules susmentionnées reflètent sans doute de manière adéquate la teneur de l'*actio fiduciae* à l'époque classique.

---

789 KASER (1982), p. 102: «Dabei schliesst das passivisch gefasste negotium...actum non esse das ganze Geschäft ein, seinen Abschluss wie seinen Abwicklung».

790 Cf. *supra*, pp. 167ss.

791 Cf. KASER (1951b), p. 29.

792 ... *Illud ex bona fide est, et negotio contracto convenit, ut fundus quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur.* (...C'est ici une affaire de bonne foi, et l'affaire convenue demande qu'on puisse se faire rendre le fonds par le mari, qui l'a gardé sans aucun titre depuis qu'il a reçu la somme convenue).

793 *Minor adversus distractiones suorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, si non ita, ut oportuit, a creditore distractae sint, restitui in integrum potest.* (Le mineur qui s'oppose à l'aliénation de ses biens que le père a engagés en gage ou fiducie peut, s'ils n'ont pas été aliénés par le créancier, comme cela était possible, demander la restitution intégrale de ses biens).

794 KASER (1982), p. 100, note 233.

b) S*i paret* ou *quod*?

La doctrine est divisée sur la question de savoir si la formule débutait avec la clause «*si paret*» ou avec le terme *quod*[795]. Pour GROSSO, en revanche, les deux formes (*intentio* avec *si paret* et *demonstratio* avec *quod*) sont pareillement envisageables[796]. Nous nous limiterons à exposer la problématique.

L'*intentio* d'une formule est caractérisée par sa forme hypothétique. Elle débute généralement par les termes *si paret* («s'il résulte», «s'il s'avère») qui introduisent l'énoncé du rapport ou du fait controversé, soumis à la justice[797].

Selon BELLOCCI, dans une formule composée avec un *si paret*, tout le litige repose sur la constatation ou non de l'exactitude de la prétention du demandeur, le juge étant invité à condamner, si la prétention est fondée, et à absoudre, dans le cas contraire[798]. Dès lors, si une telle structure avait été adoptée pour la *fiducia*, le problème central aurait été uniquement de vérifier l'existence du rapport juridique matériel, soit la *mancipatio fidei fiduciae causa*. Ainsi, toujours selon cet auteur, l'objet de la demande aurait été un *certum*, la mission du juge se limitant à constater l'existence ou non de l'acte juridique (*condemnatio certa* exprimée par le *quanti ea res est*). Par conséquent, la clause *ut inter bonos...* n'aurait pu constituer le critère de base permettant de juger le comportement des parties[799]. C'est pourquoi BELLOCCI estime que, vu que la clause *ut inter bonos...* est un critère positif d'évaluation des devoirs du fiduciaire, la formule ne pouvait être structurée que de manière à ce que l'acte juridique ne consiste qu'en un simple présupposé, mais sans la détermination précise d'un droit ou d'une obligation. Seules les formules avec *demonstratio*, où le rapport juridique matériel est donné comme un présupposé et dans lesquelles sont fixés les critères que le juge doit utiliser pour évaluer la condamnation, seraient donc envisageables. C'est justement de cette manière que sont construites géné-

---

795 Penchent, par exemple, pour le *quod* BELLOCCI (1974), p. 85 et NOORDRAVEN (1990), p. 250. En revanche, optent notamment en faveur du *si paret* KASER (1982) p. 107, KRELLER (1942), p. 194 et PERNICE (1892), p. 124.

796 GROSSO (1929a), p. 117.

797 Cf. CANNATA (1982), p. 74.

798 Cf. BELLOCCI (1974), p. 79.

799 BELLOCCI (1974), p. 79.

ralement les *iudicia bonae fidei*, avec la désignation de l'acte à l'indicatif, introduit par *quod*[800].

La manière de voir de BELLOCCI est sans doute trop schématique. En effet, s'il est vrai que la formule avec *quod* correspond à la formule type évoluée sanctionnant les contrats de bonne foi, il faut rappeler que la *fiducia* est précisément un acte juridique spécifique qu'il convient de traiter à part (cf. CICERO, *De officiis*, 3.15.61). Par ailleurs, il n'est pas contesté que, dans le cas d'une *intentio certa*, on soumettait au juge un rapport dont celui-ci se limitait, pour juger du bien-fondé de l'action, à vérifier s'il existait effectivement[801]. Cependant, même dans l'hypothèse d'une *intentio certa*, le juge procédait à une appréciation personnelle du cas d'espèce pour fixer le montant de la *condemnatio*[802]. En effet, lorsque l'objet du litige ne consistait pas en une somme d'argent déterminée, la *condemnatio* était toujours *incerta*, que l'*intentio* soit *certa* ou *incerta*[803]. Or, dans l'*actio fiduciae*, le critère d'évaluation de la prestation du fiduciaire était très large, de sorte que le pouvoir d'appréciation du juge devait être étendu, tout comme dans les autres jugements de bonne foi. Si l'on examine, par exemple, l'*intentio* de la formule de KASER, on remarque que, pour pouvoir juger du bien-fondé de la demande, le juge est obligé de tenir compte de l'ensemble du rapport juridique liant les parties[804].

Au demeurant, dans la plupart des formules, la cause de l'action était implicite dans les mots exprimant la prétention du demandeur, soit dans l'*intentio*[805]. Ainsi, dans le cas de la *fiducia*, même une formule initiée par la clause *si paret* aurait pu contenir une *demonstratio* implicite. Le rôle du juge ne se limitait de toute manière pas à vérifier l'existence ou non du rapport fiduciaire, mais bien à déterminer si le fiduciaire, dès lors qu'une *mancipatio fidei fiduciae causa* avait été effectuée, s'était comporté *ut inter bonos bene agier et sine fraudatione*. Finalement, l'existence d'une formule

---

800 BELLOCCI (1974), p. 80.

801 Cf. CANNATA (1982), p. 80.

802 Cf. CANNATA (1982), pp. 79ss.

803 Cf. GUARINO (1997), p. 237. En conséquence, KASER juge la formule de BELLOCCI, rédigée avec une *demonstratio*, comme «unbedenklich brauchbar» (KASER (1982) p. 102, note 242).

804 KASER (1982), p. 107: *si paret A.m A.m N.o N.o fundum q. d. a. fiduciae causa mancipio dedisse negotiumque ita actum non esse, uta bona fide agi oportet...* (S'il s'avère que A.A. a donné à N.N. le fonds, dont il est question, par une mancipation dont la cause est une fiducie et que l'affaire n'a pas été menée, comme il le faut selon la bonne foi...).

805 ARANGIO-RUIZ (1980), p. 45.

de l'*actio fiduciae* du type de celle reconstruite par KASER[806], qui débute avec un *si paret* introduisant une *intentio certa*, ne peut être exclue.

5. L'*actio fiduciae contraria*

On sait que les jugements de bonne foi avaient certaines caractéristiques procédurales fondées sur le pouvoir discrétionnaire très large qui était conféré au juge. Même si la formule n'en contenait pas les clauses relatives, ce dernier devait tenir compte des exceptions alléguant une conduite contraire à la bonne foi (exception de dol[807], comprenant la compensation[808]; exception de crainte fondée et exception de pacte adjoint)[809].

Il n'est pas contesté que le fiduciaire disposait de la faculté de soulever des exceptions (par exemple, droit, découlant du *pactum fiduciae*, de conserver le bien fiduciaire jusqu'à une certaine date ou droit d'exercer la compensation) pour faire échec à l'*actio fiduciae*, et éventuellement d'exercer un droit de rétention. La question se pose par contre de savoir si le fiduciaire avait également la possibilité de faire valoir certains droits par le biais d'une *actio fiduciae contraria*[810]. Les sources en notre possession, certes peu nom-

---

806 Cf. KASER (1982), p. 107.

807 Confirmation, en ce qui concerne la *fiducia*, dans le texte déjà cité de CICERO, *De officiis*, 3.15.61.

808 Confirmation pour la *fiducia* à la fin du paragraphe 3.17.70, de *De officiis*: ... *in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.* (... qu'en ces affaires, il importait avant tout que le juge décide ce que chacun répondrait à chacun).

809 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 286 et TALAMANCA (1990), p. 314.

810 Les termes *actio contraria* ou *iudicium contrarium* figurent dans de nombreuses sources classiques compilées dans le *Digeste* (cf. SCHWARZ (1954), pp. 186s), dont certaines concernent la *fiducia*. La notion d'*actio contraria* se trouve notamment dans un fragment d'ULPIANUS, dans lequel celui-ci oppose l'*actio negotiorum gestio* qu'il qualifie de «directe», à l'action donnée au gérant contre le maître, nommée «action contraire» (D. 3.5.20, lib. 10 *ad Edictum*): *Sin autem apud hostes constitutus decessit, et successori, et adversus successorem ejus, negotiorum gestorum directa et contraria competit.* (Mais s'il est mort chez les ennemis, ses héritiers ont action contre moi, et réciproquement j'ai action contre eux).

L'origine classique de cette terminologie est contestée par les auteurs qui la considèrent comme le résultat des interpolations justiniennes (cf. SCHWARZ (1954), pp. 110ss et 184s). Adoptée dans le droit de JUSTINIEN pour qualifier les actions sanctionnant les contrats synallagmatiques imparfaits (par exemple, contrats de mandat ou de dépôt; cf. MACQUERON (1975), p. 36), elle a été reprise par les Romanistes, lesquels distinguent, par exemple, en matière de fiducie, l'*actio fiduciae directa* donnée au créancier de l'obligation principale (fiduciant contre le fiduciaire) de l'*actio fiduciae contraria* (du fiduciaire contre le fiduciant), appelée ainsi par opposition à l'*actio directa*.

breuses mais suffisamment claires, ont amené la majorité des auteurs à admettre l'existence d'une telle action[811], sans doute concédée dans les premiers temps de la période classique[812].

Voici les principales sources pertinentes, qui concernent pour la plupart les dépenses et les frais engagés par le fiduciaire en relation avec le bien fiduciaire:

a) Droit de demander le transfert de la possession de la chose

Admettons que le fiduciaire ait obtenu, par le biais d'un *pactum vendendi*, le droit de vendre le bien fiduciaire[813]. Selon ULPIANUS, il dispose alors de l'*actio contraria* contre le fiduciant si celui-ci, alors qu'il possède ou détient le bien fiduciaire à titre de précariste ou de locataire, refuse de le transférer au fiduciaire et en empêche ainsi la délivrance à l'acheteur.

ULPIANUS, D. 13.7.22.3 (*lib.* 30 *ad Edictum*)[814]:

Si post distractum pignus <distractam fiduciam> debitor qui precario rogavit, vel conduxit pignus <fiduciam>, possessionem non restituat, contrario judicio tenetur.

(Si le créancier a vendu le bien fiduciaire et que le débiteur, qui en a gardé la possession à titre de précariste ou de locataire, ne veut pas le rendre, il y aura lieu contre lui à l'action contraire de la fiducie).

Il résulte clairement de ce fragment que le fiduciaire est titulaire d'une action contre le fiduciant («*contrario judicio tenetur*») dans l'hypothèse visée dans l'état de fait. On admet que cette action pouvait être utile au fiduciaire au cas où, ayant «mancipé» *in absentia rei* un fonds (bien fiduciaire)

---

811 Cf. notamment, BISCARDI (1976), pp. 104ss.; BURDESE (1980), p. 296; GIRARD (1978), pp. 557s; GROSSO (1968), p. 388; KASER (1971), pp. 462s; LONGO (1946), pp. 66ss; NOORDRAVEN (1990), p. 249 et TALAMANCA (1990), p. 553. Voir aussi KASER (1982), p. 107.

812 La datation précise de l'introduction de l'*actio contraria* représente à nouveau un exercice périlleux auquel peu d'auteurs se sont hasardés. Le *dies a quo* est pratiquement impossible à déterminer d'une manière fiable. Quant au *dies ad quem*, il peut être fixé au IIe siècle ap. J.-C., époque durant laquelle ont vécu AFRICANUS et POMPONIUS, qui, comme nous le verrons ci-dessous, ont tous deux fait état d'une *actio fiduciae contraria* dans leurs écrits. En doctrine, on penche généralement pour la fin de la République, première partie de l'époque classique (cf. MARRONE (1989), p. 622 et TALAMANCA (1990), p. 553).

813 Cf. *supra*, pp. 134ss et 138ss.

814 LENEL II (1960), p. 618, no 903.

au tiers-acheteur, il n'en était plus propriétaire et par conséquent n'était plus en mesure d'exercer la *rei vindicatio* contre le fiduciant[815].

b) Droit d'obtenir le remboursement des dépenses

Trois sources font état du droit pour le fiduciaire de réclamer au fiduciant par voie d'action le remboursement des dépenses engagées pour conserver ou augmenter la valeur du bien fiduciaire. Alors que le premier texte pose le principe du devoir de remboursement par le fiduciant des dépenses nécessaires (*necessariae impensae*), les deux suivants expriment ce devoir pour les dépenses utiles (*utiles impensae*) qui accroissent la valeur du bien fiduciaire (*meliorem facere*).

POMPONIUS, D. 13.7.8 pr (lib. 35 *ad Sabinum*)[816]:

Si necessarias impensas fecerim in servum, aut in fundum quem pignoris <fiduciae> causa <mancipio> acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneratitiam <fiduciae> actionem habebo. Finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse. Item insulam fulsisse, vel refecisse, et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere.

(Si le créancier fait des dépenses nécessaires pour un esclave qu'il a reçu en fiducie, il a non seulement le droit de les retenir, mais encore de les exiger par l'action contraire de la fiducie: par exemple, s'il a payé les médecins qui l'ont soigné dans la maladie dont il est mort. Il en serait de même s'il avait soutenu et réparé une maison qui ensuite ait été brûlée, en sorte qu'il ne puisse plus retenir ses dépenses par ses mains).

Ce premier fragment est intéressant, car il révèle une certaine subsidiarité de l'*actio contraria* par rapport au droit de rétention accordé au fiduciaire. En effet, tant que l'exercice d'un tel droit est possible, il est inutile d'intenter une action judiciaire. Par contre, s'il est rendu illusoire par la destruction non fautive[817] du bien fiduciaire (l'esclave est mort, la maison est détruite par le feu), alors l'octroi de l'*actio fiduciae contraria* au fiduciaire est indispensable pour lui garantir le remboursement des dépenses nécessaires qu'il a engagées.

---

815 Cf. LONGO (1946), p. 69.

816 LENEL II (1960), p. 147, no 799.

817 Le risque lié à la perte du bien fiduciaire par cas fortuit ou force majeure était quant à lui à la charge du fiduciant (cf. LONGO (1946), p. 67).

PAULUS, *Sententiae receptae*, 2.13.7:

Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quae impendit, iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium.

(Si le créancier aura fait des impenses augmentant la valeur du bien fiduciaire, pour récupérer ses dépenses, il tiendra le débiteur obligé par une action de fiducie).

Dans l'hypothèse visée ci-dessus par PAULUS, LONGO voit deux cas de figure dans lesquels l'*actio fiduciae contraria* («*iudicio fiduciae*») pouvait être utile au fiduciaire. Elle lui permettait, d'une part, de demander le remboursement des dépenses effectuées, même avant l'échéance de la dette garantie par le bien fiduciaire, et, d'autre part, de récupérer, en cas de défaillance du fiduciant, l'excédent de dépenses, lorsqu'elles étaient supérieures à la valeur de la garantie reçue par le fiduciaire[818].

PAULUS, D. 13.7.25 (lib.31 *ad Edictum*)[819]:

Si servos pigneratos <fiduciae datos>, in artificiis instruxit creditor: si quidem jam imbutos, vel voluntate debitoris, erit actio contraria... Medie igitur haec a judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.

(Si le créancier a fait apprendre quelque métier aux esclaves qu'il avait reçus à titre fiduciaire; s'ils avaient déjà eu des commencements d'instruction, ou qu'ils l'aient fait de la volonté du débiteur, il aura contre lui l'action contraire... C'est au juge à prendre dans tous ces cas un juste milieu, sans écouter un débiteur trop sensible à la dépense, ni un créancier qui cherche à surcharger le débiteur).

Ce fragment atteste, quant à lui, du large pouvoir d'appréciation accordé au juge pour déterminer le principe et le montant des dépenses dont le remboursement pouvait être réclamé au fiduciant au moyen de l'*actio contraria*. Les critères d'évaluation résident dans l'équité et la bonne foi.

818 LONGO (1946), p. 68.

819 LENEL I (1960), p. 1027, no 481.

c) Droit d'obtenir le remboursement des dommages

AFRICANUS, D. 13.7.31 (*lib.* 8 *Quaestionum*)[820]:

Si servus pignori <fiduciae> datus, creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quod si sciens furem, pignori <fiduciae> mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneratitiam <fiduciae> actionem, ut indemnem me praestet. Eadem servanda esse IULIANUS ait etiam cum depositus vel commodatus <amico fiduciae datus> servus furtum faciat.

(Si l'esclave donné en fiducie vole le créancier, le débiteur est maître de l'abandonner en réparation du délit; mais si le débiteur l'a donné en fiducie, le connaissant pour voleur, quand il offrirait de l'abandonner, le créancier n'en aurait pas moins contre lui l'*actio fiduciae contraria* pour se procurer son indemnité. Julien pense qu'il en est de même lorsqu'il s'agit d'un vol fait par un esclave donné en fiducie à un ami).

Dans ce fragment, AFRICANUS relève que, dans l'hypothèse où l'esclave donné en fiducie volait le fiduciaire, ce dernier disposait en guise de dédommagement de l'*actio fiduciae contraria*, lorsque le fiduciant connaissait la prédisposition délictuelle de l'esclave transféré. Notons qu'il s'agit de la seule source relative à l'*actio fiducia contraria* qui mentionne aussi le cas de la *fiducia cum amico* (cf. le fragment, *in fine*).

d) Droit de se faire rembourser les montants engagés pour cause d'éviction

ULPIANUS, D. 13.7.22.4 (*lib.*30 *ad Edictum*)[821]:

Si creditor cum venderet pignus <fiduciam>, duplam promisit (nam usu hoc evenerat, et conventus ob evictionem erat, et condemnatus): an haberet regressum pigneratitiae <fiduciae> contrariae actionis? Et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit. Si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanti vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.

(Si un créancier, en vendant le bien fiduciaire, s'est soumis, suivant l'usage, à rendre le double du prix en cas d'éviction, et qu'il ait été actionné et

[820] Le rapport de ce fragment avec la fiducie est admis par FREZZA (1963), p. 21, LONGO (1946), p. 76, et NOORDRAVEN (1990), pp. 244 et 259, note 63. LENEL I (1960), p. 30, no 108, considère également que ce fragment se référait à l'origine à la *fiducia* et qu'il a été interpolé par TRIBONIANUS.

[821] LENEL II (1960), p. 618, no 903.

condamné en vertu de cette clause, aura-t-il son recours contre le débiteur, en vertu de l'action contraire de la fiducie? On peut dire qu'il aura ce recours, s'il a inséré sans mauvaise foi et sans faute de sa part, cette clause dans la vente, et s'il s'est conduit à cet égard comme un bon père de famille. Mais si cette clause n'a pas rendu la vente plus avantageuse, et qu'il eût pu vendre la chose aussi cher sans cette garantie, il n'aura point de recours).

Dans ce fragment, le juriste ULPIANUS se réfère au cas dans lequel le fiduciant donne en fiducie un bien dont il n'est pas le propriétaire. Dès lors que, par voie de conséquence, le fiduciaire ne pouvait en acquérir lui-même la propriété, il exposait le tiers-acheteur, auquel il vendait le bien fiduciaire, à une éviction par le vrai propriétaire. Le fiduciaire disposait donc à certaines conditions de l'*actio fiduciae contraria* pour réclamer au fiduciant le remboursement des frais engagés en vertu de la clause relative à l'éviction. Ainsi, en dépit du fait que le fiduciant avait donné en fiducie un bien qui ne lui appartenait pas, ce qui pose en soi certains problèmes spécifiques sur lesquels nous reviendrons au chapitre suivant[822], on constate que la *fiducia* avait pour effet de lier le fiduciant au fiduciaire par des liens étroits, soumis aux règles de la bonne foi. Ainsi, le fiduciaire était tenu d'agir constamment de manière conforme aux intérêts du fiduciant. Lors de la vente du bien fiduciaire, il devait éviter de se lier par toute clause qui aurait été susceptible de porter préjudice à ce dernier.

On estime généralement que l'*actio fiduciae contraria* était de même nature que l'*actio fiduciae directa*, sans pourtant comporter de condamnation infamante[823]. La doctrine majoritaire considère que la formule de cette action était identique à celle de l'*actio directa*, sous réserve de la modification de l'identité des parties au procès[824]. Par ailleurs, il est vraisemblable que l'*actio contraria* s'est peu à peu autonomisée de l'*actio directa* dans le sens qu'elle pouvait être intentée indépendamment de l'ouverture d'une telle action[825]. Dans la *fiducia cum creditore*, elle a permis alors sans doute au

822 Cf. *infra*, note 882, pp. 202s.

823 Cf. MARRONE (1989), p. 622. Sur la question de l'infamie, cf. ULPIANUS, D. 3.2.6.7 (*lib. 6 ad edictum*, LENEL II (1960), p. 443, no 283): *Contrario judicio damnatus non erit infamis: nec immerito, nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi.* (Celui qui est condamné en ces matières sur l'action contraire qui lui est intentée, n'est point noté d'infamie, et avec raison; parce que dans les actions contraires, on n'oppose pas la perfidie, mais seulement on calcule les dépenses qu'on a faites, pour s'en faire tenir compte).

824 Cf. KRELLER (1942), p. 201 et PERNICE (1892), p. 124.

825 Cf. SCHWARZ (1954), pp. 194 et 215.

fiduciaire d'ouvrir action même après le remboursement de la créance garantie et la restitution du bien fiduciaire[826]. Précisons encore qu'une doctrine minoritaire nie l'existence d'une *actio fiduciae contraria*, considérant que le fiduciaire ne pouvait faire valoir ses prétentions que par la voie de la compensation ou d'un droit de rétention[827].

Nous avons vu que le recours à la bonne foi comme critère d'évaluation du comportement du fiduciaire finit par aboutir à la reconnaissance d'un véritable rapport de droit, prenant en compte les droits du fiduciaire[828]. L'octroi de l'*actio fiduciae contraria*, à la suite d'un long processus de développement et de précision des droits des parties, représenta la conséquence logique de cette évolution. Tout d'abord fondée exclusivement sur le respect de formes et rituels particuliers, la *fiducia* fut sans doute considérée à la fin de la période classique comme un contrat consensuel, bien que la *lex mancipii* incluse dans la *mancipatio* continuât vraisemblablement à produire des effets spécifiques. Pour GIRARD, lorsque l'*actio fiduciae contraria* fut accordée au fiduciaire, la *fiducia* devint un contrat synallagmatique imparfait[829].

---

826 Cf. SCHWARZ (1954), p. 157.

827 Cf. BIONDI (1920), pp. 161ss; Biondo BIONDI, «Compte-rendu critique à l'ouvrage Per il XIV Centenario della codificazione giustinianea», in *Bulletino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio SCIALOJA»* (Rome) XVII (1938), pp. 430ss et MONIER II (1977), p. 119.

828 Cf. *supra*, pp. 173ss.

829 GIRARD (1978), p. 557. Cf. également FREZZA (1963, p. 13), selon lequel la certitude de l'existence d'un *iudicium directum* et *contrarium* ne permet pas de douter qu'à l'époque classique le *pactum fiduciae* était considéré comme un *contractus*, du moins selon le sens donné par LABEO au terme *contrahere* (ULPIANUS, D. 50.16.19 (lib. 11 *ad Edictum*)): *LABEO libro primo praetoris urbani definit,... quaedam contrahantur...Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci...vocant: veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem...* (Labéon, au livre premier du préteur urbain, définit de la manière suivante le terme contracter... Contracter doit recevoir un sens plus étendu que celui d'obligation, ce que les Grecs appellent contrat, comme l'achat, la vente, la location, le contrat d'entreprise, la société...). Pour une présentation critique de ce fragment au sens controversé, cf. MELILLO (1994), pp. 155 à 173, lequel conclut que ce passage vise la notion large de rapport juridique obligatoire et non pas celle plus stricte et dogmatique de contrat bilatéral (pp. 160ss, not. 171).

CHAPITRE IV

ASPECTS PATRIMONIAL ET RÉEL DE LA PROPRIÉTÉ FIDUCIAIRE

La fiducie romaine s'accommode mal des principes dogmatiques qui sont à la base de la fiducie-gestion moderne. Nous avons déjà constaté qu'il était erroné d'analyser la *fiducia* comme un plein transfert de propriété, contredit par une convention *inter partes*[830]. En outre, nous venons de relever que le fiduciant n'était pas titulaire d'une créance en retransfert et que l'intégration de la bonne foi dans la *fiducia* avait eu pour effet de transformer celle-ci en un véritable rapport de droit pouvant être étudié sur sa durée[831]. Il s'agit maintenant de déterminer quel est le statut juridique du bien fiduciaire, singulièrement, de préciser la nature des liens juridiques qui l'unissent tant au fiduciaire qu'au fiduciant. L'examen de ces questions se fera d'un triple point de vue: dans les rapports juridiques fiduciaire-tiers (section B), dans les rapports juridiques fiduciant-tiers (section C) et, enfin, dans les rapports juridiques fiduciant-fiduciaire (section D). Devant la pauvreté des sources relatives à la *fiducia cum amico*, nous porterons essentiellement notre attention sur des textes concernant la *fiducia cum creditore*. Ces développements seront précédés par quelques remarques sur le «système» romain des droits réels, ainsi que sur la notion romaine de propriété (section A).

A. *Fiducia*, propriété et droit réels

GIUFFRE' a démontré de manière convaincante que, contrairement à une idée très répandue, les droits réels romains ne sont pas délimités par un *numerus clausus* qui comprendrait, tel le concept du droit suisse, une limitation du nombre des types et la fixation de leur contenu[832].

L'étude de l'histoire romaine du droit des biens laisse entrevoir l'émergence progressive de nouveaux droits réels limités. Ceux-ci ne résultent ni d'une loi ni d'une autre source normative (décret, Constitution impériale...),

---

830 Cf. *supra*, deuxième partie, chapitre II, pp. 89ss.

831 Cf. *supra*, pp. 167ss.

832 Cf. GIUFFRE' (1992). Cf. aussi GUARINO (1997), note 42.7.2, p. 525.

mais sont le fruit d'une décision judiciaire[833]. Le nouveau droit est souvent le résultat d'une interprétation extensive ou par analogie d'un droit existant (par exemple, la servitude *pecoris ad aquam adpulsus*, soit le droit de mener son propre bétail à l'abreuvoir, est une adaptation d'antiques servitudes agricoles), mais aussi, parfois, d'une pure création (par exemple, les servitudes urbaines, telle la servitude *altius non tollendi* «de ne pas construire outre»)[834]. La reconnaissance d'une nouvelle figure est toujours la résultante d'une initiative privée. On peut supposer la procédure suivante[835]. La personne intéressée à obtenir la protection d'une situation de fait inédite consulte un jurisconsulte, lequel, s'il considère la reconnaissance juridique de ce rapport comme digne d'intérêt, propose l'acte le plus apte pour le réaliser (en principe, l'*in iure cessio*), et suggère la formule y relative[836]. Lorsque les parties ont besoin de la participation d'un magistrat pour créer l'acte, comme dans l'*in iure cessio*, elles soumettent alors à celui-ci l'avis du jurisconsulte. Si le magistrat est convaincu de la licéité et de l'utilité de cette figure juridique, il opte pour une formule de création et concède au besoin une protection juridique adaptée (action réelle, interdit, exception...). Le nouveau droit sera véritablement reconnu dès qu'il sera accepté par les autres juristes et préteurs. Cet acte nouvellement protégé s'insérera dans la liste des actes connus et sera respecté jusqu'à ce que, le cas échéant, une interprétation différente remette valablement en cause sa validité ou son utilité.

Il existe, il est vrai, une certaine «typicité» des droits réels limités, une situation concrète n'étant juridiquement protégée que lorsqu'elle correspond à un type reconnu et intégré dans l'ordre juridique, et non de par la volonté propre des parties. Cependant, le nombre des types est ouvert et s'adapte constamment en fonction des nécessités de la vie économique[837]. Une tendance plus restrictive dans l'acceptation de nouveaux droits réels ne se manifeste qu'à partir du II^e^ siècle ap. J.-C[838]. En outre, le droit classique tardif voit quelques tentatives de systématisation et de classification *a posteriori*

833 Cf. GIUFFRE' (1992), p. 204.

834 Cf. GIUFFRE' (1992), pp. 124ss.

835 Cf. GIUFFRE' (1992), pp. 140ss.

836 Sur le rôle déterminant des jurisconsultes, conseillers permanents de tous les protagonistes des procédures formulaires (parties, avocats, magistrats, juges), dans la création et l'évolution de la procédure formulaire, cf. CANNATA (1989), pp. 42ss.

837 Cf. GUIFFRE' (1992), pp. 131ss.

838 Cf. GIUFFRE' (1992), pp. 182ss.

des droits réels limités, sans toutefois jamais parvenir à un système exhaustif, exclusif ou figé[839].

La doctrine moderne a fréquemment étudié le droit romain sous l'angle restrictif du droit de JUSTINIEN. Or, le *Corpus juris* nous laisse parfois une vue tronquée du droit romain préclassique ou classique[840]. Il faut être conscient que, dans le *Digeste*, les sources classiques, souvent interpolées, sont présentées dans une optique bien précise. JUSTINIEN transforme les règles souples et adaptables élaborées par la science juridique romaine en préceptes normatifs invariables. Le droit romain devient un droit autocratique et exhaustif. En matière de droits réels, le *Digeste* a comme vocation d'instaurer un régime organique, par une sorte de «canonisation» de l'ancien droit. S'impose alors la distinction entre servitudes prédiales et servitudes personnelles. Cependant, s'il est vrai que le régime ainsi élaboré est basé sur l'idée préconçue que les droits réels codifiés suffisent à satisfaire les besoins concrets des administrés, à aucun endroit n'est exprimée l'interdiction d'en créer de nouveaux[841].

Selon une autre idée préconçue, la propriété romaine constituerait un concept unitaire conférant au propriétaire d'un bien un droit exclusif et absolu sur celui-ci. Les juristes contemporains distinguent généralement trois pouvoirs représentatifs de la propriété, selon une formule latine qui n'a pourtant pas été forgée par les jurisconsultes romains, mais qui s'est développée en droit commun: *ius fruendi, utendi, abutendi* (droit d'utiliser, d'user et d'abuser d'une chose)[842]. Cette formule «a fait l'objet d'une prédilection particulière dans le droit rationaliste du XVIII^e siècle, puisqu'elle permettait d'exprimer d'une façon presque provocante que la propriété contient un pouvoir absolu et total dont le particulier dispose librement»[843]. Mais, alors que la terminologie moderne se concentre sur «l'analyse du droit subjectif du propriétaire, de sa libre volonté et de son pouvoir total sur la chose»[844], les juristes romains se sont avant tout penchés sur l'examen des modalités concrètes du transfert de «propriété» et des modes de défense de la chose[845]. Le droit de propriété n'apparaît pas, en revanche, dans les sources sous la

---

[839] Cf. GIUFFRE' (1992), pp. 203s. Cf. aussi GUARINO (1997), pp. 729s.
[840] Cf. GIUFFRE' (1992), pp. 214ss.
[841] Cf. GIUFFRE' (1992), p. 223.
[842] Cf. MAYER-MALY (1984a), p. 36 et SCHMIDLIN (1988), pp. 176s.
[843] SCHMIDLIN (1988), p. 177.
[844] SCHMIDLIN (1988), p. 175.
[845] Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 176.

forme d'un pouvoir absolu, illimité, exclusif ou perpétuel[846]. La notion romaine de la propriété représente ainsi un bon exemple de l'esprit des jurisconsultes romains, lesquels ont toujours préféré trouver des réponses concrètes aux problèmes pratiques plutôt que d'élaborer des concepts théoriques savants ou de rechercher des définitions abstraites[847].

Les Romains n'ont, en effet, jamais vraiment défini le concept de propriété[848]. Ils l'ont exprimé au moyen d'une formule qui reflète le rapport d'appartenance par l'emploi du génitif: *meum esse ex iure Quiritium* ([cette chose] m'appartient selon le droit des Quirites), mais ne renseigne ni sur le contenu ni sur les limites du pouvoir allégué[849]. Ils n'ont que tardivement utilisé des substantifs synthétisant le concept. Ce n'est ainsi qu'à partir de l'époque augustéenne qu'ils ont employé les termes *dominium* et *proprietas* dans ce contexte[850]. Le premier se réfère au contenu matériel du droit (pouvoir effectif sur la chose), alors que le second désigne le rapport d'appartenance formel, «die Zuordnung einer Sache zu einem Vermögensbereich»[851].

L'étude de l'histoire de la propriété individuelle romaine permet de distinguer schématiquement les étapes suivantes[852]. En droit archaïque, quelques questions étudiées par d'éminents auteurs méritent d'être évoquées. A l'origine, le droit romain ne connaît pas de droit de propriété, mais seulement la possession. La domination, la puissance sur une chose, s'exprime uniquement par la maîtrise matérielle effective de celle-ci[853]. Dans sa première apparition, le droit de propriété n'est pas un droit absolu, mais un droit relatif («relatives Eigentum»)[854]. Cette thèse est notamment basée sur le fait que, dans l'antique procès en revendication (*vindicatio*, *legis actio sacramento in rem*), lors duquel les deux parties invoquent un *meum esse*

846 Cf. SCHMIDLIN (1991), p. 138.

847 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 175.

848 Cf. MAYER-MALY (1984a), p. 36 et WILLOWEIT (1974), p. 132.

849 Cf. KASER (1962), p. 21.

850 Cf. KASER (1962), p. 21 et MAYER-MALY (1984a), p. 36.

851 MAYER-MALY (1984b), p. 150. Cf. aussi KASER (1956), pp. 306ss; MAYER-MALY (1984a), p. 36 et surtout WILLOWEIT (1974), pp.138ss.

852 Nous ne traitons pas des formes de propriété collective comme la propriété commune ou la copropriété, dans lesquelles au moins deux personnes sont titulaires de droits identiques sur un bien (cotitularité).

853 Cf. KASER (1951a), p. 132.

854 Cf. KASER (1951a), pp. 140ss, 186ss; (1956), pp. 6ss et (1962), pp. 22ss. Voir aussi WUBBE (1960), pp. 35ss. Sur ces questions, voir aussi Johannes Michael RAINER, «Max Kaser und die dinglichen Rechte», in *SZ* (Vienne, Cologne, Weimar) 1998, pp. 161ss.

aio, le juge ne donne pas raison à l'une d'elles parce qu'il l'estimerait titulaire d'un droit opposable à tous, mais parce qu'elle bénéficie d'un droit à la possession jugé supérieur, plus légitime, que celui de son adversaire[855]. L'on n'est pas protégé parce que l'on est propriétaire, mais, au contraire, propriétaire parce que l'on possède un droit préférable à son adversaire du moment. On trouve par ailleurs certains cas dans lesquels le droit de propriété est fonctionnellement partagé entre deux sujets de droit au gré des circonstances («funktionell geteiltes Eigentum»)[856]. Il en va, par exemple, ainsi en matière d'anciens droits de passage ou de puiser de l'eau (*iura itinerum* et *aquarum*) – formes primitives des servitudes prédiales – que le titulaire était en droit d'invoquer pour fonder son *meum esse* («Nutzeigentum»), au même titre que le propriétaire du «fonds dominant» («Haupteigentum»), ou encore, de droit de gage, le droit de propriété sur le bien grevé étant fonctionnellement partagé entre le débiteur et son créancier-gagiste[857].

Au cours du II^e^, mais surtout, du I^er^ siècle av. J.-C., le droit de propriété, qui se distingue maintenant clairement tant des droits réels limités (*iura in re aliena*) que de la possession, devient un droit absolu[858]. Ce nouveau caractère est essentiellement marqué par une modification de la procédure de revendication: n'a plus gain de cause la personne qui fait valoir un droit préférable à celui de son adversaire, mais celle qui démontre son droit absolu à la maîtrise de la chose. Le droit de propriété, qui comprend le pouvoir d'utiliser la chose et d'en disposer librement, le pouvoir de repousser toute ingérence de la part des tiers au moyen d'une action, et le pouvoir de revendiquer la chose[859], garantit alors en principe une domination totale de la chose dont l'exercice est toutefois limité par de nombreuses restrictions de droit public ou de droit privé[860].

Il faut cependant relever qu'à côté de la propriété quiritaire (*dominium ex iure Quiritium*, propriété instituée et protégée selon le droit civil, *ius civile*), réservée aux citoyens romains, et qui, en matière immobilière, ne

---

855 Cf. GAIUS, *Institutes*, 4. 16.

856 Cf. KASER (1956), pp. 16ss et (1962), p. 22. Voir aussi Paul KOSCHAKER, «Compte rendu critique de Emilio BUSSI, La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune (diritti reali e diritti di obbligazione)», in *SZ* (Weimar) 58 (1938), pp. 252ss, 254ss et Max KASER, «Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht», in *Festschrift Paul KOSCHAKER*, tome I, Weimar, 1939, pp. 445ss.

857 Cf. KASER (1982), pp. 25ss.

858 Cf. KASER (1962), pp. 30ss et CAPOGROSSI COLOGNESI (1988), pp. 177ss.

859 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 176 et CAPOGROSSI COLOGNESI (1988), pp. 207ss.

860 Cf. KASER (1962), p. 35 et CAPOGROSSI COLOGNESI (1988), pp. 189ss.

concerne principalement que les fonds italiques, sont reconnues d'autres formes de propriété, dont la propriété dite «pérégrine», accordée aux pérégrins, soit aux étrangers (ni Romains, ni Latins)[861], la propriété dite «provinciale», qualifiant le pouvoir protégé des particuliers sur les fonds provinciaux[862], ou encore, la propriété dite «bonitaire» ou «prétorienne»[863]. Cette dernière résulte de l'octroi par le préteur, à la fin de l'époque républicaine, au titulaire d'une possession acquise de bonne foi en vertu d'un juste titre (usucapant), d'une action réelle, l'*actio Publiciana*, modelée sur l'action en revendication. Cette action permet à l'usucapant de revendiquer *erga omnes*, et même contre le propriétaire quiritaire, le bien dont il a perdu la possession. Pour défendre sa possession contre des tiers, il dispose par ailleurs d'une exception, également opposable au propriétaire-revendicant. Celui-ci n'a, dans cette hypothèse, qu'un *nudum ius Quiritium*, un droit civil nu, alors que l'objet est déjà intégré aux biens de l'usucapant (*in bonis esse*). C'est dans ce contexte que GAIUS a parlé de *duplex dominium* (double propriété), comprenant la «propriété quiritaire» et la «propriété bonitaire»[864].

---

861 Cf. CAPOGROSSI COLOGNESI (1988), pp. 202ss et MARRONE (1989), p. 463.

862 GAIUS, *Institutes*, 2.7: *Sed in prouinciali solo placet plerisque locum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum uel usumfructum habere uidemur*... (La plupart estiment cependant que dans un sol provincial un lieu ne peut devenir religieux, parce que dans ce sol c'est le peuple romain ou l'Empereur qui est propriétaire, et que nous sommes censés n'y avoir que la possession ou l'usufruit...). Cf. CAPOGROSSI COLOGNESI (1988), pp. 204ss; MARRONE (1989), pp. 463ss et SCHMIDLIN (1988), p. 176.

863 Cf. MARRONE (1989), pp. 459ss; PUGLIATTI (1954), pp. 131ss et SCHMIDLIN (1988), pp. 215s.

864 GAIUS, *Institutes*, 1.54: *Ceterum cum apud ciues romanos duplex sit dominium (nam uel in bonis uel ex iure Quiritium uel ex utroque iure cuiusque seruus intellegitur), ita demum seruum in potestate domini esse dicemus si in bonis eius sit; nam qui nudum ius Quiritium in seruo habet, is potestatem habere non intellegitur.* (D'autre part, comme, en ce qui concerne les citoyens romains, la propriété a un double aspect (puisque en effet un esclave peut être considéré soit comme compris parmi les biens d'un individu, soit comme lui appartenant de droit quiritaire, soit comme réunissant ces deux conditions), nous dirons que l'esclave n'est sous la puissance d'un maître que s'il est compris parmi ses biens, quand bien même il n'appartiendrait pas au même en droit quiritaire, car qui n'a sur l'esclave que le simple droit quiritaire n'est pas considéré comme investi de la puissance); *Institutes*, 2.40: ... *Quo iure etiam populus romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus; sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.* (... Ce droit était autrefois en vigueur même chez le peuple romain: ou bien, en effet, on était propriétaire de droit quiritaire ou on n'était pas considéré comme propriétaire. Plus tard, la notion de propriété se scinda: une même chose pouvait appartenir à l'un de droit quiritaire et se trouver au nombre des biens de l'autre). L'interprétation de l'expression *duplex dominium*, notamment la nature des rapports entre propriété quiritaire et propriété bonitaire, est controversée. Alors que, pour certains auteurs, la propriété bonitaire est une véritable forme de propriété, distincte et

Le droit postclassique est l'objet, dans la partie occidentale de l'Empire, d'un affaiblissement progressif de la science juridique, dont le concept de propriété pâtit, n'étant plus clairement distingué ni de la possession ni des droits réels limités[865]. La partie orientale conserve, en revanche, un bon niveau juridique, basé sur l'étude des sources classiques[866]. Le *Corpus iuris civilis* permet à JUSTINIEN de «restaurer» le droit de propriété classique, tout en le réduisant à un concept unitaire, le *dominium*[867].

Ce rapide survol historique a permis de rappeler que la propriété romaine ne constitue pas un concept homogène. Au contraire, elle a toujours fait preuve d'une souplesse et d'une diversité lui permettant d'être à la base de conceptions très différentes de la propriété, qui se sont développées dans l'histoire depuis l'époque romaine jusqu'à notre droit civil moderne[868]. Finalement, notre concept du droit de propriété, considéré comme un droit subjectif absolu qui assure à un sujet de droit, à l'exclusion des tiers, une domination totale sur un bien, est avant tout le résultat d'une interprétation réactualisée du *dominium ex iure Quiritium* classique[869].

Avant d'aborder la question de la propriété fiduciaire proprement dite, il nous paraît opportun de mettre l'accent sur un point essentiel qui caractérise la propriété romaine et qui n'a sans doute pas été suffisamment étudié en doctrine. La notion de chose a été développée à l'aide de deux critères complémentaires: les choses doivent, d'une part, être utiles et, d'autre part, maîtrisables[870]. Sur le plan des droits réels, l'utilité correspond à une domination économique de l'objet, et la maîtrisabilité à une domination physique. Le droit de propriété comprend donc nécessairement deux faces complémentaires: la valeur et le pouvoir. Dans la règle, le propriétaire d'une chose est investi de ces deux attributs.

---

indépendante de la propriété quiritaire (cf. J.A. ANKUM, «Le droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif?», in *SATVRA ROBERTO FEENSTRA*, Fribourg, 1985, pp. 125ss), elle ne représente, pour d'autres, qu'un état juridique transitoire destiné à se transformer en une propriété quiritaire. Selon cette seconde optique, le *duplex dominium* exprimerait deux segments de la propriété quiritaire, la titularité formelle et le pouvoir effectif sur la chose, à nouveau réunis suite à l'aboutissement de l'usucapion (cf. CAPOGROSSI COLOGNESI (1988), pp. 200ss).

865 Cf. KASER (1962), pp. 36s et CAPOGROSSI COLOGNESI (1988), pp. 217ss.

866 Cf. KASER (1962), p. 37.

867 Cf. MARRONE (1989), p. 467 et KASER (1962), p. 38.

868 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 176 et BURDESE (1989), pp. 417s.

869 Cf. BURDESE (1989), p. 411.

870 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 122.

Parfois, ils sont cependant dissociés et partagés entre différents sujets[871]. Dans une telle hypothèse, les intérêts juridiques du titulaire de la valeur économique sont en principe efficacement protégés dans les rapports de celui-ci avec le titulaire du pouvoir juridique. Ainsi, par exemple, dans le cas de l'*adiunctio* (accession de deux meubles), lorsque la nouvelle chose contient des parties devenues inséparables, le propriétaire de la partie principale[872] devient propriétaire de la nouvelle chose[873]. La personne qui a perdu son titre de propriété sur la chose accesssoire n'est pas pour autant privée de son droit à la valeur économique de celle-ci: si elle possède la chose nouvelle, elle dispose d'un droit de rétention l'autorisant à conserver la chose jusqu'à ce que le nouveau propriétaire lui en offre la contre-valeur, et peut opposer une *exceptio doli* à une *rei vindicatio* de celui-ci; si elle ne possède pas la chose nouvelle, elle est alors en droit de demander le paiement de la contre-valeur de la chose perdue, au moyen d'une action spéciale assimilée à la revendication, la *rei vindicatio utilis*[874].

Dans le même ordre d'idées, JAHR a justement relevé que les titulaires économiques de certains biens, tels la femme par rapport à la dot, ou le pupille quant à la gestion de son patrimoine, ont fini par être considérés comme les véritables propriétaires, juridiquement protégés, au détriment des personnes ayant pourtant le titre formel de propriété, tels le mari ou le tuteur[875]. Dans le cadre de l'analyse du régime juridique de la propriété foncière, PUGLIATTI a quant à lui distingué deux types de propriété: la propriété formelle (*dominium ex iure Quiritium*), à importance économico-sociale réduite, et la propriété «substantielle»[876]. Cette dernière permet à son titulaire de jouir, utiliser, tirer les fruits et de défendre juridiquement sa titularité, parfois même contre le propriétaire formel du fonds. Comme exemples de propriété substantielle, PUGLIATTI cite l'obtention d'un droit de possession spécifique sur une part des terres acquises et conquises par l'Etat (*ager publicus*)[877], l'acquisition d'une concession portant sur certaines ter-

871 Cf. JAHR (1984), pp. 73s.

872 SCHMIDLIN (1988), p. 203: «La partie principale est celle qui rend la chose indépendante et qui lui confère une nature apte à devenir l'objet d'une revendication».

873 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 203.

874 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 208.

875 JAHR (1984), pp. 79ss, 101s. Nous reviendrons sur ces questions (cf. *infra*, pp. 249ss.).

876 PUGLIATTI (1954), pp. 125ss.

877 Du point de vue formel, la propriété de ces terres appartenait collectivement au peuple romain (*populus romanus*). Le particulier pouvait cependant se faire attribuer par l'Etat un droit d'occupation et de jouissance complète sur une partie de ces terres, ainsi que

res cultivables (*ager vectigalis*)[878], ou la propriété bonitaire (*in bonis esse*), dont nous avons fait état ci-dessus.

D'une manière plus générale, il faut rappeler l'importance déterminante que les Romains attachaient à la valeur pécuniaire des choses. Tous les droits (propriété, droits réels limités, créances) étaient envisagés selon leur valeur monétaire. Une telle conception est clairement exprimée dans la procédure formulaire qui était guidée par un principe fondamental: le juge ne pouvait condamner le débiteur à exécuter le devoir qui faisait l'objet d'une obligation; il était tenu, dans tous les cas, de prononcer une condamnation pécuniaire[879]. Ainsi, même dans l'hypothèse d'une action réelle, comme la *rei vindicatio*, le juge, constatant que le demandeur était effectivement propriétaire du bien litigieux, d'une part, et que le défendeur ne l'avait pas rendu pour une raison qui lui était imputable, d'autre part, condamnait le défendeur, non pas à restituer le bien, mais à verser au demandeur une somme équivalente à la valeur du bien, valeur généralement estimée par le demandeur lui-même[880]! Le titre de propriété donnait, en conséquence, le droit à une valeur, et non à la chose elle-même. A notre sens, ces éléments doivent

---

des moyens efficaces de protection contre les troubles des tiers (cf. PUGLIATTI (1954), pp. 127ss). Comme le résume SCHMIDLIN (1988), p. 176: le «particulier jouissait des mêmes pouvoirs qu'un propriétaire selon le droit civil, mais pour respecter la propriété formelle du peuple romain on évitait l'expression de propriété ou de *dominium* que l'on remplaçait par une description détaillée des pouvoirs accordés au propriétaire. *Uti, frui, habere, possidere* en étaient les principaux. Encore une fois nous voici devant un procédé spécifiquement romain qui préfère concrétiser les pouvoirs contenus dans la propriété au lieu de former un concept unitaire exprimant abstraitement la propriété illimitée et totale».

878 Le régime de l'*ager vectigalis* s'applique aux terres, appartenant au peuple romain ou à d'autres collectivités publiques, qui étaient concédées en location pour une durée illimitée (*in perpetuum*) moyennant une redevance nommée «vectigal». Le fermier était protégé par un interdit spécial (*loco publico fruendo*), ainsi que par une action réelle, semblable à la *rei vindicatio*, contre tout possesseur (*adversus quemvis possessorem*) (cf. SCHMIDLIN (1988), p. 233 et PUGLIATTI (1954), p. 130).

879 GAIUS, *Institutes*, 4.48: *Omnium autem formularum quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, ueluti fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, at aestimata re pecuniam eum condemnat.* «Dans toutes les formules qui comportent un dispositif, celui-ci tend à une estimation en argent. Ainsi même si nous réclamons un objet corporel, tel qu'un bien-fonds, un homme, un vêtement, de l'or, de l'argent, le juge ne condamne pas le défendeur à la chose même, comme c'était l'usage jadis, mais, après estimation de la chose, prononce une condamnation pécuniaire). Cf. MONIER II (1977), p. 237; LONGO (1946), p. 36 et Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, tome I, Berlin, 1840, p. 376, note k.

880 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 282 et TALAMANCA (1990), p. 315.

impérativement être pris en compte si l'on aspire à une analyse cohérente de la *fiducia* romaine.

Connaissant le pragmatisme des juristes romains, on comprendra aisément qu'il aurait été vain de rechercher des sources dans lesquelles les jurisconsultes auraient défini de manière abstraite la nature du droit de propriété du fiduciaire. Comme nous le verrons, il existe par contre un certain nombre de textes, avant tout relatifs à la *fiducia cum creditore*, traitant de manière ponctuelle de divers droits et pouvoirs dont le fiduciant ou le fiduciaire sont titulaires.

Si l'on excepte la période archaïque[881], il n'est pas contesté que, dans le cas usuel, la *mancipatio* coupait les liens formels de propriété entre le fiduciant et le bien fiduciaire, d'une part, et attribuait la titularité sur ce bien au fiduciaire, en lui conférant le pouvoir de se comporter comme un véritable propriétaire, d'autre part[882].

---

881 Certains auteurs considèrent qu'à l'époque archaïque le fiduciant ne transfère pas au fiduciaire l'intégralité des prérogatives liées à son droit de propriété formel sur le bien fiduciaire. Nous y reviendrons (cf. *infra*, p. 233).

882 Il existe un texte d'ULPIANUS qui tendrait à démontrer qu'il était possible de donner en fiducie-sûreté un bien qui ne vous appartenait pas (D. 13.7.22.2 (lib 30 *ad Edictum*); LENEL II (1960), p. 618, no 902): *Si praedo rem pignori <fiduciae> dederit, competit ei, et de fructibus pigneratitia <fiduciae> actio, quamvis ipse fructus suos non faciet ...* (Si un possesseur donne en fiducie la chose d'un autre qu'il possède de mauvaise foi, il aura l'action de fiducie même relativement aux fruits perçus, quoiqu'ils ne lui appartiennent pas...). Dès lors que, comme on le sait, le droit romain ne reconnaissait pas au voleur le droit de transférer, même par *mancipatio*, la propriété du bien volé (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*), cela signifierait qu'une fiducie pouvait être valablement constituée, sans que le fiduciaire devienne propriétaire du bien fiduciaire! Cette hypothèse représente bien sûr un cas anormal, puisque le but recherché, soit le transfert d'une garantie au créancier-fiduciaire, n'était pas atteint.

Il ne faut sans doute pas sous-estimer la portée de ce fragment, mais il nous semble qu'il serait également erroné de lui faire dire plus qu'il ne dit. Selon certains, ce texte serait le reflet de l'indépendance du *pactum fiduciae* par rapport à la *mancipatio*: car, bien que le transfert de propriété ne soit pas valable, le *pactum fiduciae*, lui, le serait, avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent (cf., par exemple, BISCARDI (1976), p. 57). Mais le problème est mal posé en ces termes. Certes, ce fragment démontre, ce que nous savions à vrai dire déjà, qu'un acte juridique peut, dans certaines circonstances, ne pas produire tous les effets juridiques qui lui sont normalement dévolus. En l'occurrence, l'acte fiduciaire n'a créé que des effets juridiques de nature obligationnelle. Autre est la question de savoir quelle est la source de ces obligations. Nous pourrions sur ce point interpréter le fragment de la manière suivante: il suffisait, pour constituer valablement une fiducie, de procéder à une *mancipatio fidei fiduciae causa*, car c'est ce rituel spécifique qui créait la fiducie, et non pas le transfert de propriété au fiduciaire. Le devoir de retransfert – découlant de la *mancipatio* – existait indépendamment du transfert de propriété.

Mais quel était le contenu de cette propriété ?

Suite à une analyse sans doute un peu trop sommaire, la doctrine estime généralement que le fiduciaire, et lui seul, possèdait toutes les facultés inhérentes à un droit de propriété usuel[883]. Il y aurait donc un unique propriétaire, le fiduciaire, et un titulaire d'une créance en restitution, le fiduciant. Une étude plus approfondie de la question nous conduit à distinguer de multiples compétences relatives au bien fiduciaire qui sont reconnues, suivant les cas, tantôt au fiduciaire, et tantôt au fiduciant.

B. Rapports juridiques fiduciaire-tiers

Il existe quelques sources qui démontrent que le fiduciaire, comme tout propriétaire, dispose vis-à-vis des tiers de la titularité juridique lui permettant de protéger les biens faisant l'objet de son droit de propriété (sous-section 1)

Quoi qu'il en soit, on peut relativiser l'importance de ce fragment au moyen des deux arguments suivants. D'une part, ayant été rédigé par ULPIANUS à l'époque du droit classique tardif (III[e] siècle ap. J.-C.), le texte d'origine n'est peut-être représentatif que du régime juridique tardif de la *fiducia* (cf. BISCARDI (1976), pp. 57s). D'autre part, et surtout, il faut garder à l'esprit le caractère pragmatique du juriste romain. Le fait que le fiduciant soit un possesseur de mauvaise foi ne devait pas profiter indûment au fiduciaire. Il était donc normal que celui-ci soit tenu de la loyauté qu'il avait promise. En donnant au fiduciant le droit d'exercer l'*actio fiduciae*, ULPIANUS sauve, dans les relations juridiques entre le fiduciant et le fiduciaire, ce qui pouvait l'être. Une telle solution, qui n'est pas dénuée de toute logique, se retrouve, par exemple, en matière de dot. Ainsi, POMPONIUS, D. 24.3.11 (*lib.* 16 *ad Sabinum*): *Si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est, quasi suam dedisset: et fructus quoque pro portione anni, quo divortium factum est.* (Si une femme a donné en dot une chose qu'elle savait appartenir à autrui, elle doit lui être rendue comme si elle avait donné une chose dont elle eût eu la propriété. On doit lui rendre aussi les fruits de la dernière année en proportion du temps de l'année pendant lequel le mariage aura subsisté).

En revanche, un autre fragment d'ULPIANUS, D. 50.17.45 pr (lib. 30 *ad Edictum*; LENEL II (1960), p. 618, no 90: «nec fiducia») atteste qu'il n'était pas possible de donner en fiducie un bien à une personne qui en était déjà le *dominius ex iure Quiritium*: *Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suae consistere potest.* (On ne peut pas recevoir son propre bien en fiducie...). Voir, aussi BISCARDI (1976), p. 56.

883 Cf., par exemple, DERNBURG (1860), p. 11, lequel affirme presque sans motivation: «Der Gläubiger erhält durch die Mancipation volles und unbeschränktes Eigenthum an der fiducirten Sache...» et LONGO (1934), pp. 798ss.

Voici par ailleurs les sources citées par d'autres auteurs: BIONDI (1920), pp. 133ss, note 2 (PAULUS, *Sententiae receptae* 2.13.2, 2.13.6 et 5.26.4; ULPIANUS 13.7.22.pr); FREZZA (1963), pp. 19 à 21 (*Fragmenta Vaticana* 94 = D. 24.3.49.1; PAULUS, *Sententiae receptae* 2.13.6; D. 13.7.22.pr); NOORDRAVEN (1990), p. 243 et 258, no 57 (*Fragmenta Vaticana* 94, PAULUS D. 24.3.49.1; PAULUS, *Sententiae receptae* 2.13.6; PAPINIANUS, D. 33.10.9.2 et ULPIANUS D. 13.7.22.pr).

et d'effectuer valablement certains actes de disposition relatifs au bien fiduciaire (sous-section 2).

1. Exercice des droits nécessaires à la protection du bien fiduciaire

a) Pouvoir de revendiquer le bien fiduciaire

Fragmenta Vaticana 94 (=PAULUS, D. 24.3.49.1 (lib. 7 *Responsorum*))[884]:

Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecendente ex causa pignoris <fiduciae> ablatus est... (Un père a donné un fonds à valeur estimée en dot. Le mari en a été évincé par un ancien créancier à qui le père l'avait donné pour cause de fiducie...).

Dans le cas relaté dans ce fragment, le fiduciaire a pu revendiquer avec succès le fonds qui lui avait été transféré en garantie, mais que le père a ensuite donné en dot au mari de sa fille.

PAULUS, *Sententiae receptae*, 5.26.4:

Creditor chirographarius si sine iussu praesidis per uim debitoris sui pignora, cum non haberet obligata, ceperit, in legem Iuliam de ui priuata committit. Fiduciam uero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur.

(Le créancier chirographaire qui saisit le gage de son débiteur sans mise en demeure, s'il n'a pas été engagé auprès de lui commet un acte illicite contraire à la lex Iulia. Il est vrai toutefois qu'il n'est pas interdit de s'attacher à faire valoir son droit sur le bien fiduciaire ou le gage déposé près de soi et de les revendiquer sans l'autorité du juge).

Ce texte n'est pas d'une clarté évidente et il est difficile de l'interpréter sans en connaître le contexte. Il semblerait en découler le droit pour le fiduciaire de revendiquer le bien fiduciaire au fiduciant, lequel en avait conservé *ab initio* la possession, ou bien l'avait réacquise par la suite[885]. Selon OERTMANN, ce fragment pose le principe du droit, pour le fiduciaire, de revendiquer le bien fiduciaire contre n'importe quel possesseur, sans avoir besoin de recourir, au préalable, à une quelconque autorisation du fiduciant[886].

---

884 LENEL I (1960), p. 1233, no 1500 et OERTMANN (1890), p. 10, lit c.
885 Cf. LONGO (1934), p. 801.
886 Cf. OERTMANN (1890), p. 165.

b) Légitimation active à l'*actio furti* ou à la *condictio furtiva*

ULPIANUS, D. 13.7.22 pr (*lib.* 30 *ad Edictum*)[887]:

Si pignore subrepto <fiducia subrepta> furti egerit creditor ... Multo magis hoc erit dicendum in eo quod ex condictione consecutus est...

(Si le bien fiduciaire ayant été volé, le créancier a reçu quelque chose en vertu de l'action pénale qu'il aura intentée... A plus forte raison aussi cela est certain quand le créancier a reçu quelque chose par l'action en restitution d'une chose volée...).

Il ne nous paraît pas choquant que le fiduciaire se vît reconnaître la possibilité d'agir juridiquement pour protéger le bien fiduciaire, ce qui correspondait également à l'intérêt du fiduciant. En effet, le devoir inhérent de restitution du bien fiduciaire se matérialisait lorsque le but fiduciaire était atteint. Or, le fiduciaire ne pouvait restituer ce bien que dans la mesure où il avait effectivement pu en conserver la possession. En réalité, comme nous l'avons vu au chapitre précédent, le fiduciaire n'avait pas seulement le droit, mais également le devoir de protéger le bien fiduciaire. Les droits évoqués dans les fragments susmentionnés (droit de revendication, légitimation active à l'*actio furti* ou à la *condictio furtiva*) étaient donc nécessaires à une issue paisible de la fiducie. Relevons encore que, selon ULPIANUS, en matière de *fiducia cum creditore*, le fiduciaire disposait de moyens juridiques semblables contre le fiduciant, lorsque celui-ci s'était approprié indûment le bien fiduciaire (cf. D. 13.7.22 pr).

Pour LONGO, on peut déduire de manière presque certaine de la casuistique évoquée ci-dessus que le fiduciaire était, d'une manière générale, légitimé à agir pour toutes les actions relatives à son droit de propriété sur le bien fiduciaire, telles, en matière de droits réels limités, l'*actio confessoria*, par laquelle on tendait à faire reconnaître une servitude en faveur de son fonds, ou l'*actio negatoria*, par laquelle on faisait établir l'inexistence en faveur d'un tiers d'un droit réel limité grevant sa propre chose[888].

[887] LENEL II (1960), p. 618, no 902.
[888] Cf. LONGO (1934), p. 802.

2. Exercice du droit de disposer du bien fiduciaire

a) Pouvoir de léguer le bien fiduciaire (*legatum per vindicationem*)

PAULUS, *Sententiae receptae*, 2.13.6:

Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus uel extraneo legaverit, aduersus omnes heredes actio fiduciae competit.

(Si le créancier a légué à l'un des héritiers ou à un tiers un bien qui lui a été donné à titre fiduciaire, l'«*actio fiduciae*» peut être exercée contre tous les héritiers).

PAPINIANUS, D. 33.10.9.2 (*lib.* 7 *Responsorum*)[889]:

Supellectili sua omni legata, acceptum argentum pignori <fiduciae> non continebitur: quia supellectilem suam legavit: utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem, ac restituendae rei vinculum.

(Un testateur ayant légué tous ses meubles, on a décidé que des meubles d'argent qui lui avaient été donnés en fiducie n'appartiendraient pas au légataire; parce qu'il a légué ses propres meubles. Naturellement, ces meubles d'argent n'étaient pas à l'usage du créancier selon la volonté du débiteur, mais lui étaient donnés à cause de la parole donnée dans le contrat et du lien l'obligeant à restituer ces choses).

Selon de nombreux auteurs, ces fragments de PAULUS et de PAPINIANUS attesteraient du fait que le fiduciaire était en droit de léguer valablement le bien qui lui avait été transféré à titre fiduciaire. A notre avis, ces textes ne sont toutefois guère utiles aux tenants d'un droit de propriété unique et absolu dont jouirait le fiduciaire. Ils sont, au contraire, intéressants de par les informations qu'ils nous donnent sur les limitations, inhérentes à la fiducie, à ce droit de propriété. Nous y reviendrons[890].

b) Pouvoir d'émanciper l'esclave (?)

Certains déduisent d'un fragment de IULIANUS, D. 19.1.23 (*lib.* 13 *Digestorum*)[891], le droit du fiduciaire d'émanciper l'esclave qui lui a été transféré à titre fiduciaire:

---

[889] LENEL I (1960), p. 914, no 585, *in fine*, laisse ouverte la question de la référence de ce texte à la *fiducia*.

[890] Cf. *infra*, pp. 227s.

[891] LENEL I (1960), pp. 354s, no 221.

Si quis servum, quem cum peculio vendiderat <fiduciae causa acceperat>, manumiserit, non solum peculii nomine quod servus habuit tempore quo manumittebatur, sed et eorum quae postea adquirit, tenetur...

Si quelqu'un, après avoir vendu un esclave qu'il avait reçu à titre de fiducie, l'a affranchi (ce qui empêche que la délivrance puisse en être faite à l'acheteur), il sera tenu à rendre à l'acheteur non seulement le pécule tel qu'il existait au temps de l'affranchissement de l'esclave, mais encore tout ce que l'esclave a acquis depuis son affranchissement...

Certes, ce litige entre le fiduciaire-vendeur et le tiers-acheteur sous-entend que le fiduciaire pouvait vendre et émanciper l'esclave de manière juridiquement efficace puisque la validité de ces actes juridiques n'est pas remise en cause[892]. Mais, à supposer que le texte d'origine concerne effectivement un esclave donné en fiducie, on ne sait pas à quelle forme de fiducie il se réfère. En particulier, il est possible que IULIANUS ait traité ici d'un cas de *fiducia manumissionis causa*, dans lequel le fiduciaire avait précisément comme mission d'affranchir l'esclave[893].

c) Pouvoir de vendre le bien fiduciaire (?)

On cite parfois le *Fragmenta Vaticana* no 18, reproduisant une constitution de l'an 255 ap. J.-C. des Empereurs VALERIANUS III et GALLIENUS II, comme exemple de vente parfaitement valable du bien fiduciaire par le fiduciaire à un tiers, sans que le fiduciant puisse s'y opposer[894]. La version éditée dans FIRA II[895], dont le texte est restitué tel que découvert, seule la terminaison de certains mots ayant été complétée, n'est guère intelligible.

Secundum ius in faci<norosos> ... <empto>res inquietari, sed actione fidu<ciae>... (Valeriano III et <Gallieno II conss>).

(Selon le droit, contre les acheteurs criminels... sont inquiétés, mais une action fiduciaire...).

Ce fragment semble faire état d'acheteurs criminels, et d'une action fiduciaire. Il est difficile d'en tirer beaucoup plus, vu son état de conservation désastreux[896]. Certains auteurs ont cependant tenté une reconstitution

892 Cf. LONGO (1934), p. 804.
893 Cf. *supra*, pp. 102s.
894 Cf., par exemple, LONGO (1946), p. 41.
895 Cf. FIRA II, p. 466.
896 Cf. ERBE (1940), p. 191.

plus hardie, en composant de toutes pièces un texte présumé proche de celui d'origine. Il en va ainsi de HUSCHKE, approuvé par OERTMANN[897]:

> *<Licet creditor res sibi fiduciae datas mala fide vendiderit, si tamen> secundum ius in faci<enda venditione versatus est, non debent emto>res inquietari, sed actione fidu<ciae adversus creditorem agendum est >.*
>
> (Bien que le créancier ait vendu de mauvaise foi les biens qui lui ont été donnés à titre fiduciaire, vu que selon le droit la vente se trouve être valable, les acheteurs ne doivent pas être inquiétés, mais il faut agir contre le créancier par la voie de l'action fiduciaire).

Si l'on admet cette reconstitution, ce fragment serait apte à démontrer que, lorsque, contrairement à ses engagements, le fiduciaire vendait le bien fiduciaire à un tiers, la vente était en principe valable, pour autant que les conditions relatives à tout contrat de vente aient été respectées. Le fiduciant ne disposait d'aucun moyen juridique, que cela soit à l'encontre du tiers ou du fiduciaire, lui permettant de récupérer son bien, mais était légitimé à exercer une action personnelle, l'*actio fiduciae*, contre le fiduciaire. Compte tenu de l'aspect fonctionnel de la propriété fiduciaire, sur lequel nous reviendrons encore à plusieurs reprises[898], on peut se demander si une telle solution n'était pas réservée à la *fiducia cum creditore*, dans l'hypothèse où la dette garantie n'avait pas été remboursée dans les délais convenus.

D'une manière générale, il faut admettre que les sources susmentionnées, relatives au pouvoir reconnu au fiduciaire de disposer du bien fiduciaire, ne sont pas toujours très convaincantes. Il ne nous semble toutefois *a priori* guère contestable que le fiduciaire disposait effectivement de cette faculté. Dès lors que la *mancipatio* avait pour effet de transférer au fiduciaire l'exercice du droit de propriété sur le bien fiduciaire, il est logique que le fiduciaire ait été en mesure d'exercer effectivement ce droit. Par ailleurs, comme il en résulte de son nom, la *fiducia* a pour objet la confiance placée par le fiduciant dans la fidélité du fiduciaire. Le risque de fraude, sanctionné par l'*actio fiduciae*, ne pouvait précisément exister que parce que le fiduciaire avait la capacité de disposer selon son gré du bien fiduciaire. Cependant, c'est à tort que la doctrine a focalisé son attention sur la question de savoir si le fiduciaire était ou non propriétaire du bien fiduciaire. Il nous paraît, en effet, plus important de déterminer quelle était le contenu de cette propriété, ce qui ne peut être envisagé sans référence aux

---

[897] Cf. OERTMANN (1890), pp. 9s et 164).
[898] Cf. *infra*, pp. 209ss et 218ss.

conséquences juridiques des actes du fiduciaire, ainsi qu'aux droits étendus que le fiduciant conservait sur le bien fiduciaire pendant la durée de la *fiducia*.

On peut d'ores et déjà relever à ce sujet qu'il existait certaines limites d'ordre public au pouvoir du fiduciaire. Ainsi, par exemple, s'il prostituait une esclave, ou la forçait à faire quelque chose d'illicite, les liens fiduciaires étaient immédiatement rompus (cf. ULPIANUS, D. 13.7.24.3 [*lib. 30 ad Edictum*])[899]. Au-delà de ces exemples, nous souhaitons démontrer que la propriété attribuée au fiduciaire n'empêchait pas le fiduciant de conserver des droits étendus sur le patrimoine fiduciaire.

C. Rapports juridiques fiduciant-tiers

S'il est incontestable que le fiduciaire est titulaire de l'exercice du droit de propriété, cela ne signifie pas pour autant que le fiduciant se voie privé de tout pouvoir juridique sur le bien fiduciaire. En effet, des sources attestent que ce dernier dispose d'un certain pouvoir de disposition sur le bien fiduciaire (sous-section 1) et qu'il a parfois la légitimation active à l'*actio furti* (sous-section 2) et à l'*actio communi dividundo* (sous-section 3).

1. Le fiduciant conserve un pouvoir de disposition limité et finalisé sur le bien fiduciaire

La lecture et l'interprétation des sources nous permettent de démontrer que le fiduciant, malgré la *mancipatio* et le transfert de propriété au fiduciaire, conserve certains droits sur la chose qui sont compatibles avec le but recherché par les parties, soit dans la *fiducia cum creditore*, l'octroi d'une garantie au fiduciaire[900].

---

899 *In pigneratitio <fiduciae> judicio venit, et si res pignori <fiduciae> datas male tractavit creditor, vel servos debilitavit. Plane si pro maleficiis suis coërcuit, vel vinxit, vel obtulit praefecturae, vel praesidi, dicendum est pigneraticia <fiduciae> creditorem non teneri. Quare si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coëgit, illico pignus <fiducia> ancillae solvitur.* (Le créancier est soumis à l'action de la fiducie relativement au mauvais traitement qu'il a fait de la chose donnée en fiducie, s'il a altéré la santé des esclaves. Cependant s'il les a corrigés, mis aux fers ou livrés au préfet ou au président pour les punir des délits qu'ils ont commis, il ne sera point soumis à cette action. Ainsi s'il prostitue une esclave qui lui est donnée en fiducie, ou la force à faire quelque chose d'illicite, à l'instant la fiducie est rompue). Cf. LENEL II (1960), p. 619, no 904.

900 Dans ce sens, MANIGK (1909), colonne 2295.

a) Pouvoir de vendre le bien fiduciaire

PAULUS, *Sententiae receptae*, 2.13.3:

Debitor creditori uendere fiduciam non potest: sed alii si uelit uendere potest, ita ut ex pretio eiusdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam sibi rem emptori praestet.

(Le débiteur ne peut vendre le bien fiduciaire à son propre créancier; mais il peut s'il veut le vendre à toute autre personne de telle sorte qu'il paye à son créancier le montant de sa dette au moyen du prix de vente; et ainsi il peut valablement fournir à l'acheteur ledit bien qui lui aura été retransféré).

Ce texte est tout à fait intéressant, car il indique que, malgré le droit de propriété dont est investi le fiduciaire, le fiduciant a le droit de vendre valablement le bien fiduciaire à un tiers, pour autant que le prix de vente serve à désintéresser le créancier-fiduciaire. Certes, pour que le fiduciant soit en mesure de transférer la possession du bien au tiers, il faut que le fiduciaire la lui rétrocède préalablement. Cette rétrocession est toutefois purement formelle, puisque le contrat de vente entre le fiduciant et le tiers-acquéreur lui est antérieur. Il est donc reconnu au fiduciant le droit de vendre un bien qui ne lui appartient pas et de contraindre le fiduciaire, soit le propriétaire formel, à lui en transférer la possession.

On retrouve une problématique similaire dans un fragment du *Digeste*, dans lequel POMPONIUS rapporte l'avis d'ATILICINUS, selon lequel le fiduciant est autorisé dans certaines circonstances à vendre le bien fiduciaire contre la volonté du fiduciaire:

POMPONIUS, D. 13.7.6 pr (*lib. 35. ad Sabinum*)[901]:

Quamvis convenerit, ut fundum pigneratitium <fiduciarium> tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui

[901] LENEL II (1960), pp. 146s, no 797.
Nous savons que, selon NOORDRAVEN, le livre 35 du commentaire de POMPONIUS *ad Sabinum* se référait à l'origine au *pignus* et qu'il n'a en conséquence pas été interpolé dans le Digeste. Il admet toutefois qu'un nombre important de fragments de ce livre s'appliquaient tant au *pignus* qu'à la *fiducia* (NOORDRAVEN (1990), p. 235). Mais, dans une note parue en 1980, il explique pourquoi, à son avis, le fragment 13.7.6 pr ne concerne que le *pignus*.
Toute l'argumentation de NOORDRAVEN se base sur un double présupposé: d'une part, dans le cas d'une *fiducia cum creditore*, le fiduciaire était en droit, au cas où il n'était pas payé dans les délais, de conserver le bien fiduciaire en propriété, sans que soit nécessaire une quelconque convention; d'autre part, dans le cas du *pignus*, le créancier ne pouvait s'approprier définitivement le gage que s'il avait conclu une *lex commissoria*. Comme dans le fragment analysé, il est indiqué que le *pactum vendendi* a

pignus <fiduciam> dederit: quia tua causa id caveatur. Sed Atilicinus, ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit: quid enim si multo minus sit quod debeatur, et hodie pluris venire possit pignus <fiducia>, quam postea ? Melius autem est dici, eum qui dederit pignus <fiducia>, posse vendere, et accepta pecunia solvere id quod debeatur: ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam <fiduciariam>, si mobilis sit: prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. Invitum enim creditorem cogi vendere, satis inhumanus est.

(Quoiqu'on soit convenu que vous pourriez vendre un fonds qu'on vous donnait en fiducie, on ne peut pas pour cela vous forcer à le vendre, même si le débiteur n'était pas solvable; parce que cette clause a été insérée en votre faveur. Mais Atilicinus est d'avis qu'on doit, en connaissance de

---

été conclu dans l'intérêt du créancier, il ne pourrait s'agir que d'un *pignus*, car NOORDRAVEN considère que l'intérêt du fiduciaire d'obtenir un *pactum vendendi* n'existait que dans des cas peu fréquents (NOORDRAVEN (1980), pp. 247ss).

Nous contestons cette interprétation. D'une part, nous partons de présupposés différents. Nous soutenons, en effet, que la *mancipatio* contenant l'obligation de restitution (*ea lege mancipio dare ut remancipetur*), seul un *pactum* pouvait permettre au fiduciaire de conserver le bien fiduciaire. Par ailleurs, et inversement, quant au cas du *pignus*, KASER a démontré qu'à l'origine et jusqu'à une période tardive de la République le créancier-gagiste était en droit de s'approprier automatiquement la chose en cas de carence du débiteur (cf. KASER (1982), pp. 12ss.).

D'autre part, nous ne comprenons pas le fragment de POMPONIUS de la même manière. Celui-ci indique qu'un *pactum vendendi* a été conclu dans l'intérêt du fiduciaire, ce qui est normal puisque, à défaut, le bien fiduciaire devait être restitué au fiduciant à sa demande. Puis, il est précisé que, en dérogation au droit attribué au fiduciaire de vendre le bien à certaines conditions, ATILICINUS estimait que l'on pouvait même forcer le fiduciaire à vendre. Enfin, POMPONIUS déclare que le fiduciant a lui-même le droit de vendre ce bien à certaines conditions. Or, à aucun moment NOORDRAVEN ne commente le passage donnant droit au débiteur de vendre lui-même le bien donné en garantie!

A l'appui de sa thèse, NOORDRAVEN ajoute un autre argument: le fiduciaire étant tenu de se comporter selon le précepte, *ut inter bonos bene agier et sine fraudatione*, il n'y aurait pas eu besoin de le forcer à vendre, car le fiduciant avait à sa disposition l'*actio fiduciae* (NOORDRAVEN (1980), p. 252). Mais on peut précisément estimer que ce fragment traite de l'une des hypothèses dans lesquelles l'*actio fiduciae* pouvait s'exercer. Dès lors qu'il est précisé que le fiduciaire pouvait être forcé à vendre, il fallait bien qu'il existe une action judiciaire permettant de le contraindre. Toutefois, comme l'aboutissement d'une telle *actio* était longue et aléatoire, POMPONIUS était d'avis qu'il était préférable que le fiduciant vende lui-même immédiatement le bien fiduciaire. En cela, POMPONIUS reconnaît implicitement que le fiduciant conserve un lien juridique particulier sur le bien fiduciaire.

En conclusion, nous considérons que NOORDRAVEN n'a présenté aucun argument permettant de contester valablement la thèse de LENEL, soutenue par la doctrine ultra-majoritaire (voir la liste des auteurs cités par NOORDRAVEN lui-même (1990), pp. 232 et 252, note 9; relevons en outre que KASER estime que POMPONIUS traite dans ce fragment en premier lieu de la *fiducia*, mais aussi du *pignus* (1982), p. 76, note 104), selon laquelle ce fragment se réfère à la *fiducia*.

> cause, forcer le créancier à vendre le bien fiduciaire: en effet, que peut-on dire dans le cas où la dette est moins élevée que la valeur du bien fiduciaire, et qu'on trouve occasion de vendre celui-ci plus cher qu'on ne pourrait le vendre par la suite? Or il vaut mieux dire qu'en pareil cas le débiteur qui a donné le bien en fiducie le peut vendre, et payer son créancier sur le prix qu'il en recevra; de manière cependant que le créancier sera tenu de montrer l'effet donné en fiducie, si c'est une chose mobilière, mais en se faisant donner ses sûretés par le débiteur: car il est déjà assez dur qu'on le force à vendre).

Il ressort clairement de ce passage que, même dans la *fiducia cum creditore*, le juge ne se limite pas à sauvegarder les intérêts du fiduciaire. Ainsi, s'il est démontré que le bien fiduciaire va perdre de la valeur, et qu'il est donc dans l'intérêt du fiduciant comme du fiduciaire de le vendre aussitôt, le fiduciant peut prendre l'initiative de le vendre, à la condition que tout ou partie du prix de vente serve à désintéresser le créancier-fiduciaire. Il faut cependant remarquer que cet avis complète sur un point important le principe dégagé dans la sentence de PAULUS que nous venons d'évoquer (2.13.3). Dans le cas visé par la sentence, l'acheteur paye le prix de vente au fiduciant et doit s'en remettre à sa bonne foi, car le fiduciant ne lui transfère la possession et la propriété de l'objet vendu qu'après les avoir lui-même recouvrées en désintéressant le fiduciaire avec le prix. POMPONIUS traite, quant à lui, de l'hypothèse dans laquelle le tiers-acheteur entend devenir tout de suite propriétaire du bien fiduciaire. Dans ce cas, le fiduciaire est obligé de consentir à cette vente («*invitum enim creditorem cogi vendere*») en transférant le bien à l'acheteur, avant même d'avoir été désintéressé par le fiduciant. Le fiduciaire a alors le droit d'exiger des sûretés du fiduciant («*cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda*»)[902].

Déniant au fiduciant un quelconque pouvoir de disposition spécifique sur le bien fiduciaire, LONGO affirme que, finalement, il n'était reconnu au fiduciant que le droit d'accomplir les actes juridiques que n'importe qui pouvait effectuer sur la chose d'autrui[903]. Mais le problème est mal posé en ces termes. Certes, il est vrai qu'en droit romain une personne avait la faculté de vendre valablement le bien appartenant à un tiers, puisque le vendeur n'était pas tenu d'en transférer la propriété à l'acheteur, mais seulement une possession paisible (*vacua possessio*)[904]. Cependant, la question est plutôt de savoir si cette vente, valable *inter partes*, est opposable au

---

902 Cf. JACQUELIN (1891), pp. 274s.
903 LONGO (1934), pp. 836s.
904 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), pp. 136 et 138.

propriétaire. Dans un cas usuel, elle ne l'est pas. Lorsque le propriétaire est en possession du bien, le vendeur ne dispose d'aucun moyen d'exiger de lui la possession de la chose. En conséquence, il ne pourra pas exécuter sa prestation et engagera sa responsabilité face à l'acheteur. Et même lorsque le vendeur parvient à transférer la possession de la chose à l'acheteur, le propriétaire ordinaire est en mesure d'en réclamer la restitution à celui-ci au moyen de l'action protégeant son droit de propriété (*rei vindicatio*), et d'agir contre le vendeur par le biais des actions pénales sanctionnant le vol.

En revanche, dans le cas de la fiducie, la vente est opposable, ne serait-ce même qu'indirectement, au propriétaire-fiduciaire. Les hypothèses traitées par PAULUS et POMPONIUS convergent en ce que les deux jurisconsultes affirment que la vente, valable *inter partes*, est en plus opposable au fiduciaire. Chez PAULUS, le fiduciaire est obligé, contre la remise du prix de vente, de transférer la possession du bien fiduciaire au fiduciant afin que celui-ci puisse honorer son obligation de livrer vis-à-vis de l'acheteur. Chez POMPONIUS, il est même forcé de vendre avant d'avoir été désintéressé. Dans les deux hypothèses, le fiduciaire, s'il n'obtempère pas, est condamné judiciairement, sans doute par le biais de l'*actio fiduciae*. Dans un cas usuel, c'est le vendeur et l'acheteur qui engagent leur responsabilité, alors que, en matière de fiducie, c'est le fiduciaire-propriétaire.

Il s'agit là d'un désaveu remarquable aux tenants d'une stricte opposition entre droit réel et droit obligationnel en matière de *fiducia*, puisque dans l'hypothèse d'une telle distinction, on voit mal comment le fiduciant, simple titulaire d'une créance basée sur le *pactum fiduciae*, aurait pu contraindre le fiduciaire, propriétaire absolu, à lui remettre le bien fiduciaire afin qu'il exécute son obligation de vendeur! A la lecture des deux sources susmentionnées, on ne peut s'empêcher de penser que la propriété conférée au fiduciaire est une propriété particulière, une propriété «fonctionnelle», car liée à un but bien déterminé, soit dans la *fiducia cum creditore*, la garantie d'une créance du fiduciaire. Les pouvoirs juridiques sur le bien fiduciaire sont exercés suivant les circonstances par le fiduciaire ou le fiduciant, pourvu que le but fiduciaire soit préservé.

b) Pouvoir de léguer le bien fiduciaire

Considérons maintenant deux textes de GAIUS relatifs au legs constitué par le fiduciant sur un bien donné en fiducie:

GAIUS, *Institutes*, 2.220:

Vnde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse nisi quod testatoris sit; nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. Itaque, si non suam rem eo modo testator legauerit, iure quidem ciuili inutile erit legatum; sed ex senatusconsulto confirmabitur. Aliquo tamen casu etiam alienam rem per praceptionem legari posse fatentur; ueluti si quis eam rem legauerit quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is cui ita legatum sit.

(D'où nous déduisons que, selon l'opinion de nos maîtres, on ne peut rien léguer par prélèvement qui ne soit propriété du testateur: en effet, dans cette instance, seules les choses héréditaires peuvent être produites. Aussi, si le testateur lègue de cette façon une chose qui ne soit pas à lui, le legs n'est-il pas valable en droit civil, mais il peut être validé en vertu du sénatus-consulte. Ils reconnaissent toutefois que dans certains cas on peut léguer par prélèvement même la chose d'un autre, par exemple si on a légué une chose qu'on avait transférée fiduciairement par mancipation à un créancier, car ils estiment que le juge est compétent pour contraindre les cohéritiers à dégager, une fois la dette payée, la chose en question, en vue de permettre au bénéficiaire d'un legs de la prélever).

GAIUS, D. 10.2.28 (*lib. 7 ad Edictum provinciale*)[905]:

Rem pignori <fiduciae> creditori datam, si per praeceptionem legaverit testator, officio judicis continetur, ut ex communi pecunia luatur, eamque ferat is cui eo modo fuerat legata.

(Si un testateur lègue par préciput à un de ses héritiers une chose qu'il a donnée en fiducie à son créancier, le juge doit ordonner que la chose soit dégagée avec l'argent de la succession, et passe ainsi à celui à qui elle a été léguée).

Sans étudier les problèmes de droit successoral, nous souhaitons souligner l'enseignement majeur de ces textes. Après avoir rappelé, dans la première partie du fragment 2.220, que, selon l'avis des jurisconsultes qu'il approuve, le legs *per praeceptionem* de la chose d'autrui est en principe nul, GAIUS précise que, toujours selon ses maîtres, le fiduciant fait partie des cas exceptionnels dans lesquels une personne est en droit de léguer la chose d'une autre. Le fiduciant peut, en effet, valablement constituer un legs sur le bien qu'il a transféré en garantie au fiduciaire. La seule condition pour que

[905] A noter que ce texte n'est pas considéré comme interpolé par LENEL (LENEL I (1960), p. 207, no 195), malgré les similitudes qu'il possède avec le passage de GAIUS, *Institutes*, 2.220.

le légataire soit en mesure d'acquérir effectivement ce bien réside dans le désintéressement préalable du fiduciaire par les héritiers.

Nous avons vu que, inversement, le fiduciaire a le pouvoir de constituer un legs au moyen du bien qui lui a été donné en fiducie.

PAULUS, *Sententiae receptae*, 2.13.6:

Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus uel extraneo legauerit, aduersus omnes heredes actio fiduciae competit.

(Si le créancier a légué à l'un des héritiers ou à un tiers un bien qui lui a été donné à titre fiduciaire, l'«actio fiduciae» peut être exercée contre tous les héritiers).

Ce fragment ne nous renseigne pas sur les circonstances dans lesquelles le fiduciaire a légué le bien fiduciaire. En particulier, on ignore si le fiduciant était d'accord avec la constitution de ce legs. Mais il nous intéresse ici surtout de préciser que le fiduciant n'est, en tous les cas, pas lésé par la constitution du legs, puisqu'il peut exercer l'*actio fiduciae* contre tous les héritiers du fiduciaire.

A partir de ces exemples également, l'on constate que le fiduciant conserve des pouvoirs juridiques importants sur le bien fiduciaire. De même, il apparaît une nouvelle fois que le droit de propriété du fiduciaire est fonctionnellement lié à un but particulier, soit, dans la *fiducia cum creditore*, à la garantie de la dette du fiduciant envers le fiduciaire[906].

2. Exercice partiel des droits nécessaires à la protection du bien fiduciaire (légitimation active à l'*actio furti*)

Cette fonctionnalité découle aussi clairement de trois fragments d'ULPIANUS, D. 47.2.14.5-7 (*lib.* 29 *ad Sabinum*), si l'on admet, à la suite d'ANKUM[907] et de KASER[908], qu'ils concernent la *fiducia*. En cas de vol du bien fiduciaire, nous verrons dans la section suivante que la peine pécu-

---

906 NOORDRAVEN (1990, p. 244) estime avec raison que, dans le cas de la *fiducia cum amico*, le fiduciant devait également être autorisé à léguer le bien fiduciaire, puisque ce bien était destiné à lui être restitué par le fiduciaire. Il est logique d'admettre une telle hypothèse dès lors que, dans la *fiducia cum amico*, l'opération fiduciaire est effectuée dans l'intérêt prépondérant du fiduciant.

907 Hans ANKUM, «<Furtum pignoris> und <furtum fiduciae>», in *Revue internationale des droits de l'Antiquité* (Bruxelles) 27 (1980), pp. 95ss, 106.

908 KASER (1982), pp. 244s.

niaire versée au créancier-fiduciaire devait être imputée sur le montant de la créance garantie. Mais les fragments ici examinés vont plus loin, puisqu'ils démontreraient que le fiduciant possédait lui-même la légitimation active pour intenter une action pénale contre le voleur, à concurrence de tout montant de la peine pénale supérieur à la dette du fiduciant garantie par le bien fiduciaire[909]. Voyons les paragraphes 6 et 7.

> *§6. Idem [Papinianus] scribit, si cum mihi decem deberentur, servus pignori <fiduciae> datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur: quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. Hoc ita, si sine culpa mea subripiatur: nam si culpa mea, quia interest, eo quod teneor pigneratitia <fiduciae> actione, agere potero. Quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit. Quam sententiam Pomponius quoque libro decimo ad Sabinum probat. §7. Idem [Papinianus et Pomponius] dicunt, et si duo servi subrepti sint simul, competere utriusque nomine furti actionem creditori: sed non in totum, sed pro qua parte in singulos diviso eo quod ei debetur, eius interest. Separatim autem duobus subreptis, si unius nomine solidum consecutus sit, alterius nihil consequetur.*
>
> (§6. Le même a écrit, lorsqu'il m'était dû dix, un esclave donné en fiducie a été soustrait; si par l'action de vol j'ai reçu dix, je n'aurai plus l'action de vol dans le cas où il serait dérobé une seconde fois; parce que je cesse d'avoir intérêt dès que j'ai reçu une fois le montant qui m'était dû. Cela est ainsi lorsque dans le vol il n'y a pas de faute de ma part: car s'il y a faute de ma part, par cela que j'ai intérêt étant soumis à l'action de la fiducie, je pourrai exercer l'action de vol. Mais s'il n'y a pas de faute venant de moi, sans aucun doute on donne l'action au débiteur, et on la refuse au créancier. Et Pomponius approuve cette opinion au livre dix sur Sabin. §7. Les mêmes disent, si deux esclaves ont été volés ensemble, le créancier a l'action de vol à raison de l'un et de l'autre, non pas pour le tout, mais pour la portion d'intérêt qui résulterait en partageant sur chacun d'eux la valeur de la dette. Mais si le créancier a reçu à raison d'un seul tout ce qui lui est dû, à raison de l'autre il n'aura rien).

Il résulte du §7 que si, au moyen d'une action pénale, le créancier a reçu un montant équivalent à celui de la créance garantie, il ne pourra plus prétendre à un quelconque dédommagement au cas où un deuxième esclave fiduciaire est dérobé séparément. Au §6, sans doute plus complexe, ULPIANUS rapporte l'avis de PAPINIANUS, approuvé par POMPONIUS, selon lequel, lorsque, à la suite d'un premier vol par le biais duquel le fiduciaire a obtenu un dédommagement pénal correspondant à la créance garan-

[909] Cf. KASER (1982), pp. 244ss.

tie, en survient un second, sans faute du créancier, le fiduciant est alors en droit d'exercer l'action pénale. Ce partage de la légitimation active à l'*actio furti* n'étonne pas KASER: «haben doch die Römer das bloss formale Eigentum des Fiduziars, wie sich verschiedentlich zeigt, mit Rücksicht auf die blosse Pfandfunktion der *fiducia cum creditore contracta* nicht überschätzt»[910].

3. Exercice du droit de demander le partage (*actio communi dividundo*)

On mentionnera, enfin, dans ce contexte un fragment d'ULPIANUS, D. 10.3.7.3 (*lib.* 20 *ad Edictum*) que certains auteurs, dont LENEL[911], rattachent à la *fiducia cum creditore*:

> *Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat: si tamen iusta causa est possidendi, utile communi dividundo competit; utputa, si ex causa indebiti soluti res <ex causa debiti soluti fiducia> possideatur.*
>
> (Cependant, dans les cas dans lesquels une action en revendication n'est pas possible, une action en partage est accordée par analogie à celui qui peut se prévaloir d'une possession légitime, par exemple lorsqu'il possède un bien fiduciaire dont la dette qu'il garantit a été réglée).

Ce texte traite des conditions dans lesquelles une personne qui ne possède pas de titre formel de propriété sur un bien a tout de même le droit d'en exiger le partage par l'action en division d'une copropriété (*actio communi dividundo*). Selon OERTMANN, ce fragment tendrait à démontrer que, lorsqu'un bien fiduciaire appartenant originairement à plusieurs fiduciants se trouve, après acquittement de la dette garantie, en la possession de l'un d'eux, il peut être l'objet d'une action en partage de la propriété entre les divers fiduciants, alors même que le fiduciaire en est toujours le propriétaire formel[912]. Encore une fois, le titre formel de propriété n'est pas déterminant. Ce qui compte, c'est d'être au bénéfice d'un intérêt juridique qui soit jugé légitime et digne de protection. Ce qui est le cas des fiduciants quand la dette garantie a été soldée.

---

910 KASER (1982), p. 245.

911 Cf. LENEL II (1960), p. 539, no 642 et OERTMANN (1890), p. 45.

912 Cf. OERTMANN (1890), p. 45.

D. Rapports juridiques fiduciant-fiduciaire

D'innombrables sources confortent l'idée que la propriété formelle attribuée au fiduciaire est une propriété finalisée, affectée à la réalisation d'un but déterminé. Aussitôt ce but atteint, le droit du fiduciaire perd toute légitimité, toute consistance vis-à-vis du fiduciant. Pendant la durée de la fiducie, le fiduciant demeure titulaire de la valeur patrimoniale du bien fiduciaire (sous-section 1); il peut s'emparer de ce bien, à tout moment et en toute circonstance, selon les règles de l'*usureceptio* (sous-section 2); il est au bénéfice, dans la *fiducia manumissionis causa*, d'un droit de rétractation unilatéral (sous-section 3); il reste possesseur aux fins de l'*usucapio* (sous-section 4); finalement, il est considéré par les juristes romains comme le véritable «maître» (*dominus*) du bien fiduciaire (sous-section 5). Les conclusions susmentionnées seraient bien étranges si elles ne caractérisaient que les rapports juridiques entre le fiduciant et le fiduciaire, dans les *fiducia cum creditore* ou *cum amico*. On peut cependant établir de nombreuses analogies avec les relations femme-mari, eu égard à la dot, et avec les relations pupille-tuteur (sous-section 6).

1. Le fiduciant reste titulaire de la valeur patrimoniale du bien fiduciaire

Nous venons de voir que la titularité juridique du bien fiduciaire, soit le droit sur la chose, est fonctionnellement partagée entre le fiduciaire et le fiduciant. Qu'en est-il de la valeur de la chose, du droit à la chose? Il s'agit ici d'examiner la *fiducia* du point de vue de l'affectation patrimoniale du bien fiduciaire. Quelques éléments d'appréciation sur la notion de patrimoine en droit romain serviront d'introduction.

La notion de patrimoine existe déjà en droit romain, mais elle n'a pas une acception aussi abstraite qu'en droit moderne[913]. Etymologiquement, le terme «patrimonium» désigne l'ensemble des biens appartenant au *pater familias*, lequel représente dans l'ancien droit romain l'unique sujet de droit[914]. Cependant, les sources juridiques archaïques à notre disposition, telles les XII Tables, qualifient de «familia» ou «pecunia» l'agrégat de biens

[913] Cf. COLLINET (1940), p. 404.
[914] Cf. ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), p. 487 et BIONDI (1957), p. 615.

du *pater*[915]. Les éventuelles dettes du *pater* ne sont pas incluses dans cette première notion de patrimoine[916].

L'idée qu'il existe un lien étroit entre les biens et les dettes d'un individu est toutefois reconnue assez tôt dans deux domaines importants, ceux du droit successoral et de l'exécution forcée[917]. En matière successorale, on estima très vite que l'usucapant des biens corporels de la succession était tenu de rendre le culte aux ancêtres et de rembourser certains créanciers du *de cujus*[918]. Puis, suite à une longue évolution, le droit classique consacra la notion générale d'héritier, lequel fut considéré comme prenant la place du défunt, à la tête de son patrimoine et comme étant investi de la situation juridique du *de cujus* (*successio in locum et ius*); il succède donc aux droits et obligations de celui-ci[919]. Mais il semblerait qu'il n'y eut jamais de coïncidence complète entre l'*hereditas* et le patrimoine du défunt: d'une part, les dettes du défunt n'en faisaient pas partie (la «responsabilité» des héritiers pour les dettes du défunt est un concept différent de la titularité juridique de ces mêmes dettes), et, d'autre part, il existait certains droits qui, de par leur caractère strictement personnel, étaient traités comme des biens intransmissibles[920]. En matière d'exécution forcée, le principe que le débiteur est responsable de ses dettes, sur l'ensemble de ses biens qui constituent le gage commun de ses créanciers, découla de la création vers l'an 118 av. J.-C. de la *venditio bonorum*, sorte de procédure de faillite, par le préteur Rutilius RUFUS[921]. La vente des biens du débiteur avait pour effet de substituer l'acquéreur, le *bonorum emptor*, à la tête du patrimoine du débiteur défaillant. Il s'agit d'un exemple de transmission du patrimoine entre vifs, dans la mesure où l'acquéreur succédait à tous les droits, et d'une manière limitée, aux obligations du débiteur[922].

---

915 Cf. BIONDI (1957), p. 615.

916 Cf. MONIER I (1977), p. 347.

917 Cf. MONIER I (1977), p. 348.

918 Cf. GAIUS, *Institutes*, 2.54-55.

919 Cf. MONIER I (1977), p. 448. ULPIANUS, D. 50.17.59 (*lib.* 3 *Disputationum*): *Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat.* (Il est certain que l'héritier a les mêmes droits et les mêmes avantages qu'avait le défunt auquel il succède). Cf. aussi SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 195: «Les dettes contractées par le défunt ne représentent guère des parties du patrimoine au sens strict et ne peuvent figurer dans les actifs de l'héritage. Mais dans la succession, considérée comme une accession à la place du défunt – *succedere in locum* – on les reliait en bonne logique au patrimoine en tant que charges passives desquelles l'héritage ne pouvait se débarrasser».

920 Cf. GUARINO (1997), pp. 446ss.

921 Cf. MONIER I (1977), p. 348 et PETER (1996), pp. 452s.

922 Cf. MONIER I (1977), pp. 171ss.

Cependant, ces développements pratiques essentiels n'eurent apparemment pas d'influence directe sur la notion même de patrimoine. Ainsi, la jurisprudence classique concevait-elle encore le patrimoine (qualifié de *patrimonium*, ou *substantia*, ou *facultates*, ou *bona*, ou encore *pecunia*) comme l'ensemble des actifs d'un individu, sans prendre en compte les passifs[923]. ULPIANUS nous donne une définition du terme *bona* que l'on a souvent considérée comme représentant la *communis opinio* en la matière.

ULPIANUS, D. 50.16.49 (*lib.* 59 *ad Edictum*):

Bonorum appellatio aut naturalis, aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est, beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.

(Le terme de biens s'entend de ceux que l'on possède naturellement ou d'après la fiction du droit civil. On entend par possession naturelle celle dont on est gratifié par la nature, c'est-à-dire qui vient du patrimoine et procure une aisance propre à rendre heureux. Mais on doit observer que dans le nombre des biens, on fait entrer non seulement ceux dont on a la propriété naturelle, mais aussi ceux que l'on possède de bonne foi, et dont on n'a que la superficie. On met également au nombre des biens ce que l'on a acquis par actions, demandes et poursuites: car toutes ces choses que nous obtenons de cette manière sont censées être civilement dans nos biens).

Selon cette définition, font ainsi partie du patrimoine l'ensemble des biens – ayant une valeur économique – qui sont l'objet d'une jouissance exclusive, ainsi que l'ensemble des pouvoirs destinés à l'obtention ou à la conservation de ces biens[924]. Mais la jurisprudence ne renonça pas à tenir compte de l'existence de dettes éventuelles (*incommoda*), afin de déterminer si l'individu en question disposait ou non, sur le plan économique, d'un «actif patrimonial»[925]. L'opinion selon laquelle il ne fallait admettre comme constituant les biens d'un individu que ce qui reste, après déduction des dettes, se développa[926]. La conception du droit moderne, envisageant le patrimoine comme une universalité juridique qui comprend tant les actifs que

923 Cf. GUARINO (1997), pp. 297s et COLLINET (1940), pp. 377ss.

924 Cf. GUARINO (1997), p. 297.

925 Cf. GUARINO (1997), p. 298.

926 Cf. PAULUS, D. 50.16.39.1 (*lib.* 53 *ad Edictum*): *Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt.* (On ne doit entendre par les biens de quelqu'un que ce qui lui en reste après ses dettes payées).

les passifs d'un individu, ne fut cependant dégagée en droit romain qu'à l'époque postclassique, en matière successorale[927]. MONIER résume ainsi l'évolution que subit la notion de patrimoine en droit successoral: «à l'époque classique, on expliquait les droits et les obligations de l'héritier, par l'idée qu'il succédait au défunt dont il occupait la situation juridique, et l'on voyait dans l'hérédité, le *ius successionis*, le droit de succéder au *de cujus*, aussi bien vis-à-vis des choses dont il était le propriétaire, qu'à l'égard de ses créanciers ou de ses débiteurs. Au Bas-Empire, au contraire, on explique la situation de l'héritier par le fait qu'il a recueilli une *universitas*, une universalité comportant l'ensemble des droits et des obligations du défunt»[928]. En revanche, le droit romain connut depuis des temps anciens d'autres universalités juridiques que le patrimoine général d'un individu, telle la dot, qui, comme nous le verrons, constituait une sorte de «patrimoine d'affectation»[929], dont la titularité juridique était confiée au mari[930].

Revenant sur l'analyse de la *fiducia*, il faut préciser que nous devrons encore une fois recourir aux sources relatives à la *fiducia cum creditore*. Dans une telle fiducie, le fiduciaire reçoit la titularité juridique sur le bien fiduciaire, dans le but de garantir le montant de la créance qu'il possède contre le fiduciant. Il dispose, en conséquence, d'un droit potentiel à la chose, qui dépend, dans son principe, des dispositions particulières convenues avec le fiduciant (délai de paiement, *ius vendendi*, *lex commissoria*...), et dans son intensité, du montant de sa créance. Il s'agit d'un droit à la chose conditionné et limité. D'une certaine manière, on peut considérer que la valeur du bien fiduciaire ne se trouve chez lui qu'en «dépôt». Tout se passe comme si ce bien demeurait économiquement dans le patrimoine du fiduciant.

Le caractère limité du droit à la chose du fiduciaire ressort des fragments suivants:

---

927 Cf. MONIER I (1977), p. 348. Selon GUARINO (1997), p. 297, note 22.4, le concept post-classique du patrimoine a notamment pour base un texte d'AFRICANUS, D. 50.16.208 (*lib.* 4 *Quaestionem*): *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulas res demonstrat.* (Le terme de biens, ainsi que celui d'hérédité, s'entendent de l'universalité des biens et du droit de succéder à titre universel, et non pas des choses particulières).

928 MONIER I (1977), p. 451.

929 Cf. COLLINET (1940), p. 387.

930 Cf. *infra*, pp. 249ss.

PAULUS, *Sententiae receptae*, 2.13.1:

Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo aduersus eum habet actionem.

(Le débiteur dispose d'une action contre le créancier-fiduciaire pour récupérer l'excédent lorsque celui-ci, à défaut de paiement, a vendu le bien fiduciaire et en a retiré plus que le montant de sa créance).

On trouve dans ce texte le célèbre principe du devoir de restitution du *superfluum*. Le créancier-fiduciaire a le pouvoir d'aliéner valablement le bien fiduciaire. Mais, dans le prix de vente payé par le tiers, tout montant supérieur à la valeur garantie revient au fiduciant (cf. aussi, *Digeste* 13.7.24.2, ULPIANUS, *lib. 30 ad Edictum*)[931].

PAULUS, D. 13.7.7 (*lib. 2 Sententiarum*):

Si autem tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras, debitori hoc nomine praestare cogendus est.

(Mais si le créancier paye trop tard à son débiteur ce surplus qu'il a gardé en dépôt, il en doit encore les intérêts, parce qu'il est resté en demeure).

Il est intéressant de noter que, selon ce passage, le *superfluum* n'est qu'en dépôt chez le créancier-fiduciaire. Par ailleurs, en cas de demeure, le fiduciaire est aussi redevable des intérêts produits par le *superfluum* (POMPONIUS, D. 13.7.6.1 [*lib. 35 ad Sabinum*])[932].

En qualité de titulaire juridique du droit sur la chose, le fiduciaire est également propriétaire des profits et fruits générés par le bien fiduciaire. OERTMANN a toutefois bien vu que cette approche purement formelle n'était pas suffisante: «Als Eigentümer der Hauptsache hinderte ihn [der Fiduziar] dann nichts, auch an allen diesen Erträgnissen Eigentum zu erwerben. Eine andere Frage aber ist es, ob er dieselben auch dem ökonomischen Effekt nach endgültig lukrieren durfte?»[933]. Il résulte, en effet, de

---

931 ... *Quod si accepit jam pecuniam, superfluum reddit.* (...Mais si le créancier a déjà reçu le prix, il doit rendre la somme qui excède la dette). Cf. LENEL II (1960), p. 619, no 904.

932 *Si creditor pluris fundum pigneratum <fiduciae datum> vendiderit, si id foeneret, usuram ejus pecuniae praestare debet ei qui dederit pignus <fiduciam>. Sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet. Quod si eam depositam habuerit, usuras non debet.* (Si le créancier vend le bien fiduciaire plus que la dette, et place ce surplus à intérêts, il doit compter des intérêts de ce surplus à son débiteur; s'il a lui-même employé cet argent à son usage, il en doit l'intérêt au débiteur; s'il l'a gardé à titre de dépôt, il ne doit point d'intérêts). Cf. LENEL II (1960), p. 147, no 798.

933 Cf. OERTMANN (1890), p. 184.

nombreuses sources concordantes, que ces avantages reviennent, substantiellement, au fiduciant en ce qu'ils diminuent d'autant le montant du droit à la chose du fiduciaire.

PAULUS, *Sententiae receptae*, 2.13.2:

Quidquid creditor per fiduciarium seruum quaesiuit, sortem debiti minuit.

(Tout profit procuré au créancier par l'esclave qui lui a été transféré à titre fiduciaire doit être imputé sur la dette).

Le créancier-fiduciaire est bien propriétaire de l'esclave qui lui a été mancipé. Le fiduciant demeure cependant titulaire de la valeur patrimoniale de l'esclave, puisque les profits procurés par celui-ci au fiduciaire sont à imputer sur la dette garantie[934].

ULPIANUS, D. 13.7.22.2 (*lib.* 30 *ad Edictum*)[935]:

Si praedo rem pignori <fiduciae> dederit, competit ei, et de fructibus pigneratitia <fiduciae> actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt, et consumpti condici): proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit.

(Si un possesseur donne en fiducie la chose d'un autre qu'il possède de mauvaise foi, il aura l'action de fiducie même relativement aux fruits perçus, quoiqu'ils ne lui appartiennent pas: en effet, le maître ne peut revendiquer les fruits pendants par racines et exercer une action personnelle pour se faire rendre la contre-valeur des fruits qui ont été consommés, que contre le possesseur de mauvaise foi. Le possesseur de mauvaise foi profitera donc de ce que le créancier était possesseur de bonne foi).

La compréhension de ce fragment que nous avons déjà examiné dans un autre contexte nécessite une explication préalable sur le régime juridique de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi de la chose frugifère.

---

934 Concernant l'imputation de la valeur des fruits perçus par le fiduciaire sur le montant de la dette du fiduciant, FREZZA (1963), p. 58, cite un extrait du *Codex*, 4.24.2 (Imp. Alexander A. VICTORINO): *Creditor, qui praedium pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet* ... (Le créancier qui a possédé un héritage à titre de gage, est obligé de diminuer la dette de la valeur des fruits qu'il a perçus ou qu'il aurait dû percevoir...).
NOORDRAVEN (1990, p. 244) explique le droit attribué au fiduciant de profiter des fruits et autres avantages du bien fiduciaire par le caractère temporaire du transfert de propriété au fiduciaire. Il pense que ce droit s'est développé dans la *fiducia cum creditore* sans dépossession du fiduciant, celui-ci étant en droit de conserver les fruits du bien fiduciaire, soit en vertu d'un pacte, ou alors, de par son statut de précariste.

935 Cf. LENEL II (1960), p. 618, no 902.

Ce dernier, bien qu'il ne soit pas propriétaire de la chose, acquiert la propriété des fruits dès leur séparation[936]. En revanche, le possesseur de mauvaise foi, qui ne bénéficie pas de cet avantage, est tenu de restituer au propriétaire les fruits encore possédés, ainsi que la contre-valeur des fruits consommés, ou de ceux que le possesseur de mauvaise foi aurait dû ou pu percevoir[937]. Dans le cas d'espèce, le fiduciaire, en qualité de possesseur de bonne foi de la chose frugifère, est devenu propriétaire des fruits que le maître ne peut, en conséquence, pas revendiquer. Mais, en vertu du rapport fiduciaire qui le lie au fiduciaire, le fiduciant est en droit de réclamer à ce dernier la contre-valeur de ces fruits.

Cet avis confirme la règle selon laquelle le fiduciant est titulaire de la valeur des fruits produits par le bien fiduciaire. Que, dans l'hypothèse décrite par ULPIANUS, le fiduciaire ne soit que possesseur de bonne foi, et non propriétaire, du bien fiduciaire, comme dans les cas usuels, ne change rien, étant donné que, dans les deux cas de figure, le fiduciaire est propriétaire des fruits. ULPIANUS observe avec finesse que le fait pour le fiduciant d'avoir donné en fiducie une chose frugifère à un fiduciaire, possesseur de bonne foi, lui profite, puisque la contre-valeur des fruits lui revient, alors que tel n'aurait évidemment pas été le cas s'il avait conservé la possession – vicieuse – du bien frugifère. Demeurent bien sûr réservées les diverses actions, notamment pénales, que le maître est en droit d'exercer à l'encontre du fiduciant.

Est aussi imputé *ipso iure*[938] sur la dette tout ce que le créancier fiduciaire a touché, suite au vol du bien fiduciaire par un tiers, par l'action pénale du vol ou l'action en restitution d'une chose volée (ULPIANUS, D. 13.7.22 pr [*lib.* 30 *ad Edictum*])[939]. En revanche, ULPIANUS précise dans le même fragment, en se référant expressément à l'avis de PAPINIANUS[940],

---

936 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 201.

937 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 211.

938 Cf. KASER (1982), p. 246.

939 Cf. LENEL II (1960), p. 618, no 902. *Si pignore subrepto <fiducia subrepta> furti egerit creditor, totum quicquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur...* (Si, le bien fiduciaire ayant été volé, le créancier a reçu quelque chose en vertu de l'action pénale du vol qu'il aura intentée, Papinien concède qu'il doit imputer tout ce qu'il a touché à cette occasion sur ce qui lui est dû...).

940 Cf. PAPINIANUS, D. 47.2.80 (*lib.* 9 *Quaestionum*); cf. LENEL I, p. 831, no 168: *Si debitor pignus <fiduciam> subripuit, quod actione furti solvit, nullo modo recipit.* (Si le débiteur a dérobé le bien fiduciaire, ce qu'il a payé par l'action de vol, il ne pourra aucunement le redemander).

que ce devoir d'imputation n'existe pas lorsque le vol a été commis par le fiduciant lui-même[941]. N'est, de même, pas à imputer la somme reçue par le fiduciaire suite à une *actio quod metus causa* qu'il a intentée contre le fiduciant (ULPIANUS, D. 13.7.22.1 [lib. 30 *ad Edictum*]). Ces deux dernières solutions sont pleines de bon sens, car l'on voit mal pourquoi le fiduciant devrait bénéficier d'un acte illicite qu'il a lui-même perpétré et récupérer d'un côté ce qu'il a payé de l'autre, à titre de sanction pénale!

En outre, si l'on suit la reconstitution de SCHULZ[942], un fragment de TRYPHONINUS (D. 41.1.63.4)[943] indiquerait que la moitié de la valeur du trésor[944] découvert par le créancier-fiduciaire dans le terrain qui lui a été

---

941 Cf. ULPIANUS, D. 13.7.22 pr: ...*Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori, vel condictione, an debito sit imputandum, videamus? Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est, et traditum. Et ita Papinianus libro nonno quaestionum ait.* (...Mais si c'était le débiteur lui-même qui eût volé le gage au créancier, et qu'il lui eût payé quelque chose en vertu de l'action pénale ou de l'action en restitution de la chose volée, le créancier serait-il obligé d'imputer sur sa dette ce qu'il aurait reçu? Tout le monde convient que le créancier ne doit pas lui rendre ce qu'il a perçu en conséquence de l'action pénale du vol. C'est aussi le sentiment de Papinianus au livre neuf des questions).

942 SCHULZ (1914), pp. 96s, approuvé par RICCOBONO (1929), p. 518. Au contraire, selon LENEL, ce fragment non interpolé concerne le *pignus* et non la *fiducia cum creditore* (LENEL II (1960), p. 359, no 19).

943 TRYPHONINUS, D. 41.1.63.4 (lib. VII, *Disputationum libri XXI*): *Quod si creditor <in agro fiduciae dato> invenerit, in alieno <suo> videbitur invenisse: partem itaque sibi, partem debitori praestabit <totum itaque adquiret>, nec <sed> recepta pecunia restituet, quod iure inventoris <creditoris>, non creditoris <inventoris> ex thesauro apud eum remansit. Quae cum ita sint, et cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii, [intra constitutum luendi tempus pignoris causa vertitur: post transactum autem tempus thesaurum in eo inventum ante solutam pecuniam totum tenebit. Oblato vero intra constitutum tempus debito, quoniam universa praestantur atque in simplici petitore revocantur] <thesaurum in eo inventum totum adquiret. Oblato vero intra annum debito>, restitui debebit, sed pro parte sola, quia dimidium inventori semper placet relinqui.*

(Si un créancier à qui le débiteur a transféré un fonds agricole à titre de garantie trouve un trésor dans ce fonds, c'est comme s'il le trouvait dans son propre fonds. Il en acquerra la totalité pour lui, mais quand le débiteur le paiera, il devra lui restituer le trésor, car il a gardé celui-ci à titre de créancier et non d'inventeur. Cela étant ainsi, supposons que le créancier ait obtenu de l'Empereur le droit de s'approprier définitivement le fonds qu'il a reçu à titre de gage, et qu'il trouve ensuite un trésor dans le fonds avant que le débiteur l'ait payé, ce trésor lui appartient alors en entier. Néanmoins, si le débiteur offre de payer dans le délai d'une année, le créancier sera obligé à restitution, parce qu'il est obligé de lui rendre tout ce qui compose le fonds. Mais il ne sera obligé à restitution que pour la moitié, car il y a toujours une moitié qui appartient à celui qui trouve).

944 PAULUS, D. 41.1.31.1 (lib. 31 ad Edictum) a donné une définition célèbre du trésor: *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat...* (Un trésor est un ancien dépôt d'argent dont on ne connaît plus l'auteur, en sorte qu'il n'a plus de propriétaire...).

transféré à titre de garantie revient au fiduciant, l'autre moitié étant acquise au fiduciaire à titre d'inventeur[945]. Il faut ici préciser que, selon le régime juridique défini par l'Empereur HADRIEN au début du II^e siècle, l'inventeur était titulaire de la moitié de la valeur du trésor découvert sur un fonds appartenant à un tiers, l'autre moitié revenant au propriétaire du fonds[946]. En suivant une approche purement formelle, le fiduciaire aurait pu prétendre à l'intégralité de la valeur du trésor, soit une moitié à titre d'inventeur, et l'autre moitié à titre de propriétaire du fonds. Mais le fiduciant est considéré en la circonstance comme le propriétaire matériel du fonds, puisqu'il a droit à la moitié de la valeur du trésor. Quant au fiduciaire, en bénéficiant de l'autre moitié, il profite du régime applicable à n'importe quel inventeur, comme, par exemple, un ouvrier travaillant sur le fonds.

Par ailleurs, il va de soi que la valeur du bien fiduciaire était susceptible d'évoluer pendant la durée du rapport fiduciaire. Or, c'est bien le fiduciant qui bénéficiait d'une hausse ou pâtissait d'une perte. Lors d'un cas fortuit, la doctrine admet que ce n'était pas, comme le voudrait la règle *casum sentit dominus*, le propriétaire du bien, soit le fiduciaire, mais bien le fiduciant qui bénéficiait des profits et supportait les risques[947]. En cas de dommage dû à la faute du fiduciaire, celui-ci devait dédommager le fiduciant, puisque la valeur patrimoniale du bien fiduciaire avait chuté. Ainsi, le fiduciaire était tenu de dédommager le fiduciant des pertes résultant du mauvais entretien

---

945 Selon SCHULZ (1914), pp. 108ss, TRYPHONINUS aurait comparé dans ce fragment le régime juridique du trésor découvert par le fiduciaire (première partie), à celui du trésor découvert par un simple créancier-gagiste (deuxième partie). Dans les deux cas, la solution est la même: «in beiden Fällen ist der Gläubiger Eigentümer, in beiden Fällen hat er aber revokables Eigentum, denn beidemal kann der Schuldner seine Sache auslösen» (SCHULZ (1914), p. 111).

946 Cf. TALAMANCA (1990), p. 416.

947 Cf. RUDORFF (1873), p. 66 et LENEL (1882), pp. 109s, approuvé par JACQUELIN (1891), p. 180, lequel déduit cette règle d'une interprétation *a contrario* du D. 13.7.22. pr (ULPIANUS, [lib. 30 *ad Edictum*]), dont nous avons examiné un extrait à propos de la légitimation active à l'*actio furti* et à la *condictio furtiva*. Selon JACQUELIN, la décision d'ULPIANUS indiquant que le créancier-fiduciaire doit imputer sur la dette le produit de l'*actio furti,* alors même que le vol est arrivé par sa faute, n'a de sens que si, dans le cas où le vol n'est pas dû à la faute du créancier, le risque est à supporter par le fiduciant. Selon OERTMANN (1890), pp. 180s, il résulte du principe de la bonne foi que le fiduciaire ne pouvait être tenu des cas fortuits pour la disparition d'un bien sur lequel il exerçait son droit de propriété également dans l'intérêt du fiduciant. De plus, lorsque le bien fiduciaire était détruit par cas fortuit, le droit de propriété du fiduciaire s'éteignait. Une *actio fiduciae* à son encontre aurait été vouée à l'échec, dès lors que l'on ne pouvait lui reprocher de ne pas avoir agi, *ut inter bonos*...

du bien fiduciaire, telle l'altération de la santé des esclaves par suite d'un mauvais traitement (cf. ULPIANUS, D. 13.7.24.3 [*lib.* 30 *ad Edictum*])[948].

Inversement, nous avons vu que si le fiduciaire faisait des dépenses nécessaires à la conservation ou des impenses augmentant la valeur de la chose, il avait le droit d'en demander le remboursement au fiduciant, par le biais de l'*actio contraria*[949]. Voilà un cas singulier dans lequel le propriétaire formel d'un bien peut réclamer à un tiers le remboursement des dépenses nécessaires effectuées sur ce bien[950]!

L'ensemble des sources susmentionées démontrent que le bien fiduciaire est considéré comme restant matériellement dans le patrimoine du fiduciant. Cette constatation est confortée par un fragment relatif au legs constitué par le fiduciaire sur les biens qui lui ont été donnés en fiducie:

PAPINIANUS, D. 33.10.9.2 (lib. 7 *Responsorum*)[951]:

Supellectili sua omni legata, acceptum argentum pignori <fiduciae> non continebitur: quia supellectilem suam legavit: utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem, ac restituendae rei vinculum.

(Un testateur ayant légué tous ses meubles, on a décidé que des meubles d'argent qui lui avaient été donnés en fiducie n'appartiendraient pas au

---

948 LENEL II (1960), p. 619, no 904: *In pigneratitio <fiduciae> judicio venit, et si res pignori <fiduciae> datas male tractavit creditor, vel servos debilitavit...* (Le créancier est soumis à l'action de la fiducie relativement au mauvais traitement qu'il a fait au bien fiduciaire, s'il a altéré la santé des esclaves...).

949 PAULUS, *Sententiae receptae*, 2.13.7: *Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quae impendit, iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium.* (Si le créancier a fait des impenses augmentant la valeur du bien fiduciaire, pour récupérer ses dépenses, il tiendra le débiteur obligé par une action de fiducie). Voir aussi, POMPONIUS, D. 13.7.8 pr (*lib. 35 ad Sabinum*). Cf. OERTMANN (1890), p. 188.

950 Cf. KEMENES (1985), p. 257.

951 Selon OERTMANN (1890), pp. 37ss, il ne fait pas de doute que ce fragment concerne la *fiducia*. NOORDRAVEN (1990, pp. 243 et 258, note 58) admet lui aussi que ce texte se référait à l'origine à la *fiducia*, mais estime que la phrase «quia supellectilem suam legavit» a été rajoutée par les compilateurs, car selon lui, les biens fiduciaires appartiennent au fiduciaire et sont donc tout autant «suum» que les autres biens constituant son patrimoine. A notre avis, c'est bien la nature particulière de la propriété sur les biens fiduciaires qui explique pourquoi ceux-ci ne peuvent être légués sans réserves. Cette phrase le démontre: les biens fiduciaires sont la propriété du fiduciaire, mais ils ne sont pas considérés comme «suum», étant soumis au rapport de fiducie.
A noter que LENEL I (1960), p. 914, no 585, laisse la question ouverte de la référence de ce texte à la *fiducia*, mais ne considère pas que le passage «quia... legavit» a été rajouté par les compilateurs.

légataire; parce qu'il a légué ses propres meubles. Naturellement, ces meubles d'argent n'étaient pas à l'usage du créancier selon la volonté du débiteur, mais lui étaient donnés à cause de la parole donnée dans le contrat et du lien l'obligeant à restituer ces choses).

Selon PAPINIANUS, lorsque le fiduciaire lègue tous ses meubles, les meubles qui lui ont été donnés en fiducie ne sont compris dans le legs, et en conséquence appartiennent au légataire, que si le fiduciant a autorisé un tel emploi («utique si non usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit»). Les biens fiduciaires forment ainsi une masse distincte à l'intérieur du patrimoine du fiduciaire[952]. Il existe donc un régime juridique différencié pour les biens que le fiduciaire possède en pleine propriété et ceux qu'il possède dans le cadre du rapport fiduciaire. Pour ces derniers, on est en présence d'une propriété particulière, liée au but fiduciaire. PAPINIANUS nous donne la raison de cette distinction: les biens fiduciaires n'ont pas été transférés au fiduciaire pour qu'il en fasse un usage personnel, mais en raison de la parole qu'il a donnée et du lien l'obligeant à les restituer. On retrouve ainsi dans ce fragment les notions de *fides* et de *remancipatio*.

Il faut distinguer de l'hypothèse traitée par PAPINIANUS, soit le legs constitué par un fiduciaire sur un bien fiduciaire, le cas mentionné par PAULUS, dans lequel c'est un testateur, qui, après avoir légué un bien, le «donne» en fiducie, en qualité de fiduciant:

PAULUS, *Sententiae receptae*, 3.6.16:

Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciae dederit, ex eo voluntatem mutasse non videtur.

(Le testateur qui, après avoir légué une chose, l'aura donnée en gage ou en fiducie, ne sera pas considéré comme ayant changé de volonté).

PAULUS affirme que la fiducie-sûreté a été valablement constituée. En particulier, le transfert fiduciaire n'est pas considéré comme une résolution du legs, dont il n'affecte pas la validité[953]. Cela est compréhensible puisque

952 Dans ce sens, RICCOBONO (1929), p. 517. NOORDRAVEN (1990, p. 243) reconnaît que les biens que le fiduciaire a reçus à titre fiduciaire ont une place particulière, «eine gewisse Sonderstellung», dans le patrimoine de celui-ci.

953 Cf. RUDORFF (1873), p. 71 et ERBE (1940), p. 81, lequel voit dans cette sentence une référence à un décret des Empereurs SEVERUS et ANTONINUS, assemblé au *Codex* 6.37.3: *Qui post testamentum factum praedia quae legavit, pignori vel hypothecae <fiduciae> dedit, mutasse voluntatem [circa legatoriorum personam] non videtur. Et ideo [etiam si in personam actio electa est:] recte placuit ab herede praedia liberari.* (Celui qui, après avoir fait son testament, a grevé de gage ou donné en fiducie les fonds qu'il avait légués, n'est pas réputé par cela seul avoir changé de volonté. C'est pourquoi

le fiduciant n'attribue au fiduciaire qu'un titre formel, mais pas la valeur du bien fiduciaire. On ne peut donc voir dans la constitution de cette fiducie-sûreté une volonté de priver l'héritier de la substance du legs.

Il convient à ce stade de citer un texte, dont on reconnaît généralement qu'il se référait à l'origine à la *fiducia*[954].

MARCELLUS, D. 13.7.34 (*lib. singulari Responsorum*):

Titius, cum credidisset pecuniam Sempronio, et ob eam pignus <fiduciam> accepisset, futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur: petiit à creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet; et cum impetrasset, epistolam qua se vendidisse fundum creditori significaret emisit. Quaero an hanc venditionem debitor revocare possit, offerendo sortem, et usuras quae debentur? Marcellus respondit, secundum ea quae proposita essent, revocare non posse.

(Titius, ayant prêté une somme à Sempronius, reçut de lui un bien à titre fiduciaire. Ce bien allait être vendu par le créancier faute de paiement. Le débiteur excita le créancier à acheter lui-même le fonds qu'il avait en fiducie, moyennant un certain prix; ceci étant convenu, il écrivit une lettre à son créancier dans laquelle il lui marquait qu'il lui vendait ce fonds. On demande si le débiteur peut faire annuler cette vente en offrant le principal et les intérêts? Marcellus a répondu que, suivant l'exposé, il ne le pouvait pas).

Selon ce fragment, le débiteur-fiduciant ne pouvait faire annuler la vente du bien fiduciaire qu'il avait lui-même consentie au créancier-fiduciaire, alors en possession du bien, ce qui sous-entend qu'une telle vente était parfaitement valable. Ainsi, alors même que le fiduciaire avait acquis par la *mancipatio* la propriété du bien fiduciaire, le fiduciant était en droit de le lui vendre, vraisemblablement au prix correspondant à sa valeur, diminué du montant de la créance de base du fiduciaire. La doctrine traditionnelle, perturbée par la teneur de ce texte, a cherché à en relativiser l'importance[955].

---

il a été très justement ordonné que dans le cas où les légataires agiraient contre les héritiers, ces derniers seraient tenus de dégrever les fonds légués).

954 Cf. ERBE (1940), p. 63; LENEL I (1960), pp. 634s, no 278 et OERTMANN (1890), p. 36.

955 Cf., par exemple, BIONDI (1920), p. 134, note, lit b, qui estime que la vente du bien fiduciaire du fiduciant au fiduciaire était nulle, car il s'agissait d'une *emptio rei suae*. Mais il ne cite que des sources relatives au *pignus* (*Fragmenta Vaticana* 9 = PAPINIANUS, *lib. 3 Responsorum*; TRYPHONINUS, D. 20.5.12 et PAPINIANUS, D. 13.7.40). Quant à ERBE, il pose pour hypothèse que, dans cette source, le fiduciaire était un intermédiaire agissant pour un tiers-créancier qui désirait rester dans l'ombre (ERBE (1940), p. 63).

Pour OERTMANN, une vente du bien fiduciaire du fiduciant au fiduciaire était impossible. Il ne s'agirait donc pas d'un véritable contrat de vente. A son avis, le fiduciant avait simplement renoncé à titre onéreux à sa prétention en restitution du bien fiduciaire, en imputant la valeur de ce bien sur sa dette envers le fiduciaire. Ou en d'autres termes, les parties auraient conventionnellement modifié le contenu du *pactum fiduciae*, en y intégrant par une convention complémentaire au gage échu une «lex commissoria»[956]. Selon nous, l'interprétation d'OERTMANN s'écarte sensiblement du texte du fragment reproduit dans le *Digeste*. Mais, si on devait la suivre, elle confirmerait la nécessité pour le fiduciaire de recourir à un pacte commissoire pour conserver définitivement le titre de propriété sur le bien fiduciaire.

On évoquera également dans ce contexte le fragment d'AFRICANUS, D. 13.7.31 (lib. 8 *Quaestionum*), relatif à l'abandon noxal de l'esclave donné en fiducie:

> *Si servus pignori <fiduciae> datus, creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere...*
>
> (Si l'esclave donné en fiducie vole le créancier, le débiteur est maître de l'abandonner en réparation du délit...).

La victime d'un délit commis par une personne, en l'espèce un esclave, soumise à la puissance d'autrui, exerçait l'action pénale contre celui qui détenait le pouvoir sur cette personne au moment du procès. Le maître pouvait alors se libérer de sa responsabilité en livrant le coupable au demandeur (*noxae deditio*)[957]. Dans notre hypothèse, le fiduciant, dont la responsabilité est engagée au titre des actes illicites de l'esclave donné en fiducie, a la possibilité, en cédant définitivement la propriété de l'esclave au fiduciaire, de se soustraire à une condamnation pénale, dont l'objet aurait consisté dans le paiement d'une somme d'argent au fiduciaire à titre de peine[958]. Une nouvelle fois, le fiduciant est traité comme le propriétaire matériel du bien fiduciaire.

Tous ces exemples permettent d'affirmer que si, formellement, le fiduciaire est bien titulaire du droit sur la chose, notamment vis-à-vis des tiers, il ne bénéficie, en revanche, dans ses rapports avec le fiduciant, que d'un droit à la chose limité et temporaire. Le bien fiduciaire fait économiquement partie du patrimoine du fiduciant. En achetant la chose, ou en l'obtenant à titre

---

956 OERTMANN (1890), pp. 37 et 170.
957 Cf. SCHMIDLIN/CANNATA (1991), p. 170.
958 Cf. KASER (1982), p. 117, note 317. Voir aussi *infra*, p. 246.

de dédommagement pénal, le fiduciaire acquiert un plein droit à la chose, laquelle sort alors définitivement du patrimoine du fiduciant. Ce n'est qu'en vendant la chose ou en la cédant par la *noxae deditio*, que le fiduciant perd, de son côté, tout pouvoir juridique sur elle.

Il est maintenant possible de procéder à un petit bilan intermédiaire. La *fiducia* consiste en un transfert temporaire d'une titularité juridique sur un bien (*mancipio dare ut remancipetur*). Le fiduciant conserve aussi bien la titularité économique que certains pouvoirs juridiques sur le bien fiduciaire. Il peut accomplir tous les actes de disposition qui sont compatibles avec le but recherché dans l'acte fiduciaire en question, soit en matière de *fiducia cum creditore*, la garantie d'une créance. Le devoir de restitution est généralement conditionné au remboursement du crédit. Ainsi, lorsque le fiduciant se réapproprie indûment le bien fiduciaire avant d'avoir honoré sa dette, nous savons que le fiduciaire dispose contre lui de l'*actio furti* ou de la *condictio furtiva* (cf. D. 13.7.22.pr). En ce sens, on peut affirmer que le fiduciaire est titulaire d'une propriété finalisée, conditionnée.

Qu'en est-il de la *fiducia cum amico*, sujet de notre recherche? Est-il possible de lui transposer sans réserves les résultats susmentionnés? Il nous semble que oui, car elle est gouvernée par la même structure de base, le *mancipio dare ut remancipetur*. Seule change la finalité de l'opération, soit dans la *fiducia cum amico*, la sécurité juridique des biens transférés. Dans ce cas, le fiduciaire n'a, dans la règle, pas d'intérêt personnel à poursuivre son activité, et le moment de la restitution ne dépend que de la volonté du fiduciant[959]. Si celui-ci conserve sa titularité patrimoniale dans la *fiducia cum creditore*, alors même que le bien fiduciaire sert à garantir le fiduciaire, il devrait en aller, *a fortiori*, de même dans la *fiducia cum amico*, poursuivie dans l'intérêt exclusif du fiduciant. Vis-à-vis des tiers, c'est en principe le fiduciaire qui revêt la qualité de propriétaire du bien fiduciaire. Mais, dans les rapports internes entre le fiduciant et le fiduciaire, une prédominance est donnée à la volonté du premier. En outre, le fiduciant est habilité à mettre fin en tout temps à la fiducie, en exerçant son droit de reprise du bien fiduciaire. Ce faisant, il renonce à la sécurité juridique que lui procure la titularité conférée au fiduciaire. Les considérations qui précèdent, basées sur une interprétation par analogie ou *a fortiori*, vont être confirmées par l'étude de diverses sources, notamment celles relatives à l'*usureceptio*.

---

959 SENN a parlé de «droit de révocation arbitraire» du fiduciant dans la fiducie-gestion (cf. SENN Félix, *Etudes sur le droit des obligations*, tome premier, Paris, 1914, p. 47). Cf. également KARLOWA (1901), p. 567.

2. L'*usureceptio*

Comment le fiduciant pouvait-il obtenir la restitution du bien fiduciaire et en redevenir le plein propriétaire? Ayant transféré le titre formel de propriété au fiduciaire, il n'était pas en mesure d'initier victorieusement une action en revendication du bien fiduciaire contre lui. Selon un principe général du droit romain, un acte juridique ou une obligation doivent se résoudre de la même manière qu'ils ont été créés[960]. La *fiducia* étant constituée par une *mancipatio*, seule en principe une *mancipatio* dans laquelle le rôle des parties est inversé, le fiduciaire étant *mancipio dans* et le fiduciant *mancipio accipiens*, aurait pu permettre la restitution juridiquement efficace du titre de propriété sur le bien fiduciaire au fiduciant. Cette procédure, que l'on nomme *remancipatio*, était parfois effectivement utilisée. Mais, GAIUS nous révèle l'existence d'un procédé particulier, l'*usureceptio*, qui produisait les mêmes effets juridiques.

GAIUS, *Institutes*, 2.59:

Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit, nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit uel in iure cessio cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, et soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id quod aliquando habuimus recipimus per usucapionem.

(Encore à l'heure actuelle, on peut, à d'autres titres, usucaper sciemment la chose d'autrui, car qui transfère une chose à titre fiduciaire par la procédure de la *mancipatio* ou celle de l'*in iure cessio* peut s'il la possède lui-même usucaper – en un an même s'il s'agit du sol. Cette sorte d'usucapion s'appelle *usureceptio*, parce que nous reprenons par usucapion ce qui nous a appartenu jadis).

L'*usureceptio* est une procédure spécifique à la fiducie, qui peut, sur certains points, être rapprochée de l'usucapion, mais qui doit en être globalement clairement distinguée[961]. La différence fondamentale réside dans le

960 Cf. POMPONIUS, D. 46.3.80 (*lib.* 4 *ad Quintum Mucium*): «*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet...* (Une obligation doit être résolue par les moyens qui l'ont contractée...).

961 L'*usucapio* est un mode d'acquisition originaire de la propriété qui nécessite la réalisation de cinq conditions cumulatives: il doit s'agir d'une chose apte à l'usucapion (*res habilis*); l'usucapant doit pouvoir se prévaloir d'une possession originaire, non vicieuse; l'acquisition de la possession doit être fondée sur une cause ou sur un titre; l'usucapant doit avoir possédé d'une manière ininterrompue pendant un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles; et, enfin, l'usucapant doit être de bonne foi, à savoir qu'il doit être convaincu que sa possession n'entame le droit de personne et qu'on ne peut lui reprocher d'usurper le droit de personne (SCHMIDLIN (1988), pp. 191ss).

fait que l'usucapant ordinaire acquiert la propriété formelle et matérielle d'une chose, dont il a une possession durable non vicieuse, au détriment d'un tiers, alors que le fiduciant ne fait que se réapproprier son droit formel (exercice) sur un bien dont il n'a jamais perdu la titularité matérielle (valeur). L'*usureceptio* accorde au fiduciant le droit de redevenir, à des conditions facilitées, le plein propriétaire du bien fiduciaire, moyennant une possession ininterrompue d'une année, même pour les immeubles[962], et qui n'exige de lui, ni juste titre (*iustus titulus*), ni bonne foi (*bona fides*)[963], contrairement aux conditions nécessaires pour l'usucapion. En ce qui concerne le titre, on peut considérer qu'il est déjà intégré dans l'acte de création de la *fiducia*, le *mancipio dare ut remancipetur*, soit le transfert au fiduciaire en vue d'un retransfert ultérieur. Le fiduciant ne «donne» son droit au fiduciaire que pour le «reprendre» ensuite. Quant à l'absence de la condition de bonne foi, définie comme la conviction de ne violer le droit de personne et de se fonder sur des arguments dignes d'un honnête homme[964], elle démontre qu'en règle générale le fiduciant ne viole le droit de personne, lorsqu'il reprend le bien fiduciaire. Il ne fait, comme nous l'avons vu, que se «réapproprier» son propre droit sur un bien qui est demeuré économiquement dans son patrimoine[965]. Selon WUBBE[966], approuvé par KASER[967], l'*usureceptio* serait un vestige de l'époque archaïque, dans laquelle la propriété formelle sur le bien fiduciaire était divisée entre le fiduciaire et le fiduciant, celui-ci ne perdant pas l'intégralité de son pouvoir juridique sur ce bien lorsqu'il le transférait au fiduciaire[968].

962 NOORDRAVEN (1990), p. 246, explique cette règle de la manière suivante: il était d'usage dans les temps anciens de transférer tout son patrimoine en fiducie. Dès lors, ne pouvant assimiler ce patrimoine à un immeuble, on a, comme dans le cas évoqué par GAIUS de l'*hereditas iacens* (*Institutes*, 2.54), appliqué le délai d'un an à l'*usureceptio* du patrimoine, délai normalement applicable pour l'usucapion des meubles. Puis, ce délai d'un an a subsisté pour l'*usureceptio* de tous les biens fiduciaires, y compris les immeubles.

963 Cf. ERBE (1940), p. 66 et SCHEURL (1853), p. 40.

964 Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 196.

965 Cf. SCHEURL (1853), p. 40.

966 WUBBE (1960), p. 40: «Mit dem Übergang vom relativen zum absoluten Eigentum verschwand dann bei den Juristen die Vorstellung, dass der Eigentümer, der seine Sache fiduciae causa manzipiert, noch ein gewisses Eigentumsrecht an ihr behält».

967 Cf. KASER (1982), p. 26.

968 Voir aussi Paul KOSCHAKER, «Compte-rendu critique de Pierre Noailles...», in *SZ* (Weimar) 63 (1943), p. 461, note 8, ainsi que LAUTNER, lequel considère que le fiduciaire, dans la *fiducia cum amico* archaïque, ne reçoit qu'une propriété limitée, adaptée aux buts de conservation et de surveillance du bien confié, à l'image du dépositaire dans le droit babylonien ancien (cf. Julius G. LAUTNER, «Altbabylonische Gesellschaftsverhältnisse», in *Festschrift Paul KOSCHAKER*, tome III, Weimar, 1939, p. 54, note 75a).

La question de la nature de l'acquisition de la possession fondant l'*usureceptio* («si eandem [rem] ipse possiderit») a été largement discutée en doctrine. Il en va de même de la question connexe, mais non identique, des conditions permettant de sanctionner un *furtum* (vol du bien fiduciaire) commis par le fiduciant.

Se fondant sur une interprétation personnelle originale des termes «sciens rem alienam usucapit», WUBBE estime que le fiduciant devait nécessairement être de mauvaise foi, c'est-à-dire savoir que le fiduciaire ne voulait perdre ni sa possession originaire ni sa propriété formelle sur le bien fiduciaire. Il en résulte que l'*usureceptio* supposait dans tous les cas un acte d'appropriation du bien fiduciaire intervenant sans l'accord du fiduciaire[969]. Selon cet auteur, le fiduciant pouvait donc usucaper le bien fiduciaire, pourvu qu'il parvienne d'une quelconque manière (cependant, *sine vitio*, *sine vi*) à récupérer sa possession antérieure[970].

Il convient ici de poursuivre la lecture des *Institutes* de GAIUS, ce dernier nous informant, au passage 2.60, d'une réglementation particulière qui limitait, dans certaines circonstances, le droit du fiduciant à usucaper:

> *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quos tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo conpetit ususreceptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo conpetit, nondum uero soluta ita demum conpetit si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogauerit ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio conpetit.*
>
> (Si l'on convient fiduciairement soit avec un créancier selon le droit du gage, soit avec un ami, que les choses nous appartenant soient plus en sûreté chez lui, l'*usureceptio* pourra avoir lieu dans tous les cas s'il s'agit d'un ami, mais, s'il s'agit d'un créancier, il n'en sera ainsi qu'après remboursement de la dette; au cas contraire, ce ne sera possible que si le débiteur n'a pas pris la chose à bail du créancier ou ne lui a pas demandé de la lui laisser posséder à titre précaire, auquel cas l'usucapion lui revient à titre lucratif).

---

969 WUBBE (1960), pp. 14ss, approuvé par NOORDRAVEN (1990, pp. 246 et 260, note 70).

970 WUBBE (1960), p. 17.

A notre avis, ce passage reflète parfaitement l'aspect fonctionnel de la propriété fiduciaire[971]. La *fiducia cum amico* et la *fiducia cum creditore* sont soumis à un régime juridique différencié.

Dans la *fiducia cum amico*, destinée, dans l'intérêt du fiduciant, à mettre le bien fiduciaire en sécurité, le fiduciant bénéficiait de l'*usureceptio* sans aucune restriction. Il avait donc, en principe, le droit de s'emparer du bien fiduciaire à tout moment et en toute circonstance («omni modo»), sans que le fiduciaire puisse s'y opposer[972].

Dans la *fiducia cum creditore*, constituée pour procurer une sûreté au créancier-fiduciaire, la situation était différente. Si le fiduciant avait remboursé sa dette au fiduciaire, celui-ci n'avait plus de raison de conserver le bien fiduciaire. Le fiduciant était donc en droit de se prévaloir de l'*usureceptio* pourvu qu'il fût en possession de la chose[973]. En réalité, même si le fiduciant n'avait pas réglé intégralement sa dette, l'*usureceptio* était encore possible (*usureceptio lucrativa*)[974]; elle n'était cependant plus tolérée si le fiduciant se trouvait en possession de la chose en vertu d'une convention passée avec le fiduciaire (convention de louage ou de précaire[975]). Il aurait en effet été

---

971 Dans ce sens, RICCOBONO (1929), pp. 516s: «Le agevolazioni per il riacquisto, con deroga ai principi del ius civili, sono determinate evidentemente dalla considerazione dei rapporti sostanziali fra le parti. Il riacquisto della proprietà a favore del debitore o del deponente è facilitato in considerazione delo scopo per cui il passaggio della proprietà era stato operato. La giurisprudenza, dunque, cominciava a considerare, più che la forza del ius civile, la sostanza delle cose».

972 Cf. FREZZA (1963), p. 25.

973 Il en allait ainsi même si le fiduciaire avait donné à titre de précaire le bien fiduciaire au fiduciant (cf. KASER (1982), p. 169, note 155). En cas de remboursement de la dette garantie, le rapport de précaire était résolu et le fiduciant pouvait *ipso facto* usucaper ce bien, selon la procédure de l'*usureceptio*: CELSUS, D. 43.26.11 (*lib. 7 ad Digestorum*, LENEL I (1960), p. 138, no 65): *Si debitor rem pigneratam <fiduciam> precario rogaverit soluta pecunia, precarium solvitur: quippe id actum est, ut usque eo precarium teneret.* (Si un débiteur, qui tient de son créancier à titre de précaire le bien qu'il lui avait donné à titre de fiducie, paye ce qu'il doit, le précaire finit; parce que l'intention des parties a été que le précaire ne subsistât que jusqu'au temps du paiement). On le voit, dans une telle hypothèse, non seulement la *fiducia*, mais aussi le précaire ont une fonctionnalité liée au remboursement de la dette garantie.

974 GENY (1885), p. 100, considère que l'*usureceptio* se justifiait aussi dans ce cas, car le créancier qui avait laissé la chose pendant un an, sans la réclamer, dans la possession de son débiteur était réputé avoir abandonné ses droits, ou devait à tout le moins pâtir de sa propre négligence.

975 En ce qui concerne le cas du précariste, bien qu'en principe celui-ci fût considéré comme possesseur de la chose, et donc usucapant en puissance, en matière de *fiducia cum creditore*, une solution inverse a été adoptée. C'est en effet la concession du bien à titre de précaire qui empêchait l'*usureceptio* aux dépens du fiduciaire. Cf. IULIANUS, D.

injuste que le fiduciant soit autorisé à se prévaloir d'une situation de fait qui lui avait été consentie par le fiduciaire. Car il était en général dans l'intérêt du fiduciant de maintenir son usage de la chose, malgré l'affectation fiduciaire. Cette condition correspondait, en outre, à la règle *nemo sibi causam possessionis mutare possit*[976].

La limite entre une appropriation licite (découlant de l'*usureceptio*) et une appropriation illicite (*furtum*) du bien fiduciaire par le fiduciant est controversée[977]. Alors que, pour une partie de la doctrine, le fiduciant ne pouvait effectuer de *furtum* que dans la *fiducia cum creditore*, lorsqu'il s'appropriait le bien fiduciaire qui lui avait été loué ou donné à titre de précariste par le fiduciaire[978], d'autres auteurs estiment en revanche que, toujours dans la *fiducia cum creditore*, le fiduciant se rendait coupable d'un *furtum* non seulement dans l'hypothèse évoquée ci-dessus, mais également dans tous les cas où la dette vis-à-vis du créancier-fiduciaire n'avait pas encore été remboursée[979]. En toute hypothèse, il va de soi que, en matière de *fiducia cum amico*, le fiduciant ne commettait en principe pas de *furtum* lorsqu'il s'emparait du bien fiduciaire, puisqu'il était légitimé à le reprendre en tout temps[980].

L'étude de l'*usureceptio* nous donne l'occasion d'aborder la question de la fin de la *fiducia*, problématique peu traitée en doctrine. Il existe un lien

---

44.7.16 (*lib.* 13 *Digestorum*, LENEL I (1960), p. 354, no 217): *Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit, et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderit <fiduciae causa ei mancipaverat>, et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti per traditionem <mancipio> accipiendo proprietatem hereditati adquirit: ita precario dando efficit, ne res usucapi possit...* (Un particulier a reçu de l'esclave d'une succession vacante une somme d'argent à titre de prêt, il a mancipé à titre de fiducie un fonds ou un esclave, et il a demandé que ce même fonds ou ce même esclave lui restât à titre de précaire. Il possède à titre de précaire, car de même l'esclave d'une succession vacante acquiert à l'hérédité la propriété de la chose qui lui a été mancipée, de même aussi en donnant une chose à titre de précaire, il empêche qu'elle ne puisse être usucapée...).

976 Cf. WUBBE (1960), p. 22.

977 Cette controverse provient notamment de l'interprétation du passage 3. 201 des *Institutes* de GAIUS (en liaison avec le passage 2.60), dont la teneur est la suivante: *Item debitor rem quam fiduciae causa creditori mancipauerit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.* (...De même, un débiteur peut sans voler posséder et usucaper une chose qu'il aura transférée fiduciairement à son créancier par *mancipatio* ou selon la procédure de l'*in iure cessio*, ainsi que nous l'avons rapporté au commentaire précédent).

978 Cf., par exemple DERNBURG (1860), p. 25; KASER (1982), p. 251; NOORDRAVEN (1990), p. 247 et WUBBE (1960).

979 Cf. ERBE (1940), pp. 72ss et FREZZA (1963), pp. 25ss.

980 Cf. ERBE (1940), p. 67.

évident entre la perfection du but fiduciaire et la réintégration des droits du fiduciant sur le bien fiduciaire. Mais celle-ci n'est pas liée automatiquement à celle-là, dans la mesure où il ne semble pas que le fiduciaire perdait *ipso iure* son droit de propriété dès l'avènement du but recherché, soit le remboursement de la dette garantie dans la *fiducia cum creditore*, ou la décision unilatérale du fiduciant de redevenir propriétaire dans la *fiducia cum amico*. Cela paraît logique, car au formalisme de la *mancipatio*, utilisée lors de la création de la *fiducia*, devait correspondre une procédure qui assure également la publicité du (re)transfert, ce qui est le cas de la *remancipatio* (*mancipatio* dans laquelle le rôle des parties lors de la constitution de la *fiducia* est inversé), comme de l'*usureceptio* (nécessitant la possession du bien). Par ailleurs, il fallait également que le fiduciaire puisse défendre juridiquement le bien fiduciaire jusqu'au moment où le fiduciant était lui-même en état de le faire, c'est-à-dire qu'il dispose sur ce bien de la pleine propriété (suite à la *remancipatio*), ou d'une possession protégée (pendant la durée de l'*usureceptio*).

En revanche, la réalisation du but privait le droit de propriété attribué au fiduciaire de toute légitimité et permettait en conséquence au fiduciant de faire sanctionner, par le biais de l'*actio fiduciae*, le fiduciaire qui refusait de restituer le bien fiduciaire. L'*usureceptio* est un exemple supplémentaire qui démontre la spécificité des liens juridiques subsistant entre le bien fiduciaire et le fiduciant, puisqu'elle autorisait ce dernier à reprendre possession du bien en vue d'en acquérir à nouveau la pleine propriété, même contre la volonté du fiduciaire, propriétaire formel du bien[981]. L'aboutissement de l'*usureceptio* avait pour conséquence de réunir à nouveau sous le même titulaire la propriété formelle et la propriété matérielle du bien fiduciaire, dissociées temporairement pendant la durée des rapports fiduciaires. KASER

[981] SOHM (1889), p. 38, note 12, voit dans l'*usureceptio* un indice selon lequel la *mancipatio fiduciae causa* ne produisait pas qu'un effet personnel, mais également un effet réel en faveur du fiduciant, le fiduciaire n'étant pour sa part titulaire que d'une propriété formelle, «ein anderes Eigentum, das Treuhänder-Eigentum, als das normale Eigentum». SCHULIN va plus loin. Pour lui, l'*usureceptio* est le fruit d'une époque dans laquelle le fiduciant ne perdait pas son droit de propriété formel sur le bien fiduciaire. L'*usureceptio* lui permettait non pas d'acquérir à nouveau son droit de propriété, mais d'en supprimer les limitations, induites par le transfert du bien au fiduciaire: «Diese Bestimmung dürfte vielleicht ein Ueberbleibsel aus einer Zeit sein, wo man dem Gläubiger noch nicht, oder noch wenigstens noch nicht klar und bestimmt Eigentum zuerkannte, und es sich also bei der Usurezeption vielmehr um Vernichtung der zu Lasten des Usukapienten bestehenden Eigentumsbeschränkungen, als um Begründung von Eigentum für ihn handelte» (Friedrich SCHULIN, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechtes*, Stuttgart, 1889, p. 426).

affirme à juste titre que l'*usureceptio ex fiducia* présuppose «dass Sachen, die der Fiduziant dem Fiduziar eigenmächtig wegnimmt, keine *res furtivae* und darum der *usucapio* nicht entzogen sind, weil sie, obwohl manzipiert oder injurezediert, in gewissem Sinn zugleich Sachen des Fiduzianten geblieben sind»[982]. Au moment de la prise de possession en vue de l'*usureceptio*, le bien retournait définitivement dans le patrimoine du fiduciant. Certes, celui-ci ne retrouvait son plein droit de propriété qu'à la fin du délai d'une année. Il n'y avait toutefois rien de gênant à cela, dès lors qu'en qualité d'usucapant il jouissait librement de la chose et en particulier était autorisé à s'en approprier les fruits, comme tout possesseur de bonne foi[983]. Il bénéficiait, par ailleurs, de moyens juridiques étendus lui permettant de défendre la possession de la chose[984], sans doute également contre le fiduciaire lui-même, puisque celui-ci ne disposait plus d'aucun titre légitime pour en réclamer la restitution, la fiducie étant terminée. A une *rei vindicatio* intentée contre lui par le fiduciaire, le fiduciant était vraisemblablement en droit d'opposer valablement une *exceptio doli*. Jusqu'à l'aboutissement du délai d'une année, le fiduciaire ne conservait finalement qu'un titre de propriété vide de tout contenu.

Pour la période du droit archaïque, WUBBE estime que le fiduciant était même en droit de revendiquer avec succès le bien fiduciaire conservé illégitimement par le fiduciaire. La propriété relative de celui-ci, basée sur la *causa fiduciae*, aurait été, dans la *fiducia cum creditore*, automatiquement annulée dès le remboursement de la dette garantie. Le fiduciant aurait dès lors été en mesure d'alléguer le *rem meam esse* sur la base de son ancien titre d'acquisition[985]. Relevons encore que, toujours selon WUBBE, le fiduciant était aussi en droit de se prévaloir de l'*usureceptio* à l'encontre d'un tiers, à qui le fiduciaire aurait illégitimement mais valablement transféré la propriété du bien fiduciaire[986]. Ce qui revient à lui reconnaître une sorte de droit de suite.

---

982 KASER (1982), p. 250.

983 Cf. OERTMANN (1890), pp. 256s.

984 «La position de l'usucapant est si forte que les juristes romains n'hésitent pas à l'associer à celle de la propriété, une propriété provisoire qui, après l'achèvement de l'usucapion, se mue en une propriété définitive. L'objet usucapé compte déjà dans l'actif du patrimoine de l'acquéreur, ce dernier se trouvant par là efficacement protégé...» (SCHMIDLIN (1988), p. 216).

985 WUBBE (1960), p. 39.

986 WUBBE (1960), pp. 29s.

3. Droit de rétractation unilatéral dans la *fiducia manumissionis causa*

Le droit unilatéral du fiduciant, dans la *fiducia cum amico*, de s'emparer du bien fiduciaire peut être comparé avec le droit de rétractation unilatéral du fiduciant, dans la *fiducia manumissionis causa*, forme particulière de fiducie que nous avons sommairement évoquée plus haut[987]. Les trois textes suivants expliqueront notre propos:

IULIANUS, D. 17.1.30 (lib. 13 *Digestorum*)[988]:

Si hominem tibi dedero <mancipio dedero>, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit ne manumitteres, an mandati <fiduciae> agere possim, si tu eum manumiseris ? Respondi: Si procurator iustam causam habuit interpellandi manumissionem servi, quem in hoc solum acceperam ut manumitterem, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitae prioris domini struxisse, tenebor, nisi denuntiationi procuratoris paruero. Si vero nulla iusta causa procuratori fuit denuntiandi, ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim.

(Si je vous ai mancipé un esclave afin que vous l'affranchissiez, et qu'ensuite mon mandataire vous l'ait défendu, puis-je intenter contre vous l'action de la fiducie si vous l'avez affranchi? J'ai répondu: Si le mandataire a eu de justes raisons pour s'opposer à l'affranchissement de l'esclave, qui n'avait été livré qu'afin qu'il soit affranchi, par exemple, parce qu'il a appris depuis la mancipation qu'il avait commis un faux dans les comptes qu'il a rendus, ou qu'il avait cherché les moyens d'attenter à la vie de son ancien maître, vous serez obligé envers moi par l'action de la fiducie si vous n'avez pas eu d'égard à la sommation que vous a faite mon mandataire; mais si ce mandataire n'a eu aucune juste raison de s'opposer à l'affranchissement de l'esclave, et que vous y ayez procédé, vous ne serez point soumis à l'action de la fiducie).

GAIUS, D. 17.1.27.1 (*lib* 9 *ad Edictum provinciale*)[989]:

Si servum ea lege tibi tradidero <mancipio dedero>, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio <fiduciae obligatio>. Potest autem, et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si poenitentia acta servum recuperare velim.

(Si je vous ai mancipé un esclave afin que vous l'affranchissiez après ma mort, l'obligation fiduciaire est valable; mais je puis même trouver en

987 Cf. *supra*, pp. 102s.

988 LENEL I (1960), p. 354, no 218.

989 LENEL I (1960), p. 214, no 232.

moi-même la cause génératrice de l'action de la fiducie, je n'ai en effet qu'à changer de volonté et à vouloir recouvrer mon esclave pour pouvoir exercer cette action).

ULPIANUS, D. 12.4.5.1 (*lib.* 2 *Disputationum*)[990]:

Si servum quis tradiderit <mancipaverit> alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, si poenituerit eum qui tradiderit, et super hoc eum certioraverit, et fuerit manumissus post poenitentiam, atamen actio propter poenitentiam <fiduciae actionem> competit ei qui dedit. Plane si non manumiserit, constitutio succedit, facitque eum liberum, si nondum poenituerat eum qui in hoc dedit.

(Si quelqu'un mancipe un esclave à un autre afin que celui-ci l'affranchisse dans un temps fixé, et qu'avant l'échéance du terme il change d'avis et fasse savoir son changement à celui qui a l'esclave, il aura une action de fiducie contre lui en conséquence de sa rétractation, s'il vient à affranchir l'esclave après avoir eu connaissance de ce changement. Si celui qui a reçu l'esclave pour l'affranchir ne l'affranchit pas dans le temps marqué, les ordonnances prononcent son affranchissement, et regardent l'esclave comme libre aussitôt que le temps est écoulé, s'il n'y a pas eu de rétractation de la part de celui qui a livré l'esclave afin qu'il soit affranchi).

Il est clair que la *fiducia manumissionis causa* n'est pas une forme ordinaire de fiducie, puisque le fiduciant transfère un esclave au fiduciaire afin que ce dernier l'affranchisse (*ut manumitteretur*) et non qu'il le lui restitue (*ut remancipetur*). Mais le caractère fiduciaire de l'opération est incontestable: on est bien en présence d'un transfert temporaire de la propriété formelle sur un bien déterminé, en vue d'un but particulier[991]. Il résulte en l'espèce des trois fragments susmentionnés que le fiduciant conservait, comme dans la fiducie ordinaire, un lien juridique avec le bien fiduciaire, en l'espèce l'esclave, qui lui permettait de se rétracter et d'exiger unilatéralement le retransfert de l'esclave. Le fiduciant disposait d'une *actio fiduciae* à l'encontre du fiduciaire si celui-ci, malgré la notification de la rétractation, affranchissait tout de même l'esclave. Selon IULIANUS, cette action n'était toutefois donnée que si la rétractation du fiduciant était motivée par une *iusta causa*. Le droit de rétractation du fiduciant s'exerçait donc dans les limites de la bonne foi et n'était, en principe, pas opposable au fiduciaire, lorsque celui-ci se prévalait d'un intérêt propre à l'opération, comme par

990 LENEL II (1960), pp. 390s, no 43.

991 PERNICE (1892), p. 130, a parlé à ce sujet de «formales Eigentum».

exemple, dans le cas de l'achat de l'esclave, avec clause fiduciaire d'affranchissement à l'échéance d'un certain délai[992].

Dans le fragment 12.4.5.1, ULPIANUS fait référence à la *Constitutio Divi Marci*, promulguée entre l'an 177 et l'an 180 par MARC-AURELE et COMMODUS, et selon laquelle l'esclave était *ispo iure* considéré comme libre en cas de non-exécution de la libération de l'esclave par le fiduciaire[993]. ERBE a parlé à ce propos de «Verdinglichung der Freilassungspflicht»[994]. Cet exemple démontre également la fonctionnalité de la propriété fiduciaire: lorsque le fiduciaire n'était pas fidèle à son engagement, la loi entraînait le but juridique recherché dans ce rapport fiduciaire. Ce but spécifique se réalisait même contre la volonté du propriétaire fiduciaire. Par contre, nous ne disposons malheureusement pas de source fiable, indiquant que le fiduciant avait la faculté de contraindre le fiduciaire, par voie d'action, à affranchir l'esclave[995]. Mais en pratique une autre procédure était appliquée. L'aliénateur se réservait le droit d'exercer une *manus iniectio* sur l'esclave[996]. Lorsque l'acquéreur n'émancipait pas l'esclave, son ancien maître en obtenait la mainmise et avait la faculté de l'affranchir selon son gré[997]. La charge imposée à l'acquéreur fiduciaire avait même un véritable effet réel, dans la mesure où la *manus iniectio* pouvait vraisemblablement aussi s'exercer contre les tiers-acquéreurs de l'esclave[998]. Il va de soi que, depuis la promulgation de la *Constitutio Divi Marci*, cette procédure était inutile, puisque la loi provoquait automatiquement l'effet recherché[999].

---

992 Cf. ERBE (1940), p. 156.

993 Cf. ERBE (1940), p. 147 et NOORDRAVEN (1990), p. 240. Voir aussi les ordonnances de l'Empereur ALEXANDER, *Codex* 4.57.1 et 4.57.3, lesquelles se réfèrent à la Constitution *Divi Marci*.

994 ERBE (1940), p. 149.

995 Cf. ERBE (1940), pp. 157ss.

996 Il s'agit d'un des multiples cas d'application de la *manu iniectio*, qui consistait à l'origine en une mainmise du créancier sur le débiteur, devant le magistrat (cf. MONIER I (1977), p. 146). En l'espèce, le créancier faisait mainmise sur l'esclave.

997 Cf. KASER (1977), p. 22.

998 Cf. KASER (1977), p. 23.

999 Cf. PAPINIANUS, D. 40.1.20.2: *Puellam ea lege vendidit, ut post annum ab emptore manumitteretur: quod si non manumisisset, convenit ut manum injiceret, aut decem aureos emptor daret. Non servata fide, nihilominus liberam ex sententia constitutionis fieri respondit; quoniam manus injectio plerunque auxilii ferendi causa intervenit. Itaque nec pecunia petetur: cum emolumentum legis voluntatem venditoris secutum sit.* (Un particulier a vendu une esclave afin que l'acquéreur l'affranchisse après une année; et dans le cas où il ne l'affranchirait pas, on a convenu que le vendeur mettrait la main dessus, ou que l'acheteur donnerait dix pièces d'or. Le jurisconsulte répond que cette esclave n'en est pas moins libre en vertu de l'ordonnance; parce que l'action de mettre

4. Le fiduciant reste possesseur du bien fiduciaire aux fins d'usucapion

Un fragment du *Digeste* nous renseigne sur les conséquences de la création d'un rapport fiduciaire portant sur un bien que le fiduciant est en train d'usucaper.

IULIANUS, D. 41.2.36 (*lib.* 13 *Digestorum*)[1000]:

Qui pignoris <fiduciae> causa fundum creditori tradit <mancipaverit>, intelligitur possidere. Sed etsi eundem precario rogaverit, aeque [per diutinam possessionem] <usu>capiet. Nam cum possessio creditoris non impediat usucapionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet: cum plus juris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet.

(Le possesseur d'un fonds le mancipe à son créancier pour cause de fiducie; il est considéré comme ayant maintenu sa possession «usucapive». Mais supposez qu'après avoir livré ce fonds à son créancier il l'ait reçu de lui à titre précaire, il continuera également le temps qui lui est nécessaire pour achever de le prescrire: car, comme la possession du créancier n'empêche pas le délai d'usucapion de courir, la concession par lui faite à titre de précaire doit encore moins l'interrompre; puisqu'il est évident que le possesseur qui, après avoir livré la chose, se l'est fait rendre à titre de précaire, a plus de droit sur la possession que celui qui ne la possède pas du tout).

Ce fragment est très intéressant, puisque IULIANUS y indique que, malgré le transfert de la propriété et de la possession du bien fiduciaire au fiduciaire, le fiduciant est toujours traité comme possesseur de ce bien, dans le cadre de la computation du délai de possession ininterrompue nécessaire à l'usucapion (aux dépens d'un tiers)[1001]. Il en va de même, *a fortiori*, lors-

la main sur une personne ne désigne pas toujours qu'on veut la reprendre, puisque cette action a également lieu quand on veut porter secours. Ainsi le vendeur ne pourra pas demander les dix pièces d'or, parce que l'esclave obtient par la loi l'avantage que le vendeur a voulu qu'elle reçût).

[1000] La rapport de ce texte à la fiducie est controversé (cf. les références citées par NOORDRAVEN (1990) pp. 245 et 259, note 64). Le fragment fait partie du sous-chapitre du livre 13 du *Digestorum libri* de IULIANUS, considéré par LENEL comme se rapportant à la *fiducia* (LENEL I (1960), p. 354, no 215). Pour NOORDRAVEN (1990, pp. 245 et 259, note 65), il est clair que ce fragment concernait à l'origine la *fiducia*. Il relève, que, en matière de *pignus*, il allait de soi que le débiteur conservait la possession acquisitive, malgré le transfert au créancier (cf. D. 41.3.16; 41.3.33.4 et 41.2.1.15). En conséquence, IULIANUS n'aurait pas employé l'expression «intelligitur» pour décrire la situation juridique – non équivoque – prévalant en matière de *pignus*. Selon APATHY également, ce texte se référait à la *fiducia* (1995, p. 11).

[1001] Cf. APATHY (1997), p. 382.

que le fiduciant conserve la possession du bien fiduciaire en qualité de précariste, dès lors que, selon les règles générales, le précariste était possesseur des biens qui lui étaient remis par leur propriétaire[1002].

Les juristes romains ne voulaient donc pas priver le fiduciant de sa qualité d'usucapant du fait qu'il avait engagé son bien en *fiducia*. Comme le bien fiduciaire n'était transféré au fiduciaire qu'à titre temporaire, en vue de la réalisation d'un but particulier, et qu'il était donc destiné à être restitué au fiduciant, celui-ci se voyait accorder l'avantage d'une possession ininterrompue, malgré le transfert au fiduciaire[1003].

En ce sens, bien que le fiduciaire fût propriétaire et parfois possesseur de fait du bien fiduciaire, le fiduciant en était tout de même considéré comme le possesseur juridique.

Par contre, comme nous venons de le voir, le fiduciant n'était pas habilité dans la règle à usucaper, par le biais de l'*usureceptio*, le bien fiduciaire aux dépens du fiduciaire, lorsque celui-ci le lui avait concédé à titre de précaire ou de locataire.

Un autre fragment de IULIANUS, toujours tiré de la partie de son lib. 13 *Digestorum* consacrée à la *fiducia*, nous donne des indications sur la possibilité pour le fiduciaire de transférer le bien fiduciaire au fiduciant à titre de précaire (IULIANUS, D. 43.26.18 [*lib.* 13 *Digestorum*])[1004]:

> *Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat precario dare ei qui possideat.*
>
> (On peut donner sa chose à titre de précaire à celui qui la possède, quoiqu'on ne la possède pas soi-même).

KRELLER propose une version sans doute plus intelligible du fragment [1005]:

> *[Unusquisque] <Creditor> potest rem [suam] <sibi mancipio datam>, quamvis non possideat, precario dare [ei qui possideat] <debitori >.*
>
> (Le créancier, quoiqu'il ne possède pas le bien qui lui a été donné par mancipation, peut donner celui-ci au débiteur à titre de précaire).

[1002] Cf. SCHMIDLIN (1988), pp. 145s.
[1003] Cf. NOORDRAVEN (1990), p. 245.
[1004] LENEL I (1960), p. 354, no 216.
[1005] KRELLER (1942), p. 186.

Malgré cette reconstitution, le fragment, et plus particulièrement le passage «quamvis non possideat», demeure difficile à interpréter. Sans trancher, il nous est possible de suggérer deux solutions antagonistes. Soit IULIANUS affirme que, bien que le fiduciaire ne soit pas considéré comme possesseur du bien fiduciaire, il est tout de même habilité à le donner au fiduciant à titre de précaire. Selon cette interprétation, le principe exprimé par IULIANUS au fragment 41.2.36 serait généralisé, puisqu'il est énoncé cette fois comme une règle: le fiduciaire ne possède pas le bien fiduciaire. Soit il veut simplement indiquer que le fiduciaire, une fois la mancipation initiale effectuée en sa faveur, peut directement «donner» le bien fiduciaire au fiduciant à titre de précaire, sans même en avoir préalablement pris possession[1006].

5. Le fiduciant est considéré comme le «dominus» du bien fiduciaire

Dérivé de «domus», la maison, le terme *dominus* permet dans la langue juridique de qualifier la personne titulaire du *dominium*, soit du droit de propriété[1007]. Etant donné les nombreuses limitations apportées au droit de propriété du fiduciaire, ainsi que les droits étendus accordés au fiduciant sur le bien fiduciaire, il n'est finalement pas si étonnant que les juristes romains aient parfois considéré le fiduciant comme le véritable «maître» (*dominus*) du bien fiduciaire, ce que démontrent les fragments suivants, notamment commentés par FREZZA[1008] et NOORDRAVEN[1009]:

PAULUS, D. 9.4.22 pr, 1 et 2 (lib. 18 *ad Edictum*):

Si servus depositus vel commodatus <amico fiduciae datus> sit, cum domino agi potest noxali actione: ei enim servire intelligitur: et quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est, maxime si copiam habeat recuperandi hominis. §1. Is qui pignori accepit, vel qui precario rogavit, non tenetur noxali actione: licet enim iuste possideant (fuit possideat?), non tamen opinione domini possident (fuit possidet?): sed hos quoque in potestate domini intelligi, si facultatem repetendi eos dominus habeat. §2. Quid est habere facultatem repetendi? Habeat pecuniam, ex qua

1006 Ont opté pour ce second sens, ERBE (1940), p. 71 et LENEL (1882), p. 120.

1007 Cf. notamment ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ (1985), pp. 182s.

1008 FREZZA (1963), pp. 22s, cite les fragments suivants: PAULUS, D. 9.4.22.pr et PAPINIANUS. D. 33.10.9.2.

1009 NOORDRAVEN (1990, pp. 244 et 258, note 61) cite les fragments suivants: PAULUS, D. 9.4.22 pr; PAULUS, D. 13.7.37 et ULPIANUS, D. 47.2.14.6.

liberari potest: nam non debet cogi vendere res suas, ut solvat pecuniam, et repetat servum.

(Si l'esclave qui a commis le délit a été donné en fiducie, on peut intenter l'action noxale contre le maître (fiduciant), car il est censé le servir; et en ce qui concerne l'édit que nous interprétons, il est en sa puissance, surtout si le maître est en état de se le faire rendre. §1. Celui qui possède un esclave à titre de gage ou de précaire n'est point soumis à l'action noxale; car, quoique sa possession soit juste, il ne possède cependant pas à titre de maître. Un tel esclave est censé être toujours en la puissance de son maître s'il a la faculté de le reprendre. §2. Qu'entend-on, lorsqu'on dit s'il a la faculté de le reprendre? Cela signifie s'il a de l'argent pour retirer l'esclave des mains d'un autre; car on ne doit pas le forcer à vendre ses effets pour payer la somme pour laquelle l'esclave est engagé et reprendre son esclave).

L'interprétation de ce texte, relatif à la légitimation en matière noxale, est controversée. Certains auteurs ont cherché à en relativiser l'importance. Par exemple, alors que LENEL[1010] considère qu'il n'a pas été interpolé, ERBE[1011] et BIONDI[1012] estiment qu'il se référait à l'origine à une *fiducia cum creditore*, et que le terme *dominus* a remplacé le mot d'origine *debitor*. D'autres auteurs, en revanche, comme FREZZA[1013] et NOORDRAVEN[1014], admettent que ce texte qualifiait bien le fiduciant de *dominus* du bien fiduciaire. Si l'on suit l'avis de FREZZA, l'on aboutit aux conclusions suivantes:

Dans la *fiducia cum amico*, le fiduciant est traité comme le véritable *dominus* du bien fiduciaire, lequel est destiné à lui être restitué. Ce bien est, en effet, considéré comme étant sous la puissance du fiduciant, surtout si celui-ci est en état de se le faire rendre («maxim si copiam habeat recuperandi hominis»), ce qui est en principe le cas. Dans la *fiducia cum creditore* ou le *pignus* d'ailleurs, le fiduciaire n'a pas la légitimation passive à l'action noxale,

---

1010 LENEL I (1960), p. 997, no 288.

1011 ERBE (1940), p. 82.

1012 Pour BIONDI (1920), p. 135, note, lit f, les compilateurs auraient en effet substitué «depositus vel commodatus» à la *fiducia cum creditore*, et par voie de conséquence, également remplacé le terme d'origine *debitor*, par celui de *dominus*.

1013 Selon FREZZA (1963), pp. 22s, le fragment concernait la *fiducia cum amico* dans sa première partie et *cum creditore* dans son paragraphe 1 (expliqué dans le paragraphe 2). Les termes «depositus vel commodatus» auraient ainsi remplacé une *fiducia cum amico* et non une *fiducia cum creditore*; il est donc peu vraisemblable que le terme *dominus* ait été substitué au terme *debitor*.

1014 Pour NOORDRAVEN (1990, pp. 244 et 258, notes nos 61s), le texte de PAULUS faisait référence à l'origine à la *fiducia* dans son ensemble.

car il ne possède pas l'esclave (bien fiduciaire) à titre de maître. L'esclave est également considéré comme demeurant sous la puissance du fiduciant, si celui-ci a la faculté de le reprendre («si facultatem repetendi eos dominus habeat»), à savoir s'il a les moyens pécuniaires lui permettant de le désengager. Au demeurant, même si l'on suivait l'interprétation de ERBE et BIONDI, le fragment n'en conserverait pas moins une signification intéressante, puisque PAULUS aurait, dans ce cas, conféré la *potestas* sur l'esclave au fiduciant et non au fiduciaire[1015].

On peut rapprocher de ce texte un autre fragment, où certes le terme *dominus* n'apparaît pas, mais dans lequel le fiduciant est considéré envers le fiduciaire comme responsable noxal des actes de son esclave, donné en fiducie:

AFRICANUS, D. 13.7.31 (lib. 8 *Quaestionum*):

Si servus pignori <fiduciae> datus, creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quod si sciens furem, pignori <fiduciae> mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneratitiam <fiduciae> actionem, ut indemnem me praestet. Eadem servanda esse IULIANUS ait etiam cum depositus vel commodatus <amico fiduciae datus> servus furtum faciat.

(Si l'esclave donné en fiducie vole le créancier, le débiteur est maître de l'abandonner en réparation du délit; mais si le débiteur l'a donné en fiducie, le connaissant pour voleur, quand il offrirait de l'abandonner, le créancier n'en aurait pas moins contre lui *l'actio fiduciae contraria* pour se procurer son indemnité. Julien pense qu'il en est de même lorsqu'il s'agit d'un vol fait par un esclave donné en fiducie à un ami).

Selon ce texte, qui concerne tant la *fiducia cum creditore* que la *fiducia cum amico*, la responsabilité du fiduciant pour les actes illicites de l'esclave continue, en effet, à exister après le transfert fiduciaire de celui-ci. En dehors de l'hypothèse où le fiduciant a commis une *culpa*, il peut en conséquence l'abandonner au fiduciaire (*derelictio pro noxae dedito*), en renonçant à en exiger la restitution. Dans ce cas, le fiduciant attribue au fiduciaire la titularité matérielle de l'esclave qui viendra compléter la titularité formelle qu'il possède déjà depuis l'acte de transfert fiduciaire.

[1015] Cf. ERBE (1940), p. 83.

Nous évoquerons aussi, pour mémoire, deux autres fragments contenant le terme *dominus*, mais dont l'authenticité et le contenu des interpolations sont également débattus.

PAULUS, D. 13.7.37 (lib.5 *ad Plautium*)[1016]:

Si pignus <fiduciam> mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem: quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio: cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.

(Si j'ai loué au maître le bien fiduciaire qu'il m'avait donné, je conserve par là ma possession; parce que cette possession n'appartenait point au débiteur avant qu'il la tînt de moi à loyer, et que j'ai l'intention de la conserver, sans que celui à qui je l'ai louée puisse avoir celle de l'acquérir).

Dans ce passage, PAULUS traite de l'effet sur la possession, du transfert du bien fiduciaire, à titre de bail, du fiduciaire au fiduciant. Sans entrer dans les détails du texte, on constatera que le fiduciant y est également qualifié de *dominus*.

On évoquera, par ailleurs, un fragment d'ULPIANUS, reproduit dans le *Digeste* sous *pignus*, mais que NOORDRAVEN[1017] et KASER[1018] considèrent comme se référant à l'origine à la *fiducia*. ULPIANUS y distingue aussi le *dominus* (fiduciant) du créancier:

ULPIANUS, D. 47.2.14.6 (*lib.* 29 *ad Sabinum*)[1019]:

... Quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit...

(... Mais s'il n'y a pas de faute venant de moi, sans aucun doute on donne l'action au propriétaire et on la refuse au créancier...).

Selon KASER, il ne fait aucun doute que le fiduciant demeurait le maître de l'esclave donné en fiducie, alors même qu'il en avait transféré la

---

[1016] NOORDRAVEN (1990, pp. 244 et 258, note 61) considère que le terme *dominus* se référait bien à l'origine à la *fiducia*. Pour BIONDI (1920), ce fragment concerne effectivement la fiducie, mais le terme *dominus* aurait remplacé le terme d'origine *debitor* (p. 135, note, lit f). LENEL I (1960), p. 1154, no 1111, quant à lui, laisse ouvertes les questions des remplacements de *fiducia* par *pignus* et de *debitor* par *dominus*.

[1017] NOORDRAVEN (1990), pp. 244 et 258, note 61.

[1018] Cf. KASER (1982), pp. 246s.

[1019] LENEL II (1960), p. 1226, no 2734, ne mentionne pas ce texte comme interpolé et considère donc qu'il se réfère au *pignus* et non à la *fiducia*.

propriété quiritaire au fiduciaire: «Das war den Römern gewiss so selbstverständlich, dass sie die formaljuristische Seite ohne Gefahr eines Missverständnisses vernachlässigen konnten»[1020].

Enfin, un fragment de POMPONIUS, D. 50.16.181, qui fait partie d'après LENEL du chapitre de ce juriste consacré à la *fiducia* (*lib.* 35 *ad Sabinum*)[1021], doit également être mentionné dans ce contexte:

> *Verbum illud pertinere, latissime patet. Nam et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sint; et eis quas jure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint.*
>
> (Ce terme, *pertinere*, appartenir, est d'une signification très étendue. Il ne s'étend pas seulement aux choses qui font partie de notre domaine, et à celles que nous possédons à quelque titre que ce puisse être, quoiqu'elles ne soient pas dans notre domaine; mais aussi à tout ce qui n'étant pas encore de notre domaine ni en notre possession peut néanmoins y venir).

Il est possible de donner à ce texte, pour peu qu'il concerne effectivement la *fiducia*, la signification suivante: la *res fiduciaria* continue d'appartenir au fiduciant, puisque parmi les choses dont on peut dire qu'elles nous appartiennent (*pertinere*) figurent même celles dont nous n'avons pas le titre de propriété, mais que nous avons l'espoir de pouvoir un jour recouvrer en pleine propriété[1022]. Enfin, comme indice complémentaire, FREZZA cite le fragment du *Digeste* 33.10.9.2 (PAPINIANUS, lib. 7 *Responsorum*), déjà évoqué plus haut, relatif au legs des *supellectili*[1023].

[1020] KASER (1982), p. 247, note 73.

[1021] Cf., LENEL II (1960), p. 148, no 802.

[1022] Cf. JACQUELIN (1891), p. 178, selon lequel «cette conception dérive bien plutôt du sentiment pratique de la conscience publique que du sentiment du droit».

[1023] *Supellectili sua omni legata, acceptum argentum pignori <fiduciae> non continebitur:* ***quia supellectilem suam legavit****: utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem, ac restituendae rei vinculum.* (Un testateur ayant légué tous ses meubles, on a décidé que des meubles d'argent qui lui avaient été donnés en fiducie n'appartiendraient pas au légataire; parce qu'il a légué ses propres meubles. Naturellement, ces meubles d'argent n'étaient pas à l'usage du créancier selon la volonté du débiteur, mais lui étaient donnés à cause de la parole donnée dans le contrat et du lien l'obligeant à restituer ces choses).
Cf. FREZZA (1963), pp. 11 et 23, qui estime que les termes «quia suppellectilem suam legavit» n'ont pas été rajoutés par les compilateurs de JUSTINIEN.

6. Analogies avec la dot et la tutelle

L'étude de la *fiducia* romaine nous a révélé l'existence d'une institution juridique complexe, difficilement classable dans les catégories juridiques modernes. La réalité très nuancée qui s'est peu à peu dégagée de cette étude serait singulière si elle ne s'était concrétisée qu'en matière de *fiducia cum creditore* ou de *fiducia cum amico*. Mais tel n'est pas le cas. Nous souhaitons ainsi aborder deux institutions, la dot (a) et la tutelle (b), qui comportent, malgré certaines différences, des analogies certaines avec la *fiducia*, soit, d'une part, la distinction entre le propriétaire formel d'un bien et le titulaire effectif de sa valeur patrimoniale, et, d'autre part, le maintien ou l'octroi à ce titulaire effectif de nombreux pouvoirs juridiques sur le bien détenu par le propriétaire formel, ces deux points étant évidemment liés.

a) La dot, «dos»[1024]

Institution très ancienne[1025] du droit de la famille, la dot «consiste en l'affectation d'un certain patrimoine au mari, dans le but de l'alléger des charges provenant de l'entretien de la femme et des enfants communs»[1026]. Contrairement au bien fiduciaire, elle n'était primitivement pas destinée à être rendue et, à défaut de conventions matrimoniales, restait donc définitivement la propriété du mari. Mais, dès les premiers temps de la République, la dot servit également à assurer l'entretien de la femme après la dissolution du mariage[1027]. Il fallait en effet éviter que la femme se retrouvât sans ressources dans une période où la fréquence des divorces augmenta sensiblement.

Pour astreindre le mari à la restitution de la dot, la pratique imagina deux voies distinctes[1028]: dès le II^e^ siècle av. J.-C., le mari pouvait s'engager envers la personne qui constituait la dot à la lui restituer, au moyen d'un

---

[1024] La *dos* est une institution complexe dont les règles ont beaucoup varié dans le temps. Il va de soi que nous ne procéderons qu'à une étude très sommaire, en nous limitant à signaler quelques points qui nous paraissent avoir une certaine importance pour une meilleure compréhension de la *fiducia*. Pour une présentation plus globale, voir GIRARD (1978), pp. 1007ss; MONIER I (1977), pp. 290ss; SCHMIDLIN (1988), pp. 89s; et TALAMANCA (1990), pp. 144ss.

[1025] Cf. MARRONE (1989), p. 305. Voir aussi, Annamaria MANZO, «Un'ipotesi sull'origine della dote», in *INDEX* (Naples) 25 (1997), pp. 307ss.

[1026] SCHMIDLIN (1988), p. 89.

[1027] Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 89 et KASER (1971), p. 333.

[1028] Cf. MONIER I (1977), pp. 294ss.

contrat verbal de stipulation (*cautio rei uxoriae*); par ailleurs, en dehors de tout engagement, le préteur rendit obligatoire une restitution partielle de la dot et accorda à la femme, ou suivant les cas au *pater familias*, l'action *rei uxoriae*, en cas de divorce, de prédécès du mari ou de la femme. Cette action contient la fameuse clause dont nous parle CICERO, dans le même passage que la non moins célèbre clause *ut inter bonos bene agier* relative à la *fiducia*, et qui oblige le juge à apprécier le cas individuellement et à statuer selon ce qui lui semble «melius et aequius» (le mieux et le plus équitable)[1029].

A première vue, le mari paraît être le seul propriétaire des biens dotaux: il est titulaire de toutes les actions qui protègent la propriété; il a l'usage et la jouissance de la dot, et peut en principe en disposer[1030]. Cette approche, purement formelle, doit être cependant fortement nuancée, à l'image de la situation prévalant en matière de *fiducia*[1031]. En effet, suite à un développement continu du droit dotal initié à la fin de la période républicaine et trouvant son apogée dans le droit de JUSTINIANUS, le mari est peu à peu relégué au rôle de simple administrateur de la dot, laquelle est considérée comme appartenant matériellement à la femme[1032]. Cette évolution est perceptible sur le plan de la limitation du pouvoir de disposition du mari comme sur le plan de la titularité patrimoniale de la dot.

En ce qui concerne le premier point, il faut préciser que la limitation du pouvoir de disposition du mari s'accompagne parfois de l'octroi de pouvoirs juridiques correspondants à la femme. Sous AUGUSTE, la *lex Iulia de fundo dotali*, constituant un chapitre de la *lex Iulia de adulteriis* de 18 av. J.-C., interdit au mari d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles dotaux situés en Italie, sans le consentement exprès de la femme[1033]. L'aliéna-

---

[1029] CICERO, *De Officiis*, 3.15.61: ... *Reliquorum autem iudiciorum haec uerba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae MELIVS AEQUIVS, in fiducia UT INTER BONOS BENE AGIER*... (Mais dans les autres jugements, les termes suivants sont tout à fait remarquables: dans le règlement d'une affaire matrimoniale, au mieux et au plus équitable; dans la fiducie, bien faire comme entre gens de biens...). Sur l'*actio rei uxoriae*, cf. SÖLLNER (1969), pp. 137ss.

[1030] Cf. MONIER I (1977), p. 293 et SÖLLNER (1969), pp. 35s.

[1031] Cf., par exemple, GIRARD (1978), pp. 1013s, selon lequel la dot «est, durant le mariage, la propriété du mari, mais il a sur elle des pouvoirs distincts de ceux des propriétaires ordinaires, parce qu'il est exposé à devoir la rendre après le mariage».

[1032] Cf. RICCOBONO (1929), pp. 514ss.

[1033] Cf. KASER (1971), p. 334 et MONIER I (1977), p. 292. Voir, GAIUS, D. 23.5.4 (*lib.* 11 *ad Edictum provinciale*): *Lex Julia, quae de dotali praedio prospexit, ne id marito liceat obligare, aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem juris sit, quod de marito.* (La disposition de la loi Julia, qui défend au mari d'aliéner ou

tion d'un tel fonds intervenue sans l'accord de la femme est donc juridiquement inefficace. Selon la doctrine, il en résulte que la femme peut alors revendiquer directement le bien auprès du tiers. A défaut de renseignement dans les sources, la nature de cette action est incertaine. La doctrine hésite entre la *rei vindicatio*, l'*actio in rem utilis*, ou la *rei vindicatio utilis*[1034]. La *lex Iulia de maritandis ordinibus* interdit quant à elle au mari d'émanciper sans l'accord de sa femme l'esclave faisant partie de la dot[1035]. Par ailleurs, la femme intervient également pour consentir à certains actes de gestion importants[1036]. Elle a, de plus, la qualité pour agir en raison de l'éviction d'un fonds dotal (cf. TRYPHONINUS, D. 23.3.75 [*lib. 6 Disputationum*])[1037]:

> *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. Et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit, cujus nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse...*
>
> (Quoique la dot fasse partie des biens du mari, elle appartient cependant véritablement à la femme. En sorte que c'est avec raison qu'on a décidé que, dans le cas où le mari aurait reçu en dot un fonds non estimé, et à l'occasion duquel il aurait stipulé le double en cas d'éviction, ce cas arrivant, la femme pouvait agir aussitôt sur la base de la stipulation...).

Enfin, dans le cadre de l'*actio rei uxoriae*, la femme est garantie par un privilège de faillite, appelé *privilegium inter personales actiones*, qui lui permet d'être désintéressée avant les créanciers chirographaires[1038].

En ce qui concerne le second point, soit la titularité patrimoniale de la dot, il faut relever que la dot, qui est conçue comme une universalité juridique, constitue une masse séparée du patrimoine du mari (*Sondervermögen*)[1039], virtuellement intégrée dans celui de la femme. Dans le cadre de l'*actio rei uxoriae*, dont la dénomination même, par l'emploi du génitif possessif, laisse entendre qu'il s'agit des biens de la femme[1040], le juge doit tenir compte des créances et obligations réciproques, et arbitrer en équité le montant de la restitution. Le mari est, quant à lui, tenu d'apporter tous ses

---

d'hypothéquer le fonds dotal, doit recevoir une interprétation étendue; elle doit être appliquée au fiancé qui a reçu le fonds en dot pour le futur mariage).

1034 Cf. SÖLLNER (1969), p. 43 et références citées note 8.

1035 Cf. KASER (1971), p. 334.

1036 Cf. MONIER I (1977), p. 294.

1037 Cf. LENEL II (1960), p. 358, no 17 et SÖLLNER (1969), p. 38.

1038 Cf. MONIER I (1977), p. 297.

1039 Cf. KASER (1971), p. 333 et SÖLLNER (1969), p. 32.

1040 Cf. JAHR (1984), p. 79.

soins à l'administration de la dot et il est responsable non seulement de son dol (*dolus*), mais aussi de sa faute (*culpa*). Il ne lui est possible de conserver une partie de la dot que dans des cas de figure bien déterminés (système des *retentiones*). Sauf en cas de dol, la condamnation ne peut dépasser les limites des ressources du mari. Celui-ci a le droit d'obtenir le paiement de frais qui dépassent le montant des revenus habituels des biens dotaux (dépenses nécessaires et utiles)[1041]. Mais, s'il a employé des ressources de la dot, le résultat de ces opérations revient obligatoirement à la dot (principe de la subrogation), ce qu'attestent les deux sources suivantes:

POMPONIUS, D. 23.3.32 (*lib.* 16 *ad Sabinum*):

Si ex lapidicinis dotalis fundi lapides, vel arbores, quae fructus non essent, sive superficium aedificii dotalis voluntate mulieris vendiderit: nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.

(Si le mari vend, du consentement de sa femme, des pierres tirées des carrières d'un fonds dotal, ou des arbres de ce fonds, lorsque ces choses n'en forment pas des fruits, ou s'il vend, aussi du consentement de sa femme, le bâtiment élevé sur un fonds dotal, le prix résultant de la vente sera réputé dotal).

GAIUS, D. 23.3.54 (*ad Edictum praetoris urbani, titulo de Praediatoribus*):

Res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur.

(Les effets achetés avec l'argent de la dot sont dotaux).

Par ailleurs, la femme bénéficie des plus-values, mais supporte aussi les moins-values (cf. ULPIANUS, D. 23.3.10.1-2 [lib. 34 ad Sabinum]):

§1. Si praediis inaestimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet: si aliquid decessit, mulieris damnum est.§2. Si servi subolem ediderunt, mariti lucrum non est.

(§1.Si des fonds donnés en dot, sans être estimés, reçoivent quelques accroissements, la femme en profite; s'ils souffrent quelque diminution, la femme en souffre. §2. Si les esclaves donnés en dot ont «produit» des enfants, cet accroissement n'est point au profit du mari).

De même, quand le mari découvre un trésor dans le fonds dotal, il n'acquiert pour lui-même, comme dans le cas de celui qui découvre un trésor dans le fonds appartenant à un tiers, que la moitié de la valeur de ce trésor,

[1041] Cf. KASER (1971), p. 339 et MONIER I (1977), p. 296.

l'autre moitié revenant à la masse séparée constituée par la dot (cf. ULPIANUS, D. 24.3.7.12 [*lib.* 31 *ad Sabinum*])[1042]:

> *... non magis quam si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur, quasi in alieno inventi.*
>
> (...de même que si le mari trouvait un trésor dans le fonds appartenant à sa femme, ce trésor ne serait pas regardé comme un fruit du terrain, mais le mari serait obligé d'en rendre la moitié à sa femme, ainsi qu'y est obligé quiconque trouve un trésor dans le terrain d'autrui).

En revanche, les fruits sont à la libre disposition du mari[1043].

Par ailleurs, lorsqu'une femme est condamnée pénalement du fait de certaines infractions, sa dot est dévolue à l'Etat et non à son mari (cf. ULPIANUS, D. 48.20.3 [*lib.* 33 *ad Edictum*]):

> *Quinque legibus damnatae mulieris dos publicatur: majestatis, vis publicae, parricidii, veneficii, de siccariis.*
>
> (En vertu de cinq lois, la dot d'une femme condamnée, est confisquée pour cause de lèse-majesté, de violence publique, de parricide, d'empoisonnement et d'assassinat).

Le caractère séparé de la dot dans le patrimoine du mari résulte également d'un fragment de PAULUS, D. 50.1.21.4 (*lib.* 1 *Responsorum*), relatif au traitement de la dot, dans le cas où le mari accède à une charge municipale. Dans cette hypothèse, PAULUS nous informe que la dot ne doit plus être comptée dans les biens du mari:

> *Idem respondit, constante matrimonio dotem in bonis mariti esse. Sed si ad munera municipalia a certo modo substantiae vocetur, dotem non debere computari.*
>
> (Le même jurisconsulte a encore répondu que la dot qu'une femme avait apportée à son mari était des biens du mari pendant l'existence du mariage. Mais si le mari était appelé à des emplois municipaux en raison de ses facultés, la dot de la femme ne devait plus être comptée dans les biens du mari).

Enfin, le pécule d'un esclave donné en dot est constitué de deux composantes distinctes, dont, suivant les circonstances, l'une revient au mari, et l'autre à la femme (cf. ULPIANUS, D. 15.1.19.1 [*lib.* 29 *ad Edictum*]):

> *Potest esse apud me duplicis juris peculium: utputa servus est dotalis: potest habere peculium quod ad me respiciat, potest et quod ad mulierem...*

[1042] Cf. SÖLLNER (1969), p. 32.

[1043] Cf. KASER (1971), p. 333 et SÖLLNER (1969), p. 36.

(Il est posible de détenir un pécule à deux titres différents; par exemple, s'il s'agit d'un esclave donné par une femme en dot à son mari, le pécule peut revenir à celui-ci, comme il peut revenir à la femme...).

Comme le résume MONIER, à l'époque classique, «les jurisconsultes ... estiment [que la dot] ... constitue une masse juridiquement distincte, dans le patrimoine du mari, et qu'elle est, dans une certaine mesure, à la femme qui doit en obtenir éventuellement la restitution à la dissolution du mariage»[1044].

Le fragment de TRYPHONINUS, D. 23.3.75 (lib. 6 *Disputationum*)[1045], est éloquent à cet égard:

Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. *Et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit, cujus nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. Porro cujus interest non esse evictum quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id quod eum in dotem habere desiit, hujus etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur, cujus etiam matrimonii onera maritus sustinet.*

(Quoique la dot fasse partie des biens du mari, elle appartient cependant véritablement à la femme. En sorte que c'est avec raison qu'on a décidé que, dans le cas où le mari aurait reçu en dot un fonds non estimé, et à l'occasion duquel il aurait stipulé le double en cas d'éviction, ce cas arrivant, la femme pouvait agir aussitôt sur la base de la stipulation. Par conséquent, comme c'est la femme qui a intérêt que le fonds donné en dot à son mari n'ait point été évincé, et que c'est elle-même qui souffre de cette éviction, puisqu'elle commence à ne plus avoir ce fonds en dot, c'est à elle aussi que doit appartenir le bénéfice de la stipulation, même pendant le mariage, quoique, dans ce moment, le mari soit réputé propriétaire de la dot, et qu'il supporte les charges du mariage).

Bien que le mari soit propriétaire formel de la dot, c'est la femme qui peut exiger l'exécution de la stipulation relative à l'éviction d'un fonds dotal, dont le bénéfice lui reviendra. La raison est est simple: la dot est considérée comme appartenant véritablement à la femme. Dans un autre fragment, GAIUS relève que le legs de la dot à la femme n'est pas compris dans les libéralités du testateur, car «suam rem mulier recipere videtur», la femme est traitée comme si elle recevait sa propre chose[1046]. BOETHIUS a finale-

[1044] MONIER I (1977), p. 294.

[1045] Cf. LENEL II (1960), p. 358, no17.

[1046] GAIUS, D. 35.2.81.1 (*lib. 18 ad Edictum provinciale*): *Dos relegata, extra rationem legis Falcidiae est, scilicet quia suam rem mulier recipere videtur.* (Le legs de la dot

ment renversé le principe dans une sentence de ses Commentaires des *Topiques* de CICERO (*In Ciceronis Topica*, 17.65): *Dos licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris iure.* (Il est permis de considérer que la dot fait partie, pendant le mariage, des biens du mari, bien qu'elle appartienne juridiquement à la femme).

Pour bien comprendre le régime dotal de l'époque classique, il est donc nécessaire de distinguer entre le titre formel de propriété, attribué au mari, et l'appartenance effective de la dot, reconnue à la femme. Cette dernière conserve, en effet, un pouvoir juridique sur les biens dotaux, lui permettant d'intervenir, soit au cours du mariage, soit d'obtenir une restitution facilitée de la dot lorsqu'une condition juridique déterminée survient, par exemple le divorce des époux. Lors de la réalisation de cette condition, le but de la dot se modifie (d'abord, l'entretien de la femme et des enfants communs, puis l'entretien de la femme après la dissolution du mariage), et confère automatiquement de nouveaux droits à la femme (par exemple, le bénéfice du *privilegium inter personales actiones*). Dans les cas où elle dispose d'un droit de revendication ou de l'action de la stipulation, la femme est considérée comme la véritable titulaire des pouvoirs juridiques sur la chose. La qualification précise des relations juridiques patrimoniales entre le mari et la femme et de leurs pouvoirs respectifs sur la dot est un exercice difficile, vu la nature hybride des prérogatives reconnues à la femme, que les juristes romains n'ont jamais effectué[1047]. En doctrine, on a parfois comparé le mari au *legal owner*, et la femme à l'*equitable owner* du trust anglo-saxon[1048]. Selon SÖLLNER, le régime de la dot en droit classique découlerait encore de l'origine archaïque de l'institution. La dot consisterait ainsi en un patrimoine de la femme qui est soumis à la puissance du mari, de la même manière que la femme dans l'ancien régime familial romain se trouvait dans la *manus*, entre les mains du mari. Ce droit de propriété virtuel de la femme sur la dot se matérialiserait dans des circonstances déterminées[1049].

n'est point soumis à la Falcidie, parce que la femme est considérée comme recevant sa propre chose).

[1047] Cf. MARRONE (1989), p. 308: «In che senso la dote dovesse considerarsi al contempo del marito e della moglie, i classici non precisarono: forse volutamente, per sottolineare in tal modo il carattere ibrido della condizione giuridica dei beni dotali».

[1048] Cf. SÖLLNER (1969), p. 38 et référence citée note 6.

[1049] Cf. SÖLLNER (1969), pp. 40ss.

La protection des intérêts de la femme est encore accrue sous JUSTINIEN, lequel remanie le régime dotal en profondeur[1050]. Les pouvoirs juridiques du mari sur la dot sont fortement réduits, alors que la femme se voit attribuer diverses actions, sûretés ou privilèges, afin de garantir une restitution effective de la dot[1051]. Entérinant en quelque sorte l'esprit de la jurisprudence classique, cette réforme est mue par le principe selon lequel, «la dot, au point de vue juridique, <<secundum legum subtilitatem>> (selon la subtilité des lois), est la propriété du mari, mais au point de vue social et en droit naturel, elle appartient vraiment à la femme à qui elle doit revenir un jour...»[1052]:

Codex, 5.12.30:

In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus (si tamen extant) sive aestimatae, sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam jubemus: et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ***ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.*** *Volumus itaque eam in rem actionem, in huiusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere:* ***ut sive ex naturali jure eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur****: per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam, ei plenissime consulatur...*

(Nous ordonnons qu'à l'égard des biens dotaux, meubles ou immeubles, ou se mouvant d'eux-mêmes, si cependant ils existent, estimés ou non estimés, la femme, en les revendiquant après la dissolution du mariage, ait les privilèges les plus étendus, et qu'aucun des créanciers du mari, quoique antérieur, ne puisse revendiquer la préférence à l'égard de ces biens; parce qu'ils ont appartenu à l'origine à la femme, et qu'elle en a conservé naturellement la propriété. Car la vérité n'est point détruite ni obscurcie par la subtilité des lois qui supposent qu'elles passent dans le patrimoine du mari. C'est pourquoi nous voulons qu'elle ait l'action *in rem* sur ces choses, comme lui étant propres, et une action hypothécaire préférable à toutes celles des autres créanciers; afin que, soit que la femme soit censée avoir ces biens par le droit naturel, soit que d'après la subtilité des lois on les considère comme étant entrés dans le patrimoine du mari, elle jouisse

[1050] Pour une présentation générale, cf. MONIER I (1977), pp. 297ss; KASER (1975), pp. 185ss et MARRONE (1989), pp. 312ss.

[1051] Cf. KASER (1975), pp. 185s.

[1052] MONIER I (1977), p. 298.

pleinement, pour obtenir ses droits, des deux actions *in rem* et hypothécaire...).

Dans ce nouveau régime juridique, les droits du mari se rapprochent de ceux d'un simple usufruitier[1053]. Il lui est, par exemple, prohibé de manière absolue, sauf accord répété de sa femme, d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles dotaux, qu'ils soient italiques ou provinciaux[1054]. De même, la femme a le droit, lorsque sa dot est en péril par suite de l'insolvabilité ou de la prodigalité du mari, d'exiger au cours du mariage la restitution de la dot, même contre un tiers, au moyen d'un action réelle[1055], ou la mise sous séquestre des biens dotaux. Par ailleurs, le système des *retentiones* a été aboli[1056]. De plus, les garanties destinées à assurer à la femme ou à ses héritiers la restitution de la dot sont multipliées. Pour certains biens dotaux qui se trouvent encore en nature dans le patrimoine du mari au moment de la dissolution du mariage, la femme dispose du choix entre une action réelle et une action hypothécaire (cf. C. 5.12.30 de l'an 529)[1057]. Le droit à la restitution est garanti dès l'an 530 par une hypothèque générale tacite, prenant rang au jour du mariage, même pour les créances dotales nées postérieurement[1058]. Enfin, l'*actio rei uxoriae* est remplacée par une nouvelle action, une action *ex stipulatu* spécifique, dans laquelle l'existence d'une stipulation tacite de restitution est présumée[1059].

Certes, le régime juridique de la dot que nous venons de décrire n'est pas identique à celui de la *fiducia*. Il représente cependant un cas exemplaire de la distinction au sein du droit de propriété entre l'élément formel, revenant au mari, et l'élément matériel, revenant à la femme. Déjà présente en droit classique, cette distinction est encore accentuée sous JUSTINIEN, au point que le droit du mari devient un droit pratiquement vidé de tout pouvoir. Au contraire, la femme, dépourvue de titre formel, se voit reconnaître des pouvoirs opposables *erga omnes*, par le biais de véritables actions réelles.

1053 Cf. KASER (1975), p. 185.
1054 Cf. *Codex* 5.13.1.15. Voir aussi KASER (1975), p. 188.
1055 Cf. *Codex* 5.12.29. Voir aussi KASER (1975), pp. 191s.
1056 Cf. KASER (1975), p. 192.
1057 Cf. MONIER I (1977), p. 300.
1058 Cf. MONIER I (1977), p. 300 et KASER (1975), pp. 192s.
1059 Cf. KASER (1975), p. 191.

b) Le *tutor*[1060]

Le tuteur peut, soit lorsqu'il agit seul, soit lorsque le pupille agit, en donnant son *auctoritas* (sorte d'autorisation), aliéner ou donner en gage les biens du pupille, faire ou recevoir un paiement, placer les capitaux[1061], etc. En l'absence de représentation directe en droit romain classique, le tuteur devait nécessairement, pour accomplir sa mission, être investi de la propriété du patrimoine de son pupille. Le *tutor* a ainsi le *dominium* (propriété) et la *possessio* (possession) des biens du pupille[1062]. Vu le contexte juridique particulier de la tutelle, laquelle comprend un transfert temporaire de la propriété d'un patrimoine dans un but déterminé, la doctrine qualifie généralement de «fiduciaire» la propriété du tuteur sur ce patrimoine[1063].

Malgré les larges pouvoirs juridiques accordés au tuteur, les juristes romains n'ont jamais véritablement traité celui-ci comme un propriétaire à part entière. En droit archaïque, KASER et APATHY affirment que, selon toute vraisemblance, la propriété du patrimoine était fonctionnellement partagée entre le tuteur et le pupille. Selon ces auteurs, le tuteur disposait de la plupart des compétences normalement dévolues à un propriétaire, mais le pupille avait également la capacité d'effectuer certains actes juridiques. Lorsque ce dernier devenait majeur, la tutelle cessait *ipso iure*, de sorte que le droit du pupille sur le patrimoine géré se transformait automatiquement

---

[1060] PAULUS, D. 26.1.1 pr (*lib.* 38. *ad Edictum*, LENEL I (1960), p. 1045, no 556): *Tutela est (ut Servius definit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data, ac permissa.* (La tutelle, suivant la définition de Servius, est une puissance et une autorité sur un homme libre, afin de défendre celui qui, à cause de son jeune âge, ne peut se défendre lui-même; ce pouvoir vient du droit civil qui la donne directement, ou permet de la donner). Le tuteur s'occupe uniquement de la défense des intérêts pécuniaires et de la conservation du patrimoine de son pupille. Il agit au moyen de l'*auctoritas interpositio*, qui l'autorise à suppléer aux insuffisances de la personnalité du pupille, en lui permettant de faire des actes que celui-ci ne pourrait faire seul, ainsi que de la *negotiorum gestio*, gestion d'affaires, en se substituant au pupille (GIRARD (1978), p. 228). Il va de soi que nous n'aborderons l'institution de la tutelle, sous la forme de la *tutela impuberum*, que dans les limites étroites fixées dans la présente section. Pour une présentation plus détaillée de l'institution, cf. GIRARD (1978), pp. 220ss; MONIER I (1977), pp. 315ss; SCHMIDLIN (1988), pp. 80s; et TALAMANCA (1990), pp. 158ss.

[1061] Cf. MONIER I (1977), pp. 323s.

[1062] Cf. GUARINO (1997), p. 637 et JAHR (1984), p. 79.

[1063] APATHY (1995), p. 6, parle de «fremdnützige Treuhand», KASER (1971), p. 87, de «treuhänderisches Eigentum» et SCHMIDLIN (1988), p. 81, d'«administration fiduciaire».

en un plein droit de propriété, sans qu'il soit nécessaire que le tuteur accomplisse un quelconque acte de transfert[1064].

En droit classique, nous disposons de plusieurs sources concordantes qui attestent que le tuteur est considéré comme «celui qui est dans la situation d'un propriétaire» («domini loco»), mais qui n'est donc pas un vrai propriétaire[1065].

Parmi elles[1066], cf. par exemple PAULUS, D. 26.7.27 (*lib.* 7 *ad Plautium*):

> *Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem,* ***domini loco*** *haberi debet.* (Le tuteur à qui l'administration de la tutelle est confiée, doit être considéré comme le maître toutes les fois qu'il s'occupe des intérêts de son pupille).

Tout comme la dot par rapport au mari, le patrimoine géré par le tuteur constitue un patrimoine séparé du patrimoine de celui-ci, potentiellement intégré dans le patrimoine du pupille[1067]. Par ailleurs, les pouvoirs juridiques du tuteur sur ce patrimoine sont restreints et le pupille se voit conférer, dans certaines circonstances, des pouvoirs considérables, comme un droit de revendication ou un droit de suite.

Le tuteur est débiteur de la valeur du patrimoine et sa fonction est temporaire, puisqu'elle se terminera en principe à la puberté de son pupille (sous JUSTINIANUS, 14 ans pour les garçons et 12 ans pour les filles)[1068]. A l'époque classique, le tuteur doit, à son entrée en charge, faire l'inventaire des biens du pupille, pour qu'il soit possible de déterminer facilement les valeurs qu'il a reçues et dont il est comptable. Il répond de tout détournement frauduleux par l'*actio rationibus distrahendis*, déjà prévue dans la loi des XII Tables[1069]. Cette action est nécessaire, dès lors que, dans la conception ancienne, le tuteur avait un plein pouvoir de disposition et que ses dé-

---

[1064] Cf. KASER (1939), pp. 41s et (1971), p. 87, ainsi qu'APATHY (1995), p. 5 et (1997), pp. 373s.

[1065] Cf. KASER (1971), p. 360.

[1066] On retrouve la même expression («domini loco») chez IULIANUS (D. 41.4.7.3 et 47.2.57.4), ou alors, une expression similaire («vice dominorum») chez ULPIANUS (D. 43.24.11.7 et 50.17.157 pr.)

[1067] Cf. GUARINO (1997), p. 636: «Il *patrimonium* pupillare era, come si è avvertito, un «patrimonio separato», di cui il *tutor* era il titolare attuale, ma il *pupillus* era il titolare potenziale, con diritto alla restituzione e alla resa dei conti al termine della tutela».

[1068] Cf. MONIER I (1977), p. 329.

[1069] Cf. APATHY (1995), p. 6 et GUARINO (1997), pp. 632s.

tournements n'étaient pas considérés comme des vols[1070]. Dans l'*actio tutelae*, action de bonne foi exercée contre le tuteur à la fin de sa fonction, le pupille réclame un rapport de gestion, la remise de ses biens (comprenant ceux acquis pour son compte) ainsi que la réparation du préjudice causé par une mauvaise gestion. De son côté, le tuteur est en droit de demander le paiement de ses frais de gérance[1071]. En tant que titulaire de la valeur du patrimoine, le pupille a droit à un intérêt de douze pour cent sur l'argent géré que le tuteur à employé à son propre usage (cf. ULPIANUS, D. 26.7.7.4 [*lib. 35 ad Edictum*])[1072]. Depuis l'empereur CLAUDIUS (I^er^ siècle ap. J.-C.), les tuteurs légitimes (héritiers présomptifs de l'impubère) doivent prendre l'engagement, garanti par des cautions, de conserver intact le patrimoine du pupille[1073].

La créance en restitution du pupille est protégée par une sûreté personnelle, la *sadisdatio rem pupilli* (autorisant le pupille à réclamer le montant de l'*actio tutelae* également aux cautions), par un *privilegium* (permettant au pupille d'être désintéressé avant les créanciers chirographaires du tuteur) et, subsidairement, par une *actio in factum*, dirigée contre les magistrats municipaux qui ont proposé le tuteur[1074]. Par ailleurs, l'Empereur CONSTANTINUS (IV^e^ siècle ap. J.-C.) accorde au pupille une hypothèque générale tacite sur les biens du tuteur, qui prend rang au jour où commence la tutelle[1075].

Les restrictions aux pouvoirs du tuteur prennent de l'ampleur au cours des siècles[1076]. Le droit civil[1077], puis la jurisprudence classique, interdisent

---

[1070] Cf. APATHY (1997), p. 374.

[1071] MONIER I (1977), p. 328 et SCHMIDLIN (1988), p. 81.

[1072] *Pecuniae, quam in usus suos converterunt tutores, legitimas usuras praestant: sed hoc ita demum, si evidenter doceantur pecuniam in usus suos convertisse...* (Les tuteurs doivent payer à douze pour cent les intérêts de l'argent des pupilles qu'ils auront employé à leur propre usage, pourvu toutefois qu'on prouve évidemment qu'ils l'ont employé...).

[1073] Cf. MONIER I (1977), p. 327.

[1074] Cf. MONIER I (1977), p. 328.

[1075] Cf., par exemple, *Codex*, 5.37.20: *Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur...* (Les mineurs ne sont point empêchés de revendiquer les biens de leurs tuteurs ou curateurs, comme s'ils leur étaient obligés à titre de gages, si ceux-ci leur sont redevables par suite de leur administration...).

[1076] Cf. MONIER I (1977), pp. 324s.

[1077] ULPIANUS, D. 26.8.1 pr (*lib. 1 ad Sabinum*): *Quanquam regula sit juris civilis, in rem suam auctorem tutorem fieri non posse...* (Quoique le droit civil établisse pour règle que le tuteur ne puisse donner son accord dans sa propre cause...).

au tuteur d'accomplir les actes dans lesquels ses intérêts sont opposés à ceux de son pupille[1078]. Ainsi, la jurisprudence classique étend les cas donnant la possibilité de *restitutio in integrum* (rétablissement de la situation juridique antérieure) pour lésion[1079]. Par ailleurs, le droit impérial ou la jurisprudence classique frappent d'inaliénabilité une partie importante du patrimoine du pupille[1080]: fonds de terre non bâtis ou voisins de la ville, fonds bâtis, métaux et meubles précieux, esclaves. La constitution de droit de gage, d'hypothèque, de servitude ou de superficie, est également prohibée. Relevons que l'aliénation faite par le tuteur, pourtant propriétaire formel du patrimoine du pupille, en violation des prescriptions légales, est relativement nulle[1081]. De plus, le pupille peut revendiquer la chose aliénée contre le tiers (droit de suite), en tout temps, avant JUSTINIEN, et en respectant certains délais péremptoires, depuis cet Empereur[1082]. Lorsque le tuteur vend frau-

---

[1078] Par exemple, la vente d'un bien faisant partie du patrimoine du pupille dans un but de spoliation est considérée comme un vol. De ce fait le bien devient *res furtiva*, inapte à l'usucapion: IULIANUS, D. 41.4.7.3 (lib. 44 *Digestorum*): *Si tutor rem pupilli subripuerit, et vendiderit: usucapio non contingit, prius quam res in potestatem pupilli redeat. Nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat.* (Si un tuteur vole un effet appartenant à son pupille et le vend, l'usucapion n'aura pas lieu avant que l'effet soit retourné en la puissance du pupille. Car le tuteur n'est regardé comme maître à l'égard des biens du pupille, que lorsqu'il les administre fidèlement, et non quand il veut dépouiller son pupille). Cf. également PAULUS, D. 26.7.12.1 *in fine* (lib. 38 *ad Edictum*) où le jurisconsulte affirme qu'une vente opérée par un tuteur de mauvaise foi est nulle: ... *Nec interest, tutor solvendo fuerit, necne: cum si bona fide res gesta sit, servanda sit; si mala fide, alienatio non valet.* (...Peu importe que le tuteur soit solvable ou non; puisque si l'aliénation est faite de bonne foi, elle ne doit point être infirmée; et si elle est faite de mauvaise foi, elle est nulle).

[1079] Cf. ULPIANUS, D. 4.4.49 (*lib.* 35 *ad Edictum*): *Si res pupillaris, vel adolescentis distracta fuerit, quam lex distrahi non prohibet; venditio quidem valet: verumtaten, si grande damnum pupilli, vel adolescentis versatur, etiamsi collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur.* (Si on a vendu un bien d'un pupille ou d'un adolescent, dont l'aliénation n'est point défendue par les lois, la vente est valable. Si cependant le pupille ou le mineur en souffrent un tort considérable, quand même il n'y aurait pas eu de collusion, on pourra révoquer la vente en leur accordant la restitution en entier).

[1080] Cf., par exemple, ULPIANUS, D. 27.9.1 pr (*lib.* 35 *ad Edictum*): *Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores, et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere.* (Il y a une ordonnance de l'empereur Sévère, qui défend aux tuteurs et aux curateurs d'aliéner les fonds de terre des pupilles et des mineurs non bâtis ou voisins de la ville).

[1081] Cf. MONIER I (1977), p. 325.

[1082] Cf. *Codex*, 5.74.3: *Si quando sine decreto minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum, vel per veniam aetatis eorum curam excedentium, res alienantur vel supponuntur, et ad perfectam aetatem iidem minores provecti, longo silentio querelam hujusmodi tradiderint, ut inutilis alienatio vel suppositio diuturno silentio roboretur: certum tempus ad talem confirmationem praefinitum esse censemus...* (Des biens de

duleusement un bien faisant partie du patrimoine de son pupille, ce bien est considéré comme *res furtiva* (chose volée), inapte à l'usucaption[1083]. Enfin, JUSTINIEN a limité les pouvoirs du tuteur relatifs aux simples actes d'administration[1084].

Il faut différencier de certaines des hypothèses susmentionnées, dans lesquelles le pupille s'est vu conférer la possibilité de revendiquer contre des tiers, ou d'obtenir la *restitutio in integrum*, des éléments de patrimoine que le tuteur avait aliénés de manière frauduleuse (sorte de droit de suite), d'une part, les cas dans lesquels le pupille était en mesure d'exercer en son nom les actions nées d'une dette contractée par un tiers envers le tuteur (subrogation dans les droits du tuteur vis-à-vis des tiers), au sujet desquels on dispose de plusieurs sources[1085], et, d'autre part, les cas dans lesquels le pupille a été mis au bénéfice d'une action en revendication utile (*rei vindicatio utilis*[1086]) à l'encontre de son tuteur, pour réclamer la remise d'un élément de patrimoine acquis au moyen de l'argent du pupille (action en revendication contre le tuteur concernant un remploi).

Un fragment d'ULPIANUS, D. 26.9.2 (lib. 1 *Opinionum*), sans doute interpolé, mais exprimant de ce fait le droit de JUSTINIEN[1087], évoque les deux dernières hypothèses:

---

mineurs soumis à un tuteur ou curateur, ou ayant obtenu le bénéfice d'âge, ont été sans décret aliénés ou grevés d'hypothèques; les mineurs, après avoir atteint leur majorité, n'ont élevé aucune contestation au sujet de l'aliénation de leur fonds. Pendant combien de temps est-il nécessaire que le possesseur possède sans trouble pour qu'une telle aliénation, nulle à l'origine, soit confirmée et valable? C'est ce que nous croyons devoir fixer d'une manière certaine...).

1083 Cf. IULIANUS, D. 41.4.7.3 (*lib.* 44 *Digestorum*): *Si tutor rem pupilli subripuerit, et vendiderit: usucapio non contingit, prius quam res in potestatem pupilli redeat...* (Si un tuteur vole un bien de son pupille et le vend, l'usucapion n'aura pas lieu avant que le bien soit retourné en la puissance du pupille...). Cf. APATHY (1997), p. 374.

1084 Cf. MONIER I (1977), p. 325.

1085 Par exemple, ULPIANUS, D. 12.1.26 (*lib.* 5 *Opinionum*): *Si pecuniam militis, procurator ejus mutuam dedit, fidejussoremque accepit: exemplo eo quo si tutor pupilli, aut curator juvenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi, cujus pecunia fuerit, placuit.* (Si celui qui est fondé de procuration par un soldat prête l'argent qui lui appartient, l'action est acquise au soldat à qui était l'argent; à l'exemple du tuteur ou du curateur, qui, en prêtant l'argent du pupille ou du mineur, a stipulé que la somme prêtée lui serait rendue). Voir KASER (1971), p. 360 et références citées note 9.

1086 Sur cette notion, voir aussi *infra*, pp. 460s.

1087 Cf. KASER (1975), p. 234, note 23.

Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel praedia in nomen suum emerit: ***utilis actio ei, cuius pecunia fuit****, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam.*

(Si un tuteur ou un curateur prête les deniers de celui dont il gère les affaires, et stipule du débiteur que la somme lui sera rendue, ou s'il emploie ces deniers à acheter des fonds en son propre nom, celui à qui les deniers ont appartenu a une action utile pour revendiquer comme siens les fonds acquis, ou pour se faire rendre par le débiteur l'argent prêté).

Au total, on constate que le pupille disposait de moyens juridiques très étendus lui permettant de protéger son patrimoine. Comme le tuteur était le propriétaire formel de ce patrimoine, les actions conférées au pupille furent appelées «actions utiles», laissant sous-entendre qu'elles étaient basées sur l'équité et non sur le droit strict. Mais finalement peu importe leur dénomination. Leur contenu n'était guère différent des actions accordées aux propriétaires ordinaires, de sorte que le pupille peut être considéré, à la fin de l'époque classique, comme le véritable propriétaire de son patrimoine, dont le tuteur ne faisait qu'assurer la gestion à titre fiduciaire, agissant, selon certains, comme un simple représentant de son pupille[1088].

[1088] Cf. APATHY (1997), pp. 374s, lequel parle de «blosse Ermächtigungstreuhand».

CHAPITRE V

CONCLUSION

La *fiducia* n'est pas un véritable contrat, mais un *negotium*, dont on peut analyser trois phases distinctes, la seconde s'étant intercalée avec le temps entre les deux autres. La structure de base comporte une *mancipatio*, créant la fiducie, et une *remancipatio*, mettant un terme à celle-ci. Suite à un long processus de développement, l'intégration de la bonne foi a permis d'individualiser un vrai rapport de droit, sanctionnable sur sa durée. La *fiducia* ne se fonde pas sur une manifestation réciproque de volontés concordantes, mais sur une *lex* du fiduciant imposée unilatéralement au fiduciaire et à laquelle celui-ci se soumet. Elle est une institution juridique subtile formée d'un seul acte juridique, un *ea lege mancipio dare ut remancipetur*. Défini selon notre terminologie moderne, cet acte comprend aussi bien l'accord des parties sur une aliénation spécifique du bien fiduciaire, que l'acte de disposition lui-même, ainsi que l'engagement du fiduciaire à restituer le bien.

La *fiducia* n'est ainsi pas construite sur la base de deux actes distincts dont l'un, le *pactum fiduciae*, contredirait sur le plan des droits personnels l'effet juridique généré par l'autre, la *mancipatio* (acte de transfert), sur le plan du droit des biens. Car la *mancipatio (fidei) fiduciae causa* produit aussi bien des effets relevant des droits réels que des effets obligationnels. Il s'agit cependant d'effets juridiques particuliers. Sur le plan réel, nous observons que, si le titre formel de propriété est effectivement transféré au fiduciaire, le fiduciant n'en conserve pas moins des pouvoirs juridiques importants sur la chose. Sur le plan du droit des obligations, nous relevons que le fiduciant n'est pas titulaire d'une créance classique impliquant une prestation typique de la part du fiduciaire. L'obligation de restitution est protégée indirectement, en étant intégrée dans le devoir général du fiduciaire de se comporter comme un «homme de bien».

La *fiducia* constitue un acte finalisé dont l'essence et le but ultime consistent en la restitution du bien fiduciaire au fiduciant, *ut eam mancipanti remancipet*. Ce but latent est aménagé selon les intentions pratiques particulières que poursuivent les parties. Dans la *fiducia cum creditore*, il est généralement convenu que le fiduciaire conservera la propriété du bien fiduciaire jusqu'au moment du règlement de la dette garantie. Dans la *fiducia cum amico*, le devoir de restitution est suspendu au bon vouloir du fiduciant.

Mais, dans les deux cas, les droits transférés au fiduciaire le sont à titre temporaire[1089]. Cet aspect est fondamental, car il est inhérent à la fiducie et l'imprègne à tous les niveaux. Le fiduciant ne transfère son droit que pour le «reprendre» par la suite.

On peut certes se demander pourquoi les juristes romains ont utilisé un instrument – la *mancipatio* – destiné en principe à produire un autre effet juridique (soit un transfert définitif de la propriété) que celui recherché (soit un transfert d'une titularité juridique temporaire, adaptée au but convenu).

Il faut rappeler que la *fiducia* est née en des temps très reculés, à une époque où les actes juridiques étaient peu nombreux[1090]. «Les Romains usèrent ici d'un procédé qui leur était familier. Plutôt que de créer de toutes pièces une forme juridique nouvelle, ils préféraient adapter une forme existante à un but pour lequel elle n'avait pas été faite, en l'appropriant à ce but»[1091]. Dans le domaine des rapports fiduciaires, la *mancipatio* a été adaptée de manière à ce qu'elle attribue le titre formel du bien fiduciaire au fiduciaire sans pour autant supprimer tout lien juridique entre le fiduciant et ce bien. Cet exemple est révélateur de la souplesse et de l'esprit pratique de la jurisprudence romaine, laquelle a souvent nuancé la rigueur de certains procédés formalistes, sans besoin de recourir à des concepts théoriques approfondis. En cela, la *fiducia* est le reflet de l'originalité profonde et du génie de l'esprit juridique romain[1092].

La doctrine a parfois focalisé son attention sur la question de savoir si le fiduciaire était véritablement propriétaire du bien fiduciaire. A notre sens, le problème central se situe ailleurs. Il consiste à déterminer la nature juridique des pouvoirs du fiduciaire comme du fiduciant sur ce bien.

[1089] SCHEURL (1853), p. 37: «... müssen wir uns vor Allem vergegenwärtigen, dass das dadurch zurück zu erwerbende Eigenthum vermöge der fiducia contracta immer nur ein zu vorübergehenden Zwecken aufgegebenes ist, das jedenfalls, wenn diese Zwecke erreicht sind, dem es jetzt Aufgebenden wieder zurückgegeben werden soll...». RUDORFF (1873), p. 71: «Der Gläubiger hat also nur ein <fiduciarisches>, d. h. ein vergängliches Recht».

[1090] Cf. BELLOCCI (1983), p. 140.

[1091] GENY (1885), p. 65.

[1092] Cf. BELLOCCI (1979), p. 7.

WUBBE[1093] et KASER[1094], qui voient dans l'*usureceptio* documentée par GAIUS (cf. *Institutes*, 2.59-60 et 3.201) le reflet d'une institution archaïque, en ont déduit l'existence aux temps anciens d'une propriété formelle divisée entre le fiduciant et le fiduciaire. Selon ces auteurs, le fiduciant disposait, suivant les circonstances, d'un droit sur la chose qu'il pouvait même faire triompher en justice à l'encontre du fiduciaire, lequel n'était titulaire que d'un droit de propriété relatif. La vraisemblable origine archaïque de l'*usureceptio* ne doit cependant pas occulter le fait que, dans les passages concernés, GAIUS parle d'une institution qui lui est contemporaine, puisqu'il introduit le paragraphe 2.59 par le terme *adhuc* (encore à l'heure actuelle). L'*usureceptio* conserve donc toute sa pertinence en droit classique. Son emploi atteste, comme de nombreuses autres sources classiques, que le fiduciant ne se dessaisit pas de l'intégralité des prérogatives du droit de propriété.

Il n'est pas contestable que le fiduciaire est investi de la qualité de propriétaire formel du bien fiduciaire. Il peut à ce titre disposer librement de celui-ci. Mais l'étude d'un certain nombre de fragments du *Digeste*, relatifs il est vrai pour la plupart à la *fiducia cum creditore*, nous a permis de démontrer que, malgré la perte de son titre formel de propriété, le fiduciant conserve sur le bien fiduciaire des pouvoirs juridiques considérables. Il est également frappant de constater l'interdépendance existant entre les attributions conférées au fiduciaire et celles dont le fiduciant reste titulaire. Ainsi, la plupart des droits transférés au fiduciaire ont une résonance sur ceux du fiduciant: soit ces pouvoirs autorisent le fiduciaire à protéger juridiquement le bien fiduciaire (par exemple, le droit de revendication ou la légitimation active à l'*actio furti* comme à la *condictio furtiva*), soit le droit accordé au fiduciaire est aussi vite limité par certaines restrictions au profit du fiduciant (par exemple, les droits de léguer *per vindicationem* ou de percevoir les fruits accordés au fiduciaire). Par ailleurs, dans l'exercice de ces droits, le fiduciaire doit toujours avoir en vue l'intérêt du débiteur[1095]. Inversement, lorsqu'une compétence est attribuée au fiduciant (par exemple, le droit de vendre la chose), il faut qu'elle soit exercée de manière à ce qu'elle profite également au fiduciaire (dans la *fiducia cum creditore*, le prix de vente du bien à un tiers doit servir en priorité au désintéressement du fiduciaire).

[1093] WUBBE (1960).
[1094] KASER (1982), p. 26.
[1095] Cf. GENY (1885), p. 76.

Dans la *fiducia cum amico*, la situation est sans doute un peu différente, compte tenu du fait que cette forme de fiducie est constituée, dans la règle, dans l'intérêt exclusif du fiduciant, contrairement au cas de la *fiducia cum creditore*, destinée à servir avant tout l'intérêt du fiduciaire. Il résulte malgré tout d'une interprétation par analogie, voire *a fortiori*, que le «fiduciant-ami» exerce certainement sur le bien fiduciaire des attributions au moins aussi importantes que le fiduciant-débiteur. Si, dans la *fiducia cum creditore*, le fiduciant est en droit, par exemple, de vendre le bien fiduciaire, alors même qu'il sert de garantie au créancier, on ne voit pas pourquoi, dans la *fiducia cum amico*, le fiduciant n'aurait pas le même droit. Bien entendu, les parties sont tenues de se conformer en chaque circonstance aux règles de la bonne foi, lesquelles dominent tout le rapport fiduciaire[1096].

La *fiducia* est donc une forme de double titularité juridique, de propriété partagée. A l'image de la situation prévalant en matière de gestion de la dot ou du patrimoine pupillaire, le critère de partage réside dans la prise en compte des deux facettes complémentaires du droit de propriété: le pouvoir sur la chose, la domination juridique (propriété formelle), d'une part, et le droit à la chose, la domination économique (propriété matérielle), d'autre part[1097].

Le fiduciaire est investi de la qualité de propriétaire du bien fiduciaire. Vis-à-vis des tiers, il exerce le titre de propriétaire. Il dispose de la propriété juridique, formelle. La fonction du fiduciaire est précisément de «jouer le rôle du propriétaire»[1098]. Nous avons trouvé des situations analogues chez le *familiae emptor* («heredis locum optinebat»), le mari (dans le cadre de l'administration de la dot) ou le *tutor* («domini loco»). Un cas similaire nous est rapporté par CURTIUS en matière de transfert fiduciaire d'un pouvoir royal («temporis gratia»)[1099]. Parmi tous les biens dont ces personnes sont propriétaires, on peut distinguer les biens qu'elles possèdent pour elles-

[1096] Cf. LONGO (1934), p. 827.

[1097] Sur cette question, cf. JAHR (1984) et KRELLER (1941), pp. 464s.

[1098] RUDORFF (1873), p. 67, approuvé par KARLOWA (1901), p. 570, a parlé de «procuratorisches Eigentum».

[1099] Les pouvoirs royaux sont transférés pour la circonstance au fiduciaire, alors que le fiduciant demeure le seul «roi légitime». *Histoires*, livre 5.9: *Proinde si Bactra, quod tutissimum receptaculum est, petimus, praefectum regionis eius Bessum regem temporis gratia statuamus; compositis rebus iusto regi tibi fiduciarium restituet imperium.* (Donc, si nous gagnons Bactres, qui est notre plus sûr refuge, attribuons la royauté, pour la circonstance, au préfet de cette région Bassus; quand la situation sera arrangée, il te rendra, à toi le roi légitime, cet empire transitoire).

mêmes de ceux qu'elles possèdent pour autrui, soit à titre fiduciaire. On aboutit ainsi à l'identification d'un patrimoine séparé[1100].

Le fiduciant, de son côté, a perdu son titre de propriété. Sa propriété formelle est en suspens. Elle ne renaîtra qu'à l'achèvement de la *fiducia*. Dans l'intervalle, le fiduciant conserve des pouvoirs importants qui lui permettent, par exemple, de vendre ou de léguer le bien fiduciaire dans certaines circonstances. Dans ses rapports avec le fiduciaire, le fiduciant reste toujours le maître de la chose, puisqu'il peut même la lui vendre. D'un point de vue patrimonial, il est considéré comme le titulaire du bien transféré[1101], tout comme la femme ou le pupille. Le fiduciant est le propriétaire «matériel», «substantiel» du bien fiduciaire[1102].

Certes, cette dichotomie aurait pu générer une grande incertitude juridique. Mais les juristes romains l'ont organisée, avec pragmatisme, par la répartition de compétences complémentaires et non concurrentes, adaptées au cas d'espèce. Le critère de répartition réside dans la bonne foi, caractérisée dans la fiducie par la confiance (*fiducia*) et la fidélité dans la parole donnée (*fides*). Le fiduciaire et le fiduciant sont liés par un but commun, à l'instar des associés d'une *societas*. Ils ne sont pas cotitulaires d'un droit de propriété identique, mais se partagent les prérogatives qui composent un droit individuel usuel de propriété. Suivant les circonstances, prédominera soit le pouvoir du titulaire formel, soit le pouvoir du titulaire de la valeur de la chose. Il faut à ce sujet se garder de croire que le titulaire formel du droit

---

1100 SCHEURL (1853), pp. 37s: «... das besondere, in der fiducia liegende Anvertrauen besteht wesentlich darin, dass sie den Empfängern zutrauen, sie werden die ihnen übergebenen Sachen fortwährend als fremde Vermögensstücke betrachten, an welchen sie nur ein einstweiliges formelles Eigenthumsrecht haben».

1101 Cf., par exemple, HUSCHKE (1847), pp. 229ss, not. 249, qui considère que les parties n'avaient pas en vue un véritable transfert patrimonial du bien fiduciaire, celui-ci étant transféré comme «res alienae familiae» (bien demeurant dans le patrimoine du fiduciant). Notons que, d'une manière sans doute excessive, SCHEURL (1853), p. 37, et RICCOBONO (1929), p. 518, vont jusqu'à affirmer qu'il n'était attribué au fiduciaire qu'un «nudum jus Quiritium», le fiduciant conservant «*in bonis*» les droits patrimoniaux sur le bien fiduciaire. Nous savons que les termes susmentionnés sont repris d'une terminologie bien connue, adoptée dès la fin de la république romaine. Ainsi, le préteur protégeait certaines personnes qui, sans avoir acquis la propriété quiritaire, méritaient cependant de conserver une chose dans leur patrimoine. Ces personnes étaient alors réputées avoir la chose «in bonis», la chose devant être comptée à l'actif de leur patrimoine. On parle à l'opposé d'un «nudum ius Quiritium» pour exprimer l'état de propriété d'une personne sur une chose selon un titre nu et dépourvu de toute utilité réelle (cf. MONIER I (1977), no 263).

1102 Dans ce sens, RUDORFF (1873), p. 60.

de propriété ait toujours été traité comme le véritable propriétaire du bien fiduciaire. Au contraire, nous avons vu qu'au cours de son évolution historique le droit romain privilégia de manière croissante le titulaire de la valeur. Dans l'esprit des juristes romains, c'est celui-ci qui finit par se voir reconnaître la titularité substantielle du droit de propriété sur un bien ou un patrimoine dont la gestion et l'exercice du pouvoir étaient confiés à un tiers[1103]. Il en va ainsi en matière de dot (*rei uxoria*, dans l'*actio rei uxoriae* ou la *cautio rei uxoriae*) ou de tutelle (*res pupilli*, dans la *sadisdatio rem pupilli*)[1104], mais aussi de *fiducia cum amico*, dans laquelle le fiduciant fut considéré comme le *dominus* du bien fiduciaire[1105]. L'évidence des pouvoirs prédominants du fiduciant, qui devait s'imposer à tous, limita vraisemblablement les velléités de litiges, ce qui est de nature à expliquer le nombre réduit des sources concernant la *fiducia cum amico*.

Au demeurant, il faut relever que la plupart des membres de la doctrine dominante – qui conçoit, rappelons-le, la fiducie comme la somme de deux actes aux effets juridiques contradictoires, la *mancipatio* et le *pactum fiduciae* –, admettent que, malgré le plein transfert de propriété au fiduciaire, le fiduciant conservait de nombreux droits et compétences sur le bien fiduciaire. A notre avis, ces auteurs ne tirent cependant pas toutes les conséquences de leur constatation et se limitent trop souvent à des explications économiques ou conjoncturelles.

DERNBURG, par exemple, explique que le fiduciant se voyait toujours comme le vrai titulaire du droit sur la chose, malgré le transfert formel au fiduciaire. Cet antagonisme entre droit formel et représentation sociale aurait été généré par la disproportion entre la construction juridique et le but poursuivi par les parties. Pour atténuer cette disparité, on aurait permis au fiduciant de recupérer la possession du bien fiduciaire, sans le prendre pour un voleur[1106]. Selon GENY, à l'époque classique, alors que l'on fait prévaloir le but de l'acte sur sa forme, il existait «une tendance à considérer le débiteur comme retenant un certain droit sur la chose donnée en fiducie»[1107].

[1103] Cf. JAHR (1984), pp. 101s.

[1104] Cf. JAHR (1984), pp. 79ss.

[1105] Voir, FREZZA (1963), p. 23: «Verosimilmente, il fiduciante nella fiducia cum amico poteva esser chiamato dominus, avendo riguardo alla sua posizione di effetiva, sostanziale titolarità del potere di disporre della cosa fiduciata, e di riotterne ad nutum anche il formale dominium ex iure Quiritium».

[1106] DERNBURG (1860), pp. 24s, approuvé par JACQUELIN (1891), p. 127.

[1107] GENY (1885), p. 75.

JACQUELIN a observé «l'instinct et la tendance de la pratique à considérer le *fiduciae dans* comme ayant conservé un certain droit sur la *res fiduciaria*»[1108]. ERBE relève, quant à lui, en ce qui concerne la *fiducia cum creditore*, que les juristes classiques, conscients des pouvoirs excédentaires conférés au fiduciaire, ainsi que du caractère provisoire de la propriété attribuée au fiduciaire, ont cherché à adapter la fiducie au but recherché par les parties[1109]. Par ailleurs, comme nous l'avons vu, ERBE semble admettre, en ce qui concerne la *fiducia cum amico*, que la clause fiduciaire était exprimée au moyen d'une *lex* déterminée autoritairement par le fiduciant[1110]. Quant à KASER, il indique qu'il n'est pas impossible que le fiduciant ait été traité comme le propriétaire «im sozialen und wirtschaftlichen Sinn... nicht im juristischen...»[1111]. Enfin, NOORDRAVEN estime que le droit romain a manifestement voulu saisir la réalité économique, le bien fiduciaire étant destiné à être restitué au fiduciant, d'une part, et ce même bien restant dans de nombreuses hypothèses en possession du fiduciant pendant les rapports fiduciaires, d'autre part[1112]. Il reconnaît également, un peu à l'image de la jurisprudence allemande moderne relative à la *Treuhand*[1113], que le fiduciant était considéré économiquement comme le *dominus* du bien fiduciaire[1114].

Ces observations, aussi pertinentes soient-elles, contribuent plus à affaiblir qu'à renforcer la conception de leurs auteurs. Il nous paraît pour le moins singulier d'opposer à la «propriété juridique» une propriété qui serait économique, sociale ou sociologique. Car les pouvoirs et droits du fiduciant sur le bien fiduciaire, que nous avons décrits, ne résultent pas de documents ou de considérations extrajuridiques, mais bien de décisions jurisprudentielles ou de manuels provenant de jurisconsultes renommés, dont on connaît l'influence déterminante sur la formation du droit romain, et en particulier l'évolution de la procédure formulaire. En revanche, il nous semble plus

---

1108 JACQUELIN (1891), p. 179.

1109 ERBE (1940), pp. 77ss.

1110 ERBE (1940), pp. 182s: «Die Fiduziaklausel bei der fiducia cum amico wird regelmässig mit <lex> bezeichnet, sofern sich der Treugeber ein Reservatrecht vorbehält. Der Grund für die Kennzeichnung ist darin zu sehen, dass der Fiduziant selbstherrlich die Zweckbestimmung der fiduziierten Sache verfügt».

1111 KASER (1982), p. 109, note 274.

1112 NOORDRAVEN (1990), p. 243.

1113 Cf. *supra*, pp. 57ss.

1114 NOORDRAVEN (1990), p. 244. Voir aussi APATHY, commentant la position du fiduciaire dans la *fiducia cum creditore*: «Wenngleich der Fiduziar als Eigentümer der res fiduciaria gilt, tragen schon die römischen Juristen dem Umstand Rechnung, dass der Fiduziant der eigentliche oder wirtschaftliche Eigentümer der Sache bleibt...» (1995, p. 11).

opportun d'analyser la *fiducia* comme impliquant le recours à une forme spécifique de propriété, la «propriété fiduciaire». On distinguera, d'une part, la propriété formelle, transférée au fiduciaire au moyen d'un acte formaliste, la *mancipatio*, et, d'autre part, la propriété matérielle, dont la titularité n'est pas affectée par le transfert formel, et qui demeure en conséquence au fiduciant. L'élément matériel, tout comme l'élément formel, est juridiquement protégé, ce qui démontre qu'il ne s'agit pas d'une notion «sociale», «économique» ou «sociologique», mais bien d'une notion juridique. Finalement, la propriété fiduciaire ne représente rien d'autre qu'une séparation temporaire du titre formel sur un bien et de sa valeur.

En outre, la doctrine majoritaire ne parvient pas, non plus, à expliquer comment un pacte, qui était censé limiter les pouvoirs absolus de propriété du fiduciaire, pouvait dans le même temps conférer des pouvoirs très étendus au fiduciant. Au contraire, la théorie que nous avons soutenue et développée, à savoir l'unicité de la *fiducia*, constituée d'un *ea lege mancipio dare ut remancipetur*, contient une logique interne plus solide: l'acte constitutif transfère le titre formel du bien fiduciaire au fiduciaire, crée lui-même le devoir de restitution et laisse subsister la propriété matérielle du fiduciant.

En guise de première conclusion intermédiaire d'importance, nous constaterons ce qui suit: la *fiducia cum amico* romaine, contrairement à la fiducie-gestion du droit suisse, n'est basée ni sur une stricte opposition entre droit réel et droit personnel, ni sur un droit de propriété absolu du fiduciaire et ni, enfin, sur l'idée d'unité du patrimoine. La dogmatique moderne invoque en conséquence à tort l'appui de la *fiducia* romaine pour justifier la conception actuelle de la fiducie-gestion en droit suisse. Comme nous allons maintenant le voir, dans la troisième partie de notre recherche, cette conception est bien plutôt le fruit d'une interprétation erronée des sources romaines, effectuée au siècle dernier par la doctrine majoritaire allemande, alors qu'elle cherchait une référence historique pour fonder la théorie de l'acte fiduciaire. En fait, la structure de l'acte fiduciaire a été définie à l'image des principes cardinaux des codifications bourgeoises du XIX^{e} siècle (nette distinction entre droit réel et personnel, droit de propriété absolu, unité du patrimoine). Il s'agira également d'examiner si ces grands principes comptent toujours parmi les dogmes intangibles de notre droit privé.

TROISIÈME PARTIE

«... *denn die alte Pandektenwissenschaft ist tot und selbst nur noch ein Gegenstand historischer Forschung. Leben herrscht nur mehr in der Wissenschaft des rein römischen Rechts und der Dogmengeschichte*»[1115].

PRÉSENTATION CRITIQUE DES FONDEMENTS DOGMATIQUES DE L'ACTE FIDUCIAIRE

Dans cette troisième partie, nous nous sommes assigné plusieurs objectifs. Il s'agit, d'une part, de démontrer que la conception de l'acte fiduciaire en droit suisse est historiquement issue de la science juridique européenne du XIX[e] siècle: calqué, quant à sa structure de base (opposition entre droit réel et personnel, propriété absolue du fiduciaire), sur la *Vollrechtstreuhand* allemande, l'acte fiduciaire est aussi tributaire du principe de l'unité du patrimoine, lequel a été plus particulièrement théorisé en France. Il s'agit, d'autre part, de préciser que cette conception est construite sur la base de dogmes[1116], dont le bien-fondé est aujourd'hui largement remis en cause. Pour ce faire, trois chapitres seront nécessaires. L'examen critique des principes d'une stricte opposition entre droit réel et droit personnel, du *numerus clausus* des droits réels et de la propriété absolue (chapitre I), puis du principe de l'unité du patrimoine (chapitre II), sera suivi d'une synthèse (chapitre III).

[1115] Otto LENEL, *Deutsche Juristen-Zeitung* (Berlin), XVI (1911), p. 825.

[1116] Le «dogme» peut être défini comme «une affirmation qui s'impose normativement sans avoir à se justifier» (FRISON-ROCHE (1995), p. 66), ou encore, comme «ce qui doit être inconditionnellement tenu pour vrai» (Jean-François PERRIN, «Qu'est-ce que la dogmatique juridique?», in *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart, Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1987, p. 50).

CHAPITRE I

PRINCIPES D'UNE STRICTE OPPOSITION ENTRE DROIT RÉEL ET DROIT PERSONNEL, ET DU *NUMERUS CLAUSUS* DES DROITS RÉELS

La théorie de l'acte fiduciaire, encore prédominante dans notre pays, a été créée en Allemagne au XIX[e] siècle, à la suite d'une redécouverte de textes romains sur la *fiducia*. Après avoir décrit les circonstances de l'élaboration de cette théorie (section A), nous expliquerons qu'elle s'est imposée, malgré ses lacunes et l'existence de nombreuses théories concurrentes, parce qu'elle a été conçue à l'image des principes dominants du droit privé (section B). Ces principes ont été considérés à l'époque comme de véritables dogmes, inhérents au droit privé, bien qu'ils n'aient été formalisés sous leur forme abstraite et absolue que très tardivement dans l'histoire du droit privé (section C). Souvent contournés en pratique, ils font aujourd'hui l'objet de critiques croissantes, car leur rigidité empêche le développement de diverses institutions, dont la fiducie, qui ont pour effet de dissocier temporairement la titularité juridique sur un bien de son bénéfice économique (section D).

A. Origine de la théorie de l'acte fiduciaire

Plusieurs auteurs ont repéré dans certaines sources médiévales, retrouvées sur le territoire occidental de l'ancien Empire romain, des expressions telles «fiducia» ou «fiduciare». Mais il est admis que seul leur nom latin, et non leur structure juridique, rapproche ces figures de la fiducie romaine[1117]. Dans les domaines qui nous occupent (*fiducia cum amico* et *cum creditore*), la *fiducia* est mentionnée dès le XVII[e] siècle par les juristes et savants qui commentèrent les sources romaines. Ainsi, dans son commentaire de 1665 du Code Théodosien, GOTHOFREDUS (Jacques GODEFROY), se basant sur l'une des célèbres *Sententiae* de PAULUS (2.13.1), estime que le fiduciaire du droit romain n'est qu'un propriétaire «*non proprie*» du bien fiduciaire, ou autrement dit qu'il n'en est pas un propriétaire «au sens propre», car la propriété lui est transférée sans lui être complètement aliénée[1118]:

[1117] Cf. GENY (1885), pp. 111s et ERBE (1940), pp. 206s, et références citées page 206, note 7.

[1118] *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, tome I, Lyon, 1665, p. 253 (texte cité par ASMUS (1977), p. 75).

Et debitor distractis fiduciis a creditore, adversus eum habet actionem hyperochae nomine, ut ex Paulo liquet; pariter ut distracto pignore. Et haec omnia, ea, quam dixi, ratione; quod creditor quidem dominus esset fiduciae, sed non proprie, perfecte et incommutabiliter, utpote dominio translato, at non et abalienato prorsus...

(Et le débiteur, une fois les fiducies dénoncées par le créancier (fiduciaire), a une action contre ce dernier pour l'excédent (*superfluum*), comme cela ressort très clairement de chez Paulus; il en va de même lorsque le gage (*pignus*) est dénoncé. Et toutes ces choses que j'ai dites, je les ai dites avec raison; parce que le créancier (fiduciaire), même s'il est propriétaire du bien fiduciaire, ne l'est pas au sens propre, complètement et d'une façon immuable, vu que la propriété lui a été transférée, sans lui être complètement aliénée...

Quant à PUFENDORF, il analyse la «Convention fiduciaire» dans le chapitre de son «Droit de la nature et des gens» consacré aux conventions accessoires (5.10.8)[1119]:

On peut rapporter ici, à mon avis, la Convention Fiduciaire, par laquelle on aliène une chose dans les formes, à condition que l'Acquéreur nous la rendra quelque jour... Et on l'appelle fiduciaire, parce qu'au lieu que, par tout ailleurs, celui à qui l'on transfère la Propriété d'une chose en peut disposer absolument à la fantaisie, par conséquent ou la garder toujours, ou s'en défaire quand il lui plaît, en faveur de qui bon lui semble, ici au contraire on se fie à un homme, qui nous engage sa foi et son honneur pour l'assurance de la parole qu'il nous donne, qu'il n'usera de son droit de Propriété que de la manière dont il a été convenu entre nous, et qu'il nous le remettra de bonne grâce, quand nous serons en état de le reprendre.

Ce n'est cependant qu'à la fin du XIX[e] siècle que la fiducie romaine est véritablement étudiée comme un modèle pour le droit moderne, en l'occurrence, le droit allemand: «Négligée par les compilateurs du Digeste de Justinien, la fiducie entra dans l'oubli, où elle serait sans doute restée, n'eût été le travail accompli par les juristes allemands du XIX[e] siècle»[1120]. Car si, dans un premier temps, la *fiducia* n'est citée par d'éminents Romanistes comme SAVIGNY ou WINDSCHEID qu'à titre de phénomène de pur intérêt historique[1121], elle devient bientôt un sujet d'étude orienté vers les be-

---

[1119] Samuel PUFENDORF (mort en 1694), *Le droit de la nature et des gens*, tome second, 5.10.8. Traduction de Jean BARBEYRAC, Edition de Bâle, 1732, p. 95, reproduit par le Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1987.

[1120] ROSSIER (1989), p. 866. Cf. aussi COING (1989), p. 424.

[1121] Cf. APATHY (1997), p. 385 et COING (1973a), pp. 28s.

soins du droit moderne. Certains juristes démontrèrent, en effet, que la fiducie pouvait être utile au droit allemand moderne, en voie de codification. Les sources romaines eurent à cette occasion une influence déterminante, puisque, d'une part, elles attestèrent de la réalité historique et pratique de la fiducie et, d'autre part, elles furent à la base des propositions de définition et de réglementation modernes de cette figure juridique. Les sources romaines furent, en particulier, prises en compte lorsque la doctrine chercha à résoudre des problèmes pratiques, relatifs notamment au transfert et à la cession aux fins de sûreté (*fiducia cum creditore*), ainsi qu'à la cession de créance en vue d'encaissement. Il fallait trouver un fondement juridique à ces actes qui étaient menacés d'inefficacité pour cause de simulation[1122].

C'est ainsi que KOHLER distingua de l'acte simulé, sans consentement réel, l'acte juridique dans lequel les parties ont la volonté effective de produire les effets juridiques correspondant à leurs manifestations de volonté, mais avec l'intention d'obtenir un résultat économique qui ne correspond pas au but normal de la forme juridique choisie[1123]. Un tel acte juridique devait être dénommé «acte caché» («verdecktes Geschäft»), car les parties choisissent une voie détournée («Schleichweg») qui leur permet de ne pas divulguer leur véritable intention économique ou, encore mieux, de la dissimuler derrière l'acte ostensible[1124]. L'acte caché, dont l'auteur cita comme référence du droit romain tant la *fiducia cum creditore* que la *fiducia cum amico*[1125], est en principe licite lorsqu'il ne tend pas à éluder les règles qui prohibent un certain résultat économique ou qui ne l'autorisent qu'à certaines conditions[1126]. Son admissibilité dépend donc de l'interprétation de la loi[1127], et non pas, comme dans le cas de la simulation, de l'interprétation objective de la volonté subjective des parties[1128]. Appliquant les critères susmentionnés à certains actes juridiques du droit allemand moderne qu'il considérait comme des actes cachés, KOHLER estima, par exemple, que l'endossement à fin d'encaissement était en principe juridiquement valable[1129], contrairement au transfert aux fins de sûreté, lequel revenait à en-

---

1122 ASMUS (1977), pp. 12ss; COING (1973a), pp. 29ss et (1973b), pp. 203ss; OTTEN (1975), pp. 146ss et WITZ (1981), no 11.
1123 KOHLER (1878), pp. 140s.
1124 KOHLER (1878), p. 142.
1125 KOHLER (1878), p. 142.
1126 KOHLER (1878), p. 144.
1127 KOHLER (1878), p. 144.
1128 Cf. ASMUS (1977), pp. 34ss.
1129 KOHLER (1878), pp. 149ss.

freindre l'interdiction de l'hypothèque mobilière[1130]. Le modèle théorique de KOHLER ne permettait donc pas d'admettre la validité de tous les actes de type fiduciaire.

C'est en fait REGELSBERGER qui donna la véritable impulsion au développement de la fiducie, lorsqu'il la désigna comme une catégorie spécifique d'acte juridique, dans le cadre d'une étude, parue en 1880, consacrée aux conditions dans lesquelles le débiteur peut opposer l'exception de simulation au cessionnaire de la créance[1131]. REGELSBERGER opposa directement l'acte simulé, au moyen duquel les parties créent l'apparence d'un acte dont elles n'ont pas la volonté d'engendrer les effets juridiques[1132], à certains actes juridiques (actes fiduciaires), dans lesquels les parties, lorsqu'elles s'engagent juridiquement, ont la réelle volonté de provoquer la conséquence juridique qui apparaît extérieurement, mais à la condition que celui à qui est conféré de ce fait un certain pouvoir juridique n'en tire profit que pour des buts précis et non pas pour tous les buts possibles[1133]. La caractéristique de tels actes juridiques «ist für dasselbe das Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel. Zur Erreichung eines bestimmten Erfolgs wird eine Rechtsform gewählt, welche mehr gewährt, als zur Erzielung jenes Erfolgs erforderlich ist ...»[1134].

Selon REGELSBERGER, les sources romaines contiennent des exemples d'institutions juridiques dans lesquelles transparaît déjà cette divergence entre but économique et moyen juridique. Il se référa entre autres à plusieurs passages des *Institutes* de GAIUS. Il s'agit de textes relatifs au transfert de propriété pour conférer un gage (*fiducia cum creditore*)[1135], ainsi qu'à l'«adstipulation»[1136]. Fort de cette assise historique, il créa la théorie de l'acte fiduciaire: «Ich möchte für diese Rechtserscheinung die

---

1130 KOHLER (1878), pp. 151s. Cf. COING (1973b), p. 205.

1131 REGELSBERGER (1880), pp. 157ss. Pour une présentation de cette étude, cf. HOFER (1998), pp. 390ss.

1132 REGELSBERGER (1880), p. 171.

1133 REGELSBERGER (1880), p. 172.

1134 REGELSBERGER (1880), p. 173.

1135 2. 60: *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure...* (Si l'on convient fiduciairement soit avec un créancier selon le droit du gage...).

1136 3.110, 111, 215s. GAIUS (3.110) définit l'«adstipulant» de la manière suivante: *Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere qui idem stipulatur, quem uulgo adstipulatorem uocamus.* (Nous pouvons nous adjoindre en vue de notre stipulation un tiers qui stipule la même chose; ce qu'on appelle vulgairement un adstipulant).

Bezeichnung fiduziarisches Geschäft vorschlagen, wofür wir in den Quellen einen Vorgang haben»[1137].

REGELSBERGER prit également soin de distinguer l'acte fiduciaire, parfaitement valable, de l'acte contournant une interdiction légale («rechtsgeschäftlicher Schleichweg»), qui est juridiquement nul[1138]. Certes, dans les deux cas, la volonté exprimée correspond à la volonté réelle des parties. La particularité du second cas réside toutefois dans le fait que les parties cherchent par un moyen détourné à parvenir à un résultat qui est soit expressément prohibé, soit soumis à des conditions particulières que les parties ne remplissent pas[1139]. «Das fiduziarische Geschäft verfolgt aber einen erlaubten Zweck, es ist ein Spiel mit offenen Karten; der Schleichweg dient zur Umgehung des Gesetzes»[1140]. Le recours à l'acte fiduciaire permet aux parties de résoudre des problèmes pratiques importants. Elles choisissent en effet cet acte, soit parce qu'il n'existe aucune forme juridique leur permettant d'atteindre leurs buts, soit parce que les formes existantes comportent des désavantages dissuasifs[1141].

Selon REGELSBERGER, il résulte de l'essence même de l'acte fiduciaire que le fiduciaire est pleinement titulaire du droit (propriété ou créance) qui lui a été transféré. Il n'y a pas de propriété fiduciaire spécifique, car il n'existe pas de propriété ou de titularité d'une créance qui puissent être délimitées en fonction d'un but particulier. Le fiduciaire se voit donc attribuer un pouvoir juridique qu'il peut parfaitement utiliser d'une manière non conforme au but convenu. Un transfert, non conforme à la convention, de ce droit par le fiduciaire à un tiers est pleinement valable, la responsabilité contractuelle du fiduciaire envers le fiduciant étant réservée[1142]. La particularité du modèle dogmatique ainsi créé consiste donc dans le fait qu'une partie transfère à une autre, sans condition restrictive, un certain pouvoir juridique, que celle-ci s'oblige par une convention de nature obligationnelle à n'utiliser que d'une manière bien déterminée[1143].

[1137] REGELSBERGER (1880), p. 173.
[1138] REGELSBERGER (1880), p. 173.
[1139] REGELSBERGER (1880), p. 173.
[1140] REGELSBERGER (1880), pp. 173s.
[1141] REGELSBERGER (1893), p. 519.
[1142] REGELSBERGER (1893), pp. 518 et 519.
[1143] Cf. COING (1973b), pp. 205s, ainsi qu'ASMUS (1977), p. 39: «Der entscheidende Punkt, das Wesensmerkmal dieser fiduziarischen Rechtsübertragungen, liegt für REGELSBERGER in der zweküberschiessenden Rechtsmacht des Fiduziars; in seiner unbeschränkten Rechtsmacht nach aussen, seiner lediglich obligatorischen Bindung

Voilà comment fut créée la théorie de l'acte fiduciaire. Il en résultait que la cession aux fins d'encaissement était un acte juridiquement valable[1144]. Le cas du transfert de propriété aux fins de sûreté était évidemment plus problématique, vu l'interdiction légale de l'hypothèque mobilière. REGELSBERGER reconnut toutefois quelques années plus tard qu'il s'agissait bien d'un acte fiduciaire et non d'un «rechtsgeschäftlicher Schleichweg»[1145]. La théorie de l'acte fiduciaire eut un succès retentissant, puiqu'elle fut adoptée très vite, tant par la doctrine (dès 1881!) que par la jurisprudence (dès 1890!), et qu'elle est encore aujourd'hui à la base de la conception de la fiducie en Allemagne, devenue *fiduziarisches Rechtsgeschäft*[1146]. Elle permit de distinguer clairement la fiducie de la simulation, en mettant l'accent sur la possibilité pour les parties de se lier par un acte juridique qui laisse apparaître une divergence entre volonté économique et déclaration juridique, soit entre but et moyen[1147]. Elle fut à la base de la reconnaissance de la validité de la *Sicherungsübereignung* en droit allemand, bien que son auteur n'ait traité de cette forme de fiducie que de manière incidente[1148].

REGELSBERGER confirma sa théorie de l'acte fiduciaire dans son manuel consacré aux *Pandekten*[1149]. Dans le même ouvrage, il admit le principe d'un droit de revendication du fiduciant dans la faillite du fiduciaire: «Jedoch hat der Rechtsüberträger im Konkurs des Fiduziars ein Aussonderungsrecht auf den fiduziarisch übertragenen Vermögensgegenstand»[1150], alors qu'il s'était auparavant exprimé en défaveur d'un tel droit[1151]. Vu les caractéristiques de sa théorie de l'acte fiduciaire, il est pour

---

nach innen zum Treugeber. Der Fiduziar sei Eigentümer mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen, wie sie angeblich auch bei der altrömischen Fiduzia festzustellen seien». Nous retrouvons ici la notion d'*überschiessende Rechtsmacht*, bien connue en droit suisse (cf. *supra*, p. 24).

1144 REGELSBERGER (1880), pp. 180ss.

1145 REGELSBERGER (1893), p. 518.

1146 Cf. COING (1973a), pp. 37ss.

1147 Cf. ASMUS (1977), pp. 40ss et COING (1973b), pp. 205s.

1148 Cf. ASMUS (1977), p. 40 et OTTEN (1975), pp. 180ss.

1149 REGELSBERGER (1893), pp. 518s.

1150 REGELSBERGER (1893), p. 519.

1151 REGELSBERGER (1880), p. 187: «Fällt daher der Indossatar vor dem Vollzug seines Auftrags in Konkurs, so bildet die Wechselforderung einen Bestandtheil seiner Konkursmasse und der Indossant ist auf die civilrechtliche Forderung aus dem Mandate verwiesen...und ich sehe nicht ein...dass der fiduziarische Indossant befugt sei, den Wechsel aus der Konkursmasse zu vindiziren. Die juristische Folgerung führt auf das Gegentheil...».

le moins étonnant que REGELSBERGER se soit prononcé, sans la moindre motivation, pour l'octroi d'un droit de revendication au fiduciant. On retrouve ici les limites de cette théorie.

Alors que REGELSBERGER s'était limité à la citer comme un exemple historique, OERTMANN consacra à la *fiducia* romaine la première monographie détaillée en langue allemande. Bien qu'il ne fasse qu'une seule fois référence à REGELSBERGER, à l'avant-dernière page de son travail[1152], OERTMANN contribuera à donner une assise dogmatique déterminante à la théorie de l'acte fiduciaire. Notre appréciation de l'étude d'OERTMANN est contrastée. Sur certaines questions, notre appréciation des sources romaines est proche de celle de cet auteur. Il en va notamment ainsi du postulat de l'unicité structurelle de la *fiducia*, laquelle constitue une *mancipatio fiduciae causa*, soit un transfert de propriété qui intègre le devoir de restitution: «Der Fiduciavertrag stellt sich juristisch als eine *mancipatio dar ea lege, ut res mancipata mancipanti remanciparetur*»[1153]. Sur d'autres questions, telle la nature du droit de propriété transmis au fiduciaire, nos conclusions divergent sensiblement[1154]. Or, il se trouve que la théorie de l'acte fiduciaire, pour des raisons que nous évoquerons dans la section suivante, s'est précisément développée sur la base des interprétations les plus critiquables d'OERTMANN. C'est ce qu'il s'agit maintenant de rappeler.

OERTMANN s'emploie à distinguer les effets réels des effets personnels de la *mancipatio fiduciae causa*[1155]. Il se réfère de manière non critiquable au célèbre fragment d'ULPIANUS, D. 13.7.22.2[1156], pour affirmer l'indépendance, dans la fiducie, de l'aspect obligationnel par rapport à l'aspect réel[1157]. Il cite aussi dans ce contexte une source que nous avons commentée, le *Fragment du Vatican* 18, dans la version reconstituée par HUSCHKE[1158]. Cependant, le problème est mal posé en ces termes. Car nul ne conteste que la *fiducia* produit à la fois des effets juridiques réels et des

---

1152 Cf. OERTMANN (1890), p. 258.

1153 OERTMANN (1890), p. 162. Cf. *supra*, pp. 89ss.

1154 Cf. *supra*, deuxième partie, chapitre IV, pp. 193ss.

1155 OERTMANN (1890), pp. 161ss. Voir aussi ASMUS (1977), p. 148.

1156 *Lib. 30 ad Edictum*: *Si praedo rem pignori <fiduciae> dederit, competit ei, et de fructibus pigneratitia <fiduciae> actio, quamvis ipse fructus suos non faciet...* (Si un possesseur donne en fiducie la chose d'un autre qu'il possède de mauvaise foi, il aura l'*actio fiduciae* même relativement aux fruits perçus, quoiqu'ils ne lui appartiennent pas...).

1157 OERTMANN (1890), p. 177.

1158 Cf. OERTMANN (1890), p. 164.

effets obligationnels. La difficulté consiste, comme nous l'avons vu, à définir correctement la source et la nature de ces effets juridiques[1159].

OERTMANN estime que la fiducie, dans laquelle il entrevoit une divergence entre but et moyen[1160], est basée sur une stricte différenciation entre le «rechtliches Können» et le «rechtliches Dürfen». Du point de vue des droits réels, le fiduciaire a, en tant que propriétaire du bien fiduciaire, un plein pouvoir juridique sur celui-ci, le *Können*. Du point de vue des droits personnels, il s'engage vis-à-vis du fiduciant à n'exercer ce plein pouvoir que dans le cadre de l'accord intervenu avec ce dernier, ce qui correspond au *Dürfen*. Mais cette limitation convenue du droit d'usage n'a pas d'effets de droit réel sur le plein droit de propriété conféré au fiduciaire, car le pouvoir de celui-ci d'entreprendre valablement tout acte de disposition relatif au bien fiduciaire n'est aucunement restreint. «Nicht, wie und in wessen Interesse ich handeln soll, sondern wie ich Dritten gegenüber mit rechtlicher Wirkung handeln kann, ist das Entscheidende, und in dieser Hinsicht ist, wie wir noch sehen werden, nach den Quellen der Fiduciant nicht anders gestellt als andere Gläubiger... Dies wird klar, sobald man auch hier den so wichtigen Unterschied des rechtlichen Könnens und rechtlichen Dürfens genügend erfasst – nur im letzteren unterscheidet sich der Fiduziar von andern Eigentümern...»[1161].

OERTMANN considère donc que la *mancipatio fiduciae causa* a pour conséquence d'attribuer un plein droit de propriété au fiduciaire. Cette *mancipatio* ne peut, selon lui, avoir d'autres effets juridiques que ceux attribués à une «mancipatio pura»[1162]. La propriété est ainsi transférée de manière abstraite au fiduciaire, sans distinction de la cause. L'accord fiduciaire, qui caractérise la fiducie, n'a pas d'effets juridiques sur le transfert de propriété et peut donc n'être examiné que dans un second temps: «Für den dinglichen Effekt ist die fiduciarische Beredung zunächst ganz irrelevant»[1163].

La propriété fiduciaire ne se distingue pas, à son avis, de la propriété «normale»; le fiduciaire est titulaire de tous les moyens juridiques dont dispose habituellement un propriétaire. OERTMANN cite à l'appui de cette affirmation divers exemples qui nous sont connus[1164]: le fiduciaire peut exi-

1159 Cf. *supra*, deuxième partie, chapitre II, pp. 89ss.
1160 OERTMANN (1890), p. 257.
1161 OERTMANN (1890), pp. 163s.
1162 OERTMANN (1890), p. 253.
1163 OERTMANN (1890), p. 162; cf. aussi p. 172.
1164 OERTMANN (1890), pp. 165ss.

ger de tout tiers la restitution du bien fiduciaire par une *rei vindicatio*[1165]. De même, il peut valablement mettre en gage le bien fiduciaire, le grever d'une servitude, le léguer ou le transférer. Il est par ailleurs titulaire des actions aquiliennes, de l'*actio furti* et de la *condictio furtiva*. OERTMANN voit dans la Sentence 2.13.3 de PAULUS[1166], dans laquelle il est affirmé que le fiduciant ne peut vendre le bien fiduciaire au fiduciaire, une confirmation du fait que le fiduciaire est investi d'une propriété pleine et entière. Par définition, le fiduciaire, propriétaire du bien, ne pourrait l'acheter au fiduciant: «quia suae rei emptio esse non potest» (parce que l'on ne peut pas acheter sa propre chose)[1167]. Quant au célèbre fragment de MARCELLUS (D. 13.7.34)[1168] qui paraît contredire cette thèse, OERTMANN considère qu'il fait en réalité référence à une renonciation du fiduciant à sa créance en restitution du bien fiduciaire ou alors à une *lex commissoria* convenue entre le fiduciant et le fiduciaire[1169].

Le caractère plein et entier du droit de propriété attribué au fiduciaire résulterait selon OERTMANN également des indices suivants. Contrairement au simple créancier-gagiste, le droit du fiduciaire sur la chose ne s'éteint pas automatiquement lors du paiement de la créance garantie. Le retransfert de la propriété nécessite le recours à l'opération inverse de la *mancipatio*,

---

[1165] OERTMANN cite cet extrait d'une *Sentence* de PAULUS (5.26.4): *Fiduciam vero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur.* (Il est vrai toutefois qu'il n'est pas interdit d'obtenir le bien fiduciaire ou le gage déposé près de soi et de les revendiquer sans l'autorité du juge).

[1166] 2.13.3: *Debitor creditori vendere fiduciam non potest...* (Le débiteur ne peut vendre le bien fiduciaire à son propre créancier...).

[1167] OERTMANN (1890), p. 169.

[1168] *Lib. singulari Responsorum* (*Digeste* 13.7.34): *Titius, cum credidisset pecuniam Sempronio, et ob eam pignus <fiduciam> accepisset, futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur: petiit à creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet; et cum impetrasset, epistolam qua se vendidisse fundum creditori significaret emisit. Quaero an hanc venditionem debitor revocare possit, offerendo sortem, et usuras quae debentur? Marcellus respondit, secundum ea quae proposita essent, revocare non posse.* (Titius, ayant prêté une somme d'argent à Sempronius, reçut de lui un bien à titre de sûreté. Celui-ci allait être vendu par le créancier faute de paiement. Le débiteur excita le créancier à acheter lui-même le fonds qu'il avait reçu à titre fiduciaire, moyennant un certain prix; ce qui étant convenu, il écrivit une lettre à son créancier dans laquelle il lui marquait qu'il lui vendait ce fonds. On demande si le débiteur peut faire annuler cette vente en offrant le principal et les intérêts? Marcellus a répondu que, suivant l'exposé, il ne le pouvait pas).

[1169] OERTMANN (1890), pp. 37 et 170.

soit une *remancipatio*[1170]. OERTMANN cite aussi un fragment d'ULPIANUS, D. 12.1.4.1 (*lib.* 34 *ad Sabinum*)[1171] dont la référence à la *fiducia* est cependant douteuse[1172]. Il résulterait, selon lui, de ce texte que le fiduciant peut exercer une *condictio* contre le fiduciaire, lorsque, après avoir payé sa dette (*post solutam pecuniam*), il souhaite récupérer le bien fiduciaire. Or, seul peut exercer une *condictio* celui qui n'est pas propriétaire d'un bien[1173]. De plus, toujours selon OERTMANN, même après le remboursement de la dette garantie, le fiduciaire serait toujours habilité à revendiquer le bien fiduciaire qui se trouverait par hypothèse en possession du fiduciant. Ce dernier, il est vrai, pourrait alors opposer l'*exceptio doli* au fiduciaire[1174].

En définitive, OERTMANN rejette l'idée d'un «Sondereigentum», quels que soient sa forme et son contenu («revokables», «prokuratorisches» ou «resolutives bedingtes» Eigentum)[1175]. Pour répliquer à ceux qui se réfèrent à GOTHOFREDUS, il cite, tout comme DERNBURG l'avait fait avant lui, une maxime de THOMASIUS: «Dominium improprie dictum plane dominium non esse». (Une propriété dite impropre n'est précisément pas une propriété)[1176]. Il réfute également les thèses des auteurs selon lesquels le caractère fiduciaire de l'opération apparaît déjà dans l'acte de transfert lui-même. En particulier, il refuse toute limitation des droits du fiduciaire qui résulterait d'un lien réel, attaché au but de l'opération, et subsistant au profit du fiduciant.

Qu'en est-il des multiples droits et pouvoirs juridiques que les jurisconsultes romains ont reconnus au fiduciant en sus de ceux résultant typiquement de l'*actio fiduciae*[1177]? OERTMANN règle la question sur une page,

---

[1170] OERTMANN (1890), pp. 170s. OERTMANN tire cet argument de nombreuses sources où apparaissent les termes «*ea lege, ut remanciparetur*». Et il cite expressément la Sentence 2.13.3 de PAULUS:... *atque ita remancipatam sibi rem emptori praestet.* (...et ainsi il peut valablement fournir à l'acheteur ledit bien qui lui aura été retransféré).

[1171] *Res pignori <fiduciae> data, pecunia soluta condici potest...* (Dans le cas d'une chose donnée en fiducie, on peut en demander la restitution par une *condictio* lorsque le créancier est payé...).

[1172] Selon LENEL ce fragment se référait à l'origine au *pignus* et n'a en conséquence pas été interpolé (LENEL II, p. 1150, no 2794). A la suite de SAVIGNY, OERTMANN (1890), p. 47, rattache ce fragment à la *fiducia*.

[1173] OERTMANN (1890), p. 171.

[1174] OERTMANN (1890), p. 171.

[1175] OERTMANN (1890), p. 162.

[1176] OERTMANN (1890), p. 163.

[1177] Cf. *supra*, pp. 209ss et 218ss

sans développement ou analyse critique, se contentant de retenir quelques exemples[1178], à la suite de la remarque suivante: «Nur in einigen, allerdings ziemlich schwachen Anklängen finden wir auch bei der dinglichen Seite dem Gedanken Raum gelassen, dass der Verpfänder, obzwar nicht mehr Eigentümer, doch an der Sache noch interessiert ist»[1179]. Cette affirmation contredit cependant l'ensemble de sa théorie! Quant à l'*usureceptio*, OERTMANN y voit un procédé créé dans le but d'éviter le recours à la procédure peu souple de la *mancipatio*. Lorsque le but fiduciaire était atteint, on aurait permis aux parties de recourir à une simple *traditio*[1180] pour assurer le retour du bien fiduciaire chez le fiduciant. Afin de protéger ce dernier contre une éventuelle action en revendication du fiduciaire (lequel est resté propriétaire), il était nécessaire de lui donner la possibilité de redevenir propriétaire du bien fiduciaire d'une manière rapide et simple[1181].

La monographie d'OERTMANN a sans doute constitué un pas essentiel pour une meilleure connaissance de la *fiducia* romaine dans l'Allemagne de la fin du XIX[e] siècle. On ne peut pourtant s'empêcher de relever que cette étude est loin d'être parfaite, puisque son auteur a minimisé sans précaution l'importance de nombreux textes essentiels (par exemple, ceux décrivant les droits du fiduciant sur le bien fiduciaire), ou s'est souvent contenté d'une argumentation sommaire empreinte de préjugés (par exemple en ce qui concerne le fragment de MARCELLUS (D. 13.7.34) ou l'institution de l'*usureceptio*)[1182]. Il a, par ailleurs, travaillé sur la base de sources controversées qui ont souvent été citées par la doctrine à l'appui de conclusions diamétralement opposées[1183].

[1178] OERTMANN (1890), p. 172, admet que le fiduciant pouvait vendre le bien fiduciaire à un tiers, le donner en dot ou le léguer *per praeceptionem* et que le bien fiduciaire était soumis à l'*actio communi dividundo*, lorsqu'il était en propriété commune de plusieurs fiduciants (OERTMANN (1890), pp. 45 et 172).

[1179] OERTMANN (1890), p. 172.

[1180] La *traditio* est un acte non formel de transfert de la propriété dont on peut distinguer deux éléments: d'une part, la remise matérielle de la chose par le transfert de possession et, d'autre part, la cause du transfert de la propriété qui motive et justifie le passage du droit lié au transfert de la possession (cf. SCHMIDLIN (1988), p. 187).

[1181] OERTMANN (1890), pp. 253s.

[1182] Voir les critiques d'ASMUS (1977), pp. 144ss.

[1183] Voir ASMUS (1977), pp. 128ss.

B. Les raisons du succès de la théorie de l'acte fiduciaire

La science juridique allemande du XIX^e siècle constitue un vivier fertile en courants dogmatiques d'un haut niveau intellectuel. Il serait dès lors erroné de croire que la théorie de l'acte fiduciaire représente la seule proposition de conception de la fiducie. Tout au long du siècle, les adeptes respectifs des deux principales écoles de pensée composant cette science juridique[1184], à savoir les courants pandectistes[1185] et germanistes, ont formulé de nombreuses théories[1186]. Plusieurs études leur ont été consacrées par des juristes contemporains, car la fiducie est emblématique à deux égards: d'une part, elle exemplifie la nature de l'opposition entre Romanistes et Germanistes, et, d'autre part, elle consacre le bien-fondé de la nécessité de lier l'histoire du droit à la dogmatique juridique moderne[1187].

C'est dans ce contexte que l'on présente généralement le modèle que le Germaniste SCHULTZE opposa à celui déduit du droit romain. SCHULTZE proposa la théorie de la «germanische oder deutschrechtliche Treuhand», qu'il développa sur le modèle du *Treuhänder* ou *Salmann* du Moyen Age[1188].

1184 Cf. avant tout COING (1973b). Sur les courants doctrinaux, écoles de pensée et controverses ayant composé et animé la science du droit allemande du 19^e siècle, notamment les conflits liés à la codification, ainsi que l'influence de l'Ecole historique et des courants de pensée pandectiste et germaniste, cf. HOLLEAUX (1963), pp. 1 à 28; VAN CAENEGEM (1988), nos 72 et 76; et WITZ (1992), pp. 23 à 29.

1185 On appelle Pandectistes les juristes allemands du XIX^e siècle, qui, dans la lignée de l'Ecole historique, ont entrepris la construction d'une science systématique du droit privé, selon le modèle des *Digestae* (en grec, *Pandectae*) de l'Empereur JUSTINIEN. La science des Pandectes ou «Pandectistique» est issue de la dénomination la plus fréquente de leurs manuels scientifiques, souvent intitulés *Pandektenrecht* (cf. PUGLIESE (1985), pp. 419ss et WIEACKER (1980), p. 123). Cf., par exemple, Alois BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, tome I, Erlangen, 1873, p. 1: «Pandektenrecht nennt man den privatrechtlichen Theil des in Deutschland recipirten römischen Rechtes, Pandektenrecht von daher, da man den privatrechtlichen Inhalt des ganzen Corpus Juris auf der Grundlage und nach der Ordnung der Pandekten darzustellen anfing».

1186 Rappelons qu'à l'occasion de notre étude de la *fiducia* romaine, nous avons cité des auteurs comme HUSCHKE, RUDORFF, SCHEURL ou SOHM, tous Pandectistes, dont les conclusions divergent sur des points essentiels de celles d'OERTMANN (cf. *supra*, deuxième partie).

1187 Cf. HOFER (1998), pp. 389s.

1188 WITZ (1981) no 11, notamment note no 2 p. 10. Le *Treuhänder* acquiert sur le *Treugut* un droit de nature réelle, mais différent de la propriété, laquelle demeure au *Treugeber*. L'institution de la *Treuhand* se retrouve dans celle du *Salmann*. Ce dernier a un rôle analogue à celui de l'exécuteur testamentaire ou du tuteur, en droit moderne. Il a un droit propre et de nature réelle à administrer le bien qui lui est confié; le bénéficiaire de cette administration dispose également d'un droit réel sur ce bien (REYMOND (1948), no 3). Pour une critique de la méthode de travail et des conclusions scientifiques de SCHULTZE, cf. RÜCKERT (1998), pp. 418ss.

Après avoir étudié et interprété des textes lombards (portant sur la période du IX au XIV[e] siècles) sur l'exécution testamentaire[1189], il se pencha sur le développement de la *Treuhand* «germanique» dans le droit civil allemand de son époque[1190]. Notons qu'il s'intéressa surtout à la question de l'exécution testamentaire, ce qui paraît logique puisque les sources sur lesquelles il s'appuyait concernaient précisément cette institution. Définissant le *Treuhänder* comme «Wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen»[1191], il s'appliqua, tout d'abord, à distinguer la *Treuhand* germanique de la *fiducia* romaine, afin de juger de l'utilité respective de ces institutions comme source d'inspiration pour le droit moderne. Selon lui, contrairement au fiduciaire du droit romain, lequel reçoit «ein vollwerthiges, unbeschränktes Eigenthum», dont l'usage n'est limité que par une convention *inter partes*, le *pactum fiduciae*[1192], le *Salmann* du droit germanique se voit conférer une «resolutiv bedingtes Eigenthum», soit une propriété soumise à une condition résolutoire *in rem*[1193]. Ainsi, la propriété du bien fiduciaire retourne automatiquement au fiduciant si le fiduciaire le vend frauduleusement, meurt, tombe en faillite ou si ses créanciers font saisir ses biens. Alors que le fiduciant du droit romain ne bénéficierait que d'un droit personnel à l'encontre du fiduciaire, celui du droit germanique conserverait sur le bien fiduciaire un droit réel («Miteigenthum») lui permettant notamment d'opérer les actes de disposition nécessaires à la réalisation du but recherché par les parties[1194]. SCHULTZE chercha, ensuite, à classifier les différentes espèces d'acte fiduciaire existant en droit moderne. Il répartit celles-ci en trois catégories, selon que le *Treuhänder* devenait titulaire d'un droit propre soumis à condition résolutoire[1195], d'un droit réel restreint d'un type nouveau[1196], ou d'un simple droit d'administration portant sur le bien fiduciaire[1197]. Selon SCHULTZE, il fallait développer à l'avenir la *Treuhand* selon le modèle

---

1189 SCHULTZE, *Die Longobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, 1895, cité par COING (1973b), p. 206.

1190 Cf. SCHULTZE (1901), pp. 1ss.

1191 SCHULTZE (1901), p. 1.

1192 SCHULTZE (1901), p. 9.

1193 SCHULTZE (1901), p. 11.

1194 SCHULTZE (1901), pp. 11s.

1195 «Treuhänderschaft mit auflösend bedingtem, befristetem Vollrecht (Eigenthum)». Cf. SCHULTZE (1901), pp. 32ss.

1196 «Treuhänderschaft mit begrenztem Recht an fremdem Gegenstand». Cf. SCHULTZE (1901), pp. 64ss.

1197 «Treuhänderschaft mit bloss obligatorischer Berechtigung begrenzten Inhalts». Cf. SCHULTZE (1901), pp. 88ss.

germanique, car seul celui-ci assurait une pleine protection des intérêts du fiduciant[1198].

On le voit, le modèle de base de la *Treuhand* germanique est très largement opposé à la théorie de l'acte fiduciaire. Il faut cependant relativiser les différences, puisque les Romanistes ont avant tout étudié des sources relatives à la fiducie-sûreté, alors que les Germanistes se sont principalement penchés sur des textes relevant du droit successoral[1199]. En outre, il faut se méfier des catégorisations simplistes. En effet, à l'intérieur de chacun de ces deux courants, les analyses les plus variées ont été effectuées[1200]. Par ailleurs, il n'est pas rare que des Pandectistes et des Germanistes soient parvenus à des conclusions très proches, malgré l'origine différente de leurs sources[1201]!

Supplantant toute autre proposition, la théorie de l'acte fiduciaire de REGELSBERGER, confortée par l'étude historique d'OERTMANN, s'est très vite imposée, dès la fin du XIX^e^ siècle, comme fondement de la structure de la fiducie en droit allemand[1202]. Compte tenu, d'une part, de ses limites et, d'autre part, de la vive concurrence à laquelle elle était soumise, il est légitime de se poser la question des raisons d'un tel succès.

Au même titre que la théorie de l'acte fiduciaire est un pur produit de la dogmatique pandectiste de la seconde moitié du XIX^e^ siècle[1203], la conception et la rédaction du BGB doivent beaucoup à L'Ecole pandectiste[1204].

1198 SCHULTZE (1901), pp. 102ss.

1199 Cf. HOFER (1998), pp. 411ss.

1200 Voir l'étude détaillée de ASMUS (1977). Cf. également AEBY (1912), pp. 161ss; GUISAN (1938), pp. 113s et REYMOND (1948), nos 6ss. Ainsi, pour GUISAN, «de nombreux docteurs Faust ont réalisé des prodiges de patiente ingéniosité et ont proposé les recettes les plus variées pour retrouver le vieux <<Treuhänder>> germanique sous les textes romains ou romanisants» (1938, p. 113).

1201 Ainsi, par exemple, selon ASMUS, en 1889 le Pandectiste FUCHS définit la fiducie comme «resolutiv bedingtes Eingenthum» six ans avant que le Germaniste SCHULTZE ne développât sa théorie sur la base du même concept (ASMUS (1977), pp. 113s). Pour une présentation détaillée des différents auteurs du courant germaniste ayant participé au débat sur la structure de la fiducie, voir ASMUS (1977), pp. 152 à 246; BÜRGIN (1959), pp. 53ss et OTTEN (1975), pp. 50 à 143.

1202 Cf. ASMUS (1977), p. 122.

1203 OTTEN (1975), pp. 49ss.

1204 S'il est vrai que le courant germaniste a également marqué de son influence la science juridique allemande du 19^e^ siècle, la prééminence fut toutefois accordée au *Pandektenrecht*, plus subtil et moderne que le droit de l'Antiquité germanique ou du Moyen Age. Ainsi, le Code civil qui fut finalement adopté a été imprégné de la mé-

Ces deux aspects sont liés. En effet, si la théorie de l'acte fiduciaire s'est imposée, c'est précisément parce qu'elle a été créée à l'image des principes cardinaux du droit privé, alors en cours de codification: notamment, distinction claire entre droit des obligations et droit réel; principe du *numerus clausus* des droits réels; principe d'une propriété conférant la maîtrise totale et absolue sur une chose (*absoluter Eigentumsbegriff*), et principe de l'abstraction (*Abstraktionsprinzip*)[1205]. Ce dernier principe eut, par exemple, une importance considérable dans la manière d'envisager les sources romaines. ASMUS est d'avis qu'OERTMANN a écarté toute interprétation selon laquelle le transfert du bien fiduciaire était effectué au moyen de procédures adaptées au but fiduciaire de l'opération, car une telle conclusion aurait eu pour conséquence de remettre en cause le principe du transfert abstrait, essentiel en droit allemand[1206].

Il est reconnu que le courant pandectiste allemand a fortement marqué la science juridique de notre pays, à la fin du XIX^e^ et au début du XX^e^ siècles[1207]. Le Code civil suisse en est un bon exemple[1208], malgré ses nombreuses spécificités – formalisées par le génial Eugen HUBER – dont son

thode pandectiste, ce qui n'est pas étonnant puisque l'éminent pandectiste WINDSCHEID eut une influence décisive au sein de la première commission (laquelle uvra de 1874 à 1888) chargée des travaux préparatoires. La seconde commission (travaillant de 1890 à 1896) ne comporta certes pas de Pandectiste de renom, mais fut composée essentiellement de juges et de fonctionnaires ministériaux marqués par la science des Pandectes (VAN CAENEGEM (1988), no 76; GMÜR (1965), pp. 24ss; PUGLIESE (1985), pp. 456ss; WIEACKER (1980), p. 146 et 177ss; et WITZ (1992), p. 28).

[1205] ASMUS (1977), p. 328: «Diese Grundsätze: Abstraktionsprinzip, absoluter Eigentumsbegriff im Sinne einer Vollrechtsübertragung des Eigentums auf den Treuhänder waren für alle Entwicklungsstadien des Treuhandrechts die massgeblichen Kriterien. Diese Prinzipien beherrschen als Grundsätze unser BGB. Sie haben eine Diskussion des fiduziarischen Eigentums, die Einordnung des fiduziarischen Eigentums in das System des BGB als zweckbeschränktes Eigentum, verwehrt». Voir également, ASMUS (1977), pp. 285 et 326ss; NICKEL-SCHWEITZER, pp. 63s; OTTEN (1975), pp. 49s; WIEGAND (1982), pp. 572s; et WITZ (1992), no 28.

[1206] ASMUS (1977), pp. 149s.

[1207] Cf. CARONI (1995) et PETER (1965). Cette influence s'est notamment manifestée de manière évidente dans les milieux universitaires. Par exemple, les célèbres Professeurs suisses BACHOFEN et KELLER furent des élèves de SAVIGNY. En outre, de nombreux éminents Pandectistes ou Romanistes allemands «postsavignyens» enseignèrent dans les Facultés suisses: REGELSBERGER (créateur de la théorie de l'acte fiduciaire), DERNBURG et EXNER à Zurich; JHERING, WINDSCHEID, FITTING, LEIST, STINTZING et RABEL à Bâle; BARON et LOTMAR à Berne (cf. CARONI (1995), p. 86; PETER (1965), pp. 326ss et WIEACKER (1980), pp. 140s).

[1208] WIEACKER (1980), p. 141, estime que le Code civil suisse est sans doute l'un des fruits les plus mûrs, en ce qui concerne les actes législatifs, du courant pandectiste. Voir aussi GMÜR (1965), pp. 19ss.

caractère moins abstrait, plus ouvert aux problèmes sociaux, que le BGB[1209]. Dans le cas de la fiducie, l'absence en Suisse d'une conception propre, légale, coutumière ou doctrinale, accentua cette dépendance intellectuelle et entraîna, dans les premières années du XX[e] siècle, la «réception» en droit suisse de la théorie de l'acte fiduciaire. Il s'agit sans doute de l'un des exemples marquants de l'influence de la dogmatique allemande sur la science juridique helvétique[1210].

C'est ainsi que, dans son fameux arrêt *Grüring-Dutoit* rendu en 1905[1211], le Tribunal fédéral, après avoir distingué la fiducie de la simulation, se posa la question de la construction juridique que l'acte fiduciaire devait revêtir en droit suisse. Comme source d'inspiration, il se fonda alors exclusivement sur la doctrine allemande en la matière, sans même préciser qu'il s'agissait d'auteurs étrangers[1212]. Le Tribunal fédéral opposa, en effet, la théorie de l'acte fiduciaire de REGELSBERGER, à la théorie dite de la «propriété relative» de DERNBURG. Selon cette dernière, le fiduciaire est, certes, propriétaire des biens fiduciaires vis-à-vis des tiers («nach aussen», rapports externes), mais pas vis-à-vis du fiduciant («nach innen», rapports internes): «Nach innen bleibt aber der Fiduziar blosser Bevollmächtiger; die Sache... ist für ihn im Verhältnis zum Vollmachtgeber eine fremde»[1213]. Estimant que la théorie de DERNBURG n'était pas compatible avec la notion même des actes juridiques mise en œuvre par l'acte fiduciaire (transfert de la propriété d'une chose ou d'une créance), le Tribunal fédéral opta expressément

---

[1209] Cf. CARONI (1995), pp. 93s; GMÜR (1965), pp. 24ss; LIVER (1961), pp. 219ss; WIEACKER (1980), pp. 207ss et ZWEIGERT/KÖTZ (1996), p. 171.

[1210] Voici comment REYMOND résume l'influence allemande: «En effet c'est le 17 mars 1905 que le Tribunal fédéral rendait le premier arrêt dans lequel apparaissaient en droit suisse les mots fiducie et fiduciaire, empruntés à la doctrine allemande, tant il est vrai que le droit allemand était, à cette époque déjà, considéré par le Tribunal fédéral comme d'application immédiate en Suisse. Il est vrai qu'il s'agissait en l'occurrence de l'avis des grands pandectistes dont l'autorité demeure considérable» (REYMOND (1994), p. 19).

[1211] ATF 31 II 105.

[1212] ATF 31 II 105, 109: «Die rechtliche Konstruktion des fiduziarischen Geschäfts ist in der Doktrin bestritten. Nach der einen Auffassung...».

[1213] Heinrich DERNBURG, *Pandekten*, tome I, *Allgemeiner Theil und dingliche Rechte*, Berlin, 1888, p. 230. Rappelons qu'il s'agissait selon DERNBURG d'une solution valable pour le droit allemand moderne, mais qui ne correspondait pas à la *fiducia* romaine (cf. p. 230, note 9), pour laquelle il a exprimé des avis plus «orthodoxes» (cf. DERNBURG [1860]).

pour la théorie de l'acte fiduciaire[1214], suivi bientôt par la doctrine[1215]. L'influence allemande se reflète même de manière assez précise dans la terminologie adoptée. Outre la dénomination de l'acte juridique lui-même (acte fiduciaire), certains concepts centraux ont été repris tels quels dans notre pays. Nous venons de voir, par exemple, que la notion de pouvoir juridique excédentaire sous-tend toute la théorie de REGELSBERGER[1216] et que la différenciation entre le *Können* et le *Dürfen* est expressément formulée chez OERTMANN[1217].

C. Des principes érigés en dogmes

Prétendant élaborer un système juridique logique et complet, les Pandectistes allemands ont marqué une propension évidente à raisonner en termes de concepts abstraits et de vérités absolues[1218]. Plus généralement, il faut constater que les principes au moyen desquels la théorie de l'acte fiduciaire a été construite (principes de la stricte séparation entre droits réels et droits des obligations, du *numerus clausus* des droits réels ou d'une propriété absolue) ont été érigés en dogmes intangibles, à tel point qu'aujourd'hui encore ils sont parfois considérés comme inhérents au droit privé. Une telle manière de voir est évidemment préjudiciable à une réforme de la fiducie. Il s'agit ici de démontrer que ces concepts ont évolué à travers les siècles et que la dogmatique pandectiste leur a donné un contenu particulier. Auparavant, deux remarques s'imposent.

[1214] ATF 31 II 105, 109s.: «Nach der einen Auffassung (... DERNBURG...) ist dabei das Verhältnis nach innen, unter den Kontrahenten, vom Verhältnis nach aussen, dritten gegenüber, verschieden... Die andere vielfach vertretene Theorie dagegen (... REGELSBERGER...; LANG,...), geht dahin, dass das fiduziarische Geschäft nach innen wie nach aussen in gleicher Weise dem Vertragsinhalte gemäss wirksam sei und die Fiduzia lediglich ein weiteres, neben dieser allgemeinen, dinglinchen Wirkung bestehendes obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Parteien erzeuge... Von diesen beiden Auffassungen nun ist unbedenklich der letzteren beizutreten, da die Differenzierung der Rechtswirkung nach innen und nach aussen im Sinne der ersteren Begriffe der bei fiduziarischen Geschäften in Frage kommende Rechtsakte (Übertragung von Sacheigentum oder Forderungen) schlechterdings nicht vereinbar ist (...LANG,... GOLTZ,...)». Sur cette jurisprudence, voir AEBY (1912), pp. 204 à 206; REYMOND (1948), no 27; THÉVENOZ (1995), pp. 264s; WIEGAND (1980), pp. 540ss et WIEGAND (1982), pp. 566s.

[1215] AEBY fut le premier, en 1912, à approuver la jurisprudence *Grüring-Dutoit*. Cf. REYMOND (1948), no 28.

[1216] Cf. ASMUS (1977), p. 39 et COING (1973a), p. 100.

[1217] OERTMANN (1890), pp. 163s.

[1218] Cf. PUGLIESE (1985), pp. 444ss.

Tout d'abord, il serait erroné de croire que le droit privé suisse n'est que la résultante de la science pandectiste allemande. Il est évident que des sources – historiques, juridiques et philosophiques – diverses ont inspiré les codificateurs helvétiques, dont les législations cantonales, lesquelles ont elles-mêmes subi de nombreuses influences, comme celle, notamment dans les cantons romands, du Code civil français[1219]. L'intérêt d'une étude historique du droit allemand réside toutefois dans le fait que la conception de l'acte fiduciaire en droit suisse a été calquée, dans les circonstances que nous venons d'exposer, sur les concepts dégagés au XIX^e^ siècle en Allemagne. On peut même affirmer à ce sujet que l'acte fiduciaire suisse est sans doute «plus pandectiste» que son homologue allemand, dans la mesure où, comme nous le savons, la jurisprudence allemande a très rapidemment atténué, malgré l'avis contraire de la doctrine dominante de l'époque, les effets de la théorie de l'acte fiduciaire[1220]. En droit suisse, nous avons vu qu'une évolution similaire ne s'est amorcée que dans le dernier quart du XX^e^ siècle[1221].

Ensuite, il va de soi que les principes susmentionnés sont interdépendants. La conception que l'on partage quant à la classification et aux rapports réciproques entre droits réels et droits personnels aura forcément des conséquences sur la définition et le contenu même de ces deux catégories du droit privé. Il en va précisément ainsi dans la science juridique allemande du XIX^e^ siècle. Le strict cloisonnement entre droit réel et droit personnel interdit aux parties de modifier, au moyen d'une convention, les traits caractéristiques d'un droit réel. Cela correspond au *numerus clausus* des droits réels et au principe d'une propriété absolue et abstraite, hermétique au but recherché par les cocontractants. De même, le principe du *numerus clausus* serait mis en cause si l'on permettait aux parties de faire résulter de leur convention *inter partes* des effets *erga omnes*. Il est toutefois possible et souhaitable, pour une meilleure compréhension du problème, de traiter ces questions de manière séparée, dans l'ordre suivant: stricte séparation entre droit réel et droit personnel (sous-section 1), *numerus clausus* des droits réels (sous-section 2), et, enfin, concept de propriété absolue (sous-section 3).

[1219] Cf., par exemple, GMÜR (1965), pp. 32ss et LIVER (1961), pp. 196ss.
[1220] Cf. *supra*, pp. 57ss.
[1221] Cf. *supra*, pp. 32ss.

1. Stricte séparation entre droit réel et droit personnel

La question de la stricte opposition entre droit réel et droit personnel est liée au problème plus vaste de la répartition et de la classification des différentes matières du droit privé. La systématisation romaine du droit privé (cf. *Institutes* de GAIUS, *Digestorum* de JUSTINIEN) a constitué un apport essentiel qui a fortement marqué la science juridique moderne. Cependant, d'autres sources ont également eu une grande importance[1222]. Par exemple, la France et l'Allemagne connaissent, au XVI^e^ siècle, un fort courant tendant au remplacement de l'ordre légal des *Digestes* par une classification plus rationnelle[1223]. Les XVII^e^ et XVIII^e^ siècles sont marqués, sous l'influence de l'Ecole du droit naturel, par une grande diversité de propositions de classification et de systèmes[1224]. Le modèle finalement codifié dans le BGB est autant tributaire du courant du droit naturel que de la pensée romaine. Alors que l'on doit au premier l'instauration d'une partie générale, ainsi que l'autonomisation du droit de la famille et du droit successoral, l'un des acquis majeurs de la seconde est précisément la distinction entre droit réel et droit personnel[1225]. La technique de classification des matières du droit privé opérée par la science juridique allemande du XIX^e^ siècle, dénommée depuis lors «Pandektensystem»[1226], a été reprise dans de nombreux pays, dont la Suisse[1227].

Nous avons vu que, si le principe d'une distinction entre droit personnel et droit réel existe en droit romain, la conception moderne, centrée sur le droit subjectif reconnu à l'individu, lui demeure parfaitement étrangère, les juristes romains se limitant à une différenciation procédurale entre *actiones in rem* et *actiones in personam*, sans recourir à une systématisation des différences qui pourraient opposer les deux types de droit[1228]. Cette distinction s'est pourtant concrétisée dans tous les systèmes juridiques de tradition romaniste. Il faut toutefois se méfier des filiations historiques. Car, si le principe de la distinction n'a pas été remis en cause, la nature, l'importance, et

---

[1222] Cf. ARNAUD (1969), pp. 121ss; COING (1982), pp. 251ss et SCHMIDLIN (1994), pp. 36ss.

[1223] Cf. ARNAUD (1969), pp. 121ss et SCHWARZ (1921), p. 583.

[1224] Cf. ARNAUD (1969), pp. 129ss et SCHWARZ (1921), p. 585.

[1225] Cf. SCHWARZ (1921), pp. 581 et 599.

[1226] Cf. SCHWARZ (1921), p. 578.

[1227] Cf. SCHWARZ (1921), pp. 578s.

[1228] Cf. *supra*, pp. 90ss. Voir aussi SCHMIDLIN (1994), pp. 36ss et ZÉNATI/REVET (1997), p. 245. Sur la non-existence en droit romain de la notion de droit subjectif au sens moderne du terme, cf. COING (1982), pp. 244ss.

les rapports entre ces deux catégories fondamentales du droit privé ont fortement évolué à travers les siècles[1229]. Pour comprendre ces transformations, il est sans doute préférable de distinguer sommairement l'histoire des concepts même de droit des biens et de droit des obligations, de l'évolution des rapports entretenus entre ces deux domaines fondamentaux du droit privé patrimonial.

En ce qui concerne le premier point[1230], il faut relever que le concept de *jus in re* (droit dans la chose, droit sur la chose), formulé par les glossateurs (XII-XIII^{e} siècles) à partir d'une étude philologique des textes romains, devient, tel que développé par les post-glossateurs (XIV-XV^{e} siècles), une puissance, un pouvoir du sujet sur la chose, ouvrant la voie à l'institution du droit subjectif qui s'imposera dans les siècles postérieurs. La notion de *jus ad rem* (droit par rapport à une chose, droit à la chose) permettra aux post-glossateurs de régler le sort des droits qui ne représentent pas des pouvoirs sur les choses. La distinction entre rapport direct (*jus in re*) et indirect (*jus ad rem*) sur la chose, et son prolongement procédural entre action directe et action indirecte, aboutira à la reconnaissance, par exemple chez POTHIER[1231], de l'*obligatio*, correspondant à une nouvelle catégorie rationnelle, le droit personnel, par opposition au droit réel. Quant au second point, on peut observer que la science juridique du XVI^{e} siècle, comme celle de *l'usus modernus* (nouvel usage du *Digeste*), sont majoritairement très attachées à la distinction entre droit réel et droit des obligations[1232]. En revanche, dans les nombreux systèmes proposés par les représentants du courant du droit naturel, tant en France qu'en Allemagne, les frontières en-

---

[1229] Cf. ZÉNATI/REVET (1997), pp. 245s.

[1230] Cf. ZÉNATI/REVET (1997), pp. 245s. Voir aussi COING (1982), pp. 248ss et Gunter WESENER, «Dingliche und persönliche Sachenrechte -iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung», in *Festschrift für Hubert NIEDERLÄNDER*, Heidelberg, 1991, pp. 195ss.

[1231] Robert Joseph POTHIER (mort en 1772), *Traité du droit du domaine de propriété*, édition Paris, 1807, p. 1: «On considère à l'égard des choses qui sont dans le commerce deux espèces de droits; le droit que nous avons dans une chose, qu'on appelle *jus in re*, et le droit que nous avons par rapport à une chose, qu'on appelle *jus ad rem*. Le *jus in re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards. Le *jus ad rem* est le droit que nous avons, non dans la chose, mais seulement par rapport à la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner. C'est celui qui naît des obligations, et qui ne consiste que dans l'action personnelle que nous avons contre la personne qui a contracté l'obligation, ou qui y a succédé...».

[1232] Cf. SCHWARZ (1921), p. 599.

tre les deux matières tendent à s'effacer[1233]. La prédominance est conférée par des auteurs, comme BOURJON[1234] ou WOLFF[1235], aux droits réels, par d'autres, comme DOMAT[1236] ou PUFENDORF[1237], au droit des obligations[1238].

Dans son souci constant de systématiser le droit, le courant pandectiste va donner à la distinction entre droits réels et droit des obligations une signification dogmatique spécifique. Cette distinction représentera l'un des éléments fondamentaux de la classifiaction des matières du droit privé opérée au XIX[e] siècle[1239]. Il semblerait que l'on doive à HUFELAND[1240], bientôt suivi par UNTERHOLZNER[1241], la première mention terminologique opposant droit subjectif absolu et droit subjectif relatif[1242]. Cependant, l'on attribue généralement la paternité du système pandectiste «moderne» à HEISE, dont la première édition (1807) de son *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen* paraît avoir

---

1233 Cf. SCHWARZ (1921), p. 600.

1234 François BOURJON (mort en 1751), l'un des inspirateurs du Code civil français, est l'auteur de *Le Droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en Principes* (cf. VAN CAENEGEM (1988), p. 8).

1235 Christian WOLFF (mort en 1754), savant allemand dont le principal ouvrage juridique s'intitule *Jus naturae methodo scientifica petractatum* (cf. VAN CAENEGEM (1988), pp. 131s).

1236 Jean DOMAT (mort en 1696), l'un des plus illustres jurisconsultes français de l'Ecole du droit naturel, auteur de *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (cf. VAN CAENEGEM (1988), p. 132).

1237 Samuel PUFENDORF (mort en 1694), grand représentant de l'Ecole moderne du droit naturel, auteur des *De iure naturae et gentium libri VIII* (cf. VAN CAENEGEM (1988), p. 131).

1238 Cf. SCHWARZ (1921), p. 600.

1239 Cf. OTTEN (1975), p. 194.

1240 HUFELAND, *Institutionen des gesamten positiven Rechts oder systematische Enzyklopädie der sämtlichen allgemeinen Begriffe und unstreitigen Gegenstände aller in Deutschland geltenden Rechte*, Iéna, 1803, §§ 105ss.

1241 UNTERHOLZNER, *Juristische Abhandlungen*, Munich, 1810, pp. 135s: «1) Die Forderung des Berechtigten ist gegen eine bestimmte Person gerichtet...; jeder Dritte wird durch dieses Rechtsverhältnis gar nicht afficirt. Ich will solche Rechte, welche nur in einem besondern Rechtsverhältnisse Statt finden, relative Rechte nennen. 2) Die Forderung geht gegen alle und jede, mit denen man nur überhaupt in einem rechtlichen Zustande lebt... Hier findet daher zwischen dem Berechtigten und dem Verbundenen ausser dem allgemeinen Rechtsverhältnisse weiter kein besonders mehr Statt. Ich will die zu dieser Classe gehörigen Rechte absolute Rechte nennen...».

1242 Sur cette question, cf. Roland DUBISCHAR, *Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht*, Tübingen, 1961, pp. 73ss.

servi de base aux cours dispensés par SAVIGNY à Landshut et à Berlin[1243]. Ce plan détaillé de plus de deux cent pages répartit le droit privé en six livres, les deuxième et troisième, consacrés respectivement aux droits réels («Dingliche Rechte») et aux obligations («Von den Obligationen»), étant précédés d'une partie générale («Allgemeine Lehren»)[1244]. Mais c'est bien sûr SAVIGNY lui-même, lequel a eu au demeurant de par ses suggestions une influence certaine sur les éditions postérieures du plan de HEISE[1245], qui a formulé les développements dogmatiques les plus intéressants.

SAVIGNY oppose deux catégories parmi les droits patrimoniaux: les droits réels, «Herrschaft über die unfreie Natur»[1246], et les obligations, «partielle Herrschaft über fremde Handlungen»[1247]. Selon lui, la nette diversité de leur objet permet de distinguer facilement ces deux catégories: si notre droit a pour objet immédiat et direct une chose prise en elle-même, indépendamment des actes d'un tiers, nous sommes en présence d'un droit réel; en revanche, s'il a seulement pour objet un acte déterminé d'une personne étrangère, quel que soit d'ailleurs le but de cet acte, nous sommes en présence d'une obligation[1248]. La distinction romaine entre *actio in rem* et *actio in personam* représenterait de manière adéquate cette distinction. Selon SAVIGNY, les rapports entre ces deux notions pourraient facilement tomber dans l'indétermination, si des limites strictes ne leur sont pas imposées[1249]. Lui paraît également condamnable toute tentative de subordination de l'une à l'autre[1250]. Deux écueils doivent ainsi être évités: la primauté aux obligations, de telle sorte que les droits réels ne seraient qu'une simple conséquence ou extension de celles-ci; ou, au contraire, la prépondérance des droits réels, à l'image du Code civil français, en ce sens que les obligations ne représenteraient qu'un moyen d'acquisition de ces derniers[1251]. Prenant appui sur le droit romain, SAVIGNY estime qu'il faut traiter ces deux catégories de manière indépendante, sans interférences, selon leur nature propre

---

1243 Cf. SCHWARZ (1921), pp. 581s et PUGLIESE (1985), p. 438.

1244 Cf. Arnold HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, troisième édition, Heidelberg, 1822.

1245 Cf. SCHWARZ (1921), p. 582.

1246 SAVIGNY (1840), p. 367.

1247 SAVIGNY (1840), p. 369.

1248 Cf. SAVIGNY (1840), pp. 371ss.

1249 SAVIGNY (1840), pp. 373s.

1250 Cf. WIEGAND (1990), p. 115.

1251 SAVIGNY (1840), p. 374.

(«wahre Natur»)[1252]: «Das römische Recht hält beide streng aus einander, und behandelt jeden Theil für sich als ganz unabhängig innerhalb seiner Gränzen. So das Eigenthum als selbständige Herrschaft über eine Sache, ohne Rücksicht auf die Obligation die etwa als Vermittlung und Vorbereitung dazu diente: die Obligation als selbständige Herrschaft über eine fremde Handlung, ohne Rücksicht auf das dingliche Recht worauf diese Handlung vielleicht abzweckt»[1253].

On retrouve à peu près les mêmes motivations dans l'introduction du livre consacré aux droits réels de l'avant-projet de BGB de 1880, dont les rédacteurs ont été fortement influencés par le «système savignyen»[1254]. Les motifs du III^e livre relatif aux droits réels, du projet de loi de la première commission (*Motive*, 1888), sont plus sibyllins, malgré l'importance du principe d'une stricte distinction entre droit réel et droit obligationnel: «Das Sachenrecht nimmt in dem Systeme des Entwurfes eine selbständige Stellung ein. Es schliesst sich ab einerseits gegen das Recht der Schuldverhältnisse und das Familienrecht, andererseits gegen das Erbrecht. Seine Selbständigkeit beruht wesentlich in dem Gegensatze zwischen dinglichem und persönlichem Rechte»[1255].

Des auteurs ont observé que, au-delà de son inspiration romaine ou jusnaturaliste, la classification susmentionnée est également la résultante de l'idéologie libérale qui a présidé à l'élaboration du BGB[1256]. Le droit privé du XIX^e siècle est avant tout un droit du commerce. Une économie libérale devait se baser sur un droit du commerce libéral. Dans cette optique, on voulait à tout prix éviter qu'un propriétaire puisse réduire son pouvoir de

---

1252 SAVIGNY (1840), pp. 374s.

1253 SAVIGNY (1840), p. 374.

1254 «Der heutige Standpunkt der wissenschaftlichen Einsicht in die Natur des bürgerlichen Rechts fordert und ermöglicht nicht nur die Absonderung des Vermögensrechts von dem Familienrechte und dem Erbrechte, sondern auch innerhalb des Vermögensrechts die Scheidung in Sachenrecht und Obligationenrecht. Unter strengem Festhalten an dem für das Recht allein brauchbaren Sachbegriff im Sinne eines räumlich begrenzten Stückes der unfreien Natur muss das Sachenrecht beherrscht sein von der Einsicht, dass das erworbene Recht an der Sache etwas Selbständiges, Eigenartiges ist gegenüber der Obligation, die etwa als Vermittelung und Vorbereitung zu demselben gedient hat, dass die dinglichen Rechte eine unmittelbare Richtung auf die Sache und erst mittelbar eine persönliche Richtung haben» (Reinhold JOHOW, «Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich», Droits réels, Introduction, Berlin, 1880, p. 2, in Werner, SCHUBERT, *Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Sachenrecht*, première partie, Berlin, 1982, p. 126).

1255 *Motive*, p. 1, in MUGDAN (1979), p. 1.

1256 Sur cette question, cf. WIEGAND (1990), pp. 118s.

disposition et par voie de conséquence, priver le marché de son crédit. En conséquence, il fallait refuser toute possibilité, au propriétaire, de limiter contractuellement son droit sur la chose, et aux cocontractants, de créer au moyen d'une simple convention des effets juridiques opposables aux tiers. Comme nous l'avons vu, ces considérations, qui sont à la base du § 137 BGB, sont parfaitement étrangères au droit romain classique, voire au droit de JUSTINIEN[1257].

La conception des droits patrimoniaux en droit suisse est assez proche de la conception allemande. Les deux matières traditionnelles sont nettement séparées dans le Code, les droits réels faisant l'objet du livre quatrième de Code civil, les obligations étant pour leur part traitées dans le Code des obligations, présenté comme le livre cinquième du Code civil. Il est vrai que droits réels et droits des obligations sont loin d'être totalement autonomes et indépendants. Ces droits ont, tout d'abord, une fonction de base identique, celle de régler les rapports juridiques entre personnes et biens[1258]. Ils sont, par ailleurs, souvent mis en relation, puisque toute acquisition dérivée d'un droit réel nécessite en sus de l'opération d'acquisition un titre d'acquisition, en principe constitué par un acte générateur d'obligations (titre, cause)[1259]. Plus précisément, selon le principe de la causalité, les actes de disposition (actes translatifs de droits) portant sur la plupart des droits et des choses sont en droit suisse de nature causale, dans la mesure où leur validité est subordonnée à celle du titre d'acquisition qui en est la cause (acte générateur d'obligations)[1260].

Ces points de rencontre ne doivent cependant pas masquer d'autres aspects importants. La classification des droits patrimoniaux est stricte: selon

---

[1257] Cf. Max KASER, «Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht», in *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes SONTIS*, Munich, 1977, p. 31: «Der Gedanke des § 137 BGB, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, ist weder dem klassischen noch aller Wahrscheinlichkeit nach dem justinianischen Recht bekannt».

[1258] Cf. REY (1991), p. 5.

[1259] Cf. STEINAUER (1997), p. 41. Historiquement, la question a été traitée de manière inverse: on a estimé que l'accord générateur d'obligations n'était pas suffisant pour transférer la propriété et qu'il devait être complété par un transfert de possession (principe de la tradition). Sur cette question, cf. WIEGAND (1984), pp. 115ss.

[1260] Le «principe de causalité» est énoncé expressément par la loi en matière immobilière (cf. les art. 974 et 975 CC), et résulte de la jurisprudence en matière mobilière (cf. ATF 84 III 141, 154 et 55 II 302, *JdT* 1930 I 535). La question reste en revanche controversée en matière de cession de créances (cf. ATF 95 II 112, *JdT* 1970 I 94). Cf. MEIER-HAYOZ (1981), pp. 61s et STEINAUER (1997), pp. 42s.

le Tribunal fédéral, un droit est soit absolu, opposable à tous (droit réel), soit relatif, ayant comme sujet passif une ou plusieurs personnes déterminées ou déterminables[1261]. «Par définition, il n'y a pas de solution intermédiaire. *Un droit intermédiaire entre la créance et le droit réel est inconcevable*»[1262]. Cette dichotomie a notamment pour but d'assurer la sécurité du droit, puisque le régime juridique des deux types de droit (créance et droit réel) est clairement énoncé et connu. Ainsi, dans la faillite d'un cocontractant, le titulaire d'un droit réel est protégé, alors que celui d'un droit personnel non garanti est dans la règle soumis à la «loi du dividende»[1263]. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que, tout comme en droit allemand, l'un des principaux buts de l'organisation des droits patrimoniaux en droit suisse est celui de la favorisation des échanges commerciaux[1264]. Cette intention, en soi non blâmable, a été traduite dans les Codes par une limitation sans doute excessive des possibilités pour le propriétaire d'un bien de restreindre contractuellement ses pouvoirs sur celui-ci. Evidemment, chaque propriétaire peut en principe soit aliéner son droit de propriété, soit limiter ses propres prérogatives au moyen de la constitution d'un des droits réels limités définis dans le Code civil. Dans tous ces cas, l'acte juridique considéré permet une certaine mobilisation de la valeur économique du bien. En revanche, la loi suisse semble être hostile à une restriction conventionnelle des prérogatives du propriétaire, lorsque celle-ci a pour conséquence d'immobiliser la valeur du bien. Par exemple, seule l'existence d'un droit personnel, mais non celle d'un droit réel, peut être conditionnée à la réalisation d'un événement incertain (cf. art. 151ss CO). Dans cette optique, tant le concept de «propriété conditionnelle», soit lorsque le transfert du droit de propriété est soumis à une condition suspensive (cf. art. 151 al. 1 CO) ou résolutoire (cf. art. 154

1261 ATF 114 II 91, *JdT* 1988 I 310, 312: «Les droits subjectifs sont soit absolus soit relatifs, d'après le cercle de leurs destinataires. Il n'existe plus de catégorie intermédiaire en droit positif. Les droits absolus sont opposables à tout un chacun, les droits relatifs à une ou plusieurs personnes déterminées ou déterminables».

1262 PIOTET (1992), p. 50. Cf. aussi PETER (1949), p. 82.

1263 Cf. ZOBL (1995), pp. 544s.

1264 Cf. WIEGAND (1984), pp. 109ss et (1990), p. 119, note 26. Ainsi, HUBER (1902), dans l'exposé des motifs, p. 6: «le législateur fédéral ne manquera pas d'organiser toute la matière des droits réels avec assez de soin et de la soumettre à des règles assez dures, pour que les intérêts sans cesse croissants de l'agriculture, de l'industrie et du commerce soient dûment sauvegardés»; p. 14: «L'objet du droit des choses est de conférer aux droits réels ces caractères éminemment précis et parfaitement reconnaissables dont ils ont besoin pour remplir leur rôle et atteindre leur but. Il faut qu'ils inspirent une pleine sécurité et qu'en outre ils aient cette mobilité sans laquelle la plupart perdraient toute leur valeur...».

al. 1 CO), que celui de «propriété accessoire», soit lorsque la propriété est l'accessoire d'un autre droit, sont en principe rejetés[1265].

2. *Numerus clausus* des droits réels

Nous savons que le principe du *numerus clausus* des droits réels ne peut être directement rattaché au droit romain[1266]. Par ailleurs, il n'existe en pratique ni en droit commun, ni dans le droit antérieur à la Révolution française et au Code civil français, dans lesquels foisonnent une multitude de «servitudes» personnelles, réelles et mixtes de tout genre[1267]. Sans pour autant avoir été expressément codifié, ce principe représente cependant l'un des éléments caractéristiques essentiels du droit privé moderne européen,.

Il en va ainsi en droit allemand, dans lequel le principe du *numerus clausus* des droits réels est considéré comme l'un des principes fondateurs du BGB. Il a, en effet, une influence sur bon nombre des autres éléments composant le système de droit privé pandectiste (autonomie des droits réels, propriété absolue, nette distinction entre droits réels et droit des obligations...), lesquels le conditionnent, mais aussi dans le même temps le présupposent[1268]. Pour autant, le principe n'a fait l'objet d'aucune disposition légale spécifique et n'est évoqué qu'en quelques phrases, sans justification particulière, dans les motifs présentés par la première commission à l'appui du projet de BGB: «Den Betheiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Charakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz: die Betheiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zulässt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher nothwendig eine geschlossene»[1269]. On estime généralement que le § 137 BGB conforte le principe du *numerus clausus*[1270].

[1265] Sur l'inadmissibilité de la «propriété conditionnelle», cf. FOËX (1987), pp. 176ss; sur l'inadmissibilité de la «propriété accessoire», cf. FOËX (1987), pp. 186ss.

[1266] Cf. *supra*, pp. 193ss.

[1267] Cf. GIUFFRE' (1992) et références citées, pp. 69s.

[1268] Cf. WIEGAND (1987), pp. 627ss.

[1269] Cf. *Motive*, p. 3, in MUGDAN (1979), p. 2.

[1270] Le § 137 empêche les parties de convenir des limitations du pouvoir de disposition d'un droit cessible (par exemple, le droit de propriété), avec comme conséquence, la modification des effets juridiques d'un droit réel (cf. LIEBS (1975), pp. 11 et 26).

La doctrine allemande semble ne s'être que rarement penchée sur les fondements dogmatiques du *numerus clausus*[1271]. On peut encore rappeler ici la volonté, découlant de l'idéologie libérale, d'empêcher toute entrave à la circulation des biens économiques. Les possibilités de créer des effets juridiques opposables *erga omnes*, et donc de freiner l'échange de marchandises, devaient être limitées[1272]. GIERKE observa dans ce contexte: «Vor allem wird nun, wie im Obligationenrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit bis an die äussersten Grenzen verwirklicht wird, so im Sachenrecht umgekehrt das Prinzip der absoluten Norm bis zur Vernichtung aller Gestaltungsfreiheit der Beteiligten durchgeführt»[1273]. Il faut par ailleurs mentionner le souci légitime de la protection des tiers[1274]. L'acquéreur devait pouvoir compter sur le fait que seuls les droits réels énumérés dans la loi étaient susceptibles d'entraver l'acquisition ou de grever la chose acquise. De même, les créanciers ne devaient pas se voir opposer, au moment de l'exécution forcée, que le bien de leur débiteur était soumis à un droit atypique qui rendait impossible sa réalisation.

En droit italien, le principe du *numerus clausus* est considéré comme l'un des principes généraux de l'ordre juridique de l'Etat italien, ou encore comme un principe relevant de l'ordre public, bien qu'il ne soit énoncé dans aucune disposition légale expresse – en particulier, ni dans le Code civil de 1865 ni dans celui de 1942 – et qu'il ne résulte d'aucun principe général non écrit du droit[1275]. La doctrine fonde ce principe sur des arguments identiques à ceux avancés en Allemagne: réaction au régime féodal, fondement historique basé sur le droit romain, nécessité d'éviter un ralentissement de l'échange des biens et protection des tiers entrant en contact avec le titulaire d'un droit de propriété ou d'un droit réel limité[1276].

Comme dans les droits étrangers susmentionnés, le principe du *numerus clausus* des droits réels n'a pas fait l'objet, en droit suisse, d'une disposition légale spécifique[1277]. Le principe n'est par ailleurs défini ni dans l'Ex-

---

1271 Cf. WIEGAND (1987), p. 625.
1272 Cf. WIEGAND (1987), pp. 637s.
1273 GIERKE (1889), pp. 281s.
1274 Cf. WIEGAND (1987), p. 638.
1275 Cf. GIUFFRE' (1992), pp. 59ss.
1276 Voir surtout GIUFFRE' (1992), pp. 64ss, mais aussi COSTANZA (1980), pp. 423s et MORELLO (1996), p. 85.
1277 Cf. SCHNITZER (1963), p. 77.

posé des motifs du Code civil ni dans les autres travaux préparatoires[1278]. Cependant, on estime généralement qu'il s'agit d'un principe non écrit, qui peut être déduit d'un système cohérent, d'un ensemble de dispositions du Code civil réglementant le droit des choses (tels les articles 793, 946 et 958 CC, ainsi que les articles 17 al. 3, 18 al. 2, 23 et 45, du Titre final du Code civil) et qu'il participe à l'organisation des droits réels, à la mise en œuvre des principes fondamentaux qui les régissent[1279]. Selon FOËX, on peut attribuer cinq fonctions à ce principe, dont le but est, finalement, d'assurer la sécurité des transactions juridiques: fonction de publicité, car moins il y a de droits réels, plus il est facile de les rendre publics; fonction de clarification, qui assure une certaine «prévisibilité» des droits réels et favorise de ce fait leur opposabilité aux tiers; fonction de protection de la liberté de la propriété, en ce qu'il interdit la constitution de nouveaux droits qui videraient le droit de propriété de sa substance; fonction d'ordre éthique, en ce qu'il empêche de constituer certains droits, connus à d'autres époques, qui ont comme résultat d'asservir le propriétaire grevé; et, enfin fonction d'appoint d'autres principes des droits réels, comme le principe du nantissement[1280]. Conscient de la fonction éthique du principe du *numerus clausus*, GUISAN affirma que se «départir de la règle du *numerus clausus*, ce serait replonger le système des droits réels dans l'inextricable maquis qu'on a appelé le <complexum feudale>»[1281].

3. Concept de propriété absolue

Dans la liste des droits réels admis figure évidemment, en première place, le droit de propriété. Nous avons vu que le droit romain, dans lequel le concept de propriété tient au demeurant une place plus restreinte que celle qui lui est dévolue dans le système juridique moderne[1282], a connu des droits de pro-

[1278] Cf. FOËX (1987), p. 28.

[1279] Cf. FOËX (1987), pp. 28 et 87s.

[1280] Cf. FOËX (1987), pp. 29ss.

[1281] GUISAN (1938), p. 115.

[1282] Après avoir démystifié le concept de propriété en droit romain, VILLEY (1976), pp. 197s, distingue de manière assez fine celui-ci du concept moderne: «Peut-être commence-t-on à apercevoir que le droit romain avait son propre système linguistique, différent du nôtre: non pas construit selon les rêves de l'idéalisme, et centré sur l'individu, pour maximiser sa liberté, son pouvoir d'agir; mais *réaliste*. Il se donnait pour but de saisir non la puissance de l'individu mais une réalité sociale, ces relations qui intéressent le droit, le partage des biens dans le groupe. Le concept de propriété y tient une place plus restreinte que dans le système juridique moderne; il dit beaucoup moins; ne décide pas de la consistance du pouvoir du propriétaire, n'affirme point qu'il soit «absolu». Il ne

priété aux contenus variés, dont certaines formes de propriété partagée sur un bien[1283]. La *fiducia* en est un bon exemple. Plus largement, il faut constater que le droit de propriété a longtemps été considéré par la science juridique comme polymorphe[1284]. Ainsi que le relève SCHMIDLIN, la conception de la propriété en tant que droit absolu de disposer de la chose apparaît cependant dès le XVI[e] siècle, chez BARTOLUS. Elle est ensuite reprise et développée par les juristes-humanistes, les représentants de l'Ecole du droit naturel, et les juristes-philosophes du Siècle des Lumières. Mais c'est sans doute à KANT que l'on doit le concept de propriété moderne qui relie directement le pouvoir subjectif à la liberté du propriétaire, de telle manière qu'elle en devienne la sphère extérieure[1285]. Cette conception n'a cependant été véritablement consacrée qu'à partir du Code civil français, en réaction au système féodal[1286]. Suivant cette tendance, les Codes allemand[1287] et suisse[1288] n'ont reconnu l'existence du droit de propriété individuel que sous l'unique forme juridique d'une maîtrise totale et absolue sur un bien. Une telle consécration provient notamment de la conviction que seul un concept de propriété homogène, lié au principe du *numerus clausus*, pouvait garantir une certaine efficience à la notion de droit réel[1289].

---

préjuge pas non plus de la mesure des biens de chacun, il laisse le problème en suspens, et la propriété soumise aux sentences du droit positif; il n'affirme pas qu'elle soit «inviolable». Il était beaucoup plus modeste».

1283 Cf. *supra*, pp. 195ss. Voir aussi STRAUCH (1984), pp. 273s.

1284 Pour une description de l'évolution du concept de propriété depuis le droit romain jusqu'aux grands codes européens, notamment chez les glossateurs, les post-glossateurs et les représentants de l'Ecole du droit naturel, cf. BÜHLER (1974), pp. 292ss et 305ss; OLZEN (1984), pp. 330ss; SCHNITZER (1963), pp. 74ss; STEINAUER (1981), pp. 148ss; STRAUCH (1984), pp. 274ss; WIEGAND (1976), pp. 119ss et ZENATI/REVET (1997), pp. 133ss.

1285 Cf. SCHMIDLIN (1991), pp. 138s.

1286 Art. 544 du Code civil français: «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements». On connaît l'influence déterminante de l'œuvre de Robert Joseph POTHIER (mort en 1772) sur les rédacteurs, puis les commentateurs du Code civil français (cf. VAN CAENEGEM (1988), pp. 8s et VIDAL (1976-77), pp. 26, 29 et 36). En matière de droit de propriété, c'est le *Traité du droit du domaine de propriété* du célèbre jurisconsulte qui a fait référence. Sur le caractère éminemment individualiste, subjectiviste et absolu du droit de propriété consacré dans le Code civil et sur son interprétation par les représentants de l'Ecole de l'exégèse, cf. VIDAL (1976-77) et ARNAUD (1969), pp. 179ss.

1287 § 903 BGB: «Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen».

1288 Cf. art. 641ss CC.

1289 Cf. WIEGAND (1982), p. 572.

En droit allemand, il est vrai que le BGB ne comporte pas d'affirmation du caractère absolu du droit de propriété, et qu'en outre le législateur a insisté sur les restrictions légales qui lui ont été apportées. Le droit de propriété est cependant imprégné d'un caractère individualiste accentué et les prérogatives qui lui sont attachées sont déterminées d'une manière assez semblable à celle du Code civil français[1290]. Alors que la pratique connaissait encore au début du XIX[e] siècle diverses formes de propriété, telle la propriété partagée[1291], la notion de propriété absolue et totale s'est finalement imposée de manière foudroyante dans le courant de ce même siècle[1292]. Il s'agit d'une notion abstraite[1293], forgée par les représentants de l'Ecole historique et ceux du courant pandectiste, sur la base d'une interprétation, d'influence jusnaturaliste, des sources justiniennes[1294]. La croyance en l'existence d'*allgemeine Rechtswahrheiten*[1295] permettait de rejeter systématiquement toute conception divergente, considérée comme une impossibilité, un non-sens juridique[1296]. Fruit de cette école, SCHLEGELMILCH, par exemple, refuse catégoriquement l'idée d'une propriété fiduciaire spécifique, partagée: «Das römische Recht sowohl wie unser geltendes kennt nur eine Art von Eigentum und nirgends findet sich ein Stützpunkt für die Annahme eines von diesem verschiedenen, besonders gearteten Eigentumsrechtes...»[1297].

Conférant à son titulaire un pouvoir juridique illimité[1298], le droit de propriété est un droit fondamental de l'homme, immanent à la liberté natu-

---

1290 Cf. TERRÉ/SIMLER (1992), p. 64 et MEIER-HAYOZ (1969), pp. 177ss.

1291 Cf. WIEGAND (1976), pp. 119ss.

1292 Sur cette question, cf. KRAUSS (1999), pp. 81ss; WIEGAND (1982), p. 572 et WIEGAND (1976), pp. 134ss, not. 139: «Dieser Eigentumsbegriff ist durch eine Reihe von Eigenschaften gekennzeichnet, die man in folgende Schlagworte zusammenfassen kann: Totalität, Abstraktheit, Absolutheit, Formalität».

1293 Le droit de propriété est un concept doublement abstrait. Tout d'abord, il n'est pas défini au moyen d'une description des différentes prérogatives du propriétaire, mais avec une formule condensée traduisant une totale domination sur la chose. Ensuite, il est le reflet d'un droit privé libre de toute contrainte, qui ne cherche pas à permettre la réalisation de buts préalablement définis (cf. WIEGAND (1976), pp. 139ss).

1294 Cf. MOLITOR (1934), pp. 133s; OTTEN (1975), p. 192; WIEGAND (1976), pp. 130 et 148s et WILLOWEIT (1974), pp. 147ss.

1295 Cf. WIEGAND (1976), p. 151. Sur la question des influences respectives de la pensée du droit naturel et du courant pandectiste, cf. WIEGAND (1976), pp. 147ss.

1296 Cf. WIEGAND (1982), p. 572.

1297 SCHLEGELMILCH H., *Über das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts*, Iéna, 1904, p. 32, cité par ASMUS (1977), p. 118.

1298 Cf., par exemple, Karl Adolph von VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, tome I, Marburg et Leipzig, 1876, p. 540: «Es [das dominium] ist also an sich unbeschränkt, und besteht in der Totalität aller an einer Sache denkbaren Befugnisse...».

relle de la personne juridique[1299]. Conçue dans l'optique du droit naturel comme un droit permettant de résister aux limitations juridiques de droit public, la notion de propriété devient, sous l'influence de l'Ecole historique, un concept de droit privé qui attribue au propriétaire la liberté d'un usage arbitraire sur son bien[1300]. Il s'agit par ailleurs d'un droit «élastique», car les droits réels limités ne sont considérés que comme des droits grevant passagèrement la propriété, celle-ci redevenant totale et entière dès l'extinction des droits réels limités[1301]. Enfin, conformément au système savignyen, le droit de propriété, consistant en une «Herrschaft über die unfreie Natur»[1302], ne peut s'exercer que sur un bien corporel déterminé[1303]. On trouve dans les *Vorlesungen* de PUCHTA, publiées en 1854, une bonne vue d'ensemble de cette conception, qui sera codifiée dans le BGB[1304]. Les motifs à l'appui du BGB ne contiennent quant à eux que quelques pages décrivant le contenu du droit de propriété. Le caractère abstrait et indivisible de celui-ci en ressort toutefois de manière assez claire[1305].

1299 Cf. MAYER-MALY (1984b), p. 153.

1300 Cf. OTTEN (1975), pp. 192s.

1301 Cf. WIEGAND (1987), p. 629. Cf., par exemple, Anton Friedrich Justus THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, tome I, Iéna, 1846, pp. 192s.

1302 SAVIGNY (1840), p. 367.

1303 Cf. les motifs du projet de BGB de la première commission (*Motive*), p. 2 in MUGDAN (1979), pp. 1s: «Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache... Entscheidend ist nur, dass das Recht sich ohne den Willen eines Anderen zu bethätigen vermag, dass das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erfordert wird. Hieraus folgt zugleich, dass dingliche Rechte nur stattfinden können an Sachen im eigentlichen Sinne, an körperlichen Dingen. Ueber Dinge, welche nur in der Vorstellung bestehen, namentlich über Sachgesammtheiten und Rechte, lässt sich eine reale Macht nicht üben».

1304 Cf. Georg Friedrich PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Leipzig, 1854: «Die Elemente des Begriffs von Eigenthum sind folgende: 1. Der Gegenstand des Eigenthums ist eine Sache, ein körperlicher Gegenstand» (p. 315); «2. Das Eigenthum ist die totale Unterwerfung der Sache. Daher ist [an sich] jede Befügnis über eine Sache im Eigenthum enthalten. Die einzelnen Befugnisse sind deshalb hier nicht aufzuzählen, sie kommen erst bei den Beschränkungen des Eigenthums zur Sprache...» (p. 316); «3. In der Totalität des Eigenthums liegt auch die Ausschliesslichkeit desselben, nicht gegenüber anderen Rechten, sondern gegenüber anderem Eigenthum» (p. 316); «Der Begriff des Eigenthums als der totalen Herrschaft über die Sache schliesst ein danebenstehendes gleiches oder höheres Recht aus. Ein Recht an der Sache muss ein ius in re aliena sein. Das ius in re hat 1) nicht die Totalität des Eigenthums, so umfassend es auch sein möge, 2) wenn das ius in re das Eigenthum noch so sehr mindert, so ist es doch dem Eigenthum gegenüber etwas zeitiges, von welchem das Eigenthum befreit werden kann» (p. 320).

1305 Cf. *Motive*, p. 262, in MUGDAN (1979), p. 145: «Die einzelnen Befugnisse des Eigenthümers würden, auch wenn eine allgemeine Bestimmung fehlte, aus den Vorschriften über den Eigentumsschutz und über die von dem Eigenthümer vorzunehmenden Veräusserungsgeschäfte entnommen werden können; sie lassen sich nicht vollstän-

En droit suisse, la maîtrise multiple du sol fut une réalité jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle, même si le régime féodal proprement dit, basé sur une propriété multiple et hiérarchisée sur un bien identique, y joua un rôle plus limité que dans d'autres pays, comme la France ou l'Allemagne[1306]. Ce n'est finalement qu'à la suite du mouvement d'idées issu de la Révolution française, ainsi qu'à la faveur de la montée du libéralisme, que les juristes élaborèrent un système de maîtrise privée et individuelle des biens, lequel fut concrétisé au XIX[e] siècle dans les différentes codifications cantonales[1307]. Par la suite, le législateur fédéral a souligné dans l'art. 641 CC, qui définit les «éléments du droit de propriété», la liberté reconnue au propriétaire d'une chose d'en disposer librement, «dans les limites de la loi»[1308]. Mais sous le texte relativement neutre se cache une conception assez proche des conceptions française ou allemande. Celle-ci est, par exemple, clairement affichée par HUBER dans l'exposé des motifs du Code civil, quand il affirme que «dire qu'on est propriétaire d'une chose, c'est déclarer qu'on peut en user absolument...»[1309].

La doctrine helvétique a pris l'habitude, lorsqu'elle définit le contenu du droit de propriété, de distinguer l'aspect positif de l'aspect négatif de ce droit. La faculté de disposer librement de la chose comprend celle de jouir de la chose, de la consommer, de la transformer, mais aussi celle de l'aliéner ou de la grever de charges (aspect positif, *innere oder positive Seite*; cf. art. 641 al. 1 CC). Le propriétaire a également le pouvoir de revendiquer la chose contre tout détenteur (*rei vindicatio*) et de repousser, au moyen de l'*actio negatoria*, tout acte d'usurpation (aspect négatif, *äussere oder negative Seite*; cf. art. 641 al. 2 CC)[1310]. Malgré les nombreuses restrictions de droit privé ou de droit public qui lui sont imposées dans diverses législations, dont le Code civil[1311], on peut affirmer que la propriété individuelle a été

---

dig aufzählen; das Bedürfnis einer solchen Aufzählung liegt auch nicht vor, da das Eigenthum nicht eine Summe einzelner Befugnisse ist. Deshalb lässt sich das Eigenthum auch nicht so theilen, dass dem Einen und dem Anderen eine Reihe bestimmter im Eigenthume liegender Befugnisse zugewiesen werden und dem beiderseitigen Rechte der Charakter des Eigenthumes wird».

1306 Cf. STEINAUER (1981), pp. 150s.

1307 Cf. STEINAUER (1981), pp. 151ss.

1308 Art. 641, al. 1 CC: «Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement dans les limites de la loi»; al. 2 «Il peut la revendiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation».

1309 HUBER (1902), p. 26.

1310 Cf. HUBER (1902), pp. 45s; LIVER (1972), p. 149; MEIER-HAYOZ (1969), pp. 172ss et (1981), pp. 316ss.

1311 Cf. LIVER (1972), pp. 151ss.

conçue en droit suisse sous la forme d'un droit qui confère à son titulaire un pouvoir total et absolu sur le bien objet de son droit[1312]. En effet, si elle est limitable quant à son contenu, elle est illimitée en tant que notion[1313]. En outre, selon la conception (matérielle) retenue en droit suisse, seuls les biens corporels, à l'exception notamment des droits, peuvent faire l'objet d'un droit réel[1314]. Ce n'est ainsi que par analogie que l'on applique aux créances, au patrimoine ou aux forces naturelles, par exemple, les dispositions prévues pour les choses corporelles[1315].

Cette conception eut évidemment une importance déterminante en ce qui concerne la classification de l'acte fiduciaire en droit suisse. WIEGAND relève qu'en ce domaine on s'est basé sur cette notion de propriété sans véritable débat, comme s'il s'agissait d'un dogme intangible. Toute autre proposition a été *a priori* repoussée[1316]. La jurisprudence fondatrice de l'acte fiduciaire, rendue avant l'adoption du Code civil suisse en 1911, est éloquente à cet égard (arrêt *Grüring-Dutoit*). Le Tribunal fédéral s'y contente d'affirmer que la distinction, proposée par DERNBURG, entre les effets externes et les effets internes du transfert de droit au fiduciaire, est absolument incompatible avec l'acte fiduciaire, lequel nécessite un transfert de la propriété[1317]. Le concept de propriété est donc considéré comme un acquis, impossible à concevoir autrement que comme une propriété absolue. Pour illustrer cette approche, il est intéressant de se référer directement, comme l'a fait WIEGAND[1318], à deux des auteurs allemands (!) sur lesquels le Tribunal fédéral a pris appui dans cette décision. Alors que pour LANG, la propriété relative «ist eine juristische Unmöglichkeit»[1319], GOLTZ affirme qu'une telle notion transgresse les principes fondamentaux du droit allemand[1320]. Puis, dans son arrêt *Konkursmasse Müller* rendu quelques années

---

1312 Cf. LIVER (1972), pp. 168ss; (1977), pp. 4ss; MEIER-HAYOZ (1981), pp. 128ss; PETER (1949), pp. 99ss et REY (1991), pp. 131ss.

1313 Cf. SCHMIDLIN (1991), pp. 139s.

1314 Cf. MEIER-HAYOZ (1981), pp. 318ss et SCHMID (1997), p. 2.

1315 Cf. Bruno SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, Lausanne, 1988, p. 131.

1316 WIEGAND (1982), p. 574.

1317 ATF 31 II 105, 110: «... da die Differenzierung der Rechtswirkung nach innen und nach aussen... mit dem Begriffe der bei den fiduziarischen Geschäften in Frage kommenden Rechtsakte... schlechterdings nicht vereinbar ist...».

1318 WIEGAND (1982), pp. 569 et 570.

1319 LANG (1894), p. 344.

1320 GOLTZ (1901), p. 28: «Relatives Eigentum, das nach innen und aussen verschiedene Wirkungen ausübt, gibt es nicht, es ist das eine Unterscheidung, die gegen die Fundamentalsätze unseres Rechts verstösst. Entweder ist jemand Eigentümer, oder er ist es nicht; ein Mittelding, eine nur nominelle Eigentümerstellung bestimmten Personen

plus tard, le Tribunal fédéral, après avoir à nouveau rejeté la différence entre effets externes et effets internes, a été contraint de prendre position sur la distinction entre propriété juridique et propriété économique. Celle-ci était, en effet, invoquée par l'une des parties, qui se basait tant sur le fameux arrêt du *Reichsgericht* de 1899[1321], que sur la décision de l'*Obergericht* de Zurich de 1906[1322]. Or, au lieu d'examiner cette question de manière approfondie, le Tribunal fédéral s'est limité à relever que seul était déterminant au sens de l'art. 197 LP «den absoluten Begriff des Eigentums, im eigentlichen (<juristischen>) Sinne des Wortes...»[1323].

D. Critique de la dogmatique allemande

Ayant évoqué les circonstances historiques lors desquelles les dogmes qui sous-tendent la théorie de l'acte fiduciaire se sont forgés, il nous revient à en souligner les carences et à étudier l'évolution de leur perception. Il ne nous sera évidemment pas possible de prendre position sur l'ensemble des thèmes abordés. L'objectif est de décrire les moyens et les concepts que la pratique, la jurisprudence et la doctrine ont imaginé pour résoudre des problèmes concrets. L'ordre d'analyse sera le même que sous la section C, à savoir: stricte séparation entre droit réel et droit personnel (sous-section 1), *numerus clausus* des droits réels (sous-section2) et concept de propriété absolue (sous-section 3). Nous aurons parfois recours à des éléments de droit comparé.

1. Stricte séparation entre droit réel et droit personnel

La stricte séparation entre droit réel et droit personnel est un principe qui n'est pas expressément mentionné dans la loi, mais qui résulte de l'interprétation de celle-ci. Elle est sans doute plus marquée en Allemagne que dans notre pays, où le transfert de la propriété des meubles est de nature causale et non abstraite. L'isolement et l'autonomisation excessifs des droits réels par rapport au droit des obligations avaient déjà essuyé les critiques célè-

gegenüber ist nicht anzuerkennen. Eigentum ist Eigentum gegen jedermann und das fiduziarische Eigentum ist kein besonderes Eigentum, mithin ist die gewöhnliche Bezeichnung als <fiduziarisches> streng genommen falsch».

[1321] RGZ 45 80.

[1322] *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* (Zurich) 1906, no 184, pp. 271ss.

[1323] ATF 39 II 800, 810.

bres de GIERKE, peu avant l'entrée en vigueur du BGB[1324]. Mais la rigidité du système de base a été depuis atténuée, soit par des modifications de la loi, soit par l'intervention de la jurisprudence. D'une manière générale, la doctrine allemande observe un double mouvement aux effets contraires: d'une part, une «réification» des droits personnels, lorsque le titulaire d'un droit personnel se voit attribuer certaines prérogatives (par exemple, droit de revendication, droit de suite, ou droit d'intervention en cas de mesures d'exécution forcée dirigées contre un tiers) normalement réservées au titulaire d'un droit réel («Verdinglichung obligatorischer Rechte»)[1325], et d'autre part, une relativisation des droits réels, quand les effets juridiques d'un droit réel sont modifiés par une convention *inter partes* («Relativierung dinglicher Rechte»)[1326]. La *Treuhand* est souvent évoquée comme une manifestation de l'un comme l'autre de ces phénomènes[1327].

Pour WIEGAND, la jurisprudence allemande en matière de *Treuhand* revient à admettre l'existence d'une propriété liée, dont les effets juridiques sont adaptés aux buts convenus entre les parties («zweckgebundenes Eigentum»)[1328]. Il s'agirait d'une décision de principe dont les effets, ne se limitant pas au domaine de l'exécution forcée, remettraient fondamentalement en cause les prémisses du caractère autonome des droits réels[1329]. Selon cet auteur, on peut parler d'un véritable processus de «Verdinglichung obligatorischer Rechte»[1330]. CANARIS estime également que la jurisprudence en matière d'exécution forcée a en partie «verdinglicht» la position juridique du fiduciant[1331].

[1324] GIERKE (1889), p. 281: «Der Entwurf erstrebt, um die Formalisierung des Sachenrechts durchführen zu können, überall die möglichste Verselbständigung dieses Rechtsteiles gegenüber anderen Rechtsteilen (Motive s. 1). Wir haben schon gesehen, wie dieselbe Tendenz das Obligationenrecht durchzieht und von dort aus die Verbindungsfäden zwischen Obligationenrecht und Sachenrecht abschneidet. In gleicher Weise wird nun vom Sachenrecht her ein scharfer Trennungsschnitt vollzogen... Kunstlichere Mittel noch müssen angewandt werden, um auch den Inhalt der Sachenrechte von aller obligationenrechtlichen Beimischung zu entleeren...So kann der Entwurf, wie die Motive triumphierend hervorheben, das Obligationenrecht und das Sachenrecht als zwei verschiedene Welten behandeln, deren jede nur um ihrer selber willen da ist und in deren jeder diametral entgegengesetzte <Prinzipien> walten».

[1325] Cf. CANARIS (1978), pp. 371ss et DULCKEIT (1951), p. 10.

[1326] Cf. DENCK (1981), pp. 861ss et DULCKEIT (1951), p. 10.

[1327] Cf. CANARIS (1978), pp. 410ss et WOLF (1987), pp. 2650ss.

[1328] Cf. WIEGAND (1990), p. 126.

[1329] WIEGAND (1990), p. 127.

[1330] WIEGAND (1990), p. 128.

[1331] CANARIS (1978), pp. 410ss.

La doctrine donne plusieurs autres exemples qui reflètent à ses yeux la régression progressive, en droit allemand, de la stricte séparation entre droit des obligations et droits réels. En vertu des §§ 985ss BGB, les rapports entre propriétaire et possesseur devaient être réglés de manière autonome, sans interférence du droit des obligations. Or, la jurisprudence, avec l'assentiment de principe de la doctrine, a «corrigé» le système légal, en recourant au droit des obligations, de telle sorte qu'obligations et droits réels sont étroitement liés et se complètent de cas en cas[1332]. C'est cependant dans le domaine des sûretés de crédit que l'évolution est la plus sensible. La réserve de propriété (*Eigentumsvorbehalt*), le droit d'expectative (*Anwartschaftsrecht*)[1333], la cession globale (*Globalzession*), le *factoring* et le *leasing* sont autant d'exemples cités[1334].

D'une manière générale, WIEGAND voit notamment deux raisons qui expliqueraient ce processus. Alors que l'ordre féodal est centré sur le concept de propriété, la fin de l'Ancien Régime marque un tournant, avec l'extension progressive de l'importance des droits personnels. Cette évolution, déjà perceptible au XIX[e] siècle, s'est renforcée avec l'industrialisation et le développement de la technique, de sorte que l'on assisterait aujourd'hui à un mouvement croissant d'«obligatorisation» des droits réels[1335]. En outre, un deuxième phénomène serait perceptible, celui de la «substantialisation» des droits réels. Le droit privé issu du XIX[e] siècle, postulant une égalité formelle des sujets de droit[1336] et ignorant les buts concrets recherchés par ceux-ci, est peu à peu remplacé par un droit matériel, plus flexible, qui permet d'aménager les droits réels selon les intérêts des parties[1337]. WOLF est du même avis, estimant que les tribunaux sacrifient de plus en plus la sécu-

---

1332 Cf. WIEGAND (1990), p. 121. WIEGAND observe la même tendance en droit suisse quant à l'interprétation des art. 938ss CC (WIEGAND (1990), p. 121, note 33).

1333 Le cas le plus important en pratique est celui de l'acheteur sous réserve de propriété. On considère qu'il est titulaire d'un véritable droit subjectif de type réel, semblable au droit de propriété, opposable au propriétaire vendeur. Sur la notion d'*Anwartschaftsrecht*, cf. Ludwig RAISER, *Dingliche Anwartschaften*, Tübingen, 1961 et RAISER (1977), pp. 174ss.

1334 Cf. DENCK (1981), pp. 861ss et WOLF (1987), pp. 2650ss.

1335 WIEGAND (1990), pp. 132s.

1336 Cf., par exemple, GIERKE (1889), p. 192: «Am fernsten liegt dem Entwurf die Beachtung der socialrechtlichen Bezüge des Obligationenrechts. Die individualistische Grundtendenz des ganzen Gesetzwerkes kommt hier in besonderer Schärfe zum Ausdruck. Durchweg ist das Recht der Schuldverhältnisse so geordnet, als stünden sich dabei nur selbstherrliche Individuen gegenüber, aus deren freier verantwortlicher That Verpflichtungen hervorspriessen».

1337 WIEGAND (1990), pp. 133s.

rité juridique au profit d'une meilleure prise en compte de la volonté des parties[1338].

Pour clarifier cette situation, WIEGAND propose d'accorder aux parties une certaine liberté de créer des formes juridiques nouvelles, dans tous les cas où les intérêts des tiers, ou des principes généraux supérieurs, ne s'y opposent pas[1339]. Selon lui, une telle approche pourrait être concrétisée par la réduction du champ d'application du principe de l'abstraction, la reconnaissance expresse des nouveaux droits réels déjà utilisés dans la pratique, telle la «Treuhandeigentum», ainsi que la facilitation de la possibilité d'acquérir la propriété de bonne foi, sauf dans le cas d'actes juridiques, qui comme la *Verwaltungstreuhand*, n'ont pas pour objet un transfert définitif de la propriété[1340]. Pour WIEGAND, il ne s'agit pas de créer une nouvelle systématisation du droit privé, mais de tenir compte du fait que les droits réels n'existent plus de manière autonome[1341].

Au lieu de se pencher sur les possibilités de limiter cette stricte autonomie entre droit réel et personnel, plusieurs auteurs ont affirmé la nécessité d'envisager de nouvelles sortes de droits patrimoniaux. La fiducie est alors souvent considérée comme un droit *sui generis*. Au Québec, le sujet est d'actualité. Ainsi BRIERLEY observe-t-il que la fiducie implique un cadre juridique qui déborde les seules catégories des droits dits réels et personnels. La nouvelle fiducie québécoise, issue du Code civil québécois entré en vigueur le 1er janvier 1994, sur laquelle nous reviendrons[1342], fait l'objet de sa démonstration. La notion de droit réel y est absente, puisque personne n'a de droit réel sur le patrimoine fiduciaire. Par ailleurs, la «créance» du bénéficiaire est atypique et peut être envisagée comme un intérêt variable selon le type de fiducie en question. A son avis, la fiducie doit être étudiée comme une somme de rapports juridiques qui comprend, en ce qui concerne le fiduciaire, des pouvoirs et des devoirs, et, quant au bénéficiaire, des intérêts juridiquement protégés. La fiducie est finalement un montage complexe, dans lequel on recherche, «par de nouvelles techniques juridiques à saisir et à cerner des valeurs à caractère économique»[1343]. Dans le même sens,

---

1338 WOLF (1987), p. 2652.
1339 WIEGAND (1990), p. 135.
1340 WIEGAND (1990), pp. 135ss.
1341 WIEGAND (1990), p. 138.
1342 Cf. *infra*, pp. 376ss.
1343 Cf. BRIERLEY (1995), pp. 46ss, citation, p. 48.

MACDONALD estime que la distinction traditionnelle entre droit réel et droit personnel n'est pas aussi claire qu'il y paraît et que de nombreuses relations patrimoniales (telles les «reinforced personal rights» et les «defective real rights») ne peuvent être classées dans aucune des deux catégories[1344]. Selon lui, dans la fiducie québécoise, le droit du bénéficiaire représente «a new generic category of property relationship», basée sur l'*interest* de ce dernier[1345]. En droit allemand, Ulrich HUBER a lui aussi relevé des situations juridiques dans lesquelles une personne, tel l'actionnaire d'une société anonyme, est au bénéfice d'un droit patrimonial, sans être titulaire ni d'un droit personnel ni d'un droit réel. Il cite également l'exemple du fiduciant, lequel serait titulaire d'un «personenrechtlich geschützten Vermögensinteresses» qui, tout en étant plus fort qu'un simple droit personnel, ne représenterait pas pour autant un véritable droit réel[1346].

En droit suisse, ces questions sont débattues de manière croissante. Portant un regard critique sur le régime actuel, GROSSEN relève que, bien «qu'elle apparaisse dans les textes légaux, la distinction du droit personnel et du droit réel est, elle aussi largement affaire de doctrine»[1347]. D'autres auteurs soulignent une certaine tendance au rétrécissement de l'autonomie des droits réels, considérés comme trop statiques, à laquelle correspondrait une montée en puissance du champ d'action et des principes, telle la liberté contractuelle, dégagés du droit des obligations, jugé plus dynamique[1348]. Ainsi, Eugen BUCHER: «Will man schon aus historischer Perspektive die Bedeutung des Instituts des Vertrages würdigen, gelangt man umgekehrt zur Feststellung, dass dessen Funktionen in den vergangenen Jahrhunderten an Gewicht gewaltig zugenommen haben und wohl auch heute immer noch zunehmen... Während früher das Vertragsrecht gewissermassen bloss eine Fussnote zum Sachenrecht darstellte, ist in unserer Zeit, das dynamische Vertragsrecht gegenüber den statischen sachenrechtlichen Beziehungen an Bedeutung in ständigem Vormarsch»[1349]. En parallèle, on observe dans certains cas un affaiblissement des prérogatives dévolues aux titulaires de droits réels, et inversement, un renforcement de celles découlant de droits personnels, évolution qui dénote une atténuation relative de la stricte distinction

1344 MACDONALD (1994), pp. 788ss.
1345 MACDONALD (1994), p. 805.
1346 HUBER (1967), pp. 419ss.
1347 GROSSEN (1968), p. 134.
1348 Cf. WIEGAND (1990), p. 133.
1349 BUCHER (1983), pp. 375s.

entre ces deux catégories fondamentales de droits patrimoniaux[1350]. Nous mentionnerons les «expectatives de droit réel» à titre d'exemple.

On dit qu'une personne est titulaire d'une «expectative» ou d'un «droit expectatif», «lorsque, dans le processus d'acquisition d'un droit, les conditions de l'acquisition qui sont déjà réunies font que cette dernière apparaît désormais comme inéluctable»[1351]. L'acquéreur a une position juridique spécialement protégée par la loi et qui peut, suivant les cas, être transférée, engagée, saisie, etc. A défaut de protection par l'ordre juridique, il n'y a qu'une simple expectative de fait[1352]. Bien qu'elle ne soit pas définie dans la loi, la notion d'expectative ne lui est pas totalement étrangère (cf., par exemple, l'art. 151 al. 1 CC, ainsi que la version allemande de l'art. 490 al. 3 CC: «Anwartschaft»)[1353]. On la retrouve par ailleurs assez souvent en jurisprudence dans des domaines variés[1354]. Influencés par la doctrine allemande[1355], certains auteurs suisses proposent un recours plus fréquent et plus étendu au concept, notamment dans le domaine des droits réels[1356]. Dans cette optique, seraient ainsi, par exemple, titulaires d'un droit expectatif réel, l'héritier appelé dans la substitution fidéicommissaire, l'acquéreur d'un immeuble non inscrit comme propriétaire au Registre foncier, dès l'instant où la réquisition de l'aliénateur est portée au journal, le fiduciant, dans la fiducie-sûreté, lorsque le transfert de la propriété d'une chose mobilière est soumis à une condition résolutoire, ou encore, l'acquéreur d'une chose mobilière sous réserve de propriété inscrite au registre concerné[1357]. La dernière hypothèse est l'une des plus commentées.

A teneur de l'art. 715 al.1 CC, la réserve de propriété s'opère par une convention entre l'aliénateur et l'acquéreur (le pacte de réserve de propriété)

[1350] Cf. FOËX (1987), p. 154 et ZOBL (1995), pp. 544ss.

[1351] FOËX (1987), pp. 235s. Cf. aussi PIOTET (1992), pp. 52ss; STEINAUER (1997), pp. 26s et ZOBL (1982b), p. 499.

[1352] Cf. VAN DE SANDT (1998), p. 87.

[1353] Cf. FOËX (1987), p. 234.

[1354] Cf. FOËX (1987), p. 235, note 1264. Pour des jurisprudences récentes, cf. ATF 112 II 300, *JdT* 1987 I 299, 304; ATF 113 II 414, *SJ* 1988 206, 212ss et ATF 114 II 117, *JdT* 1991 I 137, 139.

[1355] Pour une évocation de la doctrine allemande, cf. Halûk BURCUOGLU, *Les présomptions de droit attachées à la possession et leur application en droit suisse, en droit allemand, en droit turc*, Genève, 1978, pp. 218ss.

[1356] Cf. FOËX (1987), p. 235.

[1357] Pour une énumération détaillée, cf. FOËX (1987), pp. 240ss, dont les nombreuses références citées en note. Sur l'expectative de l'appelé dans une substitution fidéicommissaire, cf. VAN DE SANDT (1998), pp. 86ss.

et par une inscription dans le Registre des pactes de réserve de propriété. Elle trouve son domaine d'application principal dans la vente à crédit (cf. art. 226a à 226m CO sur la vente à tempérament), cas que nous retiendrons. Selon la doctrine majoritaire, le pacte consiste à introduire une condition suspensive dans le contrat réel passé entre l'aliénateur et l'acquéreur, ceux-ci faisant dépendre du payement du prix de vente le transfert de la propriété de la chose vendue à l'acheteur[1358]. Il est généralement admis que l'acheteur sous réserve de propriété est titulaire d'une «expectative de droit réel»[1359]. Le problème est de définir la nature juridique de ce «droit expectatif». Selon la plupart des auteurs, il s'agit d'un droit spécifique assimilé à un droit réel[1360], voire d'un véritable droit réel[1361]. Ainsi, la doctrine majoritaire estime-t-elle que l'acquéreur est un propriétaire conditionnel dont le droit de propriété est soumis à une condition suspensive, alors que le vendeur est un propriétaire conditionnel dont le droit de propriété est soumis à une condition résolutoire[1362]. En revanche, pour ZOBL, on est en présence d'un droit personnel renforcé par une restriction légale de disposer (cf. art. 152 al. 3 CO)[1363].

L'assimilation de la position juridique de l'acheteur sous réserve de propriété à celle du titulaire d'un droit réel se justifierait notamment par le fait que son droit serait opposable aux droits réels postérieurs. Ainsi, contrairement à la règle découlant des art. 714 al. 2 et 933ss CC, le tiers de bonne foi à qui le vendeur a aliéné le bien vendu, par délégation de possession, aux dépens de l'acheteur sous réserve de propriété ne serait pas protégé dans son acquisition. L'acheteur sous réserve de propriété, étant en principe possesseur (dérivé) immédiat de l'objet aliéné, pourrait, en effet, opposer au tiers l'art. 924 al. 3 CC, permettant au possesseur immédiat de «refuser la délivrance à l'acquéreur pour les motifs qui lui auraient permis de la refuser à l'aliénateur», le motif consistant en l'occurrence dans l'existence d'un droit expectatif réel, assimilé à un droit réel[1364]. En tous les cas, lorsque le tiers est de mauvaise foi, il paraît admis qu'en vertu de l'art. 152 al. 3 CO, l'expectative de l'acheteur sous réserve de propriété l'emporte sur

---

1358 Cf. STEINAUER (1994), pp. 222s et WIEGAND (1998b), pp. 87ss.

1359 Cf. PIOTET (1992), pp. 65ss et STEINAUER (1994), p. 231.

1360 Cf. LIVER (1977), pp. 339s.

1361 Cf. PIOTET (1992), pp. 65ss, pour qui l'expectative de droit réel de l'acheteur sous réserve de propriété est un droit réel provisoire qui est accessoire au droit personnel à l'acquisition définitive.

1362 Cf. EITEL (1998), pp. 246s.

1363 ZOBL (1982b), pp. 506ss.

1364 Pour une présentation critique de la question, cf. FOËX (1987), pp. 255ss.

le droit réel acquis postérieurement sur la chose, au moins lorsque la condition suspensive se réalise (soit le paiement du prix par l'acquéreur sous réserve de propriété au vendeur)[1365].

La doctrine dominante considère encore sous de nombreux autres aspects l'acheteur sous réserve de propriété comme le titulaire d'un véritable droit réel. Il serait ainsi titulaire de l'action en revendication de l'art. 641 al. 2 CC, qu'il pourrait exercer, par exemple, lorsqu'il loue la chose à un tiers et la remet au locataire en vertu d'un bail nul ou annulé[1366]. En outre, lorsqu'il a rempli ses obligations envers le vendeur, il aurait le droit de soustraire le bien aux mesures d'exécution forcée prises contre ce dernier[1367]. De plus, le vendeur ne serait pas en mesure d'empêcher le transfert de la propriété à l'acheteur sous réserve de propriété lors du paiement complet du prix de vente[1368]. Enfin, l'acheteur aurait la possibilité de transférer ou céder valablement son droit réel conditionnel à un tiers[1369]. En résumé, selon PIOTET, «la propriété provisoire de l'acheteur sous réserve de propriété prime complètement la propriété du vendeur...». Ce modèle a pour effet de remettre en cause la définition traditionnelle du droit réel, ainsi que la stricte différenciation entre droit réel et droit personnel, puisque l'acquéreur sous réserve de propriété se voit accorder une protection juridique opposable aux tiers, sans que le législateur ait défini un droit réel en la matière. LIVER a cherché à qualifier le droit subjectif reconnu à l'acheteur sous réserve de propriété. A son avis, il ne s'agit ni d'une créance, ni d'un droit réel défini dans le CC, mais d'un «droit expectatif» («eine dingliche Anwartschaft»), conçu comme une catégorie *sui generis* intermédiaire[1370].

Cette conception du statut juridique de l'acheteur sous réserve de propriété ne fait cependant pas l'unanimité. Ainsi, par exemple, FOËX, qui dénie une quelconque utilité à la notion de droit expectatif réel en droit suisse, rejette toute idée consistant à reconnaître l'existence d'un droit de nature réelle au profit de l'acquéreur sous réserve de propriété. Selon cet auteur, l'expectative réelle, «appellation-<<gadget>>», est un concept «générateur de confusion et d'insécurité juridique» qui ne consiste nullement

---

[1365] Cf. LIVER (1977), p. 339; PIOTET (1992), p. 69 et ZOBL (1982b), p. 508.
[1366] Cf. PIOTET (1992), p. 76.
[1367] Cf. PIOTET (1992), p. 66; STEINAUER (1994), p. 231 et ZOBL (1982b), p. 522 et (1995), p. 545.
[1368] Cf. PIOTET (1992), p. 65 et STEINAUER (1994), pp. 231s.
[1369] Cf. PETER (1994), pp. 266s.
[1370] LIVER (1977), pp. 22s et 339s.

en un droit réel, d'une part, parce qu'il est contraire au *numerus clausus* des droits réels et, d'autre part, parce qu'il ne répond pas à la définition du droit réel, n'étant en particulier pas opposable aux tiers[1371].

La notion de droit expectatif réel n'est sans doute pas pertinente pour qualifier, dans la fiducie-gestion, les relations juridiques entre le fiduciant et le fiduciaire. En effet, outre qu'il ne correspond pas à la définition du droit expectatif, le droit du fiduciant sur le bien fiduciaire fait appel, comme nous le verrons encore par la suite, à d'autres concepts, tel celui de l'appartenance patrimoniale. N'en demeure pas moins que la doctrine du droit expectatif, malgré ses défauts, dont la difficulté qu'elle éprouve à déterminer les contours exacts de ce droit, a pour mérite de souligner les carences du droit actuel en matière de délimitation des droits patrimoniaux.

2. *Numerus clausus* des droits réels

WIEGAND rappelle que «Die geschlossene Zahl der dinglichen Rechte gehört zu jenen axiomatischen Grundlagen unserer Rechtsordnung, die so fest im Bewusstsein der Juristen verankert sind, dass sie als Selbstverständlichkeit empfunden werden»[1372]. S'il est vrai que le principe du *numerus clausus* des droits réels compte parmi les dogmes cardinaux du droit privé de certains Etats européens, son autorité a été quelque peu remise en cause ces dernières décennies. En droit français, c'est l'existence même d'un *numerus clausus* des droits réels qui est débattue[1373]. Par exemple, CROCQ, approuvé par LUCAS[1374], a récemment soutenu que, sous réserve des règles d'ordre public et de la prohibition de la fraude à la loi, le propriétaire d'un bien dispose du pouvoir, s'agissant de démembrements non perpétuels du droit de propriété, «de démembrer son droit de toutes les façons qu'il veut»[1375]. En ce qui concerne les démembrements admissibles, ATIAS relève que «non seulement l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* doivent pouvoir être distribués, mais le droit à la valeur pécuniaire de la chose doit pouvoir être détaché du reste des prérogatives du propriétaire...»[1376]. En outre, la jurisprudence française a tendance à admettre la possibilité de créer

1371 FOËX (1987), pp. 244 ss; citations, pp. 266s.

1372 WIEGAND (1987), p. 623.

1373 Cf. CROCQ (1995), pp. 189ss et nombreuses références citées, not. note 1, p. 191.

1374 Cf. LUCAS (1997), p. 302.

1375 Cf. CROCQ (1995), pp. 196ss, citation, p. 199.

1376 Christian ATIAS, «Destins du droit de propriété. Ouverture», in *Droits, Revue française de théorie juridique* (Paris), tome 1, *Destins du droit de propriété*, 1985, p. 11.

des droits réels *praeter legem*, en principe sous la forme d'une répartition de la propriété entre plusieurs personnes, parfois sans création d'un droit nouveau et innommé, mais aussi par la constitution d'un droit réel *sui generis*, tel «le droit de jouissance exclusif et privatif sur une partie commune»[1377].

Dans les ordres juridiques qui reconnaissent l'existence du *numerus clausus*, tout le monde admet que, si ce principe interdit aux parties de créer à leur guise des rapports juridiques innommés opposables aux tiers, il n'empêche nullement la réception d'un nouveau droit réel ou d'une nouvelle définition d'un droit réel existant[1378]. Le problème est alors de savoir par quel biais une telle modification doit être opérée. Tout d'abord, personne ne semble contester qu'elle puisse intervenir en tout temps par la voie législative[1379]. En dehors de cette hypothèse, la question demeure controversée.

Plusieurs auteurs allemands estiment que l'ordre juridique doit être à même d'admettre la validité de nouveaux droits réels en nombre limité, même sans consécration législative, lorsqu'ils se sont imposés dans la pratique et ont été consacrés par la jurisprudence[1380]. WIEGAND relève ainsi que le principe du *numerus clausus* n'a pas empêché le droit allemand de reconnaître, surtout après la Seconde Guerre mondiale, de nouveaux droits réels, dont l'utilité a été rendue nécessaire par les modifications des usages commerciaux[1381]. En particulier, en matière de sûretés mobilières, trois nouvelles formes de droit réel, soit qui n'existaient pas du tout, soit qui n'avaient pas été envisagées dans cette mesure dans le système du BGB, se sont imposées. Outre la *Sicherungseigentum*, la pratique aurait développé la *Vorbehaltseigentum* et la *Eigentums-anwartschaft*[1382]. Il s'agirait de «Rechtsfortbildung, die man nach Belieben als Gewohnheitsrecht oder Richterrecht bezeichnen kann»[1383]. WIEGAND remarque aussi que l'un des buts principaux du *numerus clausus*, soit la sécurité juridique, n'est plus automatiquement garanti. A son avis, les trois formes juridiques susmentionnées sont aujourd'hui mieux connues, en droit allemand, que bon nom-

1377 Cf. ZÉNATI/REVET (1997), pp. 249ss.
1378 Cf. WIEGAND (1987), p. 640.
1379 Cf. FOËX (1987), no 38; WATTER (1995), no 188 et WIEGAND (1987), p. 640.
1380 CANARIS (1978), pp. 376s et WIEGAND (1987), pp. 640ss.
1381 WIEGAND (1987), p. 641.
1382 WIEGAND (1990), pp. 128s.
1383 WIEGAND (1987), p. 641.

bre de droits réels traditionnels réglés dans la loi[1384]. En droit italien, GIUFFRE' a identifié plusieurs nouveaux droits réels limités qui ont été consacrés en marge de la loi. Se seraient, par exemple, vu conférer un véritable pouvoir juridique *erga omnes*, protégé par une *actio in rem*: l'administré à qui l'administration a attribué une concession d'utilisation d'un bien ou du domaine public, le copropriétaire dans le cas où le règlement de copropriété a été inscrit, ou encore, l'utilisateur du *leasing*[1385].

Qu'en est-il en droit suisse? EITEL affirme qu'en matière mobilière le principe du *numerus clausus* a perdu toute signification, dès lors que sa fonction principale, à savoir assurer la publicité des droits réels, n'est nullement garantie par la possession[1386]. Au contraire, FOËX estime que les assises «téléologiques» du *numerus clausus* sont solides et que le principe ne doit pas être remis en cause. Il admet, en revanche, qu'il «a quelque peu vieilli», et que «l'introduction [dans le Code civil] d'un ou deux droits réels limités nouveaux, spécialement bien adaptés aux nécessités de la vie économique actuelle, pourrait lui donner une vigueur et une <<respectabilité>> accrues»[1387]. Doit-on en déduire que seul le législateur est en mesure d'accueillir un nouveau droit réel? La question est controversée. Le principal problème est de déterminer si la jurisprudence a quelque compétence en la matière. Il s'agit notamment d'interpréter l'art. 1 al. 2 CC, d'après lequel, à «défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur».

FOËX, qui est très réticent à toute dérogation au principe du *numerus clausus*, est d'avis que, hormis l'éventuelle et très improbable intervention d'une coutume dérogatoire, seul le législateur peut modifier ce principe[1388].

1384 WIEGAND (1990), p. 128, note 67.

1385 Cf. GIUFFRE' (1992), pp. 101ss.

1386 EITEL (1998), p. 252: «Wenn nämlich trotz der angeblichen Publizitätswirkung des Besitzes offen bleibt, wenn welche dinglichen Rechte an der Sache zustehen bzw. kraft welchen Rechtsverhältnisses dieser Besitz besteht, ist auch die Zahl der *überhaupt* zulässigen Rechtsverhältnisse mit dinglicher Wirkung weniger relevant».

1387 Cf. FOËX (1987), p. 39. Reprenant cet argument dans la conclusion de sa thèse, FOËX (1987), p. 269, estime «qu'il est temps que notre Code civil soit adapté aux besoins de la vie actuelle, que s'ouvre un peu plus l'éventail des droits mis à la disposition des parties» et souhaite par exemple «l'introduction de quelques dispositions consacrées à la propriété fiduciaire mixte, au *leasing* et éventuellement à une autre sûreté réelle, par exemple le *pignus irregulare*».

1388 Cf. FOËX (1987), pp. 99ss.

Le Tribunal fédéral s'est précisément fondé sur l'existence d'une coutume pour admettre la validité des servitudes d'interdiction de concurrence[1389]. C'est toutefois le cas de la fiducie-sûreté qui a le plus retenu l'attention de la doctrine. On peut définir le transfert de propriété aux fins de garantie, soit l'une des deux applications de la fiducie-sûreté[1390], comme «un contrat par lequel le débiteur (ou un tiers) transfère au créancier la propriété d'une chose mobilière... en garantie d'une créance, le créancier prenant de son côté l'engagement personnel de ne pas faire de cette propriété un usage qui va au-delà de ce qu'exige la garantie et, en particulier, de restituer la chose une fois que la créance garantie aura été exécutée»[1391]. Le Tribunal fédéral a affirmé que, «malgré l'absence d'une base légale expresse, cette manière de garantir un crédit a de tout temps été reconnue par la doctrine et la pratique»[1392], ce qui revient, selon d'aucuns, à lui reconnaître une véritable valeur coutumière[1393]. On considère généralement que le transfert de propriété aux fins de garantie constitue un contrat *sui generis* auquel s'appliquent, par analogie, de manière plus ou moins restrictive selon les auteurs, certaines dispositions sur le contrat de nantissement, ainsi que sur le contrat de mandat[1394]. La difficulté provient du fait qu'une application élargie des dispositions sur le nantissement aurait pour effet de modifier la nature juridique du droit de propriété attribué au créancier et de conférer ainsi à la propriété

[1389] Cf. ATF 86 II 243, 253; *JdT* 1961 I 98, 104: «...il serait incompatible avec les effets attachés au registre foncier par le CC d'étendre la charge au-delà du contenu qui ressort clairement de l'inscription. Il faut en particulier interpréter restrictivement les servitudes qui, comme la présente, interdisent au propriétaire du fonds de se livrer à une activité qu'il pourrait sans cela exercer non pas en sa seule qualité de propriétaire foncier mais en vertu de la liberté personnelle qui appartient à chacun. On peut même se demander si une telle limitation conventionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie, conçue comme une interdiction de faire concurrence, peut prendre la forme d'un droit réel par sa constitution en servitude foncière. En doctrine, cette question est restée controversée... Il n'en faut pas moins, en principe, s'en tenir à l'opinion dominante en Suisse qui, en raison des nombreuses servitudes de ce genre, a pris la portée d'un droit coutumier...».

[1390] L'autre étant, comme nous le savons, la cession de créances aux fins de garantie.

[1391] STEINAUER (1996), pp. 305s. Sur la fiducie-sureté en général, cf. la doctrine citée *supra*, note 17, p. 4.

[1392] ATF 119 II 326, *JdT* 1995 II 87, 90 confirmant l'ATF 72 II 235, *JdT* 1947 I 134.

[1393] Cf., par exemple, ZOBL (1982a), p. 418.

[1394] Sur cette problématique, cf. STEINAUER (1996), pp. 310s; FOËX (1987), pp. 125ss et WIEGAND (1998b), pp. 102ss. En ce qui concerne l'application analogique des règles sur le nantissement, les avis, très partagés, vont de FOËX (1987), pp. 128ss et (1997), p. 40, qui refuse toute application, à ZOBL (1982a), p. 439, favorable à une application large (des art. 884, 887 à 892 et 894), en passant par STEINAUER (1996), pp. 310s, qui plaide pour une application limitée (des art. 889, 890, 891 al. 2, 892 al. 2 et 894).

fiduciaire le statut d'un droit réel *sui generis*. C'est la raison pour laquelle FOËX s'oppose à toute application analogique à la fiducie-sûreté des dispositions du Code civil sur le nantissement qui ont un effet réel (cf. les art. 884, 888 al. 1, 892 al. 2 et 893 al. 2)[1395].

La jurisprudence peut-elle, en l'absence d'une coutume, admettre la validité d'un droit réel *sui generis*? Le *leasing* sera ici traité comme exemple[1396]. Opération de financement dans laquelle «une personne (crédit-bailleur) cède à une autre (preneur de crédit), pour une période déterminée, l'usage et la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière acquise auprès d'un tiers, moyennant le paiement de redevances périodiques»[1397], le *leasing* est un contrat qui s'est développé en marge de la loi et qui n'a toujours pas fait l'objet à ce jour d'une réglementation spécifique en droit privé suisse[1398]. Sa nature juridique demeure incertaine[1399]. Selon la conception sans doute encore dominante, telle qu'elle résulte de la jurisprudence[1400] et de la doctrine majoritaire, il s'agit d'un contrat de cession d'usage innommé ou *sui generis* empruntant des éléments au bail, à la vente, au contrat par acomptes et, dans une mesure réduite, au mandat[1401]. Le problème principal, comme en matière de fiducie d'ailleurs, est de trouver un habillement juridique qui corresponde à la réalité économique du *leasing*, car, bien qu'il ne soit pas propriétaire du bien, le preneur en assume l'ensemble des risques, charges et responsabilités[1402]. GIOVANOLI relève dans ce contexte qu'en «définitive la situation du preneur est assez comparable à celle d'un usufruitier»[1403]. Jurisprudence[1404] et doctrine[1405] l'ont parfois qualifié de «propriétaire économique», sans s'exprimer sur la compatibilité de la notion avec le principe du *numerus clausus* des droits réels.

Pour GIOVANOLI, la meilleure traduction juridique du but économique recherché par les parties consiste à considérer le *leasing* comme un

---

[1395] FOËX (1987), pp. 131ss.

[1396] Pour une présentation sommaire du *leasing* en droit suisse, cf. GIOVANOLI (1981).

[1397] TERCIER (1995), p. 706.

[1398] Sur cette question, cf. GIOVANOLI (1980), pp. 212ss.

[1399] Cf. BISCHOF (1996), pp. 158ss; EITEL (1998), p. 254; GIOVANOLI (1980), pp. 331ss; STAUDER (1992), pp. 76ss et TERCIER (1995), pp. 708s.

[1400] Cf. ATF 118 II 150, *JdT* 142 (1994) II 98 et ATF 119 II 236, *SJ* 1993 553.

[1401] Cf. TERCIER (1995), p. 708 et GIOVANOLI (1981), pp. 49ss.

[1402] Cf. GIOVANOLI (1981), p. 56; HAUSHEER (1982), p. 163 et TERCIER (1995), p. 707.

[1403] GIOVANOLI (1995), p. 402.

[1404] Cf., par exemple, l'ATF 119 II 236, *SJ* 1993 553, 555.

[1405] Cf., par exemple, TERCIER (1995), p. 707.

contrat de crédit *sui generis* contenant des éléments du prêt et du transfert de propriété à fin de sûreté (*fiducia cum creditore*), lui-même fondé sur un mandat[1406]. Certes, cette sûreté réelle mobilière sans dépossession du débiteur ni inscription dans un registre public représenterait un droit réel nouveau, une sorte «d'hypothèque occulte»[1407], susceptible de contrevenir au système des sûretés réelles du Code civil (cf. art. 715, 717 et 884 CC)[1408]. GIOVANOLI estime cependant que sa proposition est conciliable avec la prohibition de l'hypothèque mobilière résultant de l'art. 717 CC, étant donné que le crédit-bailleur acquiert le bien non pas du preneur lui-même, mais d'un tiers-fournisseur. L'art. 717 CC ne s'appliquerait donc pas au *leasing*[1409]. Il allègue, en conséquence, l'existence d'une véritable lacune en la matière qui pourrait être comblée sur le plan jurisprudentiel par l'admission de ce droit réel *sui generis*[1410]. Tant HANISCH que STAUDER abondent dans le même sens, soulignant qu'en vertu de l'art. 1 al. 2 CC il est loisible à la jurisprudence de reconnaître, dans un cas concret, la validité d'un nouveau type de sûreté réelle[1411].

Par ailleurs, pour une partie de la doctrine, résulterait d'une «interprétation souple» du principe du *numerus clausus*, la consécration par le Tribunal fédéral[1412] de l'«obligation hypothécaire»[1413]. Il s'agit d'un cas de droit de gage immobilier, imaginé par la pratique, avant tout en Suisse romande, où la créance garantie par une hypothèque, mais non le droit de gage lui-même, est incorporée dans un papier-valeur, au porteur ou nominatif[1414]. Enfin, REY analyse le cas de la combinaison, validée par la jurisprudence, d'une promesse de vente (art. 216 al. 2 CO), voire d'un contrat de vente, et

---

1406 GIOVANOLI (1981), pp. 55ss.

1407 Selon les termes de GIOVANOLI (1981), p. 58.

1408 Cf. HAUSHEER (1982), p. 169.

1409 Dans le même sens, BISCHOF (1996), pp. 192s. Sur cette question controversée, cf. aussi EITEL (1998), pp. 255ss.

1410 GIOVANOLI (1982), pp. 176s.

1411 HANISCH (1982), p. 183 et STAUDER (1992), p. 92.

1412 Cf. ATF 100 II 319, 322: «Sanctionnant une pratique répandue, une jurisprudence constante admet que le propriétaire d'un immeuble peut incorporer dans un titre au porteur une créance garantie par une hypothèque».

1413 Cf. REY (1991), p. 74: «Im Grundpfandrecht erfolgt eine Lockerung des numerus clausus durch die höchstrichterliche Anerkennung der von der Praxis entwickelten Hypothekarobligation auf den Inhaber».

1414 Cf. STEINAUER (1996), pp. 99s.

d'un droit d'emption annoté (cf. art. 216ss CO et art. 959 CC)[1415], comme une entorse au principe du *numerus clausus*. Dans une telle hypothèse, le droit d'emption sert à l'empteur de moyen de pression contre le propriétaire et peut être vu comme une sorte de sûreté réelle *sui generis* garantissant l'exécution de la promesse ou du contrat de vente[1416].

L'ensemble des considérations qui précèdent démontrent que le système helvétique des droits réels n'est pas fermé à toute évolution. Pour notre part, nous n'avons pas d'opposition de principe à ce que l'ordre juridique, que ce soit le législateur ou la jurisprudence, dans les limites de l'art. 1 CC, reconnaisse l'existence d'un nouveau droit réel, lorsque le besoin s'en fait sentir. Toutefois, le cas de la fiducie est particulier. A notre avis, une réforme efficiente de son régime juridique, qui s'opérerait sur le plan du droit des biens, nécessite, comme nous le verrons, une transformation radicale de la compréhension du concept de propriété. Or, une telle évolution, qui revient à créer une forme de propriété *sui generis*, différente de la propriété ordinaire des art. 641ss CC, ne peut être l'œuvre que du législateur.

Nous avons évoqué dans ce sous-chapitre la nature juridique de certains contrats, tels les contrats de fiducie-sûreté et de *leasing*, car ces questions ont souvent été traitées en relation avec le principe du *numerus clausus*. Il va cependant de soi que leur problématique est également liée aux questions des rapports entre droits réels et droits personnels (cf. *supra*, pp. 307ss), et du concept de propriété (cf. *infra*, pp. 321ss).

3. Concept de propriété absolue

WIEGAND estime que la conception encore dominante du droit de propriété, issue de la science juridique du 19e siècle, est basée sur des prémisses contestables: «Der absolute Eigentumsbegriff entstammt einer Entwicklungsphase des Privatrechts, dessen wissenschaftstheoretischen Prämissen wir heute nicht mehr teilen. Wenn wir ihn aber nicht mehr für den allein <<richtigen>> halten, dann kommt ihm allenfalls Ordnungsfunktion zu»[1417].

[1415] Cf. ATF 103 III 97, *JdT* 1979 II 130, 146: «En conclusion, il y a lieu de se rallier à l'Office fédéral du registre foncier (...) quand il estime qu'il est possible d'assortir le contrat de vente immobilière d'un droit d'emption à annoter au registre foncier».

[1416] Cf. REY (1991), p. 272.

[1417] WIEGAND (1982), p. 588.

Il faut rappeler que le concept de propriété absolu, tel qu'il a été codifié en Suisse, en Allemagne ou en France, ne représente finalement qu'une parenthèse historique relativement brève, face aux tendances multiformes de ce droit[1418]. L'histoire de la propriété révèle en particulier l'existence à travers les siècles d'une propriété partagée, où deux ou plusieurs personnes sont titulaires d'un droit de propriété sur un bien, tout en disposant de pouvoirs ou attributions différents[1419]. Les codifications européennes ont sans doute marqué le point culminant de la tendance absolutiste du droit de propriété. Dès la première moitié de notre siècle a ainsi débuté une évolution inverse du concept de propriété qui n'est pas encore achevée[1420].

On se rend aujourd'hui compte que le droit de propriété ne peut plus être défini comme un droit uniforme, nécessairement absolu et perpétuel, autarcique et sans fonction. Comme le relève FOËX, «le droit de la propriété est en pleine évolution; de nouvelles expressions font leur apparition, principalement à l'étranger: on parle de propriété économique, fonctionnelle, tournante, sautante, périodique, saisonnière, spatio-temporelle ou temporaire, ainsi que de multipropriété»[1421]. En droit italien, GAMBARO relève que le nombre tellement élevé de cas dans lesquels il existe une dissociation entre jouissance, titularité, gestion, responsabilité etc., permet de douter que le concept de propriété absolue puisse encore être considéré comme un dogme intangible[1422]. En droit suisse, LIVER a quant à lui distingué divers types de propriété, telles la propriété conditionnelle de l'acheteur

---

[1418] Cf. MAYER-MALY (1984a), p. 34 et SCHNITZER (1963), pp. 74ss.

[1419] Cf. KRAUSS (1999), pp. 17ss; MAYER-MALY (1984a), p. 34 et STRAUCH (1984), pp. 273ss.

[1420] Par exemple, l'Allemand MOLITOR écrivait en 1934: «Trotzdem also unsere Gesetzgebung grundsätzlich zum abstrakten Eigentum neigt, sind doch, wie man sieht, auch in unserer Gesetzgebung genug Mittel und Wege vorhanden, um dem Zweckgedanken auch auf dem Gebiete des Eigentums Raum zu verschaffen. Alle angeführten, diesem Zwecke dienenden Bildungen weisen nun aber eine gemeinsame Eigentümlichkeit auf, die zwar im einzelnen schon mehrfach beobachtet, im Zusammenhang aber m. E. noch nicht genügend gewürdigt ist. Es ist das, was ich als Spaltung des Eigentums bezeichnen möchte, dessen Inhalt nunmehr auf zwei beteiligte statt auf einen verteilt wird. Das ist aber keineswegs eine zufällige Erscheinung, sondern tief im Wesen der Zweckbindung des Eigentums begründet. Denn jede fremdbestimmte Zwecksetzung des Eigentums setzt notwendig zwei Personen voraus, eine, die das Recht zur zweckentsprechenden Verwendung des Gegenstandes hat, und eine, die diesen Zweck gesetzt hat, zu deren Gunsten er gesetzt ist, die seine Durchführung überwacht oder im Falle der Nichtdurchführung vielleicht sogar eine Anwartschaft auf den Rückfall hat» (1934, p. 41).

[1421] FOËX (1987), pp. 121s.

[1422] GAMBARO (1996), p. 63.

sous réserve de propriété, la propriété limitée dans le temps du superficiaire d'un fonds grevé (cf. art. 779ss CC), ou la propriété liée du fiduciaire[1423]. EITEL se base, pour sa part, sur l'art. 152 al. 3 CO, lequel déclare nul tout acte de disposition accompli avant l'avènement d'une condition suspensive en tant qu'il compromet les effets de celle-ci, pour démontrer la réalité en matière mobilière de l'acte de disposition conditionnel, et, partant, de la propriété conditionnelle (*bedingtes Eigentum*). Le législateur aurait confirmé ce principe d'ordre général dans des cas particuliers, telles la réserve de propriété (cf. art. 715 CC) ou la substitution fidéicommissaire (cf. art. 488 CC)[1424].

Le concept de propriété est en train de changer. Ou alors, c'est la manière de définir ses caractères et attributs qui se modifie avec le temps. La chose, en tant qu'objet du droit de propriété, n'est, en effet, plus toujours analysée selon ses caractères propres (meuble, immeuble, etc.), mais aussi eu égard à sa fonction dans un rapport juridique[1425]. De même, elle n'est plus forcément envisagée sous son seul aspect matériel, comme un objet soumis à une domination physique (droit réel), mais aussi en tant que valeur qui peut en être dissociée. Un auteur anglais a parlé à ce sujet de «things as thing and things as wealth»[1426]. Le premier élément s'examine en terme de propriété, le second, en terme de patrimoine. Corrélativement, le droit de propriété, droit réel par excellence, doit être englobé dans la catégorie plus large d'appartenance, dont il ne constitue que l'une des deux facettes.

Cette double fonction du droit de propriété ressort parfaitement lorsque l'on étudie l'évolution du concept de propriété en droit comparé. C'est ainsi qu'en droit allemand STRAUCH qualifie de «*geteiltes Eigentum*» toute une série de phénomènes juridiques, d'origines légale ou jurisprudentielle, dans lesquels on peut généralement distinguer le titulaire d'une propriété «jouissance» du titulaire d'une propriété «substance»[1427]. En matière mobilière, il s'agit du transfert aux fins de sûreté, du droit d'expectative de l'acheteur sous réserve de propriété et du *leasing*[1428]. RAISER a quant à lui observé plusieurs cas de «Funktionsteilung des Eigentums», qui se présentent lorsque certains attributs compris dans le droit de propriété sont séparés de ce-

[1423] LIVER (1977), pp. 23s.
[1424] EITEL (1998).
[1425] Cf. RUDDEN (1994), pp. 89s.
[1426] RUDDEN (1994), pp. 81ss.
[1427] STRAUCH (1984), pp. 283ss. Sur ce sujet, cf. également KRAUSS (1999), pp. 89ss.
[1428] STRAUCH (1984), pp. 287ss.

lui-ci et transférés à un tiers à titre temporaire, en vue de la réalisation d'un but déterminé[1429]. Il affirme en particulier que la jurisprudence allemande relative à l'exécution forcée contre le fiduciaire tend à la reconnaissance d'une double légitimation sur le patrimoine fiduciaire. Le fiduciant n'est certes pas titulaire d'un véritable droit réel, mais d'une position juridique opposable aux tiers, de la même manière que tout droit réel[1430]. Mérite, dans ce contexte, d'être cité encore une fois, l'*Anwartschaftsrecht* de l'acheteur sous réserve de propriété. Pratique et jurisprudence font résulter de ce droit les mêmes effets juridiques qu'un droit de propriété usuel, sous réserve du maintien du contrat de vente[1431].

En droit français, certains auteurs distinguent, en matière de réserve de propriété et surtout de crédit-bail (*leasing*), le titulaire d'une propriété juridique ou «propriété de la valeur», soit le créancier (vendeur et crédit-bailleur), du titulaire d'une propriété économique ou «propriété de l'utilité», soit le débiteur (acquéreur et crédit-preneur)[1432]. Selon MOULY, ces actes juridiques ont pour conséquence de geler les potentialités du droit de propriété: jusqu'à l'échéance de la dette garantie, la valeur de la chose est «inhibée, stérilisée», l'utilité de la chose se trouvant quant à elle «limitée ou supprimée»[1433]. TERRÉ constate pour sa part une désacralisation et une dématérialisation progressives du concept de propriété au cours du XX^{e} siècle. En ce qui concerne le second aspect, il relève que «la valeur que représente dans le patrimoine le bien approprié se dégage davantage de l'emprise matérielle proprement dite, la dématérialisation ou l'intellectualisation du droit de propriété caractérisant, depuis quelques décennies, l'évolution du droit de propriété»[1434].

[1429] RAISER (1977), pp. 170ss.

[1430] RAISER (1977), 172s.

[1431] Cf. RAISER (1977), pp. 174ss.

[1432] Cf., par exemple, GOYET (1983), pp. 191ss. Sur l'inaptitude des notions juridiques classiques de propriété et de sûreté à saisir la réalité économique du crédit-bail, cf. El Mokhtar BEY, «La propriété: le crédit-bail envisagé comme une sûreté», in *Revue de jurisprudence commerciale* (Paris), numéro spécial, *L'évolution du droit des sûretés*, février 1982, pp. 48ss.

[1433] Christian MOULY, «Procédures collectives: assainir le régime des sûretés», in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René Roblot*, Paris, 1984, p. 554.

[1434] François TERRÉ, «L'évolution du droit de propriété depuis le code civil», in *Droits, Revue française de théorie juridique* (Paris), tome 1, *Destins du droit de propriété*, 1985, p. 44.

Force est de constater que cette modification sensible de l'approche du droit de propriété s'effectue, en Italie, en France ou en Allemagne, progressivement, sans modification de la loi. La jurisprudence et la doctrine de ces pays cherchent à interpréter le droit de propriété, défini dans leurs codes civils, d'une manière qui soit plus conforme aux réalités et aux besoins de notre époque. Cette tendance ne s'est cependant concrétisée que sur quelques actes juridiques dont l'existence était menacée. Une réforme plus radicale, ou de plus grande envergure, du type de celles entreprises récemment aux Pays-Bas et au Québec, nécessite sans doute une intervention du législateur.

Dans les deux ordres juridiques de tradition civiliste susmentionnés, c'est la conception générale du droit des biens, singulièrement celle du droit de propriété, qui a été réformée à l'occasion de l'adoption de nouveaux Codes civils[1435]. Aux Pays-Bas, il résulte des livres 3 (partie générale du droit patrimonial) et 5 (droit des biens) du Code civil, entrés en vigueur le 1er janvier 1992, que les biens comprennent désormais toutes les choses et tous les droits patrimoniaux. Alors que les choses sont définies comme les objets matériels susceptibles de maîtrise par l'homme, les droits patrimoniaux englobent tous les droits qui constituent une valeur en tant que partie d'un patrimoine, même s'ils ne sont pas protégés de manière absolue, telles les créances[1436].

L'optique suivie dans le nouveau Code civil du Québec, entré en vigueur le 1er janvier 1994, est plus ambiguë, mais paraît également être orientée vers une conception dématérialisée du droit de propriété. Selon la nouvelle définition du Code civil, la propriété porte désormais sur un bien et non plus simplement sur une chose[1437]. Elle n'est, en outre, plus conçue comme une notion unique et indivisible, mais comme un droit susceptible d'être démembré[1438]. Selon BRIERLEY, on peut parler de «types de propriété qui varient selon leur objet»[1439]. L'auteur donne l'exemple du preneur dans un

---

1435 Cf. DUTOIT (1998), pp. 199ss.

1436 Cf. DUTOIT (1998), pp. 200ss.

1437 Cf. art. 947 al. 1 du Code civil québécois: «La 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». Sur cette question, cf. BRIERLEY (1995), pp. 35s et MACDONALD (1994), pp. 796ss.

1438 Cf. art. 947 al. 2 du Code civil: la propriété «est susceptible de modalités et de démembrements». Sur cette question, cf. DUTOIT (1998), pp. 203ss et nombreuses références citées.

1439 BRIERLEY (1995), p. 37.

bail emphytéotique qui constitue une copropriété divise sur l'immeuble qu'il détient (cf. art. 1196 du Code civil). Dans une telle hypothèse, l'acheteur d'une unité en copropriété n'est alors titulaire que d'une «propriété pour un terme défini», «qui s'évapore avec le temps et dont la valeur monétaire est réduite à néant»[1440]. La propriété est ici conçue par rapport à la temporalité du titre, plutôt que dans la matérialité durable de son objet[1441]. En définitive, c'est l'idée de valeur qui sous-tend la nouvelle conception retenue dans ces deux ordres juridiques. Le droit de propriété y «apparaît comme le lieu où se définissent et se rencontrent les divers intérêts patrimoniaux juridiquement protégés qui peuvent grever des biens ou des valeurs (créances)»[1442].

La Suisse n'est pas restée totalement étrangère à cette évolution, puisqu'on y retrouve également la tendance consistant à identifier au sein du droit de propriété un élément de domination économique correspondant à la valeur du bien. Dans le domaine de la propriété mobilière, des auteurs ont relevé une certaine relativisation des prérogatives normalement attachées au droit de propriété, au profit d'une prise en compte des effets économiques de l'acte juridique en question. Ainsi, en matière de *leasing* ou de vente avec réserve de propriété (cf. art 715 et 716 CC), le preneur ou l'acheteur, censés n'être titulaires que d'un droit personnel, se voient reconnaître le droit d'user et de jouir du bien, objet du contrat, de la même manière que s'ils en étaient les véritables propriétaires, alors que le crédit-bailleur ou le vendeur ne conservent finalement sur ce bien qu'une propriété formelle, ou, selon les termes de REY, une «<nutzungsentkleidet, nacktes> Eigentum»[1443]. Cette réalité est parfois exprimée par la doctrine au moyen de la distinction entre la «propriété juridique» et la «propriété économique» sur un même bien[1444].

Le Tribunal fédéral a également employé cette distinction à plusieurs reprises, par exemple, dans des jurisprudences concernant le contrat de

---

1440 BRIERLEY (1995), p. 38.

1441 Cf. BRIERLEY (1995), p. 38.

1442 DUTOIT (1998), p. 203.

1443 REY (1991), pp. 11s; citation, p. 11.

1444 En matière de *leasing*, cf., par exemple, TERCIER (1995), p. 707: «Bien qu'il ne soit pas propriétaire (juridique) du bien, le preneur en a la «propriété économique» dans la mesure où il assume les risques et les charges liés au bien».

leasing[1445] ou la réserve de propriété[1446], il est vrai, sans pour autant définir précisément les concepts. On sait, par ailleurs, que la notion d'«ayant droit économique» tend à se répandre dans les législations financières, dans notre pays, mais aussi à l'étranger, bien que ses contours juridiques soient mal définis[1447]. On relèvera, enfin, qu'à l'occasion de la récente révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, dont la nouvelle teneur est entrée en vigueur le 1er janvier 1997, le législateur a introduit un concept voisin de celui d'ayant droit économique[1448]. Selon le nouvel art. 265 al. 2 LP, pour apprécier si le débiteur failli est revenu à meilleure fortune, ce qui permet au créancier muni d'un acte de défaut de biens de requérir à son encontre une nouvelle poursuite, il convient de tenir compte des «valeurs dont le débiteur dispose économiquement». En outre, l'art. 265a al. 3 LP énonce que, dans certaines circonstances, le juge chargé de trancher l'exception de non-retour à meilleure fortune «peut déclarer saisissables des biens appartenant à un tiers lorsque le débiteur en dispose économiquement». En vertu du nouveau droit, la notion de «meilleure fortune» s'étend donc aux valeurs dont le débiteur a la seule maîtrise économique, à défaut de la maîtrise juridique[1449]. Ainsi, dans les cas visés par la loi, la titularité substantielle prime expressément la titularité formelle.

La fiducie-gestion helvétique doit profiter de cette évolution du concept de propriété. Nous pensons même qu'elle pourrait être le moteur d'une mo-

---

1445 Cf. ATF 119 II 236, 239, *SJ* 1993 553, 555: «La jurisprudence cantonale s'est prononcée, dans sa grande majorité, en faveur de la notion de contrat innomé ou sui generis de cession d'usage qui attribue au preneur la position de propriétaire économique, tout en laissant la propriété juridique à la société de leasing; d'où la conséquence que le bien objet du financement ne tombe pas dans la masse en faillite du preneur».

1446 Cf. ATF 80 III 25, *JdT* 1954 II 86, 87: «En effet, au point de vue économique, une chose vendue sous réserve de propriété «appartient» déjà à l'acheteur».

1447 Cf. MATTHEY (1998), pp. 54ss et STANISLAS (1999), pp. 413ss.

1448 Cf. MATTHEY (1998), p. 64.

1449 Sur ces questions, cf. Kurt AMONN et Dominik GASSER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, Berne, 1997, pp. 395ss; Jürgen BRÖNNIMANN, «Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG», in *Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, pp. 39ss; Dominik GASSER, «Neues von der Betreibung aufgrund eines Konkursverlustscheins», in *von Bern nach Lausanne, Festschrift für Pierre Widmer*, Division du droit privé de l'Office fédéral de la justice, Berne, 1990, réédition 1995, pp. 1ss; Nicolas JEANDIN, «Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit», in *SJ* 1997, pp. 282ss; Matthias KUSTER, «Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265a des revidierten SchKG», in *Revue suisse de jurisprudence* (Zurich) 93 (1997), pp. 289ss et Henri-Robert SCHÜPBACH, «Acte de défaut de biens – droit et action révocatoires», in *La LP révisée*, Lausanne, 1997, pp. 162ss.

dification importante de la conception du droit des biens en Suisse, pour peu qu'un droit de propriété *sui generis* lui soit consacré dans le Code civil. Car, en définitive, la finalité recherchée dans la fiducie, soit la dissociation du titulaire juridique d'un bien de son bénéficiaire économique, serait parfaitement exprimée par la reconnaissance d'une propriété particulière, la «propriété fiduciaire»[1450].

[1450] Cf. *infra*, pp. 393ss et pp. 473ss.

CHAPITRE II

PRINCIPE DE L'UNITÉ DU PATRIMOINE

Le principe de l'unité du patrimoine constitue l'un des principaux freins à une évolution efficiente du concept de fiducie. Appliqué à la lettre, il impose un régime unique pour tous les biens dont le fiduciaire est le titulaire formel. Il interdit en effet de distinguer entre les biens que celui-ci détient pour lui-même et ceux qu'il détient pour le compte du fiduciant. Il prohibe ainsi toute reconnaissance d'un patrimoine fiduciaire séparé. Pour mieux juger de la valeur de ce principe, il convient d'en présenter l'origine dogmatique (section A), avant de synthétiser les critiques croissantes qui lui sont opposées (section B).

A. Origine dogmatique

Nous avons vu que les juristes romains n'ont jamais donné à la notion de patrimoine une acception aussi abstraite que celle existant en droit moderne. Ce n'est guère qu'à l'époque post-classique qu'ils ont considéré, en matière successorale, le patrimoine du défunt comme une universalité comprenant actifs et passifs[1451]. Mais il faut sans doute attendre le XVI^e^ siècle pour constater l'ébauche d'une notion théorique du patrimoine. L'œuvre de DONELLUS eut certainement une influence décisive. Dans ses *Commentariorum Iuris Civilis Libri*, ce juriste talentueux de l'Ecole humaniste s'attacha à répartir les diverses sortes de droits patrimoniaux[1452]. La catégorie de base, «ce qui est à nous» (*quod nostrum est*), correspond au patrimoine de l'individu. Elle se décompose en deux branches distinctes, d'une part, «ce qui est véritablement et proprement à nous» (*quod vere et proprie nostrum est*), et, d'autre part, «ce qui nous est dû» (*quod nobis debeatur*) [1453].

Les juristes-philosophes des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles vont, pour leur part, affirmer la primauté de la personne humaine, dans sa dignité, et la stricte opposition, fondée sur le critère de l'utilité, entre la personne et tout

---

[1451] Cf. *supra*, pp. 218ss.

[1452] Hugues DONEAU (mort en 1591), *Commentarii de iure civili*, 2.8.1, in HUGO DONELLUS, *Opera omnia*, tome I, Goldbach, 1997 [réimpression de l'édition de Lucques, 1762-70], pp. 227s.

[1453] A ce sujet, cf. COING (1982), pp. 251ss et SCHMIDLIN (1994), pp. 41ss.

ce qui n'est pas directement de la personne, mais lui sert de moyen[1454]. Peut être qualifiée de chose dans cette perspective toute valeur susceptible d'appropriation par un individu[1455]. Chaque homme est ainsi considéré comme sujet de droit, destiné de par sa nature à recevoir des choses, à exercer sa puissance sur elles. De ce fait, tout homme est titulaire d'un patrimoine, ne serait-ce que virtuellement.

Le concept d'universalité de droit se retrouve chez POTHIER, l'un des principaux inspirateurs des rédacteurs du Code civil français, dans l'article préliminaire de son *Traité des successions*[1456]:

> *La succession est la transmission des droits actifs et passifs d'un défunt, en la personne de son héritier. Un héritier est celui qui succède à tous ces droits, par la mort de celui en la personne duquel ils compétaient. L'universalité des droits actifs et passifs, considérée indépendamment de la transmission qui s'en fait en la personne de l'héritier, s'appelle aussi succession...*

Comme on le constate, POTHIER définit le patrimoine du défunt comme une universalité de droits actifs et passifs, dont la titularité est transmise à l'héritier. Cette notion de patrimoine se limite toutefois strictement au domaine successoral, puisque «universalité» et «succession» représentent, pour le célèbre jurisconsulte, des termes synonymes. Deux points peuvent être soulignés: le patrimoine, d'une part, est intimement lié à la personne et, d'autre part, ne peut se transmettre qu'à la mort de celle-ci.

C'est en se basant sur les réflexions, encore lacunaires, des jurisconsultes des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles que les juristes du XIX^e^ siècle vont élaborer une véritable théorie du patrimoine, dont le principe de l'unité du patrimoine est l'un des éléments centraux. Avant d'étudier la théorie du patrimoine qui s'est imposée au siècle dernier en droit français, nous aborderons rapidement la conception du patrimoine de SAVIGNY, dans laquelle il est possible de déceler certaines prémisses de la théorie française[1457]. Selon SAVIGNY, on appelle patrimoine (*das Vermögen*) la totalité des rapports patrimoniaux (composés des rapports réels et personnels) relatifs à une per-

---

[1454] Cf. SCHMIDLIN (1988), pp. 130.

[1455] Cf. SCHMIDLIN (1988), p. 131.

[1456] Robert Joseph POTHIER, *Traité des successions*, Article préliminaire, cité in Ainé DUPIN, *Œuvres de R.-J. POTHIER contenant les traités du droit privé français*, tome quatrième, Bruxelles, 1830, p. 379.

[1457] Cf. Alfons BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 54.

sonne déterminée[1458]. Considéré comme l'extension du pouvoir de l'individu, le patrimoine est un attribut de sa personnalité[1459]. Ce concept est précisé au moyen de deux considérations[1460]: le patrimoine constitue, d'une part, une notion relative (en fonction du temps), dont l'ampleur varie à chaque instant, et, d'autre part, une notion abstraite, dans la mesure où il peut se réduire à une quantité pure d'éléments identiques, sans que soit prise en compte la nature spéciale de chaque droit particulier. Font de cette manière également partie du patrimoine les obligations passives (dettes) qui restreignent la liberté de l'individu au lieu de l'étendre. Le patrimoine d'un individu peut donc consister en une quantité positive, négative, ou égale à zéro.

Deux éléments complètent cette description. Premièrement, c'est l'idée de valeur, elle-même représentée dans la vie courante sous la forme de valeur pécuniaire (argent), qui permet de réduire les divers éléments constitutifs du patrimoine à un dénominateur commun. En effet, chaque partie constitutive du patrimoine d'un individu peut être, en tant que valeur, théoriquement convertie en une propriété d'une somme d'argent, ce qui permet de la transformer en une quantité pure («eine reine Quantität»)[1461]. Deuxièmement, le critère qui permet de considérer les divers éléments composant le patrimoine d'une personne comme une unité repose en principe sur la personne de celui qui les possède. Il existe cependant des cas, comme ceux de la succession, du pécule (de l'esclave) ou de la dot, dans lesquels le critère ne réside pas dans la personne (vivante), mais dans la poursuite d'un but déterminé, ce qui aboutit, selon SAVIGNY, à une unité arbitraire («willkührlich»)[1462]. Ce n'est pas l'existence même de ces patrimoines spécifiques, appelés *universitas juris*, que condamne cet auteur, mais bien le fait qu'on veuille les soumettre à des règles identiques, alors qu'il faudrait reconnaître leurs caractères spéciaux, auxquels devraient répondre autant de règles spéciales[1463]. L'hérédité est donc un exemple d'*universitas*, réductible à une quantité pure, dont l'unité est basée sur la personne du défunt[1464]. La volonté de l'individu, exprimée de son vivant, peut continuer à régir ses biens après sa mort. La personnalité même du *de cujus* survit après sa mort,

[1458] SAVIGNY (1840), p. 375.
[1459] SAVIGNY (1840), p. 380.
[1460] SAVIGNY (1840), pp. 375s.
[1461] SAVIGNY (1840), pp. 376ss.
[1462] SAVIGNY (1840), p. 378.
[1463] SAVIGNY (1840), pp. 378s.
[1464] SAVIGNY (1840), pp. 380ss.

par une sorte de fiction, selon laquelle les héritiers, en s'identifiant à lui, continuent et représentent sa personnalité.

Dans ses motifs à l'appui d'un projet de BGB, la première commission estime que la notion de patrimoine est suffisamment connue pour ne pas nécessiter qu'on en donne une définition: «Was dagegen das Vermögen selbst betrifft, so ist der Begriff desselben als bekannt vorauszusetzen, eine Definition daher entbehrlich»[1465]. L'*hereditas* est citée comme exemple incontesté d'*universitas juris*, conçue comme une somme de choses et de droits particuliers. En revanche, la *dos* et le *peculium* sont mentionnés comme des cas controversés[1466]. GIERKE s'est élevé contre cette conception trop sommaire du patrimoine qui néglige, à son avis, aussi bien la notion d'unité (objective) du patrimoine («objektive Vermögenseinheit»)[1467] que le concept de patrimoine spécifique («Sondervermögen»). En ce qui concerne le second point, il regrette que les rédacteurs n'aient mentionné que des exemples issus du droit romain (dot ou pécule), et non les nombreux cas de patrimoines particuliers qui existaient dans les divers droits germaniques[1468].

Les rédacteurs du Code civil français ne se sont pas non plus attardés à concevoir une théorie du patrimoine. Le Code civil de 1804 ne contient que rarement le terme de «patrimoine», plus souvent ceux de «biens, droits et actions», ou de «tous les biens», ou simplement, de «biens»[1469]. On admet généralement que les art. 2092[1470] et 2093[1471], qui se situent dans le livre troisième du Code civil, au début du titre XVIII consacré aux «privilèges et hypothèques», constituent le principal ancrage légal de la notion de patrimoine, sans pour autant que le terme même de «patrimoine» y apparaisse[1472].

[1465] Cf. *Motive*, p. 30, in MUGDAN (1979), p. 16.

[1466] Cf. *Motive*, p. 29, in MUGDAN (1979), p. 16.

[1467] GIERKE se réfère à la conception, dite objective, du patrimoine, présentée en Allemagne, notamment par BRINZ, à la fin du XIX[e] siècle et qui a pour objet de fonder le support du patrimoine non pas dans la personnalité de son titulaire, mais dans le but du patrimoine, celui-ci devenant patrimoine d'affectation (*Zweckvermögen*). Nous y reviendrons ci-dessous dans la section B.

[1468] Cf. GIERKE (1889), pp. 286s.

[1469] Cf. AUBRY/RAU (1873), p. 229, note 1.

[1470] Art. 2092: *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.*

[1471] Art. 2093: *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers*;...

[1472] Cf. WITZ (1997a), p. 4. Comme le relève CARBONNIER, l'art. 2092 suggère les éléments suivants: «que les biens d'une personne forment un tout; que ce tout répond des dettes de la personne; qu'obliger sa personne, c'est obliger ce tout; que ce tout ne comprend pas seulement l'actualité des biens présents, mais le potentiel des biens futurs» (CARBONNIER (1991), p. 12).

Leur contenu n'a jamais varié. C'est en se basant sur des réflexions ponctuelles de la doctrine et des rédacteurs, ainsi que sur des éléments divers éparpillés dans le Code civil, que le juriste allemand ZACHARIAE, bientôt suivi par les Français AUBRY et RAU, s'efforça, d'une part, de dégager les éléments constitutifs du patrimoine et, d'autre part, d'élaborer une véritable théorie juridique du patrimoine.

Karl Salomo ZACHARIAE VON LINGENTHAL (1769-1843), professeur à Heidelberg, rédigea un commentaire du Code civil français (*Handbuch des Französischen Civilrechts*), dont le plan original, inspiré par l'ordre et la méthode du «gemeines Recht»[1473], se détache de l'ordre des dispositions du Code civil[1474]. Avant de présenter dans le détail la théorie du patrimoine que ZACHARIAE traite dans le troisième tome de son manuel (§§ 573ss), il n'est pas inintéressant de s'arrêter quelques instants sur la classification des biens que l'auteur opère dans l'introduction à la partie du tome I consacrée «aux droits civils relativement à leur objet» (§162). L'auteur définit les biens comme «die Gegenstände der Rechte einer Person»[1475]. Il distingue deux catégories de biens au sens strict (biens corporels): les biens personnels ou innés, qui se confondent avec l'existence même de la personne titulaire de droits sur eux, et les biens extérieurs ou acquis, lesquels représentent des objets extérieurs de droit civil, consistant en des personnes ou des choses[1476]. Une pluralité de biens acquis peut se trouver sous deux formes: l'universalité de fait (*universitas facti*), ou l'universalité de droit (*universitas juris*), dont le patrimoine constitue l'exemple de référence[1477]. «Die Gegenstände des Vermögens sind daher die äusseren Gegenstände, die einer Person gehören, aber nicht als einzelne Gegenstände und ihrer individuellen Beschaffenheit nach, sondern als Güter überhaupt oder ihrem Geldwerthe nach betrachtet. Man kann und man muss daher die äusseren

---

1473 C'est-à-dire du droit romain tel qu'il était appliqué en Allemagne (cf. VAN CAENEGEM (1988), p. 164).

1474 La première version, composée de deux volumes, est publiée dès 1808. Plusieurs refontes du manuel ont lieu. Dès la quatrième édition en 1837, l'ouvrage est scindé en quatre volumes. Nous baserons pour notre part notre analyse sur la septième édition, parue après le décès de son auteur, en 1886. Nous avons aussi utilisé une traduction des passages pertinents, figurant dans le recueil d'annexes à *l'Etude de sociologie du patrimoine*, effectuée au sein du Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) sous la direction de Marie-Anne FRISON-ROCHE et François TERRÉ (Paris, juillet 1995, document ronéotypé).

1475 ZACHARIAE I (1886), p. 438.

1476 ZACHARIAE I (1886), pp. 438s.

1477 Cf. ZACHARIAE I (1886), p. 439.

Gegenstände der Civilrechte aus einem doppelten Standpunkte betrachten; theils als einzelne Gegenstände, theils als Gegenstände des Vermögens»[1478].

Dans la première note de bas de page du livre deux du tome III consacré au patrimoine d'une personne, ZACHARIAE indique que le Code civil ne rassemble pas les règles relatives au patrimoine dans un même chapitre ou dans un paragraphe particulier. Au contraire, relève-t-il, les principes relatifs à cette matière sont disséminés dans le Code civil et n'apparaissent qu'incidemment[1479]. Selon ZACHARIAE, le patrimoine est une sorte de fiction juridique, une idée abstraite (*eine Rechtsidee*), d'une unité qui envelopperait tous les biens appartenant à une personne[1480]. Il en déduit trois propositions[1481]. Premièrement, le patrimoine n'est pas en soi un objet extérieur, mais seulement «die Idee der rechtlichen Einheit aller der Gegenstände, die einer bestimmten Person gehören, oder die Persönlichkeit des Menschen selbst in ihrer Beziehung auf die äusseren Gegenstände seiner Rechte»[1482]. Il constitue donc juridiquement une totalité, une universalité (*universitas juris*). Deuxièmement, les biens ne sont pas, en eux-mêmes, des objets du patrimoine, mais seulement sous le rapport de leur valeur pécuniaire, c'est-à-dire dans la mesure où ils sont susceptibles d'être saisis. Troisièmement, enfin, le patrimoine d'une personne comprend tous ses biens, ce qui signifie qu'une seule et même personne ne peut, en principe, posséder plus d'un patrimoine. S'il est possible d'opérer valablement une division en quote-parts du patrimoine en soi, c'est-à-dire abstraction faite de la personne de son propriétaire, une telle division est inconcevable lorsque l'on traite de la propriété sur le patrimoine, tout comme la personne même du propriétaire est indivisible: «so ist es doch in Beziehung auf seinen Eigenthümer oder so ist doch das Eigenthum am Vermögen (ganz so wie die Persönlichkeit des Eigenthümers selbst) ein untheilbarer Gegenstand»[1483]. Voici défini en quelques mots le principe de l'unité du patrimoine.

Cette théorie du patrimoine a des conséquences importantes, que ZACHARIAE évoque lui-même, en matière de transmission des biens et d'exécution forcée[1484]. Tout d'abord, nul n'a le droit de disposer entre vifs

[1478] ZACHARIAE I (1886), pp. 439s.
[1479] ZACHARIAE II (1886), p. 529, note 1.
[1480] ZACHARIAE II (1886), p. 529.
[1481] ZACHARIAE II (1886), pp. 529 à 531.
[1482] ZACHARIAE II (1886), p. 530.
[1483] ZACHARIAE II (1886), p. 532.
[1484] ZACHARIAE II (1886), pp. 534ss.

de son patrimoine ou d'une quote-part de celui-ci, puisque le patrimoine représente la personnalité, en soi inaliénable, de l'individu. Selon ZACHARIAE, «Von diesem Grundsatze der wesentlichen Unveräusserlichkeit des Vermögens hat man, so wie bei der Auslegung der positiven Gesetze überhaupt, so auch bei der des Code civil auszugehen»[1485]. Ensuite, et inversement, le droit de disposer de son patrimoine ou d'une quote-part de celui-ci n'existe que pour cause de mort. D'une manière générale, l'homme ne perd son patrimoine qu'en perdant sa personnalité juridique, soit par la mort. Lorsqu'une personne décède, son patrimoine passe aux héritiers, lesquels se substituent à elle. L'ayant droit universel est la personne qui représente l'ancien propriétaire du patrimoine et forme avec lui une seule et même personne. Enfin, le patrimoine du débiteur (mobilier et immobilier, actuel et futur) est le gage commun des créanciers. Il en résulte que toutes les obligations dont une personne est tenue, doivent, dans la mesure où elles sont évaluables en argent, être acquittées sur le patrimoine du débiteur, tous les créanciers prétendant à égalité au paiement de leurs créances.

Dans la conception de ZACHARIAE, le principe de l'unité du patrimoine ne constitue pas un dogme intangible, mais une règle à laquelle le législateur peut déroger, pour des motifs divers: «Daher kann ferner eine und dieselbe Person nicht mehr als ein Vermögen besitzen, es wäre denn, dass die Gesetze einem und demselben Individuo eine mehrfache Persönlichkeit beilegten oder dass sie von dem Vermögen einer Person gewisse Güter gleich als ein für sich bestehendes Vermögen... zu sondern gestatteten»[1486]. ZACHARIAE distingue deux cas dans lesquels il est reconnu à une personne le droit de posséder plus d'un patrimoine: celui dans lequel il est attribué plusieurs qualités à un seul et même individu (personnalité multiple) et celui dans lequel le propriétaire d'un patrimoine, ou un tiers, est autorisé à séparer certains biens du patrimoine d'une personne. Mais, que l'artifice porte sur les personnes (première hypothèse) ou sur les biens (seconde hypothèse)[1487], le jurisconsulte allemand reconnaît que le patrimoine de l'individu est alors composé de deux patrimoines distincts, soumis chacun à un régime juridique qui leur est propre. ZACHARIAE admet, en outre, que dans certaines matières (notamment gage, communauté de biens entre époux, legs et donations) le droit français subdivise le patri-

[1485] ZACHARIAE II (1886), p. 535.
[1486] ZACHARIAE II (1886), p. 530.
[1487] Cf. SÈVE (1995), p. 6.

moine en deux patrimoines distincts, le patrimoine mobilier et le patrimoine immobilier[1488]. Finalement, comme le relève SÈVE, il résulte de la théorie susmentionnée qu'une personne peut parfaitement être titulaire d'une diversité de patrimoines, pour autant qu'on établisse en elle une diversité de statuts correspondants[1489].

A partir de 1839, AUBRY (1803-1883) et RAU (1803-1877), professeurs à Strasbourg, entreprirent la rédaction d'un *Cours de droit civil français*, qu'ils présentèrent tout d'abord comme la traduction, «revue et augmentée», de l'ouvrage de ZACHARIAE, mais dont le contenu se distanciera au fil des éditions de l'œuvre du jurisconsulte allemand pour n'en conserver finalement que le cadre et la méthode[1490]. Dès la troisième édition, le commentaire devint le *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*[1491]. De nombreux juristes ont reconnu dans cet ouvrage – dont les matières sont ordonnées selon un système de concepts généraux – l'un des chefs-d'œuvre de la doctrine française[1492]. AUBRY et RAU y développent une théorie du patrimoine encore plus abstraite que celle de ZACHARIAE, dans laquelle le principe de l'unité du patrimoine va prendre toute son ampleur. Ils qualifient le patrimoine comme «l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets constituant des biens. Le patrimoine est une universalité de droit, en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique»[1493]. On constate ainsi que la définition de ces auteurs diffère déjà de celle de ZACHARIAE (cf. § 162): alors que celui-ci insiste sur la distinction entre objets particuliers (qualités individuelles) et objets faisant partie du patrimoine (valeur pécuniaire), ceux-là affirment d'emblée l'interdépendance entre universalité de droit et unité de la personne.

Les §§ 573ss consacrés au «patrimoine en général» vont permettre à AUBRY et RAU de développer leur conception théorique du patrimoine. La notion de patrimoine y est présentée en quatre points (§ 573)[1494]. Premièrement, l'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité. Quelle que soit leur diversité, les objets sur lesquels l'homme exerce des

[1488] Cf. ZACHARIAE II (1886), pp. 531s.
[1489] SÈVE (1995), p. 7.
[1490] Cf. GEOFFROY-POISSON (1995), pp. 7s.
[1491] Nous avons quant à nous travaillé sur la base de la quatrième édition (1869-1879).
[1492] Cf. GEOFFROY-POISSON (1995), p. 2 et VAN CAENEGEM (1988), p. 165.
[1493] AUBRY/RAU (1869), p. 3.
[1494] Cf. AUBRY/RAU (1873), pp. 229 à 231.

droits «n'en sont pas moins soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté, à l'action d'un seul et même pouvoir juridique...»[1495]. Deuxièmement, le patrimoine comprend tous les biens indistinctement, et notamment les biens innés, et les biens à venir. «Le patrimoine d'une personne est sa puissance juridique, considérée d'une manière absolue, et dégagée de toutes limites de temps et d'espace»[1496]. Troisièmement, le patrimoine exprime l'idée d'une valeur pécuniaire dont on détermine la consistance en déduisant le passif de l'actif. L'existence du patrimoine n'est pas compromise du fait que le passif surpasserait l'actif. Quatrièmement, émanation de la personnalité et expression de la puissance juridique, le patrimoine est soumis à trois règles essentielles: seules les personnes physiques ou morales peuvent avoir un patrimoine; toute personne a nécessairement un patrimoine; la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine.

AUBRY et RAU consacrent un paragraphe entier (§ 574) à la question de «l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine» et «des universalités juridiques qui s'en distinguent»[1497]. Le principe de l'unité du patrimoine est exposé en une phrase: «Le patrimoine est, en principe, un et indivisible comme la personnalité même, non seulement au point de vue déjà indiqué à la fin du paragraphe précédent, et en ce que la même personne ne peut posséder qu'un seul patrimoine, mais encore en ce sens que le patrimoine d'une personne n'est pas, à raison de sa nature incorporelle, divisible en parties matérielles ou de quantité, et n'est même pas susceptible, à raison de l'unité de la personne, de se partager en plusieurs universalités juridiques, distinctes les unes des autres»[1498]. Comme on le constate, AUBRY et RAU font dépendre les raisons de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine des attributs même du patrimoine: sa nature incorporelle, «purement intellectuelle», prohibe une division matérielle, et son lien absolu, son interdépendance, avec la personnalité, elle-même une et indivisible, empêche un partage en plusieurs universalités juridiques distinctes. Certes, quand il n'est pas considéré comme un objet incorporel lié à la personnalité, le patrimoine, comme ensemble de biens, est susceptible de se partager en parties intellectuelles ou de quotité (par exemple, dans le cas du legs à titre universel portant sur une partie

[1495] AUBRY/RAU (1873), pp. 229s.
[1496] AUBRY/RAU (1873), p. 230, note 6.
[1497] Cf. AUBRY/RAU (1873), pp. 232 à 234.
[1498] AUBRY/RAU (1873), p. 232.

aliquote de l'hérédité)[1499]; en revanche, envisagé en tant qu'objet du droit de propriété, le patrimoine est absolument indivisible[1500].

AUBRY et RAU rejettent expressément, par ailleurs, la «doctrine» de ZACHARIAE, selon laquelle, en droit français, le patrimoine d'une personne serait, dans certains cas, divisé en patrimoine immobilier et patrimoine mobilier. Selon eux, une telle distinction, d'un intérêt pratique limité, est conceptuellement inacceptable: «Mais il répugne à la raison que le patrimoine, dont les éléments sont purement intellectuels, puisse recevoir une division qui ne reposerait que sur les qualités naturelles des objets qui s'y trouvent compris»[1501].

Les deux auteurs français vont encore préciser et développer leur théorie en considérant le patrimoine selon trois optiques différentes, dans chacune desquelles l'on retrouve son caractère indivisible[1502]. Le patrimoine peut, tout d'abord, être envisagé comme un objet de droit[1503]. Fondé dans la personnalité, le patrimoine se distingue de la personne elle-même. Le rapport qui s'établit entre une personne et le patrimoine est le droit de propriété. Inversement, «le droit de propriété dont toute personne jouit sur son patrimoine, se désigne aussi sous le nom de patrimoine»[1504]. Ainsi, à travers la notion abstraite de patrimoine, qui associe la chose à la personne, le droit de propriété représente-t-il le trait d'union entre l'avoir et l'être[1505]. Quatre éléments paraissent caractériser, selon AUBRY et RAU, la nature du droit de propriété revenant à toute personne sur son patrimoine: le patrimoine constitue un bien inné, inhérent à la personnalité; le patrimoine, qui ne pourrait se comprendre détaché de la personne à laquelle il appartient, est inaliénable; le patrimoine ne se perd qu'avec la mort, et ne saurait, en conséquence, durant la vie de celui auquel il appartient, lui être enlevé contre son gré; en tant qu'objet du droit de propriété, le patrimoine est, comme nous l'avons vu, absolument indivisible.

Ensuite, le patrimoine peut être considéré comme un sujet d'obligations[1506]. Les obligations qui pèsent sur une personne doivent naturellement

---

[1499] AUBRY/RAU (1873), p. 234.
[1500] AUBRY/RAU (1873), p. 244.
[1501] AUBRY/RAU (1873), p. 232.
[1502] Cf. GAZIN (1910), pp. 22ss.
[1503] AUBRY/RAU (1873), pp. 240ss.
[1504] AUBRY/RAU (1873), p. 241.
[1505] Cf. FRISON-ROCHE/TERRÉ-FORNACCIARI (1990), pp. 239s.
[1506] AUBRY/RAU (1873), pp. 247ss.

aussi grever son patrimoine, puisque celui-ci est une émanation de la personnalité. Le droit de gage établi par le Code civil au profit des créanciers, bien qu'affectant le patrimoine même, ne peut s'exercer que sur les éléments dont il se compose. Le droit de gage étant indivisible, comme le patrimoine auquel il s'applique, tous les biens faisant partie du patrimoine d'une personne sont indistinctement affectés à l'acquittement de toutes ses obligations, quelle que soit la date à laquelle ces obligations ont pris naissance, et celle à laquelle ces biens ont été acquis.

Enfin, le patrimoine peut être étudié comme objet transmis d'une personne décédée[1507]. C'est avec le caractère d'universalité juridique que les biens d'une personne se transfèrent sous le nom d'hérédité, à ceux qui se trouvent appelés à les recueillir en tout ou partie. AUBRY et RAU distinguent trois catégories de successeurs: les successeurs particuliers proprement dits, dont le titre porte sur des objets individuellement déterminés; les successeurs particuliers (classés à tort, selon eux, dans les successeurs universels), qui sont appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote des biens du *de cujus*, sans continuer sa personnalité juridique; et, enfin, les successeurs universels (proprement dits), qui représentent la personne du défunt, en continuant sa personnalité juridique, et succèdent au patrimoine de celle-ci. Dans ce dernier cas, les successeurs sont tenus de plein droit, et ce, sur leur propre patrimoine, de toutes les dettes qui grèvent l'hérédité, comme s'ils les avaient eux-mêmes contractées.

La théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU eut un énorme retentissement en France, où elle fut appelée théorie classique ou subjective du patrimoine. La doctrine majoritaire du XIX^{e} siècle la fit sienne, parfois en radicalisant la pensée de ses concepteurs[1508]. Ainsi que nous venons de le voir, le principe de l'unité du patrimoine, qui y est exprimé d'une manière plus absolue que chez ZACHARIAE, représente l'un des piliers de cette théorie. Mais une lecture attentive de certains passages permet de relativiser cette première approche. Tout d'abord, AUBRY et RAU affirment qu'il existe des universalités juridiques, tels les objets soumis au droit de retour successoral ou les biens composant un majorat[1509], sans substrat personnel substantiel[1510]. Dans un autre paragraphe (cf. § 688), ils paraissent admettre que

[1507] AUBRY/RAU (1873), pp. 253ss.
[1508] Cf. WITZ (1997a), p. 7.
[1509] Cf. AUBRY/RAU (1869), p. 3.
[1510] Cf. SÈVE (1995), p. 4.

la communauté conjugale constitue une sorte de troisième patrimoine, qui ne se confond ni avec le patrimoine du mari, ni avec celui de la femme, sans représenter pour autant une personnalité morale[1511]. Ces éléments permettent d'envisager une certaine indépendance de l'universalité juridique vis-à-vis de la personne[1512]. Ensuite, et surtout, AUBRY et RAU ne contestent pas que la loi soit en mesure de reconnaître des exceptions au principe de l'unité du patrimoine: «Bien que le patrimoine soit, en principe, un et indivisible, notre Droit reconnaît cependant certaines universalités juridiques qui s'en distinguent»[1513]. Font ainsi partie, selon eux, des patrimoines séparés les biens qui composent une hérédité, par l'effet du bénéfice d'inventaire ou de la séparation des patrimoines, ainsi que les biens que certaines personnes sont appelées à hériter en vertu d'un droit de retour légal. De même, les biens compris dans un majorat ou dans un fidéicommis universel (ou à titre universel), forment une universalité juridique, distincte du patrimoine du titulaire du majorat, ou du fidéicommis[1514].

Dans le cadre d'une analyse subtile, où il révise en grande partie les résultats d'une étude personnellement menée plus de quinze ans auparavant[1515], SÈVE a récemment tenté de démontrer que la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU est plus complexe que les éléments qu'en retient la doctrine courante, voire unanime[1516]. A son avis, cette dernière ne prend en compte que la «théorie partielle» du patrimoine chez AUBRY et RAU, par opposition à la «théorie complète» qu'il se propose de reconstituer. On sait qu'AUBRY et RAU définissent le patrimoine comme «l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets constituant des biens»[1517]. Or, SÈVE relève que ces auteurs donnent deux acceptions différentes du terme

---

1511 Cf. SÈVE (1995), p. 4.

1512 Cf. SÈVE (1995), p. 5.

1513 AUBRY/RAU (1873), p. 234.

1514 Cf. AUBRY/RAU (1873), p. 234.

1515 Cf. SÈVE (1979), pp. 247ss. L'auteur y conclut que la carence de la théorie classique du patrimoine «réside naturellement dans son inaptitude à rendre compte de manière simple et satisfaisante des cas où existent au sujet des mêmes biens une dualité de volontés (ne formant ni une indivision ni une personne morale composée), ces deux volontés étant ou toutes deux réelles (substitution) ou l'une réelle et effective et l'autre seulement virtuelle, et d'une virtualité soit permanente, soit provisoire, soit indéfinie», telles «les dualités suivantes: fondateur-administrateur, absent-envoyés, armateur-capitaine, fou-curateur, mineur-tuteur...» (p. 256).

1516 Cf. SÈVE (1995).

1517 AUBRY/RAU (1869), p. 3.

«bien». Dans un sens large, ce mot inclut les biens innés[1518] et les biens extérieurs[1519]. Dans un sens étroit, celui du Code civil, il ne comprend ni les biens innés, ni même les droits de puissance envisagés comme tels[1520]. Pour SÈVE, la question est de savoir si, dans la proposition identifiant patrimoine et ensemble de biens, ce dernier terme est pris au sens large ou au sens étroit. AUBRY et RAU paraissent donner eux-mêmes la réponse quand ils affirment que, en «pure théorie, le patrimoine comprend tous les biens indistinctement, et notamment les biens innés, et les biens à venir»[1521]. Suivant cette acception, serait uniquement hors patrimoine le droit dont la lésion ne pourrait donner lieu à aucune réparation pécuniaire. Etant donné que seules les personnes jouissent de biens innés ou de droits de la personnalité, il est compréhensible, selon SÈVE, que «la théorie concernée a pu facilement aboutir à une interprétation simplificatrice selon laquelle tout patrimoine ou toute universalité de droit aurait comme support une personne...»[1522]. Et pourtant, d'un autre côté, nous savons qu'AUBRY et RAU admettent l'existence d'universalités juridiques sans substrat personnel substantiel, ce qui permet de retenir une notion étroite du patrimoine.

En définitive, SÈVE estime que l'affirmation selon laquelle la théorie classique suppose nécessairement un lien entre personne et patrimoine n'est vraie que lorsque le patrimoine est compris dans un sens large, mais non lorsqu'il est entendu au sens étroit (du Code civil), la notion de patrimoine rejoignant alors celle d'universalité juridique. Par la relativisation du lien absolu entre patrimoine et personnalité, le principe de l'unité du patrimoine perd sa principale justification théorique. Envisagée de cette manière, la théorie classique laisse entrevoir des dérogations (légales) au principe de l'unité du patrimoine.

En droit suisse, le concept juridique de patrimoine n'est pas défini dans la loi. Tout comme en droit français, il a été élaboré par la doctrine et la jurisprudence sur la base de dispositions éparses contenues notamment dans

---

[1518] Les biens innés sont les objets, tels le corps, la liberté ou l'honneur, «qui se confondent avec l'existence même de la personne, en tant qu'on les considère sous le rapport, soit des avantages matériels ou moraux qu'ils procurent, soit de l'action en dommages-intérêts à laquelle la lésion de pareils objets peut donner couverture» (AUBRY/RAU (1869), p, 2).

[1519] Les objets extérieurs des droits civils sont des personnes ou des choses (cf. AUBRY/RAU (1869), p. 1).

[1520] Cf. AUBRY/RAU (1869), p. 2.

[1521] AUBRY/RAU (1873), p. 230.

[1522] SÈVE (1995), p. 4.

le Code civil. D'une manière générale, on peut cependant affirmer que la conception classique du patrimoine a été bien reçue dans notre pays[1523]. En particulier, le lien intime entre propriété, patrimoine et personnalité, qui est à la base du principe de l'unité du patrimoine, est également présent dans l'esprit des rédacteurs du Code civil[1524]. Le principe de l'unité du patrimoine peut être déduit de l'art. 197 al. 1 LP, selon lequel tous «les biens saisissables du failli au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse, quel que soit le lieu où ils se trouvent, et sont affectés au paiement des créanciers».

B. Critique de la théorie classique du patrimoine

La théorie classique du patrimoine fut largement contestée par certains auteurs français, dès la fin du XIX[e] siècle, mais surtout au début du XX[e] siècle. Nous intéressera plus particulièrement la nature des critiques relatives au lien absolu entre patrimoine et personnalité, puisque ce lien, sur lequel repose toute la théorie classique, est supposé justifier le principe de l'indivisibilité du patrimoine, la personne humaine étant par définition indivisible. Avant d'étudier cette question, il convient d'évoquer brièvement la théorie du «Zweckvermögen» (patrimoine-but), dite aussi théorie objective ou moderne, laquelle a souvent été opposée, comme une doctrine alternative, à la théorie classique[1525].

La théorie du *Zweckvermögen* a été proposée à la fin du XIX[e] siècle par un courant doctrinal allemand, dont avant tout le juriste Aloïs BRINZ (1820-1887), pour remplacer le concept de «personnalité morale»[1526]. Partant de

---

1523 Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 322s. Ainsi, par exemple, dans le passage de sa thèse où il décrit la notion de patrimoine, TSCHUMY se réfère directement à AUBRY et RAU (cf. TSCHUMY (1987), pp. 19ss).

1524 Cf. HUBER (1902), p. 25), dans le livre relatif aux droits réels de l'Exposé des motifs du Code civil: «La législation a de tout temps considéré que la propriété individuelle devait être aussi bien reconnue que la personnalité humaine... En déterminant ce qui est susceptible d'appropriation privée, on a réglé l'une des fonctions les plus importantes de la vie sociale, car la personnalité ne serait guère qu'une abstraction si on ne lui accordait pas le pouvoir d'acquérir; effectivement, elle n'existe, au sens juridique du mot, que par la faculté qu'elle a de prendre sa part des biens dans la collectivité...».

1525 Cf. BELLIVIER (1997), p. 166.

1526 Cf. Aloïs BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, tome I, Erlangen, 1873, pp. 194 à 208 et 445 à 452, ainsi que tome III/2, Erlangen, 1888, pp. 449 à 586. Pour une présentation critique de cette théorie, cf. BELLIVIER (1997), pp. 167ss; CHARBONNEAU (1983), pp. 508ss; GAZIN (1910), pp. 425ss; GHANEM (1957), pp. 1ss; MARTY/RAYNAUD (1972), p. 468 et SALEILLES (1922), pp. 477ss.

l'idée que la personnalité n'appartient qu'à l'être humain, BRINZ nie l'existence d'une personnalité morale. Il en déduit que seules les personnes physiques peuvent être titulaires d'un patrimoine. Quant aux autres patrimoines, ils sont sans sujet de droit, ou plutôt appartiennent à «quelque chose», à leur destination, à leur objet, à leur but. Ce n'est donc pas la personnalité du titulaire (conception subjective), mais l'affectation à un but (conception objective), qui crée la cohésion entre les divers éléments composant une universalité. En conséquence, un patrimoine existe dès qu'une masse de biens et de dettes trouve sa cohérence dans une destination commune.

La théorie objective du patrimoine exerça une certaine influence sur la science juridique française sans toutefois parvenir jamais à s'imposer[1527]. Ses adeptes, tels PLASTARA[1528] ou DUGUIT[1529], eurent tendance à en forcer les traits, en l'étendant notamment aux biens appartenant aux personnes physiques. DUGUIT, par exemple, relève qu'il est inutile de faire intervenir le concept de personnalité pour expliquer le patrimoine individuel. Pour le célèbre constitutionnaliste, il est évident qu'un droit subjectif ne peut exister sans une personne qui en soit le sujet. Mais, à son avis, le patrimoine est un ensemble de richesses affecté à un but déterminé, et non un ensemble de droits; de ce fait, cette affectation est susceptible d'être socialement protégée, sans nécessité d'une personne titulaire du patrimoine. Ainsi comprise et transformée, la théorie du patrimoine d'affectation parvient à des résultats parfaitement opposés aux solutions résultant de la théorie classique: une personne peut avoir, outre son patrimoine général, des patrimoines affectés à des destinations particulières; les patrimoines spéciaux peuvent être transmis entre vifs à titre universel, l'acquéreur recueillant l'actif et le passif; une personne peut créer une fondation en détachant, par donation entre vifs ou legs, une masse de biens et en l'affectant à une œuvre[1530].

Dans son livre, intitulé *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, paru en 1899[1531], François GENY effectua une critique générale de la méthode d'interprétation juridique traditionnelle. A l'occasion d'un chapitre consacré à la «critique rationnelle de l'importance attachée

---

[1527] Cf. BELLIVIER (1997), pp. 171ss.

[1528] PLASTARA (1903), pp. 71ss.

[1529] Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome troisième, *La théorie générale de l'Etat*, Paris, 1930, pp. 333ss.

[1530] Cf. CHARBONNEAU (1983), pp. 509ss et TERRÉ/SIMLER (1992), p. 9.

[1531] Nous avons travaillé sur la base de la seconde édition, «revue et mise au courant», publiée en 1919.

aux conceptions», il évoqua la théorie classique du patrimoine à titre d'exemple de sa démonstration. Après s'être élevé contre «les conceptions *a priori*, fécondées par la déduction à outrance», «les affirmations pures», «les concepts sans fondements objectifs», les «préjugés basés sur la tradition ou l'éducation inconsciente de l'esprit»[1532], GENY rappelle que la théorie d'AUBRY et RAU part de l'idée «*a priori*, et purement conceptuelle» que le patrimoine est une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique d'une personne[1533].

Certes, GENY admet à juste titre que la théorie classique du patrimoine n'est pas critiquable lorsqu'elle reprend le concept d'universalité juridique: «Assurément, il est naturel de se représenter l'ensemble des droits et obligations d'une personne, comme formant un tout complexe, indépendant des objets particuliers qui le composent, et soumis à un régime homogène répondant à l'idée d'universalité juridique»[1534]. Une telle notion permet notamment d'expliquer le régime juridique de l'exécution forcée et de la succession universelle. Mais, comme GENY l'observe tout aussi pertinemment, la théorie classique, «pure conception de l'esprit», représente en vérité une déformation et une dénaturation du concept d'universalité juridique[1535]. Selon GENY, qui doit être approuvé, cette théorie est «inutile», car incapable de prendre en compte les nombreuses solutions légales qui lui sont contraires, et «dangereuse», «car elle empêche maints développements que, sans ces idées préconçues, la jurisprudence progressive pourrait et devrait réaliser d'elle-même», telle «la reconnaissance de patrimoines d'affectation»[1536]. La théorie classique représente finalement un bon exemple d'objectivation et de sacralisation de concepts idéaux et subjectifs qui sont en contradiction avec les nécessités pratiques de la vie sociale[1537]. Pour GENY, l'erreur fondamentale provient du fait que l'on a élevé au rang de «principes de justice ou d'utilité universelles, immuables dans leur essence», mais non dans les détails de leur application, des abstractions logiques consistant, en réalité, en de simples «procédés techniques», d'origine conceptuelle et de nature subjective, et qui n'ont de raison d'être que la mise en œuvre des principes de justice susmentionnés[1538].

[1532] GENY (1919), pp. 132ss.
[1533] GENY (1919), pp. 141s.
[1534] GENY (1919), p. 143.
[1535] GENY (1919), pp. 142s.
[1536] GENY (1919), p. 143.
[1537] GENY (1919), pp. 146s.
[1538] GENY (1919), p. 147.

Les critiques de GENY sur la théorie classique du patrimoine marquèrent la science juridique de l'époque et inspirèrent certains auteurs, tels PLASTARA (en 1903)[1539] ou GAZIN (1910)[1540], qui les développèrent substantiellement dans leurs travaux sur la notion juridique du patrimoine. GAZIN remarqua, par exemple, à bon escient, que la reconnaissance par AUBRY et RAU de l'existence d'exceptions au principe de l'unité du patrimoine, «renferme la condamnation du principe lui-même», dès lors que le principe, conçu comme un dogme absolu, ne devrait pas souffrir d'exceptions[1541].

La doctrine plus récente rejette la théorie dite objective, alors qu'elle approuve dans les grandes lignes la théorie dite classique, tout en en dénonçant les excès, tant dans son fondement que dans ses effets[1542]. On ne conteste généralement pas que les éléments d'un patrimoine soient liés entre eux du fait qu'ils répondent tous à un même but, à une même utilité[1543]. On reproche, en revanche, à la théorie objective, telle qu'adaptée par certains auteurs français, d'être fondée sur une confusion entre la personne au sens juridique du terme, soit le sujet de droit (qui comprend les personnes morales), et la personne au sens philosophique du terme, soit un être individualisé doué de la conscience de soi, ce qui l'amène à nier la nécessité, pourtant essentielle, du sujet de droit comme support du patrimoine. Or, la cohésion des composantes du patrimoine sous un titulaire serait indispensable pour maintenir l'unité et la cohérence intellectuelle d'éléments forcément disparates. La théorie objective aurait, enfin, comme défaut de permettre à tout individu de fragmenter, au détriment de ses créanciers, son patrimoine en une multitude de masses, ayant chacune leur actif et leur passif particulier[1544].

Quant à la théorie classique, on lui reconnaît le mérite de postuler qu'il n'y a point de patrimoine sans une personne humaine ou morale qui en soit titulaire. On approuve aussi la conception du patrimoine comme une universalité juridique, composée d'un ensemble d'actifs et de passifs, actuels et

---

1539 PLASTARA (1903), pp. 57 à 66.

1540 GAZIN (1910), lequel critique de manière approfondie, aux pages 241 à 364, l'idée d'indivisibilité du patrimoine.

1541 GAZIN (1910), pp. 242s.

1542 Cf. WITZ (1997a), pp. 8s.

1543 Cf. COHET-CORDEY (1996), p. 820ss et MAZEAUD/CHABAS (1986), p. 290.

1544 Pour un résumé des critiques de la théorie objective, cf. CHARBONNEAU (1983), pp. 511s; COHET-CORDEY (1996), pp. 827s; GHANEM (1957), pp. 1 à 11; MARTY/RAYNAUD (1972), pp. 468s.

futurs, dans laquelle l'actif répond du passif. On lui reproche, en revanche, le lien trop étroit, voire même la confusion, qu'elle établit entre patrimoine et personnalité. Par ailleurs, le prétendu fondement du principe de l'unité du patrimoine, soit l'unité de la personne, est contestable puisque, si la personne est physiquement une et indivisible, elle est cependant multiple et plurale dans ses activités sociales[1545]. «C'est donc pur verbalisme que d'asseoir l'unité du patrimoine sur celle de la personne. Ce que l'on présente comme une justification n'est, au vrai, qu'une autre formulation du principe qu'il s'agit de justifier...»[1546]. Enfin, son caractère purement logique et abstrait ne lui permettrait pas de rendre entièrement compte de la réalité. Elle ne serait, par exemple, pas en mesure de justifier les exceptions nombreuses, pourtant connues d'AUBRY et RAU, que le droit positif a apportées au principe de l'unité du patrimoine. Le Code civil français connaît, en effet, dès sa création, aussi bien des hypothèses dans lesquelles une même personne est titulaire de deux patrimoines (par exemple, l'héritier qui accepte la succession sous bénéfice d'inventaire), que des hypothèses dans lesquelles le patrimoine d'une personne est scindé en plusieurs masses, dont chacune a un régime juridique distinct (par exemple, les époux sous le régime de la communauté). En outre, il existe dans la pratique des cas de transmissibilité entre vifs du patrimoine[1547].

Quoi qu'il en soit, la législation postérieure au Code civil de 1804 tend, d'une manière générale, à multiplier les exceptions au principe de l'unité du patrimoine. Rien que dans les domaines du droit des affaires ou du droit financier, on dénombre des cas variés de dérogations[1548]. Comme exemples de dissociation entre patrimoine et personne (physique ou morale), on peut citer le fonds commun de placement ou de créances, cas de patrimoine sans titulaire personnifié, ou alors, la masse des obligataires, cas de titulaire (per-

---

[1545] Cf. FRISON-ROCHE (1995), pp. 109ss.

[1546] GRIMALDI/REYNIS (1987), p. 587.

[1547] Pour une évocation de ces diverses critiques, cf. BELLIVIER (1997), pp. 171ss; CHARBONNEAU (1983), pp. 501ss; GHANEM (1957), pp. 21ss; GRIMALDI/REYNIS (1987), p. 587; MACDONALD (1994), pp. 771ss; MARTY/RAYNAUD (1972), pp. 467ss; MAZEAUD/CHABAS (1986), pp. 355ss et WITZ (1997a), pp. 14ss.

[1548] Cf. Yann PACLOT, Sylvie MOISDON et Geneviève de LAPASSE, «La réalité de l'unicité du patrimoine. Synthèse de droit des affaires», document annexe à l'étude sur la *Sociologie du patrimoine*, effectuée au sein du Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), sous la direction de Marie-Anne FRISON-ROCHE et François TERRÉ (Paris, juillet 1995, document ronéotypé). Cf. aussi WITZ (1997a), p. 19.

sonne morale) sans patrimoine. Dans la catégorie des cas de titularité de plusieurs patrimoines, on se référera à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L.), créée en 1985 (cf. art. 1832, al. 2 Code civil)[1549]. Certes, au patrimoine d'affectation consistant en une masse séparée dans le patrimoine de l'entrepreneur, préconisé par de nombreux auteurs et experts[1550], le législateur a préféré la société unipersonnelle, structure d'affectation d'un patrimoine à une entreprise, considérée comme une société (sans associés!) ayant la personnalité morale[1551]. Sur le plan des principes, le législateur n'a dès lors pas véritablement dérogé à la règle de l'unité du patrimoine: c'est un nouveau sujet de droit, la société, et non l'individu, qui est titulaire du patrimoine affecté à l'entreprise[1552]. On peut toutefois se demander s'il ne s'agit pas d'une simple apparence d'être social[1553]. Car l'aspect déterminant réside dans la possibilité offerte à l'entrepreneur de constituer librement, dans le cadre d'une activité commerciale, un patrimoine spécialisé, à côté de son patrimoine général, ce qui permet de réaliser une scission entre patrimoine professionnel et patrimoine familial[1554].

La loi no 94-126 du 11 février 1994, dite loi Madelin, permet désormais à une personne physique d'instituer plusieurs E.U.R.L., en érigeant en patrimoines distincts plusieurs masses de biens, selon ses diverses activités[1555]. La loi Madelin prévoit, en outre, diverses mesures qui tendent à limiter les droits des créanciers pour dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel sur les biens de l'entreprise[1556]. La création de l'E.U.R.L. s'insère sans doute dans un mouvement législatif qui s'est amorcé depuis quelques années en faveur de l'admission des patrimoines d'affectation, le plus souvent, il est vrai, par le biais de l'émergence de personnes morales[1557]. Enfin, en sus de ces nombreuses exceptions légales, il faut mentionner l'existence

---

[1549] Art. 1832 (loi n. 85-697 du 11 juillet 1985, art. 1er), al. 1: *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*; al. 2: *Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.*

[1550] Cf. BREDIN (1990), pp. 24ss et CHAMPAUD (1979), pp. 579ss.

[1551] Sur ce choix, cf. GHESTIN/GOUBEAUX/FABRE-MAGNAN (1994), pp. 165ss; SERLOOTEN (1985), pp. 187ss et WITZ (1997a), p. 18.

[1552] Cf. WITZ (1997a), p. 18.

[1553] Cf. CHAMPAUD (1991), p. 702.

[1554] Cf. CHAMPAUD (1991), p. 702 et GRIMALDI/REYNIS (1987), pp. 587ss.

[1555] Cf. WITZ (1997a), p. 18.

[1556] Cf. WITZ (1997a), p. 18.

[1557] Cf. TERRÉ/SIMLER, p. 10.

de nombreux cas dans lesquels la fonction pratique de l'unité du patrimoine est atteinte, la consistance du droit de gage général des créanciers étant modifiée de par la volonté du débiteur (clause de réserve de propriété, crédit-bail, techniques de cession temporaire de titres ou de comptes affectés, etc.). On peut également se référer dans ce contexte au cas de l'insaisissabilité de biens, prescrite ou autorisée par la loi à divers titres[1558].

Reste, finalement, à apprécier la valeur du principe de l'unité du patrimoine. La doctrine française conteste désormais son caractère intangible. On reconnaît généralement qu'elle constitue une règle souple à laquelle le législateur peut déroger[1559]. De manière plus critique, d'aucuns ne voient dans l'unité du patrimoine, au niveau législatif, qu'une simple «pétition de principe écartée aussitôt que le bon sens et les nécessités pratiques» l'exigent[1560]. Selon GHANEM, tous «les organes de la création du Droit positif», donc également la jurisprudence, doivent être en mesure de juger si, dans certains cas, les biens affectés à un but digne de protection peuvent être soumis à un régime juridique spécial[1561]. Mais certains auteurs vont encore plus loin, en mettant ouvertement en cause l'existence et l'effectivité de la règle de l'unité du patrimoine[1562]. Depuis qu'en 1972, la Cour de cassation a admis implicitement le caractère supplétif de l'art. 2092 du Code civil français[1563], ils estiment qu'il est théoriquement permis aux particuliers d'organiser conventionnellement un patrimoine d'affectation. Le principe même de l'unité du patrimoine ne résulterait ainsi pas du droit positif[1564]. Il s'agi-

---

1558 Cf. WITZ (1997a), pp. 20ss.

1559 Cf. CARBONNIER (1991), p. 17.

1560 Claude CHAMPAUD, «L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. Rapport du groupe d'étude chargé d'introduire l'E.P.R.L. dans le droit français», in *Revue trimestrielle de droit commercial* (Paris) 1979, p. 602.

1561 GHANEM (1957), pp. 148ss.

1562 Cf. SERLOOTEN (1985), p. 190.

1563 Cf. arrêt de la Ière chambre civile de la Cour de cassation du 15 février 1972, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation* I, n. 50 (validité de la clause qui, par dérogation expresse à l'art. 2092, limite le gage des créanciers aux seuls biens que le débiteur possède en Algérie).

1564 Cf. ZÉNATI/REVET (1997), p. 20 et ZÉNATI (1994), p. 889: «Il n'y a pas en droit français d'impossibilité positive d'avoir plusieurs patrimoines; l'unité n'est en effet que le reflet du *plerum que fit*. Si cette impossibilité existait, il serait interdit d'affecter une partie de ses biens au gage de certains créanciers. Or la règle de l'article 2092 du code civil n'est pas d'ordre public (Civ. 1re, 15 févr. 1972, *Bull. civ.* I, n. 50). Il est vrai qu'il est extrêmement compliqué d'organiser conventionnellement un patrimoine d'affectation, car cela nécessite des conventions avec tous les créanciers. Il n'en demeure pas moins qu'il est loisible de le faire, ce qui permet de douter de l'existence d'un

rait d'une règle plus «religieuse» que juridique[1565].

Cependant, malgré les critiques et les dérogations de fait ou de droit auxquelles il est soumis, le principe de l'unité du patrimoine conserve encore un prestige certain, aussi bien auprès de la doctrine[1566], de la jurisprudence[1567], que, plus largement, des personnes ayant fait des études dans les facultés de droit[1568], de sorte qu'il demeure une règle d'interprétation importante du droit positif français. C'est la raison pour laquelle il est revenu au centre des débats, à l'occasion de la présentation et de l'appréciation des avant-projets (des 13 février 1990, 14 novembre 1990 et 1er juillet 1991) et du projet de loi français (du 20 février 1992) tendant à instituer la fiducie[1569]. Etant donné que, comme nous le verrons[1570], ce projet donnait une large place au concept de patrimoine séparé, de nombreux auteurs ont jugé bon de rappeler que rien dans la conception moderne du patrimoine en droit français ne s'y opposait[1571].

A l'instar d'autres ordres juridiques, le droit suisse connaît lui aussi de nombreuses exceptions au principe de l'unité du patrimoine. Comme le re-

---

véritable principe s'y opposant, au sens d'une norme fondamentale structurant tout l'ordre juridique». Sur cette question, cf. l'appréciation nuancée de WITZ (1997a), pp. 13s.

1565 Cf. CHAMPAUD (1991), p. 702 et BREDIN (1990), pp. 24s: «Le principe de l'unité du patrimoine est un principe qui fascine les juristes, essentiellement parce que nous appartenons, me semble-t-il, à des civilisations dans lesquelles ce qui est un est forcément mieux que ce qui est deux, dogme de la civilisation occidentale qui la sépare des civilisations orientales. On peut y chercher des origines religieuses: la tension vers l'unité, vers le Dieu unique, est le progrès, le sens de la vie, le chemin du salut. Il ne faut avoir qu'une famille, une maison, un travail, un patrimoine, sinon la menace du péché, de la déchéance, de la schizophrénie... guette celui qui semblerait avoir deux maisons, deux vies, deux patrimoines».

1566 Cf., par exemple, CARBONNIER (1991), pp. 19s et GHESTIN/GOUBEAUX/FABRE-GAGNAN (1994), pp. 159s et 165.

1567 Dans un arrêt rendu en 1993, la chambre commerciale de la Cour de cassation a appliqué, sans nécessité, le principe de l'unité du patrimoine (cf. ZÉNATI (1994), p. 888, lequel y voit une consécration «plutôt embarrassante» de la théorie classique du patrimoine).

1568 Le principe de l'unité du patrimoine relève, en France, de la «culture juridique générale», de la «coutume orale juridique». Il est, en revanche, ignoré des praticiens ou individus (chef d'entreprise, financier, particulier) non juristes (cf. FRISON-ROCHE (1995), pp. 60ss).

1569 Projet de loi instituant la fiducie, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 février 1992 (no 2583).

1570 Cf. *infra*, pp. 364ss.

1571 Cf. CHAMPAUD (1991), pp. 701s; DE GUILLENCHMIDT/CHAPPELLE (1990), p. 8; FRISON-ROCHE (1995); GRIMALDI (1991a), pp. 918s et ZÉNATI (1994), p. 888.

lève ROSSIER d'une manière générale, mais dans un contexte qui convient à notre propos, il se peut «que le droit juge qu'un intérêt digne de protection, une affectation particulière d'un bien ou d'un ensemble de biens, justifie une dérogation au principe de l'unité du patrimoine, en prévoyant un régime spécial pour certains de ses éléments ... voire en isolant une masse cohérente de droits et de dettes ... au sein d'un patrimoine général»[1572]. La notion de patrimoine séparé (*Sondervermögen*), soit «un ensemble de droits, détachés du patrimoine général d'une personne et soumis à un régime juridique particulier»[1573], n'est donc pas étrangère au droit suisse. En 1907 déjà, le Code civil suisse organise des masses distinctes dans le cadre des régimes matrimoniaux[1574]. Comme autres exemples voulus par le législateur, on peut citer la succession sujette à liquidation officielle (art. 593ss CC), la succession en mains de l'héritier grevé d'une substitution fidéicommissaire (art. 491 al. 2 CC), et les biens pour lesquels une personne capable de discernement mineure ou interdite bénéficie d'une capacité spéciale (art. 321, 323, 412 et 414 CC)[1575].

La spécificité du régime juridique auquel sont soumis ces patrimoines concerne généralement leur gestion ou encore leur traitement particulier en matière de succession ou d'exécution forcée. Ainsi, lorsqu'une personne est titulaire d'un patrimoine comprenant un patrimoine séparé, ses créanciers personnels ne peuvent saisir, en principe, que les éléments de son patrimoine général («Hauptvermögen»), et non, sauf à titre subsidiaire, ceux composant le patrimoine séparé[1576]. Enfin, dans l'hypothèse où une personne est titulaire de plusieurs patrimoines séparés, la subrogation patrimoniale s'opère dans la règle de façon distincte pour chacun d'eux (système des remplois)[1577].

En sus de ces exceptions légales, le principe de l'unité du patrimoine est souvent détourné dans la pratique par la constitution, illicite[1578] mais

---

1572 ROSSIER (1989), p. 880.

1573 STEINAUER (1997), p. 32.

1574 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 323.

1575 Cf. STEINAUER (1997), p. 32. Voir aussi ENGEL (1997), p. 38s.

1576 Cf. MEIER-HAYOZ (1981), p. 79.

1577 Cf. STEINAUER (1997), pp. 32s.

1578 Notamment, en contravention des règles sur la société anonyme, cf. l'art. 625 CO. al. 1: *La société comptera, lors de sa fondation, au moins autant d'actionnaires qu'il est nécessaire pour constituer le conseil d'administration et la révision conformément aux statuts; leur nombre ne peut être inférieur à trois*; al. 2: *Lorsque le nombre des actionnaires tombe au-dessous de ce chiffre ou que la société ne possède pas les organes prescrits, le juge peut, à la requête d'un actionnaire ou d'un créancier, prononcer la*

rarement réprimée, de sociétés de capitaux unipersonnelles, lesquelles permettent à leur constituant de limiter leur responsabilité pécuniaire et de sauvegarder leur patrimoine personnel[1579]. Il faut également rappeler l'existence de sociétés de domicile, créées pour gérer des portions de fortune de manière autonome[1580], dans des circonstances qui constituent parfois de véritables fraudes à la loi.

dissolution, à moins que la société ne rétablisse la situation légale dans un délai convenable...

[1579] Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 323s.

[1580] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 324.

CHAPITRE III

SYNTHÈSE

Il n'a jamais été notre intention de nier ici la pertinence de certains des principes fondateurs du droit privé moderne (distinction entre droits réels et droit des obligations; *numerus clausus* des droits réels; unité du patrimoine). Ils assurent une relative sécurité et transparence des transactions juridiques, et ils protègent les tiers, notamment les créanciers[1581]. De même, il ne saurait être question de contester la qualité du travail de systématisation du droit opérée, dans un esprit de concision, de clarté et de cohérence, par la science juridique du XIX^e^ siècle[1582]. En revanche, nous avons souhaité nous élever contre les excès de cette entreprise. On peut à cet égard observer une évolution sensible de la pensée juridique et des méthodes de travail des juristes allemands dans le courant du XIX^e^ siècle. Dans la première moitié de celui-ci, on assiste à un débat ouvert, où des propositions très diverses sont discutées. On procède alors à l'exégèse et à l'analyse détaillée des sources romaines, lesquelles sont étudiées pour elle-mêmes et servent de modèle[1583]. Dans la seconde moitié de ce même siècle, ces sources ne deviennent bien souvent qu'un moyen d'étayer un point de vue préconçu, dans un contexte où les positions dogmatiques se rigidifient[1584]. Avec sa volonté démesurée de classifier et de conceptualiser, doublée d'une conviction exacerbée qu'elle exprime des «vérités résultant de la nature des choses», la doctrine majoritaire transforme la plupart des concepts juridiques en des dogmes intangibles.

Les défauts du système pandectiste (droit trop dogmatique et abstrait), auquel la théorie française du patrimoine n'a rien à envier, ont déjà été relevés au XIX^e^ siècle. Par la suite, les critiques sont devenues plus ciblées et se sont concentrées sur des questions spécifiques. Tant l'évolution des échanges et des usages commerciaux que le caractère choquant de certains résultats obtenus par une stricte application de ces règles ont rendu leur assouplissement indispensable. Parfois, une intervention du législateur a été

1581 Cf. FOËX (1987), pp. 29ss; REY (1991), pp. 71s et STEINAUER (1997), pp. 38ss.

1582 Sur la méthode de la science des Pandectes, cf. PUGLIESE (1985), pp. 104ss et WIEACKER (1980), pp. 123ss.

1583 Sur l'exemple du droit de gage, cf. WIEGAND (1981), p. 5.

1584 Cf. WIEGAND (1981), p. 14.

nécessaire, mais souvent, l'adaptation a été l'œuvre de la jurisprudence. En tant qu'autorité de proposition reconnue, la doctrine a aussi joué un rôle essentiel (par exemple, en matière de *leasing* ou de réserve de propriété).

Le droit suisse, pourtant réputé moins théorique, plus pragmatique, que le droit allemand, n'a pas résisté, en matière de fiducie, à l'attrait des sirènes pandectistes. Malgré une évolution sensible ces toutes dernières années, il faut constater que la conception dogmatique de l'acte fiduciaire reste encore aujourd'hui largement dépendante du moule issu du XIX^e^ siècle. Or, un acte qui unit si étroitement droit des biens et droit des obligations et qui a comme but de distinguer la titularité économique de la titularité juridique sur un bien aurait nécessité un «costume sur mesure». L'habit prétaillé – à l'image des grands principes de la codification – qu'on lui a fait revêtir ne lui convient guère. Le développement fulgurant des domaines d'application de la fiducie-gestion n'a fait qu'amplifier le problème.

Nous savons maintenant qu'aucun fondement dogmatique ou historique n'empêche une évolution. L'acte fiduciaire helvétique ne correspond pas à la *fiducia* romaine, mais au *fiduziarisches Rechtsgeschäft* allemand, lequel est fondé sur des dogmes dont l'application sans nuance est largement remise en cause. Au demeurant, il faut préciser que les principes sur lesquels repose la théorie de l'acte fiduciaire ne possèdent pas, en droit suisse, de rang juridique supérieur. Ils n'ont, en particulier, pas de valeur constitutionnelle et n'ont même pas fait l'objet, hormis les normes régissant le droit de propriété, de définitions légales spécifiques. Ils résultent plutôt d'une interprétation de la loi et représentent, en conséquence, tout au plus des principes ou postulats législatifs[1585]. «Les principes fondamentaux de ce qu'on appelle le droit civil ne sont pas des dogmes dont toute violation aurait des allures de blasphème. Leur fonction est avant tout d'organiser la protection d'intérêts légitimes, en fonction desquels ils orientent plus qu'ils n'entravent la réflexion juridique»[1586]. Il s'agit donc de déterminer comment il est possible de préserver leur rôle, tout en les adaptant aux besoins nouveaux des sujets de droit.

[1585] En ce qui concerne le principe de l'unité du patrimoine, cf. THÉVENOZ (1995), p. 324. Voir aussi THÉVENOZ (1997), p. 126.

[1586] ROSSIER (1989), p. 890.

Le droit doit évoluer avec son temps. Un ordre juridique mature est capable de moderniser ses règles, même ses principes fondateurs[1587]. Aucune «institution n'est définitivement figée. Si elle est vivante, son développement et son champ d'utilisation conduisent à la modification de ce qui paraissait définitivement acquis»[1588]. La fiducie suisse est aujourd'hui prête pour un renouvellement de son régime juridique.

[1587] Ainsi, Eugen BUCHER (1983), p. 380, en ce qui concerne l'évolution qu'il souhaite du droit des obligations: «Der Eintritt des Gesetzes ins zweite Lebensjahrhundert ist Anlass, sich darauf zu besinnen, dass das Recht nicht eine unveränderliche, statische Grösse, sondern vielmehr etwas Lebendiges, in steter Weiterbildung Begriffenes ist. Wird das Gesetz als derzeit unveränderlich aufgefasst, heisst dies, dass diese Weiterbildung des Rechts nur durch eine gewisse *Abstandnahme vom Gesetz* möglich ist. Damit wird verlangt Wiederanknüpfen an die Tradition wie vermehrte Berücksichtigung der Entwicklungen im Ausland, vor allem aber verstärkte kritische Bewertung der Resultate und Berücksichtigung sachlogischer Gesichtspunkte. Unvermeidlich ist es, in gewissem Sinne den Geltungsanspruch des Gesetzes zu relativieren...».

[1588] REYMOND (2000), p. 689.

QUATRIÈME PARTIE

POUR UNE FIDUCIE RENOUVELÉE

Nous pouvons tirer des trois premières parties de notre recherche les enseignements suivants. La conception théorique actuelle de la fiducie-gestion est insatisfaisante, car, d'une part, elle n'est pas appliquée dans toutes ses conséquences par la jurisprudence et, d'autre part, elle freine une évolution économiquement concurrentielle de la fiducie (cf. *supra*, première partie). Or, des principes théoriques qui sont trop stricts pour être entièrement suivis et dans le même temps assez solides pour rendre impossible l'adaptation d'une institution aux besoins de ses utilisateurs sont doublement inadéquats. Les partisans de la théorie de l'acte fiduciaire ne peuvent s'appuyer ni sur la *fiducia* romaine (cf. *supra*, deuxième partie), ni sur le caractère prétendument intangible de certains principes du droit privé (cf. *supra*, troisième partie). A défaut d'obstacle dogmatique de principe, on peut sereinement envisager un nouveau régime juridique de la fiducie-gestion en droit suisse. Dans certains ordres juridiques de tradition romaniste, une telle réforme a déjà été effectuée ou envisagée, par la voie législative ou réglementaire.

Après avoir évoqué quelques expériences étrangères récentes (chapitre I), nous définirons les contours d'une fiducie-gestion helvétique renouvelée (chapitre II). Celle-ci sera ensuite confrontée avec le trust, tel qu'il résulte en particulier de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, ainsi que des *Principles of European Trust Law* (chapitre III).

CHAPITRE I

TROIS EXEMPLES ÉTRANGERS DE FIDUCIE RENOUVELÉE

Peu d'actes juridiques ont autant défrayé la chronique en Europe ces quinze dernières années que la fiducie. Susceptible d'applications variées, la fiducie a bénéficié, notamment dans le domaine de la gestion de patrimoines, de l'internationalisation croissante des marchés financiers et de l'extrême rapidité des flux de capitaux. L'explosion des besoins de la pratique a cependant révélé au grand jour les limites et la vétusté d'une fiducie, dénommée «acte fiduciaire», conçue à l'image des principes cardinaux qui sous-tendent la codification du droit privé. Plusieurs ordres juridiques de *civil law* ont ainsi ressenti la nécessité d'adapter le régime juridique de leur fiducie. Les solutions trouvées ou proposées à l'étranger méritent d'être évoquées, car elles constituent certainement une source d'inspiration importante pour notre pays. La richesse des sources à notre disposition nous a contraint à des choix difficiles.

Le règlement luxembourgeois relatif aux opérations fiduciaires des établissements de crédit, en vigueur depuis 1983, retiendra, tout d'abord, notre attention (section A), car les principales applications pratiques de la fiducie-gestion au Luxembourg, qui ont cours en matière de gestion de capitaux (placements sur l'Euromarché, notamment), ont également une importance non négligeable en Suisse[1589]. Le projet de loi français sur la fiducie nous intéressera ensuite, en ce qu'il a donné lieu à des débats doctrinaux animés sur les notions de propriété absolue et d'unité du patrimoine (section B). Nous examinerons, enfin, la fiducie québécoise, telle qu'elle est issue du nouveau Code civil, entré en vigueur en 1994. Il n'est, en effet, pas sans intérêt d'étudier de quelle manière la fiducie a été codifiée dans un ordre juridique représentant «un îlot de *Civil law* entouré d'un océan de *Common law*»[1590] constamment soumis à la concurrence de certaines institutions typiquement anglo-américaines, tel le trust (section C). Enfin, d'autres expériences étrangères seront simplement mentionnées dans une synthèse (section D).

[1589] Cf. *supra*, pp. 10s.

[1590] THÉVENOZ (1995), p. 328.

Auparavant, il convient de rappeler quels sont les éléments essentiels de la *fiducia* romaine, de l'acte fiduciaire du droit suisse et du trust, dans la mesure où la structure des fiducies étrangères renouvelées se trouve parfois à mi-chemin entre l'une et l'autre de ces conceptions.

Nous l'avons vu, la *fiducia* romaine se caractérise par un transfert temporaire, du fiduciant au fiduciaire, de la titularité formelle sur un bien afin que le fiduciaire en assure la sécurité, tant du point de vue juridique que matériel. Quoique le fiduciaire soit investi de la qualité de propriétaire, le fiduciant conserve des pouvoirs juridiques importants sur ce bien, dont il demeure, en outre, titulaire de la valeur patrimoniale[1591].

Selon la théorie de l'acte fiduciaire retenue en droit allemand et en droit suisse, le fiduciant transfère au fiduciaire la propriété pleine et entière sur un bien (effet *erga omnes*), dont l'usage est cependant limité par une convention *inter partes*[1592].

Enfin, la multiplicité de formes et d'usages du trust rend difficile l'élaboration d'une définition[1593]. Lorsqu'il est issu d'un acte de volonté individuelle (*express trust*, cf. la définition qu'en donne la CLH à son article 2 al. 1[1594]), il consiste en une stipulation par laquelle le constituant du trust ou *settlor of the trust* transfère certains biens à un ou plusieurs *trustee* qui les administreront, soit dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires (*cestuis que trust*), soit pour la poursuite d'un but d'ordre général[1595]. Sur le plan du droit des biens, GRIMALDI définit le trust «comme l'état d'un bien faisant l'objet de deux propriétés: l'une (*legal property* ou *legal interest*) qui appartient au *trustee*, et à laquelle sont attachés le titre et les pouvoirs; l'autre (*equitable property* ou *equitable interest*) qui appartient au *beneficiary* ou *cestui que trust*, et à laquelle est attaché l'émolument, la valeur, la richesse.

1591 Cf. *supra*, deuxième partie.

1592 Cf. *supra*, pp. 17ss et 54ss.

1593 Cf. HOSS (1994), p. 1080 et WITZ (1981), p. 4. Le trust est l'exemple-type de la structure dualiste (*common law* et *equity*) du droit anglais. Pour une présentation sommaire du trust et de ses origines historiques, cf. CANTIN CUMYN (2000), à paraître; DAVID/JAUFFRET-SPINOSI (1992), pp. 284ss; MOOSMANN (1999), pp. 1ss; SCHNITZER (1963), pp. 58ss; SEEL-VIANDON (1979), pp. 23 à 157 et PHILIPPE (1997), pp. 21ss. Voir aussi, *infra*, pp. 479ss et 492ss.

1594 Cf. art. 2 al. 1 de la Convention: *Aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par actes entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.*

1595 WITZ (1981), p. 4.

Il est un mode dualiste d'appropriation, où l'un gère souverainement pour le compte de l'autre»[1596].

On remarquera que ces trois institutions peuvent être réduites à un dénominateur commun: le fiduciaire (ou le *trustee*) est investi de la titularité formelle sur un bien, qu'il exerce au profit économique d'une autre personne, le fiduciant ou le bénéficiaire.

A. Le règlement grand-ducal luxembourgeois

Il est notoire que les banques luxembourgeoises pratiquent la gestion de patrimoines ou le placement de devises depuis des dizaines d'années. Mais, jusqu'en 1983, ces activités prenaient la forme de contrats de commission, de mandat ou de dépôt et n'étaient pas régies par des règles permettant de protéger de manière satisfaisante le patrimoine du maître[1597]. Un règlement grand-ducal «concernant la représentation fiduciaire» fut certes promulgué le 22 décembre 1972, dans le but d'assurer la représentation et la protection des intérêts des propriétaires de titres de créance à l'égard de l'émetteur de titres[1598]. Ce texte se limitait toutefois à instituer un «représentant fiduciaire», en réalité simple mandataire aux pouvoirs de représentation élargis[1599].

Or, la volonté de développer la place financière de Luxembourg, en tenant compte des formes modernes de gestion du patrimoine couramment pratiquées dans d'autres pays, amena le Gouvernement, appuyé par les milieux bancaires, à étudier les possibilités d'édicter une réglementation apte à apporter une plus grande sécurité aux titulaires économiques des patrimoines confiés aux banques luxembourgeoises[1600]. Il fallait notamment permettre à ces dernières de participer de manière concurrentielle aux divers «euro-marchés» (marchés monétaires interbancaires)[1601].

Cette réflexion aboutit à une réglementation partielle des opérations fiduciaires, le règlement «relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit», arrêté le 19 juillet 1983 par le Grand-Duc de Luxembourg, en

---

1596 GRIMALDI (1991a), p. 909.
1597 Cf. HOSS (1994), p. 1083 et KRIEPS (1990), p. 148.
1598 Cf. HOSS (1994), p. 1082.
1599 Cf. HOSS (1994), p. 1082; KRIEPS (1990), p. 151 et références citées par WITZ (1984), p. 141, note 8.
1600 Cf. HOSS (1994), p. 1107; KRIEPS (1990), pp. 148ss et WITZ (1984), pp. 139s.
1601 Cf. WOLTER (1999), pp. 123ss.

vertu d'une habilitation expresse résultant d'une loi dite «de pleins pouvoirs» du 24 décembre 1982[1602]. La «Commission pour l'amélioration de l'infrastructure législative de la place financière de Luxembourg» (CAIL), qui élabora le texte[1603], chercha à «reconnaître la spécificité et la licéité des contrats fiduciaires» et à leur «conférer certains effets juridiques particuliers», tout en refusant de parvenir à un démembrement *sui generis* du droit de propriété[1604]. Il s'agissait d'introduire des dispositions inédites répondant aux besoins immédiats, sans pour autant bouleverser les principes et les institutions du droit luxembourgeois[1605].

Ce texte constitue une réglementation *ad hoc*, limitée tant dans son champ d'application que dans son contenu. Il ne s'applique, en effet, «qu'aux contrats fiduciaires expressément soumis à son application par les parties au contrat et dans lesquelles le fiduciaire est un établissement de crédit» (art. 1)[1606]. Il ne comporte, par ailleurs, que 5 articles.

L'art. 2 définit le contrat fiduciaire comme le contrat par lequel le fiduciant convient avec le fiduciaire que celui-ci «sera rendu titulaire de droits patrimoniaux, l'actif fiduciaire, mais que l'exercice de ces droits patrimoniaux sera limité par des obligations, le passif fiduciaire, déterminées par le contrat fiduciaire»[1607]. La fiducie luxembourgeoise prend donc la forme d'un contrat nommé spécifique, soumis aux règles du mandat, «dans la me-

---

[1602] Cf. Association luxembourgeoise (1985), p. 355.

[1603] Cf. HOSS (1994), p. 1083.

[1604] Cf. KRIEPS (1990), pp. 150,151 et 154, qui cite certains extraits du rapport de la commission.

[1605] Cf. KRIEPS (1990), p. 151.

[1606] Le Gouvernement luxembourgeois a souhaité réserver un régime spécial aux établissements de crédit, arguant du fait que ceux-ci offraient une surface financière importante et présentaient les garanties nécessaires tant aux fiduciants qu'aux créanciers fiduciaires. En outre, la surveillance continue dont ces établissements font l'objet de la part de l'Institut Monétaire Luxembourgeois (IML), ainsi que leur réputation commerciale, étaient de nature à garantir une application correcte et sans abus du règlement (cf. HOSS (1994), pp. 1096s; WITZ (1984), pp. 143s et WOLTER (1999), p. 128).

[1607] Il n'est pas exigé que l'actif fiduciaire provienne du patrimoine du fiduciant. Il peut donc être transféré par des tiers (HOSS (1994), p. 1095 et WITZ (1984), p. 142). Quant au passif, on estime généralement qu'il se compose de toutes les obligations à charge du fiduciaire, notamment de l'obligation de ne pas violer le contrat et de l'exécuter fidèlement, ainsi que de l'obligation de restitution de l'actif fiduciaire, comprenant les fruits et les revenus perçus, à la fin du contrat de fiducie (cf. HOSS (1994), pp. 1100ss).

sure où elles ne reposent pas sur la représentation[1608] et où il n'y est pas dérogé dans le ... règlement ou par la volonté des parties» (cf. art. 3 al. 4). L'actif fiduciaire peut provenir du fiduciant, mais aussi des tiers, le règlement ne précisant pas l'origine des droits dont le fiduciaire est rendu titulaire[1609].

La doctrine décèle généralement sous cette fiducie luxembourgeoise l'exemple type de la fiducie classique, d'origine prétendument romaine, à savoir, un transfert d'une propriété absolue, dont l'exercice est limité par une convention obligationnelle[1610]. Et pourtant le règlement ne prévoit pas le transfert d'un plein droit de propriété sur l'actif fiduciaire, mais seulement que le fiduciaire «sera rendu titulaire de droits patrimoniaux». En outre, dans le but de renforcer la position des banques vis-à-vis de leurs clients, l'art. 3 al. 2 précise qu'«à l'échéance du contrat fiduciaire le fiduciaire bénéficie d'un privilège et d'un droit de rétention sur tous les éléments de l'actif fiduciaire jusqu'au paiement de tout ce qui lui est dû par le fiduciant en exécution du contrat fiduciaire». Or, il est difficilement compréhensible qu'un sujet de droit se voie attribuer un privilège et un droit de rétention sur des éléments de patrimoine dont il est l'unique propriétaire[1611]!

L'exercice des droits patrimoniaux est donc limité par des obligations – le passif fiduciaire – déterminées par le contrat (cf. art. 2). On songera notamment aux obligations de conserver et de transférer l'actif fiduciaire au fiduciant ou, le cas échéant, au bénéficiaire[1612]. Les biens fiduciaires forment un patrimoine – doté d'un actif et d'un passif propres[1613] – séparé et affecté. Le patrimoine fiduciaire représente, en effet, une masse distincte dans l'exécution forcée contre le fiduciaire: «L'actif fiduciaire ne fait pas partie de la masse en cas de liquidation collective du fiduciaire» (art. 3 al. 1, 1re phrase). Il est, par ailleurs, affecté aux seuls buts fiduciaires: «Il ne peut être saisi que par les créanciers dont les droits seraient nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire, à l'exclusion des créanciers personnels du fiduciaire»

[1608] L'art. 3 al. 4 précise: «Le contrat fiduciaire ne peut pas conférer au fiduciaire le pouvoir de représenter le fiduciant. Ni le fiduciant, ni les tiers même s'ils ont connaissance du contrat fiduciaire, ne peuvent s'en prévaloir pour créer un lien direct entre eux». Sur cette question, cf. Association luxembourgeoise (1985), pp. 360s.

[1609] Cf. WOLTER (1999), p. 132.

[1610] Cf. Association luxembourgeoise (1985), pp. 358 et 365; HOSS (1994), pp. 1086s et WITZ (1984), p. 141.

[1611] Cf. les remarques critiques de KRIEPS (1990), p. 161 et de WOLTER (1999), p. 141.

[1612] Cf. WOLTER (1999), p. 133.

[1613] Cf. WITZ (1997b), p. 62.

(art. 3 al.1, 2e phrase). En cas de faillite du fiduciaire, le patrimoine de celui-ci sera scindé en plusieurs «masses»: une «masse générale» garantissant les créanciers personnels du fiduciaire, et autant de «masses spéciales» qu'il y a de patrimoines fiduciaires, afin de désintéresser les créanciers fiduciaires et les fiduciants[1614]. Enfin, pour permettre une identification claire du patrimoine fiduciaire, «le fiduciaire doit comptabiliser l'actif et le passif fiduciaires séparément des autres éléments de son patrimoine» (art. 3 al. 1, 3e phrase).

De nombreuses questions ne sont évidemment pas réglées, dont certaines revêtent pourtant une importance non négligeable. Ainsi, le texte ne mentionne pas l'obligation de restituer le patrimoine fiduciaire[1615], ni la possibilité pourtant admise de désigner un tiers bénéficiaire[1616]. De même, la situation des créanciers du fiduciant n'est pas traitée.

Le régime fiscal de la fiducie luxembourgeoise est déterminé dans d'autres lois, le règlement ne contenant aucune disposition à ce sujet. En matière d'impôts directs, le § 11 du *Steueranpassungsgesetz* (loi d'adaptation fiscale, d'origine allemande) impose la fiducie selon le critère de l'appartenance économique[1617]. Il en résulte que le transfert de l'actif fiduciaire ne donne pas lieu à une plus-value et que le fiduciant supporte les impôts frappant l'actif fiduciaire en tant qu'élément de son patrimoine (notamment, l'impôt sur la fortune) comme les impôts concernant les revenus engendrés par les actifs fiduciaires (notamment l'impôt sur le revenu)[1618]. En ce qui concerne les impôts indirects (drois d'enregistrement et T.V.A.), il n'existe en revanche pas de règles spécifiques pour les opérations fiduciaires[1619]. La question de l'assujettissement de la fiducie à la T.V.A. reste controversée en raison de l'interprétation de la condition de l'existence d'une livraison[1620]. De toute manière, le régime commun applicable est avantageux, puisque le

---

[1614] Cf. HOSS (1991), p. 22.

[1615] Faisant partie du passif fiduciaire, l'obligation de restitution se matérialiserait selon HOSS de la manière suivante: l'échéance du contrat de fiducie provoquerait, d'une part, la retransmission de plein droit de la propriété sur les biens fiduciaires, soit au fiduciant, soit à un bénéficiaire, et, d'autre part, une obligation, à charge du fiduciaire devenu alors simple dépositaire-détenteur, d'effectuer l'acte matériel nécessaire au transfert de ces biens (HOSS (1994), pp. 1100s).

[1616] Cf. KRIEPS (1990), p. 160.

[1617] Cf. Association luxembourgeoise (1985), p. 381, HOSS (1994), p. 1116; WINANDY (1990), p. 188 et WOLTER (1999), pp. 135s.

[1618] Cf. Association luxembourgeoise (1985), pp. 383s, HOSS (1994), p. 1117 et WINANDY (1990), p. 189.

[1619] Cf. HOSS (1994), p. 1119.

[1620] Penche pour l'assujettissement, HOSS (1994), p. 1120. Contra: Association luxembourgeoise (1985), p. 387 et WINANDY (1990), pp. 195s.

transfert des valeurs mobilières et de devises ou de métaux précieux ayant cours légal ou d'or coté est exonéré de la T.V.A[1621].

Globalement, le règlement luxembourgeois a permis d'atteindre les objectifs que ses promoteurs recherchaient[1622]. Les banques luxembourgoises jouent actuellement un rôle de premier plan sur les «euromarchés»[1623]. D'autres activités financières sont en plein essor et il est admis que les nombreuses potentialités permises par le règlement n'ont pas été encore toutes utilisées[1624]. C'est apparemment dans le secteur des emprunts que l'on peut s'attendre aux applications les plus prometteuses[1625].

B. Le projet de loi français instituant la fiducie

L'ancien droit français connaissait un acte juridique dénommé «fiducie» qui se présentait sous la forme d'une substitution fidéicommissaire dans laquelle le premier fidéicommissaire n'était pas gratifié[1626]. La fiducie était alors analysée comme un contrat de dépôt, l'héritier (fiduciaire) administrant, en qualité de dépositaire, la libéralité dont la propriété revenait, dès le décès du

---

[1621] Cf. HOSS (1994), p. 1120.

[1622] Cf. DECHEIX (1997), p. 36.

[1623] Cf. WOLTER (1999), p. 142.

[1624] Cf. HOSS (1994), p. 1107.

[1625] Le mécanisme est le suivant: les fonds prêtés par une banque fiduciaire à un emprunteur proviennent de fiduciants-déposants, lesquels reçoivent des titres au porteur ou nominatifs qui sont autant de participations fiduciaires dans le prêt consenti par la banque (HOSS (1994), p. 1109).

[1626] Sur la fiducie de l'ancien droit français, cf. WITZ (1981), pp. 31ss, not. 36ss et Michele GRAZIADEI, «The Development of *Fiducia* in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the *Ancien Régime*», in *Itinera Fiduciae*, Berlin, 1998, pp. 327ss. Nous savons que le *fideicommissum* est une institution déjà connue en droit romain. La figure de la substitution fidéicommissaire se présentait dans le cas où, deux fidéicommissaires étant institués, le deuxième acquérait les droits transmis après le premier, à l'échéance d'un terme, à la survenance d'une condition ou à la mort de celui-ci (cf. *supra*, pp. 117s. Voir aussi JOHNSTON (1998), p. 49 et MARRONE (1989), p. 890). Une variante de la substitution fidéicommissaire, le fidéicommis de famille, eut un succès retentissant pendant l'époque féodale: le premier fidéicommissaire, éventuellement après lui le second, tous deux appartenant à la famille du testateur, transmettaient à leur décès le bien objet du fidéicommis à un autre membre de la même famille (MARRONE (1989), p. 890 et TALAMANCA (1990), pp. 752s; cf. également CHAMPAUD (1991), p. 690).
La substitution fidéicommissaire fut également très utilisée, en France, sous l'Ancien Régime, toujours dans le but d'assurer la conservation des biens dans la famille, les effets des substitutions s'étendant généralement à plusieurs générations successives

testateur, directement au bénéficiaire (véritable héritier)[1627]. Assimilable à un héritier de pure forme[1628], l'héritier fiduciaire remplissait ainsi une fonction très proche de celle d'un exécuteur testamentaire[1629].

Dans son optique d'anéantir l'organisation nobiliaire et féodale de la transmission des biens, la Révolution prohiba en 1792 la substitution fidéicommissaire[1630]. L'interdiction fut maintenue dans son principe dans le Code civil (cf. art. 896 al. 1er, toujours en vigueur: «les substitutions sont prohibées»), semble-t-il, autant pour des motifs politiques[1631] que de rationalisation du droit des successions[1632]. Elle n'empêcha cependant pas la fiducie de continuer à exister, du moins pendant la première moitié du 19e siècle, selon les caractéristiques qui étaient les siennes dans l'ancien droit. En effet, doctrine et jurisprudence opposèrent aux substitutions fidéicommissaires (comprenant une double libéralité dont la charge de rendre s'ouvre à la mort du grevé), jugées illicites, les fidéicommis (comprenant une double libéralité dont la charge de rendre n'est pas fixée au jour du décès du grevé) et les fiducies (comprenant une seule libéralité adressée au tiers bénéficiaire), considérant que ces deux derniers cas n'étaient pas visés par l'interdiction susmentionnée[1633]. La fiducie devint alors essentiellement un moyen de gratifier les personnes incapables de recevoir, telles les corporations religieuses non autorisées. Plus qu'une technique d'administration des biens d'autrui, elle était ici utilisée comme un mode d'interposition de

(WITZ (1981), pp. 35s; cf. également CHAMPAUD (1991), p. 690 et de GUILLENCHMIDT (1991), p. 51). Le terme de «fiducie» fut choisi pour désigner, avec une référence directe à la *fiducia* romaine pourtant utilisée sous cette dénomination dans d'autres domaines, les cas de substitution fidéicommissaire comportant l'absence d'intention libérale du testateur à l'égard du premier fidéicommissaire (WITZ (1981), p. 37).

1627 Cf. ROSSIER (1989), pp. 824s et WITZ (1981), pp. 39s, et références citées par ces deux auteurs.

1628 Cette conception rappelle de manière saisissante la situation juridique du *familiae emptor* en droit successoral romain (cf. *supra*, pp. 103ss).

1629 Cf. ROSSIER (1989), p. 824.

1630 Cf. CHAMPAUD (1991), p. 690 et WITZ (1981), p. 42.

1631 Cette disposition visait avant tout les nobles de l'Ancien Régime, alors que Napoléon institua en 1806, sous le nom de «majorats», des fidéicommis créés par lui-même en faveur de la noblesse de l'Empire (cf. CHAMPAUD (1991), pp. 690s, et références citées).

1632 Les rédacteurs n'ont prévu qu'un seul mode de disposer à cause de mort, le testament, qu'une seule possibilité de disposition universelle, le legs d'universalité, et qu'une seule forme de libéralité particulière, le legs particulier (Cf. WITZ (1981), pp. 41s).

1633 Cf. WITZ (1981), pp. 43ss et références citées.

personnes[1634]. Elle finit toutefois par tomber en désuétude, car ses utilisateurs «ont rapidement pris conscience de l'impossibilité de recourir sous l'empire du Code civil à une institution tout entière bâtie sur des principes en vigueur dans l'ancien droit»[1635].

Depuis lors, et jusqu'à une époque récente, la doctrine française a toujours exprimé une hostilité de principe à l'encontre de la fiducie, qu'elle ne connaissait et ne comprenait en réalité que selon la forme et la structure de l'ancien droit. Ainsi conçue, la fiducie semblait s'opposer à certains des plus grands principes issus de la codification. La fiducie a évidemment souffert en premier lieu de sa parenté avec les substitutions fidéicommissaires, dont l'usage était prohibé[1636]. Vu sa structure de base, il était également facile de l'assimiler à une forme de simulation (le fiduciaire est considéré comme un légataire apparent)[1637], de démembrement de la propriété non prévu par la loi (le fiduciaire a un pouvoir d'administration sur un bien dont les autres attributs du droit de propriété reviennent au bénéficiaire)[1638] ou de fraude à la loi (par le contournement des règles impératives régissant l'exécution testamentaire)[1639]. Plus récemment, on reprocha également aux opérations de type fiduciaire au sens large de constituer une menace pour le principe de l'unité du patrimoine, et de rendre possible la soustraction aux obligations fiscales ou l'organisation de sa propre insolvabilité[1640].

Il ne faut cependant pas déduire de ce qui précède l'absence de tout mécanisme fiduciaire dans l'ordre juridique français. Comme l'a relevé un auteur, «les fiducies se pratiquent sans la fiducie»[1641]. Il revient à WITZ le mérite d'avoir démontré, dans sa thèse parue en 1981, que la fiducie était déjà largement utilisée en France[1642]. D'une part, on trouve dans la législation ou la jurisprudence des figures juridiques similaires. D'autre part, des

---

1634 Cf. ROSSIER (1989), p. 827.

1635 WITZ (1981), p. 48.

1636 Selon CHAMPAUD (1991, p. 691), la prohibition des substitutions fidéicommissaires devint, «aux yeux de la doctrine civiliste, une base fondamentale du droit français, une sorte de principe tricolore, sacré et intangible» de l'ordre juridique français.

1637 Cf. WITZ (1981), p. 48; WITZ (1990), p. 120 et WOLTER (1999), pp. 28ss.

1638 Cf. WITZ (1981), p. 49.

1639 Cf. WITZ (1981), p. 50. Voir aussi de GUILLENCHMIDT/CHAPELLE (1990), p. 6.

1640 Cf. CHAMPAUD (1991), pp. 692ss; de GUILLENCHMIDT (1990), p. 105 et PELTIER (1990), p. 168.

1641 GOBIN (1994), p. 316.

1642 L'auteur s'est également attaché à souligner l'originalité et l'efficacité juridique de l'institution, à lui définir un régime juridique, et à relever l'importance de la neutralité fiscale pour son développement (cf. WITZ (1981), pp. 54ss).

pratiques fiduciaires s'instaurent en marge de la loi. En matière de fiducie-gestion, la législation connaît, en effet, des institutions qui, comme la fiducie, sont basées sur une différenciation entre la titularité juridique et la titularité économique d'un actif. Mais ces opérations, limitées à des champs précis d'activité, sont conçues sur la base de qualifications classiques (indivision, mandat, société) mieux connues que le concept de fiducie[1643]. Quant aux opérations fiduciaires imaginées par la pratique, elles ressortissent à des domaines variés, dont plusieurs sont en plein essor. La doctrine cite souvent en exemple la convention de portage, laquelle permet à un porteur titulaire de droits attachés à des titres, d'opérer toutes les transactions financières pour le compte du donneur d'ordres. Sa validité est reconnue en jurisprudence, mais son caractère fiduciaire semble n'être admis que par la doctrine[1644]. On mentionnera également les divers types de montages fiduciaires, dénommés opérations d'*in-substance defeasance* (désendettement de fait ou annulation en substance), qui consistent à sortir des bilans des entreprises les provisions comptables afférentes aux pertes enregistrées au moyen du recours à des trusts étrangers[1645]. Certaines catégories d'assurance-vie peuvent aussi consister en une opération fiduciaire, lorsque l'assureur reçoit la propriété de deniers, avec mission de les placer pour en restituer le produit à l'échéance. Dans ce genre de cas, l'assurance-vie fait office de simple produit financier de capitalisation destiné à garantir une défiscalisation des revenus du capital[1646].

Désormais considérée comme une institution vivante du droit français, la fiducie intéresse à nouveau la doctrine[1647]. Il s'agit de définir sa structure,

---

[1643] Par exemple, l'inscription des valeurs mobilières étrangères au nom de la Société interprofessionnelle pour la compensation des valeurs mobilières (SICOVAM), les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV), les fonds communs de placement (FCP) ou les fonds communs de créance (cf. GRIMALDI (1991a), pp. 903ss; GRIMALDI/BARRIÈRE (2000), à paraître; RÉMY (1999), pp. 134ss; SCHMIDT/WITZ/BISMUTH (1985), p. 305 et WOLTER (1999), pp. 79ss).

[1644] Cf. GRIMALDI (1991a), pp. 905s (et références citées notes 50s); GRIMALDI/BARRIÈRE (2000), à paraître; WITZ (1997b), p. 64 (et références citées note 26) et WOLTER (1999), pp. 53ss. A noter que SOUMRANI (1996), pp. 249 à 284, souligne les différences de mécanisme entre certains types de portage (notamment les opérations de portage à trois parties) et la fiducie, telle qu'elle résulte du projet de loi.

[1645] Cf. GOBIN (1994), pp. 319s et WOLTER (1999), pp. 68ss.

[1646] Cf. GOBIN (1994), p. 321 et références citées en note.

[1647] Après l'impulsion donnée par WITZ, les auteurs ont, en effet, étudié la fiducie de manière croissante. Cf. CHAMPAUD (1991), pp. 691ss; GRIMALDI (1991a), p. 899 (et références citées note 10) et WOLTER (1999), pp. 46ss.

ses contours, ainsi que son régime juridique *de lege lata* et *ferenda*. Le Parlement a, pour sa part, reconnu son existence en matière de cession de créances à titre de garantie[1648]. Le besoin d'une réglementation plus vaste s'est toutefois fait sentir. Sous la pression de la concurrence internationale[1649], les milieux économiques ont plaidé en faveur d'une consécration législative de la fiducie[1650]. Dans ce contexte, un projet de loi instituant la fiducie, élaboré par la Direction des affaires civiles du Ministère de la Justice, a été adopté en Conseil des ministres le 19 février 1992 et enregistré à l'Assemblée nationale à la session de printemps 1992 (le 20 février 1992)[1651]. Il faut d'emblée relever que ce projet n'a pas été adopté à ce jour et qu'il doit être considéré, en l'état, comme caduc[1652]. Il nous apparaît cependant essentiel d'en examiner la conception de base (structure de la fiducie, approche des concepts de propriété et du patrimoine), car il tendait à instituer un patrimoine séparé et affecté dans la «patrie» du dogme de l'unité du patrimoine.

Dans l'introduction de son exposé des motifs, le Garde des Sceaux relève que la France, à la différence d'autres pays européens de «tradition romano-germanique» (dont la République fédérale d'Allemagne et la Suisse),

---

1648 En matière de fiducie-sûreté, l'hostilité du droit français ne concerne en effet que le transfert de propriété aux fins de garantie. En revanche, on admet aujourd'hui, bien qu'elles ne soient pas nommées comme telles, le rattachement à la fiducie des cessions de créances au profit des établissements de crédit, autorisées depuis la loi du 2 janvier 1981 (dite loi DAILLY), facilitant le crédit aux entreprises, modifiée par la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit (cf. GRIMALDI (1991a), pp. 906ss; GRIMALDI/BARRIÈRE (2000), à paraître; SCHMIDT/WITZ/BISMUTH (1985), p. 307; WITZ (1995), pp. 795ss; WITZ (1997b), p. 64, note 25 et WOLTER (1999), pp. 75ss).

1649 Cf. de GUILLENCHMIDT (1991), p. 52; FERRY (1992), p. 462; GRIMALDI (1991a) pp. 899s et WITZ (1997b), p. 64.

1650 Pour les attentes des praticiens, cf. CHAMPAUD (1991), pp. 695ss; GRIMALDI (1991a), p. 899 et références citées note 11; GRIMALDI/BARRIÈRE (2000), à paraître; PELTIER (1990), p. 168 et PISANI (1990), p. 536. Ainsi, selon CHAMPAUD (1991), p. 695: «Si la fiducie n'est pas un messie juridique, les attentes de la pratique à son égard sont d'autant plus fortes que cette institution se prête, par nature, comme la société ou l'association, à des usages multiples autant que variés. Il s'agira, en fait, d'une nouvelle structure juridique d'affectation, de gestion et de pérennisation des patrimoines...».

1651 Relevons que ce projet a été précédé d'un avant-projet de loi plusieurs fois modifié (cf. WITZ (1997b), pp. 64ss), et dont les diverses versions ont été largement diffusées et commentées. S'il existe certaines différences, avant tout de forme et de présentation, entre les divers avant-projets et le projet finalement approuvé en Conseil des ministres, la philosophie et la structure de base de ces divers textes sont identiques. Les écrits relatifs à l'une ou l'autre version de l'avant-projet peuvent en conséquence largement être pris en considération pour l'analyse du projet lui-même.

1652 Cf. SOUMRANI (1996), p. 276, et références citées, note 2.

ne connaît pas d'institution analogue au *trust* des pays anglo-américains, dont la «particularité essentielle» réside dans le fait que les biens mis en trust constituent une forme de patrimoine d'affectation. Les risques de délocalisation provenant de l'internationalisation de la vie économique, d'une part, et le désir de ratifier la Convention de La Haye sur le trust, d'autre part, rendent nécessaire l'introduction de la fiducie en France[1653]. Sur le plan de la méthode législative, les rédacteurs ont souhaité, d'une part, intégrer la fiducie dans les catégories juridiques existantes du droit français[1654], en ne dérogeant à l'ordre juridique «que dans la mesure du nécessaire»[1655] et, d'autre part, élaborer une réglementation de droit commun unique et générale, applicable à l'ensemble des utilisations potentielles de la fiducie[1656].

Le projet de loi instituant la fiducie est constitué de quatre chapitres. Le premier, intitulé «Dispositions générales», nous intéressera plus particulièrement puisqu'il règle les aspects fondamentaux de droit privé de l'institution. Le chapitre II traite des «Dispositions comptables», le chapitre III des «Dispositions fiscales» et le chapitre IV des «Dispositions diverses». Selon le chapitre premier, il était prévu d'insérer dans le livre troisième du Code civil, relatif «aux différentes manières dont on acquiert la propriété», un titre seizième bis, nommé «De la fiducie», comprenant vingt articles (art. 2062 à 2070-11) divisés en trois parties. La première comprend les dispositions générales (art. 2062 à 2070-1), la deuxième porte sur les questions successorales (art. 2070-2 à 2070-9), et enfin la troisième concerne la fin de la fiducie (art. 2070-10 à 2070-11).

La fiducie est définie comme «un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire qui ... agit dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat», étant entendu que le constituant (art. 2062 al. 2) et même le fiduciaire, lorsque la fiducie est convenue à des fins de garantie

---

1653 Cf. Projet de loi, exposé des motifs, p. 3.

1654 De GUILLENCHMIDT/CHAPELLE (1990), p. 6.

1655 De GUILLENCHMIDT (1990), p. 105.

1656 De GUILLENCHMIDT (1990), p. 105 et de GUILLENCHMIDT/CHAPELLE (1990), p. 6. Mais les rédacteurs n'ont pas mené leur logique jusqu'au bout, puisque le projet, modifié à plusieurs reprises, a intégré des dispositions qui ne concernent que telle ou telle application de la fiducie (cf. WITZ (1997b), pp. 65s). Selon WITZ, «Le texte est donc un mélange de dispositions générales et de normes spécifiques à des applications qui ne sont pas décrites. L'ensemble forme un patchwork séduisant pour les uns, un monstre à tête hybride pour les autres» (WITZ (1997b), p. 66).

(art. 2062 al. 3), peuvent être eux-mêmes les bénéficiaires[1657]. C'est donc la forme contractuelle qui a été choisie. La fiducie est un contrat *sui generis*, soumis à la forme écrite (art. 2063 al. 2), conclu entre un constituant et un fiduciaire, et auquel le ou les bénéficiaires ne sont pas partie[1658]. En principe irrévocable (art. 2070-10)[1659], il est constitué pour une durée déterminée qui ne peut excéder toutefois 99 ans (art. 2063, chiffre 5). La fiducie implique un transfert initial des biens du constituant au fiduciaire (art. 2062), ce qui paraît exclure, *a contrario*, que le fiduciaire puisse acquérir lui-même le bien fiduciaire d'un tiers[1660]. Elle est soumise, en sus des règles du projet, aux dispositions particulières d'ordre public propres à la matière concernée (art. 2062 al. 4).

Le projet de loi dispose que le fiduciaire «agit dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires» (art. 2062 al. 1). Il gère les biens fiduciaires «non pas dans son intérêt mais dans celui des bénéficiaires»[1661], lesquels sont ainsi les véritables titulaires économiques de ces biens. Il exécute en principe personnellement sa mission (art. 2067), dans le respect de la confiance du constituant (art. 2070-1 al. 1).

Relevons que le projet n'est pas clair en ce qui concerne la nature des droits transmis au fiduciaire[1662]. Selon les rédacteurs, c'est véritablement une propriété «ordinaire», soit une propriété absolue et exclusive (cf. art. 544 Code civil français), qui est transférée au fiduciaire sur les biens et droits, avec une limitation conventionnelle possible du droit de propriété[1663]. Ils s'appuient notamment sur le fait qu'ils ont prévu d'insérer le titre relatif à la fiducie dans le livre troisième du Code civil relatif «aux différentes manière-

---

[1657] Le terme bénéficiaire se réfère à la personne appelée à recueillir, en capital et/ou en revenus, les biens fiduciaires (GRIMALDI (1991a), p. 966.

[1658] Cf. Projet de loi, exposé des motifs, p. 4 et de GUILLENCHMIDT (1991), p. 54.

[1659] Cf. de GUILLENCHMIDT (1990), p. 106; de GUILLENCHMIDT (1991), p. 55 et SOUMRANI (1996), pp. 278ss. WITZ (1997b), p. 67, s'étonne de cette solution: «La fiducie n'implique-t-elle pas une confiance particulière qui, si elle disparaît, doit pouvoir se traduire par la révocation du fiduciaire?».

[1660] Cf. SOUMRANI (1996), pp. 276s; WITZ (1997b), p. 68 et WOLTER (1999), pp. 105s.

[1661] Projet de loi, exposé des motifs, p. 5.

[1662] Sur cette question, cf. CANTIN CUMYN (1992), pp. 118ss.

[1663] Ainsi, de GUILLENCHMIDT/CHAPELLE (1990), p. 6: «... le constituant transmet au fiduciaire un droit de propriété entier avec toutes les prérogatives juridiques qui y sont rattachées. Une fois conclu l'acte de fiducie, le constituant n'a plus aucun droit de propriété. Il lui reste un droit personnel, droit de créance qu'il peut faire valoir pour contraindre le fiduciaire à exécuter ses engagements conformément à l'acte de fiducie...». Voir aussi de GUILLENCHMIDT (1990), p. 106.

res dont on acquiert la propriété»[1664]. Ce n'est toutefois pas un argument déterminant puisque les dispositions sur la fiducie devaient s'intégrer entre le titre XVI consacré au «compromis» et le titre XVII voué au «nantissement», soit deux institutions qui ne concernent pas l'acquisition de la propriété[1665]. En outre, force est de constater que nulle part, dans le chapitre premier du projet, il n'est écrit que le fiduciaire est investi de la propriété sur les biens fiduciaires. Dans leur souci de réduire au minimum les oppositions dogmatiques au projet, les rédacteurs ont certainement préféré insister sur l'aspect contractuel, soumis à la liberté des types, tout en évitant d'indiquer quelles conséquences juridiques résulteraient d'un tel nouveau contrat sur le plan du droit des biens[1666].

Mais il y a plus. L'art. 2068 prévoit que, dans «ses rapports avec les tiers, le fiduciaire» n'est que «réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur les biens et droits objets du contrat, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs». Cette règle de protection des tiers[1667] complète l'art. 2063, chiffre 2, lequel inclut parmi les stipulations qui doivent figurer à peine de nullité dans le contrat de fiducie (cf. art. 2063) la définition de «la mission du fiduciaire, ainsi que l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition». Il est même précisé dans l'exposé des motifs que cette étendue des pouvoirs «est laissée à la liberté des parties»[1668]. Par ailleurs, en cas de manquements graves du fiduciaire à ses devoirs, le juge peut, à la demande du constituant ou des bénéficiaires, nommer un administrateur provisoire, remplacer le fiduciaire ou mettre fin à la fiducie (art. 2070-1, al. 2). La décision du juge emporte de plein droit le dessaisissement du fiduciaire (art. 2070-1, al. 2, dernière phrase).

Nous remarquerons ici qu'est pour le moins inhabituelle, dans un système juridique ne connaissant comme forme non collective de propriété que la propriété absolue, opposable à tous, l'existence d'un droit de propriété dont les attributs juridiques peuvent être limités sans restriction par les par-

---

[1664] Cf. de GUILLENCHMIDT (1991), pp. 55ss et de GUILLENCHMIDT/CHAPELLE (1990), pp. 6 et 7.

[1665] Toujours dans ce même livre sont réglementés des contrats comme le louage et le bail (Titre VIII), le mandat (Titre XIII) ou le prêt (Titre X), qui ne constituent pas des contrats translatifs de propriété (GRIMALDI (1991), p. 965, note 154).

[1666] Cf. GAMBARO (1994), pp. 524s.

[1667] Cf. GRIMALDI (1991a), p. 981.

[1668] Cf. Projet de loi, exposé des motifs, p. 5. Or, dans le cas d'une propriété ordinaire, il n'y aurait pas à définir les pouvoirs transférés, mais seulement, le cas échéant, ceux qui ne le seraient pas (GRIMALDI (1991a), p. 965).

ties au contrat de fiducie. Etrange est, de même, le propriétaire susceptible d'être remplacé et dessaisi contre sa volonté de tous ses droits. Voilà pourquoi de nombreux auteurs ont jugé à raison que le fiduciaire du projet de loi n'était pas investi d'une propriété ordinaire sur les biens et droits patrimoniaux qui lui sont transférés à titre fiduciaire[1669]. En tous les cas, le projet était sur ce point suffisamment vague pour permettre une interprétation jurisprudentielle assez large[1670].

Précisons, encore, que «Lorsque la fiducie prend fin, et en l'absence de bénéficiaires..., les biens et droits subsistants font retour au constituant ou à ses ayants cause» (art. 2070-11). S'agit-il d'un retransfert *ex lege*? GRIMALDI penche pour l'affirmative[1671]. Le constituant n'a, en tous les cas, aucun droit à la restitution dans l'hypothèse où un ou plusieurs bénéficiaires ont été désignés (art. 2070-11 *a contrario*).

Si le projet de loi manque assurément de clarté en ce qui concerne la nature de la propriété des biens fiduciaires, il est en revanche parfaitement intelligible sur la question de l'affectation du patrimoine fiduciaire. Déjà le premier article du projet précise que le fiduciaire doit tenir «séparés de son patrimoine personnel» les biens et droits qui lui ont été transférés (cf. art. 2062). Le projet de loi pose donc clairement le principe de l'existence d'une masse séparée, composée de l'ensemble des biens et droits transférés à titre fiduciaire, dans le patrimoine général du fiduciaire. Cette masse, comprenant une masse active et une masse passive qui constituent une universalité de droit, doit être considérée comme un véritable patrimoine d'affectation. Le fiduciaire se trouve ainsi à la tête de plusieurs patrimoines, son

---

[1669] Cf., par exemple, BÉNABENT (1993), p. 275: «... ce qui est transféré, ce n'est pas une <<propriété-actif>> (le fiduciaire ne reçoit rien à l'actif de son patrimoine), mais seulement une <<propriété-fonction>> (il reçoit les pouvoirs aptes à assurer sa mission)»; CHAMPAUD (1991), p. 702: «Aux termes de l'article 2062 du texte projeté, ce sont les biens et les droits patrimoniaux qui sont transférés, non leur propriété. Voilà une subtile différence tout à fait à contre courant des schémas de la pensée civiliste française qui n'a pas fini de faire couler l'encre des plumes doctrinales!»; GRIMALDI (1991a), pp. 964s: «Le texte ne vise pas un transfert de propriété. Sans doute à dessein, en raison de l'ambiguïté de la notion de propriété fiduciaire, qu'il faut se garder d'assimiler à la propriété ordinaire», et PELTIER (1990), p. 167: «Le droit patrimonial dont dispose le fiduciaire, outre son caractère temporaire, n'est pas un droit de propriété classique».

[1670] Dans ce sens, CANTIN CUMYN (1992), p. 119.

[1671] GRIMALDI (1991a), p. 984.

patrimoine personnel et autant de patrimoines fiduciaires qu'il a conclu de contrats de fiducie[1672].

Ce principe est concrétisé par plusieurs autres dispositions. Tout d'abord, l'art. 2069 al. 1 impose au fiduciaire de «prendre toutes mesures propres à éviter la confusion des biens et droits transférés ainsi que des dettes s'y rapportant, soit avec ses biens, soit avec d'autres biens fiduciaires». La masse séparée constitue ainsi un véritable patrimoine d'affectation puisqu'elle comprend, outre les biens et droits fiduciaires, les «dettes s'y rapportant»[1673]. L'actif fiduciaire se compose des biens et droits transférés, de leurs fruits ou revenus, de même que, par le jeu de la subrogation patrimoniale, de leur remploi[1674].

Le patrimoine séparé bénéficie de deux règles spécifiques de protection. L'art. 2069 al. 2 prévoit que «sans préjudice des droits des créanciers du constituant..., les biens transférés au fiduciaire ne peuvent être saisis que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ces biens par le fiduciaire». Cette disposition confère au patrimoine séparé la qualité de masse distincte dans l'exécution forcée contre le fiduciaire[1675]. Ce patrimoine séparé constitue, en outre, un véritable patrimoine d'affectation dont les biens ne sont affectés qu'aux seuls buts de la fiducie, dans la mesure où ils ne peuvent servir qu'à désintéresser les titulaires de créances résultant directement de l'affectation fiduciaire, soit de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire. Les créanciers du constituant n'ont, quant à eux, la possibilité de saisir les biens fiduciaires que dans deux hypothèses très précises: lorsqu'ils sont titulaires d'un droit de suite en vertu d'une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie ou lorsqu'ils ont été victimes d'une fraude (art. 2069 al. 2)[1676]. En outre, l'art. 2070-2 exclut

---

[1672] Cf. LUCAS (1997), p. 320.

[1673] Cf. de GUILLENCHMIDT/CHAPELLE (1990), p. 7; GRIMALDI (1991a), p. 976 et WITZ (1995), pp. 801s.

[1674] BÉNABENT (1993), p. 278 et GRIMALDI (1991a), p. 976, lequel relève à juste titre que le projet vise les biens que le fiduciaire doit représenter (et non restituer) à l'issue de la fiducie (cf. art. 2063 ch. 4).

[1675] Cf. de GUILLENCHMIDT (1991), p. 57 et GRIMALDI (1991a), p. 977. En cela, l'art. 2069 al. 2 du projet constitue une dérogation expresse au principe du droit de gage général de l'art. 2092 du Code civil, selon lequel: «Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir». Cf. de GUILLENCHMIDT/CHAPELLE (1990), pp. 8s.

[1676] Dans les autres cas, le patrimoine fiduciaire est protégé contre les créanciers du constituant. Celui-ci n'est, en effet, pas titulaire, en tous les cas pendant la durée de la fiducie, d'une créance en restitution des biens fiduciaires susceptible de faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée par ses propres créanciers.

de la succession du fiduciaire, en cas de décès de celui-ci, les biens et droits objets de la fiducie. Il en va de même *mutatis mutandis* en cas de dissolution d'une personne morale agissant à titre fiduciaire. Le patrimoine fiduciaire forme donc une masse qui est expressément distincte dans la succession du fiduciaire. Enfin, «lorsque la fiducie porte sur des droits et biens dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités» (art. 2070).

En complément à cette présentation sommaire, l'on ne saurait passer sous silence les grands principes du régime fiscal de la fiducie (chapitre III), dont l'importance n'a pas échappé aux rédacteurs du projet, puisqu'ils lui ont consacré pas moins de 47 articles[1677]. La nécessité de reconnaître la neutralité fiscale de la fiducie par l'instauration d'un régime dérogatoire aux règles générales nationales d'imposition du patrimoine et de ses mutations, largement soutenue en doctrine[1678], a été prise en compte dans le projet de loi. Ainsi, le transfert au fiduciaire des biens et droits fiduciaires n'est soumis aux droits de mutation à titre gratuit que lorsque le contrat de fiducie prévoit la transmission de ces derniers à un bénéficiaire autre que le constituant (art. 12 paragraphe I). Dans cette hypothèse, les droits de mutation sont dus par le fiduciaire et l'impôt de solidarité sur la fortune par le bénéficiaire (art. 18 al. 1). Dans le cas contraire, les actifs fiduciaires sont considérés, pour l'application des droits de mutation et de l'impôt de solidarité sur la fortune, comme demeurant la propriété du constituant (art. 12 paragraphe II), dont ils font, en outre, partie de la succession (art. 17 paragraphe I). Les résultats financiers de la fiducie sont, quant à eux, compris dans le revenu ou le résultat imposable de la personne bénéficiaire (constituant ou tiers; cf. articles 23ss). Par contre, en ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée, le fiduciaire est traité comme l'exploitant du bien et est donc éventuellement imposable à ce titre (art. 37ss). De même, la taxe professionnelle est due par le fiduciaire, lequel est imposé distinctement pour chaque contrat de fiducie (art. 40ss). Enfin, des droits d'enregistrement non inférieurs à FF 5000.- sont perçus lors de l'enregistrement – obligatoire – des actes ou déclarations constatant la formation d'une fiducie (cf. art. 20 à 22). Relevons que, ne contenant pas de réelle incitation fiscale, ce régime a parfois été jugé comme peu enclin à favoriser une utilisation fréquente de la fiducie[1679].

[1677] Sur le chapitre III du projet de loi, cf. LE GALL (1992).

[1678] Cf. CHAMPAUD (1991), p. 696 et SOUMRANI (1996), p. 280. Le principe de la neutralité fiscale se «manifeste principalement en ce que le transfert des biens du fiduciant au fiduciaire et du fiduciaire au fiduciant ne donne pas ouverture à des droits de mutation» (WITZ (1997b), p. 68).

[1679] Cf. CHAMPAUD (1991), p. 696.

En définitive, l'on constate que le chapitre premier du projet de loi était révolutionnaire à plus d'un titre. En effet, malgré les précautions d'usage destinées à rassurer les gardiens des principes cardinaux du Code civil français[1680], il ne proposait rien de moins que la création d'une masse de biens autonome avec un actif et un passif propres (patrimoine d'affectation), tout en permettant expressément une entorse à trois principes successoraux majeurs du Code civil[1681]. Constatant la grande indépendance reconnue au patrimoine fiduciaire, un auteur a considéré que cette fiducie française «est quasiment *un sujet de droit avec une autonomie financière et juridique*»[1682]. Il est sans doute plus juste de l'analyser en fonction de ses similitudes avec le régime juridique des trusts anglo-saxons dont elle se rapproche à différents points de vue[1683]: elle constitue un patrimoine séparé[1684]; elle est en principe irrévocable; elle est orientée vers le bénéficiaire (et non vers le constituant-fiduciant); le juge est doté d'un large pouvoir de surveillance.

Paradoxalement, on sait que le projet de loi a été enterré en raison de l'opposition du Ministère de l'économie et des finances, hanté par le spectre de la fraude fiscale, et non de motifs dogmatiques[1685]. Ce dernier redoutait, en particulier, que ne soient éludés les droits de mutation à titre gratuit qui frappent les libéralités et les successions[1686]. C'est dire qu'une très grande partie du chemin a été effectué en France en vue de la création d'une fiducie moderne. Depuis 1992, les services compétents auraient remanié le texte initial à plusieurs reprises, en en réduisant l'ampleur, sans pour autant qu'un nouveau projet de loi soit présenté au Parlement. Il semblerait finalement que l'intérêt des pouvoirs publics pour une consécration législative de la

---

1680 Cf. Projet de loi, exposé des motifs, p. 4: «La fiducie doit en effet s'intégrer dans l'ordre juridique préexistant, dont elle ne saurait bouleverser la cohérence».

1681 Permettant de subordonner les effets de la fiducie au décès du constituant (art. 2070-6), le projet déroge à l'interdiction des donations à cause de mort (art. 893), des substitutions (art. 896) et des pactes sur successions futures (art. 1130). Cf. Projet de loi, exposé des motifs, p. 7. Cf. aussi CHAMPAUD (1991), pp. 702s et WOLTER (1999), p. 116.

1682 GALIMARD (1990), p. 1140.

1683 Cf. *infra*, pp. 492ss.

1684 Cf. LARROUMET (1990), p. 120 et WOLTER (1999), p. 111.

1685 Cf. DECHEIX (1997), p. 35 et WOLTER (1999), p. 119. Selon LE GALL (1992), p. 507, le Service de la législation fiscale du Ministère des Finances a semble-t-il élaboré le volet fiscal du projet de loi, avec réserves, «contraint et forcé». Cette attitude aurait été dictée par la crainte de voir reconnaître fiscalement une institution susceptible d'absorber «dans un trou noir sans fond des ressources fiscales normalement attendues et budgetées».

1686 Cf. GRIMALDI/BARRIÈRE (2000), à paraître.

fiducie ait largement décru depuis quelque temps et que, en particulier, une telle codification ne fasse pas partie des priorités du gouvernement Jospin[1687].

C. La fiducie québécoise

Dès ses origines, le système juridique du Québec est influencé par la France, pays de provenance des colons. C'est ainsi qu'au XVII[e] siècle la *Coutume de Paris* fait office de loi du Québec. Quant au premier Code civil du «Bas-Canada» (correspondant à la Province actuelle du Québec), entré en vigueur en 1866, il est largement inspiré du Code civil français[1688]. Pour sa part, la fiducie est connue depuis plus d'un siècle au Québec. En effet, le Code civil de 1866 prévoit la possibilité d'établir des «légataires seulement fiduciaires» pour des fins de bienfaisance ou de charité (cf. art. 869), ou de constituer des substitutions fidéicommissaires (cf. art. 964)[1689]. Mais c'est par l'adoption en 1879 d'une loi sur la fiducie, dite *Acte sur la fiducie* («An act respecting trusts»), dont les quatorze dispositions ont été insérées dès 1888 dans le Code civil à la fin du titre portant sur les donations entre vifs et testamentaires (cf. art. 981a à 981n), que la fiducie a véritablement fait son entrée dans l'ordre juridique du «Bas-Canada», en matière de libéralités[1690].

Selon le régime juridique institué par cette loi, la fiducie est un acte par lequel le donateur ou testateur «transporte» la propriété de biens mobiliers ou immobiliers à un fiduciaire, lequel gère la propriété qui lui est confiée, «comme dépositaire et administrateur», pour le bénéfice du (ou des) donataire (s) ou légataire (s). Le fiduciaire agit en principe gratuitement, mais n'est pas personnellement responsable envers les tiers avec qui il contracte. Il doit apporter dans la gestion de la fiducie une habileté convenable et agir en bon père de famille. Il peut, suivant les cas, être remplacé par le donateur ou le testateur, voire démis par l'autorité judiciaire compétente, en cas de négligence grave. Il doit, à l'expiration de la fiducie, rendre compte et délivrer toutes les sommes d'argent et toutes les valeurs en ses mains aux parties y ayant droit en vertu de l'acte de constitution ou de la loi. Il a, en outre,

---

[1687] Cf. RÉMY (1999), p. 132; WITZ (1997a), p. 20 et (1997b), pp. 68s, ainsi que WOLTER (1999), pp. 120s.

[1688] Cf. BRIERLEY (1995), p. 34; SEEL-VIANDON (1979), p. 158 et WATERS (1990), p. 595.

[1689] Pour une présentation historique et une analyse juridique de ces deux dispositions, cf. CANTIN CUMYN (1997b), pp. 202ss.

[1690] Sur les raisons ayant motivé l'adoption de cette loi, cf. CANTIN CUMYN (1997b), pp. 214ss.

l'obligation d'exécuter les transferts, cessions ou autres contrats nécessaires pour transférer aux ayants droit la propriété tenue en fiducie.

L'imprécision des termes légaux a suscité de nombreuses controverses doctrinales qui se sont répercutées sur la jurisprudence, dont les décisions furent fluctuantes. Le problème principal était de déterminer les qualités respectives des fiduciaires et des bénéficiaires de la fiducie. Il s'agissait notamment de savoir si le fiduciaire n'était qu'un simple exécuteur testamentaire, voire un dépositaire ou un mandataire des bénéficiaires, ces derniers étant directement investis du droit de propriété, ou alors le propriétaire des biens qui lui étaient confiés, solution qui impliquait un véritable transfert de droits – et non pas seulement de pouvoirs juridiques – du constituant au fiduciaire. C'est ce dernier point de vue qui finit par s'imposer lorsque, dans une décision *Royal Trust Company c. Tucker* de 1982, la Cour suprême du Canada indiqua que le fiduciaire était titulaire d'un droit de propriété *sui generis* sur le patrimoine fiduciaire[1691]. Selon la Cour, ce droit ne pouvait, en effet, être assimilé à un droit de propriété traditionnel, puisque, par exemple, il était temporaire et ne comportait pas de *fructus*[1692]. Dans la même décision, la Cour affirma encore que le droit anglais des trusts était invoquable à titre supplétif, mais seulement dans les limites de sa compatibilité avec les principes du droit civil québécois[1693]!

La révision totale du Code civil québécois donna l'occasion aux autorités de clarifier le régime juridique de la fiducie. L'optique choisie fut de constituer un instrument équivalent au trust anglo-saxon et apte à en offrir les mêmes services[1694]. Après avoir envisagé diverses solutions, dont celle de créer un nouveau type de propriété, la propriété fiduciaire («fiduciary ownership»), ou de recourir à la forme de la personne morale, qui, comme le suggérait une partie importante de la doctrine, aurait été titulaire des droits et obligations réunis dans le patrimoine fiduciaire, la commission désignée en vue de l'élaboration d'un projet de loi sur la fiducie, qui œuvra entre 1973 et 1977 sous l'égide de l'Office de révision du Code civil, proposa finalement de choisir le concept de patrimoine d'affectation sans titulaire. Elle fut suivie par l'Office de révision, le Gouvernement, une commission

[1691] Sur ces controverses et leur évolution, cf. BEAULNE (1993), pp. 533ss; CHARBONNEAU (1983), pp. 505s; ROSSIER (1989), pp. 829ss; WATERS (1990), pp. 595ss et WITZ (1981), p. 7, ainsi que les nombreuses références citées en note par ces auteurs.

[1692] Cf. THORENS (1989), pp. 330ss, 332.

[1693] Cf. BRIERLEY (1995), p. 43.

[1694] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 328 et BRIERLEY (1995), p. 42.

législative, puis le législateur. Ce dernier approuva, en date du 15 avril 1987, le projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens, lequel contient les textes des nouveaux articles relatifs à la fiducie[1695].

Ce ne sont désormais pas moins de quarante articles (art. 1260 à 1298) qui sont consacrés à la fiducie dans le nouveau Code civil du Québec, entré en vigueur le 1er janvier 1994. Ces dispositions légales suivent quatre dispositions traitant de la fondation (art. 1256 à 1259), dans le cadre du titre sixième du livre sur les biens (Livre quatrième), relatif à «certains patrimoines d'affectation». Tout en demeurant limité aux applications de l'*express trust*, le champ d'application de la fiducie a été considérablement élargi, notamment au domaine des fiducies à titre onéreux ou pour des fins purement privées (*business trust*, fiducie de fonds mutuels, fiducie de placements...). Par ailleurs, un cadre juridique est maintenant donné à de nombreuses fiducies de droit «statutaire» qui fonctionnaient auparavant en marge du droit civil[1696]. Selon les sujets examinés, il est possible de considérer la réforme de la fiducie, soit comme une simple consolidation et adaptation, soit, à l'opposé, comme une transformation radicale du régime en vigueur depuis 1879. En tous les cas, on admet que les modifications importantes apportées dans le nouveau code sont tributaires de l'expérience accumulée et des problèmes soulevés pendant plus de cent ans d'existence de la fiducie[1697].

Selon l'art. 1260, «La 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». Elle est constituée dès l'acceptation du fiduciaire (art. 1264 al. 1). Etablie par contrat, testament et, dans certains cas, par la loi (art. 1262), la fiducie est un acte qui voit en principe intervenir trois protagonistes: le constituant, le (ou les) fiduciaire (s), ainsi que le (ou les) bénéficiaire (s) désigné (s) dans la règle par le constituant et qui est (sont) destiné (s) à recueillir, à la fin de la fiducie, le patrimoine fiduciaire. Le constituant peut aussi être l'un, mais non le seul, des bénéficiaires (art. 1281). Lorsque le constituant ou le bénéficiaire sont eux-mêmes fiduciaires, ils doivent alors agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire (art. 1275). La fiducie prend

---

[1695] Sur l'historique de la réforme, cf. COSSETTE (1990), pp. 227ss; ROSSIER (1989), pp. 902ss et WATERS (1990), pp. 599ss.

[1696] Cf. COSSETTE (1990), p. 233.

[1697] Cf. CANTIN CUMYN (1997a), p. 73.

fin par la renonciation ou la caducité du droit de tous les bénéficiaires, tant du capital que des fruits et revenus, par l'arrivée du terme ou l'avènement de la condition, par le fait que le but de la fiducie a été atteint ou par l'impossibilité, constatée par le tribunal, de l'atteindre (art. 1296). Quand une fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant, le tribunal peut, à la demande d'un intéressé, mettre fin à la fiducie (art. 1294 al. 1). Le tribunal a aussi la compétence de modifier les dispositions de l'acte constitutif, afin de permettre un meilleur respect de la volonté du constituant ou de favoriser une fiducie plus efficiente (art. 1294 al. 2).

Les domaines d'application de la fiducie sont variés[1698]. La loi (art. 1266ss) distingue la fiducie personnelle, constituée à titre gratuit, en faveur de bénéficiaires déterminés ou déterminables (par exemple, la substitution fidéicommissaire), la fiducie-fondation d'utilité sociale, constituée dans un but d'intérêt général (*purpose of general interest*), et, enfin, la fiducie-fondation d'utilité privée, laquelle peut poursuivre plusieurs buts. La fiducie d'utilité privée est, tout d'abord, celle qui a pour objet l'érection, l'entretien ou la conservation d'un bien corporel, ou l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé (équivalent du *non-charitable purpose trust*). Elle existe, ensuite, sous une forme qui permet sans doute des usages proches de ceux poursuivis en Suisse au moyen de la fiducie-gestion, lorsqu'elle est constituée à titre onéreux dans le but, notamment, de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placements ou d'investissements (*investment trust*), de pourvoir à une retraite, ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne (art. 1269). La fiducie d'utilité privée ou sociale peut être perpétuelle (art. 1273).

Le fameux article 1261 nous donne les traits caractéristiques de la fiducie québécoise, eu égard aux questions de la titularité et de l'indépendance des biens fiduciaires: «Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel». Bien que les deux thèmes soient liés, nous traiterons, tout d'abord, de la titularité des droits sur les biens fiduciaires, puis du patrimoine d'affectation.

[1698] Pour une présentation des divers types de fiducie instaurés par la loi, cf. BEAULNE (1993), pp. 544ss et McCLEAN (1992), pp. 93ss.

Alors que dans certains ordres juridiques la question de la nature juridique du droit du fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire est controversée, le législateur québécois a quant à lui tranché le problème d'une manière radicale: le patrimoine fiduciaire n'appartient à personne! L'acceptation de la fiducie par le fiduciaire a pour effet de dessaisir le constituant des droits qu'il détient sur les biens, au profit non pas du fiduciaire, mais du patrimoine fiduciaire, entité indépendante (cf. art. 1260 et 1265). Pendant la durée de la fiducie, le constituant n'a ainsi plus aucun droit réel sur les biens fiduciaires. Il peut cependant se réserver le droit de recevoir les fruits et revenus, voire le capital de la fiducie, ou de participer aux avantages qu'elle procure (art. 1281). A la fin de la fiducie, le constituant, lorsqu'il est également bénéficiaire, dispose comme tout bénéficiaire d'une créance contre le fiduciaire en remise des biens composant le patrimoine fiduciaire.

Le bénéficiaire n'est lui-même titulaire d'aucun droit réel sur les biens fiduciaires. Pendant la durée de la fiducie, il a le droit d'exiger, suivant l'acte constitutif, soit la prestation d'un avantage qui lui est accordé, soit le paiement des fruits et revenus et du capital ou de l'un d'eux seulement (art. 1284). De nombreuses facultés sont reconnues indifféremment au constituant ou au bénéficiaire: surveillance de l'administration de la fiducie (art. 1287), droit d'agir contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter ses obligations ou un acte nécessaire à la fiducie, pour lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable ou pour obtenir sa destitution (art. 1290 al. 1), droit d'attaquer les actes frauduleux du fiduciaire (art. 1290 al. 2)[1699], droit, après autorisation du tribunal, d'agir en justice à la place du fiduciaire, en cas de défaillance de celui-ci (art. 1291).

Qu'en est-il, maintenant, des droits du fiduciaire? Comme les autres protagonistes de la fiducie québécoise, il n'a aucun droit réel sur les biens fiduciaires (cf. art. 1261). Il en est cependant le seul titulaire formel, dans la mesure où les titres relatifs aux biens fiduciaires sont établis à son nom: «Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation» (art. 1278 al. 1). La loi le définit comme un «administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration» (art. 1278 al. 2). Cette terminologie fait directement allusion au titre sep-

[1699] Compris comme la possibilité de faire constater par le tribunal la nullité de l'acte juridique accompli sans pouvoir ou qui constitue un détournement de pouvoirs (cf. CANTIN CUMYN (1997a), p. 77).

tième du Code civil, «de l'administration du bien d'autrui» (art. 1299 à 1370), lequel contient les règles générales applicables à tous ceux à qui sont confiés des biens qui ne leur appartiennent pas (art. 1299), et qui régissent en conséquence l'action du fiduciaire, à titre supplétif. L'art. 1306 prescrit que celui qui, comme le fiduciaire, est chargé de la pleine administration, «doit conserver et faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation, lorsque l'intérêt du bénéficiaire ou la poursuite du but l'exigent». Les autres articles règlent, notamment, de manière détaillée les questions de l'obligation générale de prudence et de diligence, du devoir d'agir avec honnêteté et loyauté, du devoir d'éviter les conflits d'intérêts et de ne pas confondre les biens de la fiducie avec les siens propres, ainsi que de l'obligation de rendre compte (cf. art. 1308ss)[1700].

Reste à mieux cerner la nature et le régime juridiques du patrimoine fiduciaire. A première vue, ce patrimoine est une «institution juridique non identifiée», car, d'une part, il ne constitue pas une entité juridique et, d'autre part, il n'est soumis à aucun droit réel. Lors de la création de la fiducie, le constituant se dessaisit de ses droits sur les biens transférés, au profit non pas d'une personne juridique (physique ou morale), mais d'un patrimoine d'affectation. On retrouve ici, concrétisée de manière remarquable, la théorie du *Zweckvermögen*, dont nous savons que certains auteurs français ont déduit l'existence de patrimoines sans sujet de droit, constitués du simple fait de leur assujettissement à un but prédéterminé[1701]. D'une certaine manière, c'est donc le but fiduciaire qui est titulaire de ce patrimoine.

Sans être une personne morale, le patrimoine fiduciaire acquiert une existence autonome dès sa création. Certes, jusqu'au moment où il institue la fiducie, le constituant dispose de nombreuses prérogatives, dont les modalités seront fixées dans l'acte de constitution: décision de création de la fiducie (art. 1260), choix du type et du but poursuivi par la fiducie (art. 1266ss), choix du terme de la fiducie (art. 1296 al. 2), possibilité de lier l'existence de la fiducie à l'avènement d'une condition (art. 1296 al. 2), désignation du (ou des) fiduciaire (s) (art. 1276), choix d'un (ou de plusieurs) bénéficiaire (s) (art. 1275), droit de se réserver certains droits de jouissance (art. 1281), etc. Toutefois, une fois constituée, la fiducie a une vie indépendante qui échappe largement au bon vouloir de son constituant, même si ce dernier a la faculté d'intervenir pour contraindre le fiduciaire à exécuter ses obligations. Quant aux autorités judiciaires, elles se voient ac-

[1700] Cf. CANTIN CUMYN (2000), à paraître et STAPLETON (1992), pp. 79ss.
[1701] Cf. *supra*, pp. 342s.

corder, selon les circonstances, des compétences importantes: droits de désigner un ou plusieurs autres fiduciaires (art. 1277 al. 2), d'autoriser le constituant, le bénéficiaire ou tout autre intéressé à agir en justice à la place du fiduciaire (art. 1291), de mettre fin à la fiducie (art. 1294 al. 1), de modifier les dispositions de l'acte constitutif (art. 1294 al. 2), etc. Certains en ont déduit que la fiducie québécoise représentait une sorte d'entité juridique *sui generis*, «quasi personnifiée», que l'on peut situer «à côté des personnes morales, près des sociétés, pas très loin de la corporation, tout près de la fondation en certains cas, mais ... [avec] son caractère propre...»[1702].

Un tel patrimoine, sur lequel personne n'a de droit réel, rappelle par ailleurs la *res nullius* (chose sans maître, n'appartenant à personne) du droit romain. Il en diffère cependant dans la mesure où il est soumis en la personne du fiduciaire à un véritable maître, qui en a la maîtrise et l'administration exclusive (cf. art. 1278)[1703]. Bien plus, et de manière qui nous paraît contradictoire, tout en décidant que le patrimoine fiduciaire ne ferait l'objet d'aucun droit réel, le législateur a attribué au fiduciaire le rôle et, à certains égards, les pouvoirs d'un véritable propriétaire. Car, dans l'optique des concepteurs de la fiducie québécoise renouvelée, le fiduciaire remplit la fonction de propriétaire de ce patrimoine: «Les pouvoirs étendus du fiduciaire – agissant ès qualités – vont en effet lui permettre non seulement d'en assurer la conservation, mais aussi la libre circulation, comme s'il en était propriétaire. Ces larges pouvoirs lui permettront d'ailleurs de poser toute espèce d'actes relatifs aux biens gérés, y compris l'exercice des droits qui leur sont rattachés»[1704]. En doctrine, on a proposé de résoudre cette ambiguïté par le recours à la distinction entre droit subjectif – compris comme la prérogative juridique reconnue à son titulaire dans son intérêt propre – et pouvoir juridique – conçu comme la prérogative exercée dans l'intérêt d'autrui –, le fiduciaire, au contraire d'un propriétaire, n'étant titulaire que de pouvoirs juridiques[1705].

A teneur de l'art. 1261, le patrimoine fiduciaire, conçu comme un patrimoine d'affectation, est un patrimoine séparé (distinct) de celui du fiduciaire et affecté (autonome) au but fiduciaire. Ce patrimoine est immunisé

[1702] COSSETTE (1990), pp. 231s.

[1703] Cf. COSSETTE (1990), p. 234.

[1704] Cf. les Commentaires du ministre de la Justice au projet de loi, reproduits par COSSETTE (1990), p. 236.

[1705] Cf. CANTIN CUMYN (1997a), p. 75 et (1997b), p. 199, note 4.

tant à l'égard des créanciers du constituant que de ceux du fiduciaire[1706]. Il se compose, à l'actif, des droits et choses transférés et, au passif, des engagements assumés par le fiduciaire en vue d'en assurer l'affectation. Il fonctionne, par ailleurs, selon le principe de la subrogation réelle qui permet aux biens acquis en remploi d'anciens biens d'être soumis au même régime juridique[1707]. Un auteur a parlé de fonds de valeur à contenu variable mais à destination constante[1708].

Il est encore trop tôt pour tirer un bilan de cette nouvelle réglementation atypique de la fiducie. Son efficience dépend notamment de l'attitude des tribunaux à son égard. Il faut cependant relever que cette nouvelle fiducie a été vertement critiquée en doctrine, avant même son entrée en vigueur. Ne serait-elle pas une figure trop académique, détachée des traditions et contingences historiques, sociales, juridiques et économiques du Québec, risquant de déconcerter ses utilisateurs potentiels, lesquels disposent d'outils juridiques ayant fait leurs preuves dans certaines Provinces du Canada ou Etats des U.S.A.[1709]? En outre, un auteur a regretté que sa reconnaissance internationale soit mise en péril, dans la mesure où, pour être admise comme trust selon la CLH, le titre relatif aux biens du trust doit être établi au nom du *trustee* (cf. art. 2 al.2 lit b CLH)[1710]. Nous savons que les normes québécoises sont ambiguës à ce sujet puisque, d'une part, le patrimoine fiduciaire n'appartient à personne, mais que, d'autre part, le fiduciaire a les titres relatifs aux biens qui le composent. Il s'agira finalement d'un problème d'interprétation de la CLH et des dispositions québécoises, mais le concept de patrimoine d'affectation n'est, *a priori*, pas favorable à la reconnaissance.

On peut avoir l'impression que la nouvelle fiducie québécoise résulte plutôt d'une définition négative que positive de la fiducie, car le législateur savait plus ce qu'il ne voulait pas que ce qu'il voulait vraiment: il fallait éviter tant le recours à la personne morale, notion trop éloignée de la conception anglo-saxonne du trust, que de soulever la question épineuse de la propriété fiduciaire, laquelle pouvait conduire au démembrement de la propriété du droit civil, de tradition française[1711]. On doit cependant reconnaî-

[1706] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 328.

[1707] Cf. les art. 1293, 1306 et 1307, ainsi que les Commentaires du ministre de la Justice au projet de loi, reproduits par COSSETTE (1990), p. 234. Voir aussi MACDONALD (1994), p. 782.

[1708] Cf. BRIERLEY (1995), p. 46.

[1709] Dans ce sens, cf. McAULEY/TALPIS (1992), pp. 55ss et WATERS (1990), pp. 603ss.

[1710] Cf. *infra*, pp. 489s.

[1711] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 328.

tre que la solution québécoise comporte un avantage indéniable: elle permet, dans une certaine mesure, de dissocier la fonction du fiduciaire – lequel peut être remplacé dans certaines circonstances – de la constitution et de la gestion du patrimoine fiduciaire. Les années à venir révéleront si cette institution *sui generis* est apte à remplir le rôle que le législateur lui a assigné.

D. Synthèse

Dans les trois ordres juridiques de tradition de *civil law* que nous avons évoqués, la fiducie est aujourd'hui conçue d'une manière qui heurte violemment la théorie pandectiste de l'acte fiduciaire. Les législateurs ont sans doute compris, un peu d'ailleurs comme les juristes romains, que la question de la détermination de la qualité de propriétaire du bien fiduciaire est moins importante que celles de savoir qui peut protéger juridiquement le patrimoine fiduciaire et à qui en revient le bénéfice économique. Les législations récentes sur la fiducie constituent les biens fiduciaires en un patrimoine séparé et affecté, que cela soit sous la forme d'une masse séparée à l'intérieur du patrimoine du fiduciaire (*Sondervermögen*), ou alors, comme au Québec, par le biais de la constitution d'un patrimoine d'affectation autonome. Elles permettent ainsi une protection efficace de ce patrimoine contre les créanciers personnels du fiduciaire. En revanche, on ne peut pas dire que le problème du statut juridique du fiduciaire soit tranché d'une manière claire. Certes, il semblerait, à première vue, qu'il existe sur ce point une opposition fondamentale et irréductible entre les exemples luxembourgeois et français, d'une part, et québécois, d'autre part: attribution du droit de propriété au fiduciaire dans les deux premiers cas, absence de droit réel sur le patrimoine fiduciaire dans le troisième. A notre avis, les différences sont cependant moins grandes qu'il n'y paraît. Sur le plan pratique, les fiduciaires disposent dans chacun de ces trois cas de très larges pouvoirs de gestion sur le patrimoine fiduciaire. Et même sur le plan conceptuel, les positions se rejoignent. Au Luxembourg et dans le projet de loi français se dégage, en effet, l'idée que le fiduciaire n'est qu'un titulaire formel du bien fiduciaire. Il en va de même, selon nous, en droit québécois où le fiduciaire est investi des titres relatifs aux biens composant le patrimoine fiduciaire.

L'évolution susmentionnée n'a pas épargné d'autres ordres juridiques. C'est ainsi que, dans le cadre de mesures diverses visant à attirer les capitaux étrangers, notamment moyen-orientaux, le Liban s'est doté d'une loi «relative au développement du marché financier et des contrats fiduciai-

res», entrée en vigueur le 6 juin 1996[1712]. Composée de vingt articles, la loi définit le contrat fiduciaire comme l'acte par lequel le fiduciant «confie» au fiduciaire «le droit de gérer et de disposer pour une durée déterminée, de droits ou de valeurs mobilières lui revenant, dénommés les avoirs fiduciaires» (art. 3). Le contrat fiduciaire, qui est en principe soumis aux dispositions du contrat de procuration (art. 13), doit être établi en la forme écrite, sous peine «d'annulation absolue» (art. 14 al. 1). Parmi les clauses imposées figure celle déterminant le rôle et les prérogatives du fiduciaire, «avec la mention précise, le cas échéant, de son droit de disposition» (art. 14 al. 2 lit. d). Relevons que les termes choisis par le législateur («confie ... le droit de gérer et de disposer...», cf. art. 3) ne permettent pas d'affirmer que c'est effectivement un droit de propriété sur les avoirs fiduciaires qui est transféré au fiduciaire[1713]. En revanche, la loi régit clairement ces avoirs comme une masse séparée et affectée: «Les avoirs fiduciaires constituent une masse distincte des engagements financiers du fiduciaire» qui doivent figurer hors bilan (art. 7 lit. a) et être comptabilisés de manière distincte de tout autre compte ou de tout autre avoir fiduciaire (art. 7 lit. b). Ils ne peuvent être saisis par les créanciers du fiduciant et «ne peuvent être l'objet d'aucun droit de recours relatif à des obligations qui ne leur sont pas liées directement» (art. 9). En outre, ils sont protégés en cas de cessation de paiement ou de mise en faillite du fiduciaire (art. 10), et sont restitués, à l'échéance, avec leur résultat, au fiduciant ou, le cas échéant, au bénéficiaire (art. 6). Jugeant cette technique de la fiducie peu compatible avec les concepts, empruntés au droit français, de la propriété et du patrimoine en droit libanais, NAJJAR estime que ce régime juridique constitue une «zone franche de non-droit»[1714].

En Belgique, la fiducie, longtemps envisagée avec une certaine suspicion, semble aujourd'hui prête à faire une entrée remarquée dans la législation, bien qu'aucun texte n'ait encore été soumis au Parlement belge. Selon un avant-projet de loi rédigé par les notaires belges en relation étroite avec le Ministère de la justice, la fiducie belge pourrait devenir un instrument de gestion et un instrument de transmission entre vifs ou à cause de mort, principalement gratuit, destiné à être plus particulièrement utilisé dans les domaines de la protection des intérêts familiaux, des intérêts patrimoniaux et de la transmission des entreprises[1715]. L'acte de fiducie a pour effet de trans-

[1712] Cf. NAJJAR (1997), p. 260. La loi est reproduite par WOLTER (1999), pp. 245ss.
[1713] Sur cette question, cf. WOLTER (1999), pp. 186ss.
[1714] NAJJAR (1997), p. 260.
[1715] Cf. GHORAIN (1997), p. 217.

férer le patrimoine fiduciaire des mains du constituant entre les mains du fiduciaire. Les biens mis en fiducie sortent du patrimoine du fiduciant pour former le patrimoine fiduciaire, lequel constitue un patrimoine séparé du patrimoine du fiduciaire et affecté au but fiduciaire. A moins qu'il ne s'agisse de créances nées dans le cadre de la gestion fiduciaire, le patrimoine fiduciaire échappe ainsi aux créanciers du fiduciaire, mais aussi à ceux du fiduciant, excepté ceux qui bénéficient d'un privilège né avant la constitution et portant sur les biens mis en fiducie[1716].

Le cas néerlandais est quelque peu atypique. Entré en vigueur le 1er janvier 1992, le troisième livre du Code civil, consacré à la partie générale du droit patrimonial, contient une disposition (art. 3:84 al. 3) dont certains se sont demandé si elle ne prohibait pas la constitution de toute fiducie en droit hollandais: «ne constitue pas un titre valable de transfert l'acte juridique qui vise à transférer le bien aux fins de sûreté ou qui n'a pas pour objet de le faire tomber dans le patrimoine de l'acquéreur après le transfert»[1717]. Ces doutes auraient été dissipés par une décision du *Hoge Raad* du 19 mai 1995. Selon la Cour suprême néerlandaise, le contrat de fiducie est valable en droit hollandais pour autant que le fiduciaire acquière une propriété pleine et indivisible sur le patrimoine fiduciaire[1718].

Le droit néerlandais se singularise toutefois par l'existence du «bewind», figure juridique dont le nouveau Code civil prévoyait l'extension des cas d'application. Faisant l'objet du titre sixième (administration du bien d'autrui) du Livre 3 (art. 3: 126 à 165), il était prévu que les dispositions sur le *bewind* entrent en vigueur en même temps que le droit des successions (livre 4). Mais il semblerait que le législateur ait finalement décidé de renoncer à les insérer dans le Code civil[1719]. On estime généralement que le *bewind*, usité principalement en droit de la famille et en droit successoral, est une forme d'administration fiduciaire des biens d'autrui, dont l'originalité provient du fait que, contrairement au schéma classique de la fiducie, le titre formel de la propriété n'est pas attribué au fiduciaire, mais directement à un bénéficiaire, l'administrateur-fiduciaire (*bewindvoerder*) se contentant, en prin-

[1716] Sur le régime juridique prévu dans cet avant-projet de loi belge, cf. GHORAIN (1997), p. 218.

[1717] Texte cité par DUTOIT (1998), p. 211. Voir aussi Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, «Les opérations fiduciaires en droit néerlandais», in *Les opérations fiduciaires*, Paris, 1985, pp. 394 et 420.

[1718] Cf. KORTMANN/VERHAGEN (1999), pp. 196s et KOPPENOL-LAFORCE/KOTTENHAGEN (2000), à paraître.

[1719] Cf. KOPPENOL-LAFORCE/KOTTENHAGEN (2000), à paraître.

cipe, d'administrer le bien au profit du bénéficiaire[1720]. Il s'agirait donc de l'attribution d'un pouvoir de gestion sans véritable cession de droits à l'administrateur, ce qui permet de douter que cette institution soit véritablement une forme fiduciaire de gestion de biens. Cette première approche doit cependant être relativisée, car l'administrateur est titulaire d'un pouvoir prédominant de gestion et de disposition sur le patrimoine fiduciaire. De manière corrélative, le bénéficiaire n'a qu'un pouvoir de disposition extrêmement restreint. Il ne peut, en effet, céder les biens fiduciaires que dans certains cas, et encore a-t-il besoin du consentement de l'administrateur. Du point de vue patrimonial, il faut relever que le patrimoine fiduciaire est considéré comme une masse séparée et affectée à l'intérieur du patrimoine du bénéficiaire.

Les Pays-Bas ont ratifié la CLH avec effet au 1er février 1996. La crainte que l'art. 3:84 al. 3 du nouveau Code civil puisse être interprété comme empêchant de reconnaître la séparation du patrimoine du trust de celui du *trustee*, lorsque le droit néerlandais est applicable en tant que *lex rei sitae*, a amené les autorités à faire adopter une loi d'application de cette convention internationale, entrée en vigueur à la même date que cette dernière. Le principal objectif de cette loi, qui comporte six articles, est de garantir les conséquences juridiques de la reconnaissance d'un trust, décrites à l'art. 11 de la CLH, notamment que les biens du trust constituent un patrimoine séparé et affecté[1721]. Certains s'attendent à ce que ces changements législatifs modifient en profondeur l'approche qu'on a pu avoir dans ce pays de la fiducie et du trust[1722]. Déjà nombreux sont ceux qui réclament la création en droit néerlandais d'une institution juridique similaire au trust[1723].

Ces exemples récents d'évolution du régime juridique de la fiducie sont révélateurs de la capacité de cette figure juridique à contraindre les juristes à sortir des sentiers battus. Même dans l'Allemagne pandectiste de la fin du

---

[1720] Sur le *bewind*, cf. DUTOIT (1998), p. 211 et KORTMANN/VERHAGEN (1999), pp. 199s.

[1721] Cf. BROGGINI (1998), p. 417; FUCHS (1998), pp. 28ss; KOPPENOL-LAFORCE/KOTTENHAGEN (2000), à paraître, et von OVERBECK (1997), pp. 372ss. L'art. 4 de cette loi, traduit par von OVERBECK (1997), p. 374, a la teneur suivante: «Les dispositions du droit néerlandais en matière de transfert de propriété, de sécurités ou de protection des créanciers en cas d'insolvabilité n'affectent pas les conséquences juridiques de la reconnaissance d'un trust décrites à l'art. 11 de la Convention».

[1722] Cf. VON OVERBECK (1997), p. 375.

[1723] Cf. KOPPENOL-LAFORCE/KOTTENHAGEN (2000), à paraître, et KORTMANN/VERHAGEN (1999), pp. 203ss.

XIX^e siècle, nous avons vu que la distinction jurisprudentielle entre propriété juridique et propriété économique revenait déjà à battre en brèche les principes dogmatiques sur lesquels l'institution avait été créée (théorie de l'acte fiduciaire)[1724]. Un autre cas peut être cité. Tout comme en droit suisse ou en droit allemand, la fiducie autrichienne doit son existence à la jurisprudence. Cette dernière, approuvée par la doctrine, considère le patrimoine fiduciaire comme un véritable patrimoine séparé, qui, en l'absence d'un principe équivalent à l'*Unmittelbarkeit* allemande, est protégé en cas de mesures d'exécution forcée prises à l'encontre du fiduciaire, même lorsque le bien fiduciaire a été acquis auprès d'un tiers[1725].

D'autres systèmes juridiques dits «mixtes», mais aussi des systèmes de *civil law*, sont allés encore plus loin, en faisant entrer le «trust», ou une institution dérivée, de manière plus ou moins directe dans leur ordre juridique[1726]. Nous prendrons deux exemples. Le Japon connaît dès 1905 une loi sur le trust des obligations garanties par des sûretés. Mais l'on admet que le trust a été véritablement introduit dans ce pays en 1922 par la promulgation de deux lois, l'une sur les trusts, l'autre sur les trusts commerciaux. Ces lois furent complétées en 1951 par la loi sur le trust pour les investissements de valeurs mobilières, et en 1952 par la loi sur le trust destiné au financement des entreprises. Aujourd'hui, le trust est devenu une institution importante du droit japonais. Sa nature juridique reste cependant controversée et son régime juridique peine à s'intégrer dans le système général du droit japonais[1727]. Au Liechtenstein, le «trust» («Treuhänderschaft») a été codifié en 1926, lors de l'adoption de la loi sur le droit des personnes et des sociétés (*Personen- und Gesellschaftsrecht*), dont les articles 897 à 932 lui sont consacrés. Le législateur s'est alors inspiré du *Trustee Act* du Royaume-Uni de

[1724] Cf. *supra*, première partie, chapitres II et III. Voir aussi WIEGAND (1990), p. 128.

[1725] Cf. APATHY (1997), pp. 385ss; BARTHOLD (1997), pp. 73ss et 90ss, ainsi que COING (1973a), pp. 216ss.

[1726] Il en va ainsi de l'Ecosse, de Malte, du Liechtenstein, de la République de Russie, de l'Afrique du Sud, d'Israël, du Mexique, du Venezuela, ou encore de la Louisiane (cf. DREYER (1981), pp. 27ss; GAMBARO (1995), p. 631, note 56; HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN (1999), Introduction, pp. 3s; HELMHOLZ/ZIMMERMANN (1998), pp. 27ss; KLEIN (1990), p. 470 et SCHNITZER (1963), pp. 79ss). Sur le trust écossais, créé dans un système juridique hybride, résultant de la fusion des traditions juridiques de *civil law* et de *common law*, voir les contributions récentes de George GRETTON, «Scotland: The Evolution of the Trust in a Semi-Civilian System», in *Itinera Fiduciae*, Berlin, 1998, pp. 507ss et K.G.C. REID, «National Report for Scotland», in *Principles of European Trust Law*, La Haye, 1999, pp. 67ss.

[1727] Pour une brève présentation du trust en droit japonais, cf. Munehide NISHIZAWA, «L'état actuel du trust (shintaku) en droit japonais», in *Revue de Droit des Affaires Internationales* (Paris) 1990, pp. 7ss.

1925, tout en renonçant à la dissociation entre *common law* et *equity*. Le *Treuhänder* (*trustee*) est ainsi considéré comme le propriétaire des biens qui lui sont confiés. Ces biens constituent un patrimoine séparé de la fortune personnelle du *trustee*, soumis au principe de la subrogation réelle. Si le *trustee* tombe en faillite ou s'il fait l'objet d'une saisie, les biens du trust échappent à ses créanciers. En sus du «trust», la loi de 1926 prévoit également l'existence de la fondation de famille (*Stiftung*), laquelle existe sous la forme d'un patrimoine d'affectation ayant la personnalité juridique (personne morale). En outre, dans le but de favoriser l'implantation d'institutions analogues aux *business trusts* américains, la loi de 1926 a été amendée par une loi du 10 avril 1928, ajoutant un article 932a, qui réglemente en 170 paragraphes les *Treuunternehmen*. Il s'agit de «trusts» portant sur des entreprises constituées en patrimoine d'affectation qui n'ont pas obligatoirement la personnalité morale. Le «trust» a gagné régulièrement de l'importance dans ce pays, avant tout comme instrument de gestion à long terme de fortunes privées et de patrimoines familiaux[1728].

Pays dans lequel la doctrine a longtemps adopté une attitude réservée face aux opérations fiduciaires[1729], l'Italie a pour sa part subi un profond changement de mentalités qui l'a conduite à être aujourd'hui l'un des pays européens de *civil law* les plus ouverts aux trusts anglo-saxons. En Italie, l'acte fiduciaire (*negozio fiduciario*) est un acte juridique qui a été développé par la jurisprudence et la doctrine, selon une conception similaire à celle de notre pays[1730]. Il y est généralement défini comme la somme de deux conventions autonomes mais reliées entre elles: la première a pour objet un plein transfert de propriété au fiduciaire; la seconde, de nature obligationnelle, a pour effet de modifier le résultat final du premier accord, en imposant au fiduciaire de retransférer les biens fiduciaires au fiduciant

---

[1728] Sur les différentes formes de trusts liechtensteinois, cf. BARTHOLD (1997), pp. 58ss; Klaus BIEDERMANN, «La fiducie liechtensteinoise inspirée du trust», in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, *Bulletin Joly* 1991 no 4 bis, Paris, 1991, pp. 77ss; BREITSCHMID (1995), pp. 58s; COING (1973a), pp. 237ss; Le Prince Michaël du Liechtenstein, «Le trust et la fiducie du Liechtenstein», in *Le trust et la fiducie, implications pratiques*, Bruxelles, 1997, pp. 105ss; MAYER (1998), pp. 189ss; Boris MONNIN, «La fondation de famille au Liechtenstein», in *Revue juridique et politique* (Paris), mai-septembre 1990, pp. 273ss; MOOSMANN (1999), pp. 160ss; SCHNITZER (1963), pp. 82ss; SEEL-VIANDON (1979), pp. 171ss, WITZ (1981), p. 8 et (1997b), p. 63, ainsi que WYLER (1937), pp. 311ss.

[1729] Cf. Alberto MAZZONI, «Les opérations fiduciaires en droit italien», in *Les opérations fiduciaires*, Paris, 1985, pp. 335ss et COSTANZA (1980), pp. 433s.

[1730] Pour une présentation de la structure de l'acte fiduciaire en droit italien, cf. ANDREOLI (1998), pp. 111ss.

ou à un tiers. On a également coutume de caractériser l'acte fiduciaire par l'existence supposée d'une disproportion entre but et moyens.

La doctrine italienne s'intéresse de plus en plus aux rapports entre fiducie et trust, ainsi qu'aux possibilités d'introduire une institution similaire au trust, voire le trust lui-même, dans l'ordre juridique italien[1731]. Pays de tradition romaniste par excellence, l'Italie a été le premier Etat de *civil law* à ratifier par une loi du 16 octobre 1989 la CLH, à laquelle elle est soumise, depuis son entrée en vigueur le 1er janvier 1992. La portée de cette convention donne lieu à un vif débat qui «ha assunto i toni di una guerra di religione»[1732]. On admet en général que des trusts constitués à l'étranger – par des personnes juridiques étrangères ou italiennes – pourront induire des effets indirects profitables à l'économie italienne, notamment dans les domaines de la gestion des patrimoines, de l'émission des obligations et dans certaines opérations relevant des marchés financiers[1733]. Autre est la question de savoir dans quelle mesure tout *express trust* institué valablement selon les règles d'un pays tiers, ayant ratifié ou non la convention, sera maintenant reconnu en Italie[1734]. Selon une opinion extrême très contestée[1735], soutenue par LUPOI, les sujets de droit italiens ont désormais la possibilité de créer un trust de droit étranger en Italie[1736]. Cette interprétation revient, par exemple, à admettre la validité d'un trust de droit anglais, dont cependant tous les points de rattachement (domiciles et nationalités du constituant, du *trustee* et du bénéficiaire, lieu d'administration...) se situent dans l'ordre juridique italien (trust dit «domestico», «italiano» ou encore «interno»)[1737]. LUPOI affirme que pas moins de quatre-vingts trusts de ce type ont été constitués en Italie entre 1996 et 1998. Dans deux cas, la jurisprudence a admis leur validité. En outre, une des plus grandes banques ita-

---

1731 Cf. ANDREOLI (1998) et LUPOI/ARRIGO (1999), pp. 123ss.

1732 Selon les termes de BROGGINI (1997), p. 25.

1733 Cf. ANDREOLI (1998), pp. 23s et 215ss.

1734 Sur les conséquences pour l'Italie de l'entrée en vigueur de la CLH, cf. GAMBARO (1994), pp. 501ss, ainsi que l'ouvrage collectif, sous la direction d'Ilaria BENEVENTI, *I trusts in Italia oggi*, Milan, 1996.

1735 Cf. BROGGINI (1997), pp. 28ss et (1998), pp. 41ss, et GAMBARO (1995), p. 638.

1736 Cf. Maurizio LUPOI, *Trusts*, Milan, 1997, pp. 483ss, (1998a), p. 496 et (1998b), pp. 436ss.

1737 Cf. toutefois l'art. 13 CLH: «Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee*, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause».

liennes aurait récemment créé à Milan un «charitable trust» (poursuivant des buts de bienfaisance), soumis au droit anglais[1738].

Les auteurs européens sont divisés sur la question de savoir si l'instauration d'un régime adéquat de la fiducie nécessite une codification. Quelques exemples seront donnés. L'Allemagne et l'Autriche ne semblent pas prêtes à renoncer à leur fiducie d'origine prétorienne. La doctrine allemande considère que la *Treuhand* a fait ses preuves et que les faiblesses de son régime juridique sont susceptibles d'être supprimées par les Tribunaux[1739]. De même, selon APATHY, il n'y a pas de raison, en droit autrichien, de recourir à une loi pour assurer un régime performant à la fiducie, dans la mesure où le patrimoine fiduciaire est déjà efficacement protégé[1740]. En Italie, GAMBARO relève que la création d'une institution similaire au trust rend indispensable une loi dans une matière qui implique des dérogations importantes aux principes généraux du droit privé, ainsi qu'une profonde évolution des mentalités[1741]. MORELLO estime, au contraire, qu'il faut préférer à une législation nécessairement technique et complexe, une évolution jurisprudentielle flexible par voie d'interprétation[1742]. En France, constatant l'existence de nombreuses fiducies innommées en droit positif français, ZÉNATI et REVET affirment que la «propriété fiduciaire est de ces propriétés ... [qui] peuvent entrer dans l'ordre juridique interne sans l'aide du législateur». Ils concluent qu'«Avant que de codifier la fiducie, il convient de la faire»[1743]. Ce que conteste LUCAS, lequel plaide en faveur de la nécessité d'une loi[1744]. Enfin, selon le luxembourgeois ARENDT, une intervention législative efficiente dans le domaine de la fiducie devrait être effectuée au niveau de la Communauté européenne (soit actuellement de l'Union européenne), à condition qu'au préalable l'harmonisation de la fiscalité directe ait progressé[1745].

Chacun des arguments susmentionnés a sans doute son intérêt propre. Chaque pays doit trouver sa voie en fonction de son système juridique, de

---

1738 Cf. LUPOI/ARRIGO (1999), p. 129 et HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN (1999), Introduction, p. 10.

1739 Cf. JAEGER (1968), p. 24; KÖTZ (1963), pp. 173s et (1999), pp. 97ss, ainsi que WOLTER (1999), pp. 2s.

1740 APATHY (1997), pp. 390s.

1741 GAMBARO (1994), pp. 523s.

1742 MORELLO (1996), p. 92.

1743 ZÉNATI/REVET (1997), pp. 147s.

1744 LUCAS (1997), pp. 304ss.

1745 ARENDT (1985), p. 160.

ses règles et de ses valeurs. Mais tout dépend, en réalité, du type de réforme que l'on entend effectuer. La jurisprudence pourra très souvent améliorer le régime de la fiducie au moyen de l'interprétation de normes existantes. Si l'on désire cependant consacrer une fiducie différente, qui prend en compte le double aspect du concept d'appartenance, l'aspect formel et l'aspect matériel, alors l'adoption d'une loi serait préférable. Il s'agirait, en effet, du meilleur moyen d'intégrer dans le système retenu dans les codes civils aux XIX^{e} et XX^{e} siècles une forme d'appartenance qui lui est étrangère. Reste maintenant à examiner ces questions en droit suisse.

CHAPITRE II

PROPOSITIONS POUR UN NOUVEAU RÉGIME JURIDIQUE DE LA FIDUCIE-GESTION

Ce chapitre, l'avant-dernier de notre recherche, a pour but de dessiner les contours d'un nouveau régime juridique de la fiducie-gestion en droit suisse. L'ensemble des conclusions auxquelles nous sommes parvenu dans les pages qui précèdent sera mis à contribution. Après avoir déterminé les principes théoriques qui nous paraissent gouverner la fiducie (section A), nous chercherons à les concrétiser en un régime juridique opérationnel. Deux voies distinctes peuvent être envisagées: l'évolution jurisprudentielle (section B) ou l'intervention législative (section C).

A. Eléments caractéristiques de la fiducie

La fiducie est un acte juridique qui a vocation à dissocier temporairement le titulaire juridique d'un bien de son bénéficiaire économique. Combinant de manière étroite et interdépendante droit des biens et droit des obligations, la fiducie trouve difficilement sa place dans un système construit sur une nette différenciation et opposition entre droit réel et droit personnel. Consistant en un transfert temporaire d'une titularité juridique, elle s'accommode mal d'un droit de propriété conçu comme conférant à son titulaire l'intégralité des droits d'exercice et de jouissance. Impliquant le transfert temporaire d'une valeur, elle ne satisfait pas au principe de l'unité du patrimoine qui a pour conséquence d'intégrer nécessairement cette valeur dans le patrimoine personnel du fiduciaire.

Il est possible de remédier aux défauts actuels. Cela nécessite de mieux prendre en compte la volonté des parties et de tirer les enseignements de l'étude historique et comparatiste à laquelle nous avons procédé. Revenons tout d'abord quelques instants à la *fiducia* romaine[1746], qui, malgré ses spécificités historiques, représente un modèle d'inspiration encore valable. Il va de soi que les modalités d'utilisation de la fiducie ont fortement évolué depuis l'époque romaine: employée avant tout dans les rapports entre citoyens romains amis, la *fiducia cum amico*, dans laquelle le devoir principal du fiduciaire réside dans la protection du bien fiduciaire (patrimoine à

[1746] Cf. *supra*, deuxième partie.

conserver), est évidemment bien différente de notre fiducie-gestion, utilisée surtout dans le domaine bancaire international, où le fiduciant attend du fiduciaire une activité importante en vue de faire fructifier son investissement (patrimoine à administrer, à gérer). Mais le mécanisme est le même: il s'agit de «donner pour reprendre». Cette finalité, exprimée finement par les juristes romains au moyen d'une formule synthétique (*mancipio dare ut remancipetur*), induit un certain nombre de conséquences. Car ce qui est transféré temporairement n'entre pas véritablement dans le patrimoine de l'acquéreur. Au fiduciaire est transféré le droit et le pouvoir, mais non l'avoir. D'où la nécessité de considérer les biens fiduciaires comme un véritable patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire. C'est précisément le choix effectué par certains Etats qui ont récemment légiféré sur la fiducie (Luxembourg et Liban, mais aussi la Province du Québec, sous la forme d'un patrimoine autonome) ou dans lesquels des projets ou avant-projets de loi ont été préparés en la matière (France, Belgique).

On peut définir la fiducie-gestion comme un contrat par lequel le fiduciant s'engage à remettre au fiduciaire la pleine titularité formelle sur un bien, alors que le fiduciaire s'engage à le conserver et à le gérer en tant que propriétaire, mais au profit économique du fiduciant (ou d'un tiers bénéficiaire), puis à le retransférer au fiduciant (ou à le transférer à un tiers-bénéficiaire), selon les termes de la convention. Mais on peut aussi délimiter le concept de fiducie au moyen de la description du contenu et des caractères du droit de propriété conféré au fiduciaire: dans ce sens, la propriété fiduciaire est une propriété formelle (sous-section 1), temporaire (sous-section 2) et finalisée (sous-section 3). Il s'agit d'un modèle théorique (non effectif) qui nous servira de cadre de référence pour nos propositions de réforme.

1. Propriété-exercice et propriété-valeur

Nous avons vu comment les juristes romains ont distingué deux formes d'appartenance, de domination sur un bien: la domination formelle et la domination économique[1747]. Ils ont souligné à juste titre qu'une chose nous appartient, d'une part, lorsque nous disposons sur elle d'un plein pouvoir juridique (aspect matériel, réel) et, d'autre part, lorsqu'elle est intégrée, et à notre libre disposition, dans notre patrimoine (valeur)[1748]. Le droit de propriété

[1747] Cf. *supra*, pp. 199ss.
[1748] Cf. JAHR (1984), pp. 73ss.

comporte ainsi nécessairement deux aspects: le pouvoir, le droit sur la chose (droit réel) et l'avoir, le droit à la chose (imputation patrimoniale). Cette dualité représente sans doute une clé d'analyse incontournable. Car, comme le relève l'auteur italien PUGLIATTI, la «tendenza alla polarizzazione verso i due profili – formale et sostanziale – si può dire ricorrente nella proprietà; anzi, in senso alquanto diverso da quello consueto, si potrebbe designare questa sensibilità dell'istituto rispetto alle contingenze, come un aspetto permanente e tenace della sua elasticità»[1749].

Traditionnellement, les codes civils élaborés au siècle dernier ou dans la première partie du XXe siècle ne se concentrent toutefois que sur le premier élément (aspect matériel, réel) en ce qu'ils conçoivent le droit de propriété comme un droit réel portant sur une chose (matérielle) et non pas comme l'expression d'une valeur[1750]. Il en va ainsi du Code civil suisse. A l'occasion de la définition des éléments composant le droit de propriété, le législateur helvétique a en effet mis l'accent sur deux types de pouvoirs juridiques qui sont dévolus au propriétaire: d'une part, celui de disposer de la chose (art. 641 al. 1 CC) et, d'autre part, celui de la revendiquer ou de repousser toute usurpation (art. 641 al. 2 CC). Il est admis que le droit de propriété comporte aussi la faculté d'user et de jouir de la chose (art. 643 CC)[1751]. Ces éléments, qui sont recentrés sur la question de la personne du titulaire formel du droit sur la chose, nous indiquent certes *qui* peut valablement effectuer tel ou tel acte juridique, mais non *à qui* revient le bénéfice économique de l'opération. Ils sont donc peu aptes à rendre compte des caractéristiques de la fiducie. Prenons un exemple. Le fiduciaire dispose-t-il de la faculté de jouir du bien fiduciaire? La réponse doit être nuancée. Lorsque le fiduciaire ouvre un compte bancaire pour y déposer les avoirs qu'il gère à titre fiduciaire, c'est bien lui qui, vis-à-vis de la banque dépositaire (rapports externes), est titulaire juridique des intérêts (jouissance formelle), et à lui seul est reconnue la possibilité de les réclamer. En revanche, dans les relations entre fiduciant et fiduciaire (rapports internes), le rendement du patrimoine fiduciaire (fruits) est acquis au fiduciant (jouissance matérielle, effective). Dans sa théorie de la «propriété relative», DERNBURG a exprimé à sa manière cette dichotomie en affirmant que le fiduciaire n'est

[1749] Salvatore PUGLIATTI, «La proprietà e le proprietà, con riguardo particolare alla proprietà terriera», in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Milano, 1954, p. 135.

[1750] Cf. MACDONALD (1994), p. 788.

[1751] Cf. STEINAUER (1997), p. 21.

propriétaire du bien fiduciaire que vis-à-vis des tiers (rapports externes) mais non du fiduciant (rapports internes)[1752].

Pour mieux cerner la nature des rapports juridiques relatifs aux biens fiduciaires, il faut trouver les moyens de distinguer appartenance patrimoniale (contenu intérieur du droit, valeur) et appartenance formelle (enveloppe extérieure du droit, droit réel). La principale difficulté réside dans la liaison de ces deux notions, l'une dépendant du concept de patrimoine, non défini dans la loi, l'autre étant l'apanage du droit de propriété des art. 641ss CC. Nous avons vu que des distinctions de ce type (titre juridique/bénéfice économique) ont déjà été opérées en doctrine, notamment en matière de réserve de propriété ou de *leasing*. Elles n'ont pas non plus échappé au législateur, lequel a récemment prescrit qu'il fallait tenir compte, dans le cadre de l'examen du retour à meilleure fortune du débiteur failli, des valeurs «dont il dispose économiquement» (cf. art. 265 al. 2 et 265a al. 3 LP). Elles ont également été prises en compte chez nos voisins pour qualifier divers rapports juridiques, dont la fiducie. Nous savons, par exemple, qu'en Allemagne la jurisprudence protège dans certaines circonstances, depuis maintenant un siècle, le patrimoine fiduciaire sur la base de «l'appartenance économique» de celui-ci au fiduciant. Mais ce concept ne nous paraît pas satisfaisant. Indépendamment du contenu de ce droit qui est mal défini, la terminologie adoptée est équivoque, dans la mesure où une propriété, qui est opposée à la «propriété juridique» du fiduciaire, semble ne pas être une notion juridique, mais seulement économique. Il faut donc préférer d'autres dénominations, qui n'opposent pas un «droit juridique» à un «droit économique», mais qui distinguent, au sein du droit de propriété, l'élément d'exercice de ce droit de l'élément de sa valeur. Certains auteurs français ont proposé les binômes suivants: «propriété pouvoirs» et «propriété richesse»[1753], «propriété-fonction» et «propriété-actif»[1754], ou «puissance» et «jouissance»[1755]. La doctrine allemande a notamment distingué «Verfügungseigentum» et «Nutzungseigentum»[1756], «Rechtsmacht» et «Vermögen»[1757], «Rechtszuständigkeit» et «Vermögenszugehörigkeit»[1758], «Eigentümer-

[1752] Heinrich DERNBURG, *Pandekten*, Tome I, Partie générale et droits réels, Berlin, 1888, p. 230.
[1753] GRIMALDI (1991a), pp. 913ss, approuvé par LE GALL (1992), p. 508.
[1754] BÉNABENT (1993), p. 275.
[1755] CHAMPAUD (1991), pp. 693 et 703.
[1756] KRAUSS (1999), pp. 89ss, notamment 152.
[1757] STIER (1933), pp. 85ss.
[1758] WALTER (1974), pp. 52ss.

macht» (*power of management*) et «Eigentumswert» (*right of enjoyment*)[1759] ou encore parlé de «geteiltes Eigentum»[1760]. Le problème majeur consiste à préciser le contenu de ces notions, ce que la doctrine ne fait pas toujours[1761].

Quelques critères paraissent pouvoir être donnés. Dans chaque acte juridique, il y a un aspect formel et un aspect économique, lequel concerne en principe la finalité de l'acte. Normalement, ces deux aspects sont liés. Quand on vend un bien, on transfère tant le droit sur la chose (exercice du droit) que le droit à la chose (valeur). En revanche, lorsque l'on contracte une fiducie, ils sont dissociés. Le fiduciant n'a la volonté de transférer au fiduciaire que le droit sur la chose, mais non le droit à la chose. La fiducie a en effet comme but et contenu de séparer l'exercice d'un droit sur un bien, du droit à la valeur de ce bien[1762].

La titularité juridique, les pouvoirs juridiques sur le bien fiduciaire, sont pleinement transférés au fiduciaire. Celui-ci exerce seul le droit de propriété. Il peut, en principe, valablement aliéner ou mettre en gage le patrimoine fiduciaire. De même, il est seul habilité a défendre juridiquement le patrimoine fiduciaire, par exemple, à le revendiquer. Vis-à-vis des tiers, la

---

[1759] JAHR (1984), p. 74. Notons cependant que JAHR estime, selon nous à tort, que cette distinction ne s'applique pas à la fiducie, le fiduciaire étant investi d'un plein droit de propriété sur le bien fiduciaire, lequel ferait partie de son propre patrimoine. Cet auteur voit la caractéristique des rapports fiduciaires dans les pouvoirs excédentaires accordés au fiduciaire («überschiessenden Aussentendenz») (cf. JAHR, p. 88, note 71). Toutefois, les critères qu'il avance pour fonder la notion d'*Eigentumswert* (responsabilité patrimoniale, titularité des pertes et profits) s'appliquent, ainsi que nous l'avons vu et que nous le verrons encore, parfaitement à la situation juridique du fiduciant: «Eigentum ist aber auch ein Aggregat ausschliesslicher Wertzuweisungen, ein Gut, dessen Nutzen einer Person ausschliesslich zukommt, Teil des Vermögens dieser Person, vor allem in dem Sinne, dass es zur Konkursmasse dieser Person gehört, dass es den Gläubigern dieser Person haftet. Die Frage «wem gehört diese Sache?» kann demnach auch darauf zielen zu erfahren, wessen Gläubigern die Sache haftet, wer reicher wird, wenn die Sache im Werte steigt, wer die Gefahr des Untergangs trägt (*res perit domino*). Und diese Frage muss in bestimmten Fällen so beantwortet werden, dass eine andere Person als der Handlungsbefugte genannt wird...» (JAHR (1984), pp. 73s).

[1760] GERNHUBER (1988), p. 359, entend par cette expression qualifier: «Eine geminderte Zuordnung zum Vermögen des Treuhänders und ein Restbestand von Zuweisungsgehalt beim Treugeber...».

[1761] Cf., par exemple, GERNHUBER (1988), p. 359: «Auch das Schutzproblem erfährt damit keine Antwort, die evident als unrichtig zurückzuweisen wäre. Ob und inwieweit dem Treugeber Schutz zu gewähren ist im Verhältnis zum Treuhänder und dessen Gläubigern, entscheidet das Richterrecht mit seinen quasidinglichen Wirkungen der Treuhandabrede. Die gegenwärtig anerkannten müssen nicht notwendig bereits das Ende bedeuten. Erkennbar sind weitere Entwicklungen allerdings noch nicht».

[1762] Cf. STIER (1933), p. 85.

propriété fiduciaire n'est pas différente d'une propriété ordinaire. Il faut à ce titre rejeter l'idée émise récemment par une auteure québécoise, sur la base d'une distinction – opérée notamment par la doctrine française – entre droit subjectif et pouvoir juridique[1763]. Selon cette théorie, seul un pouvoir juridique serait attribué au fiduciaire, «la finalité de la fiducie n'étant pas compatible avec l'exercice d'un droit subjectif» par ce dernier[1764]. Envisageable pour décrire la position du fiduciaire québécois, cette délimitation n'est pas transposable sans réserves en droit suisse. Car le fiduciaire n'y est pas investi d'un simple pouvoir juridique mais d'un véritable droit réel. Dès lors, si l'on comprend le droit subjectif comme un «intérêt juridiquement protégé» ou, encore mieux, comme «une prérogative résultant du droit objectif qui permet à son titulaire d'imposer à autrui qu'il ait un comportement (actif ou passif) déterminé»[1765], il n'y a pas de raison d'en dénier la titularité au fiduciaire. Comme le relève ENGEL, donnant entre autres l'exemple du propriétaire fiduciaire, il est des titulaires de droit qui n'en n'ont pas la destination, le profit[1766].

Le transfert du bien fiduciaire n'a, en revanche, pas pour effet d'accroître le patrimoine du fiduciaire[1767]. Il reste sans conséquence sur la fortune du fiduciaire[1768]. Certes, la valeur patrimoniale du bien fiduciaire est également transférée au fiduciaire lors du transfert initial de ce bien. Mais elle est compensée dans son patrimoine par une dette fonctionnelle envers le fiduciant du même montant[1769]. La valeur n'est pas à la libre disposition du fidu-

---

1763 Cf. Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, 1985, not. pp. 21 à 53 et Michel STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, 1982, not. pp. 123 à 144.

1764 CANTIN CUMYN (1997a), p. 75 et (2000), à paraître. Cette doctrine rejoint celle des auteurs suisses adeptes de la théorie de la simulation lorsqu'ils affirment que le fiduciaire n'est investi que de pouvoirs de représentation (cf. SCHÖNLE (1959), pp. 54ss).

1765 Selon la définition donnée in GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), no 56.

1766 ENGEL (1997), p. 15.

1767 Cf. GERSTLE (1917), p. 59 et STIER (1933), p. 85. Voir aussi la décision du Tribunal d'Empire allemand, rendue il y a maintenant un siècle: «Es handelt sich um ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, um eine Eigentumsübertragung, die nicht einen Vermögenszuwachs für den Empfänger H. [soit, le fiduciaire] bezweckte...» (cf. RGZ 45, 80, 84).

1768 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 316.

1769 Cf. STIER (1933), p. 87. STIER (1933), pp. 118s, définit le fiduciaire de la manière suivante: «Treuhänder ist, wer zum Zwecke der dauernden Verwaltung die Rechtsmacht über ein fremdes Vermögen innehat, das durch ein funktionales rechtliches Vermögen des Vermögensinhabers vollkommen kompensiert wird». Voir aussi ATF 75 I 315, 317s (matière fiscale): «In Frage kommt hauptsächlich ... die Verpflichtung des Fiduziars, das Vermögen nur als Treugut zu besitzen und es entsprechend der Treuhandordnung

ciaire. D'une certaine manière, elle n'est qu'en «dépôt» auprès de lui. Reprenant la formule de CORBOZ, en droit pénal, à propos du titulaire d'une chose confiée, il est possible d'affirmer que le fiduciaire a «la disposition de la valeur patrimoniale, mais [que] la destination de cette valeur est fixée»[1770]. En outre, la propriété du bien fiduciaire ne lui procure aucun revenu. Les fruits et plus-values profitent au fiduciant, de même que les moins-values lui sont imputables[1771]. De plus, le patrimoine fiduciaire ne peut constituer un élément de crédit du fiduciaire[1772]. Ainsi, d'un point de vue substantiel, ce patrimoine appartient au fiduciant[1773]. Cette réalité économique est clairement manifestée en droit comptable, lequel «traduit des valeurs plus qu'il ne localise des objets»[1774]. On peut dans cette optique analyser la fiducie-gestion, gestion temporaire de valeurs, comme un double flux financier, comprenant flux et reflux. La fiducie, propriété pour autrui, impose sans doute de substituer à la conception traditionnelle du droit des biens, parfois jugée «statique» et «autarcique», en ce qu'elle vise avant tout à identifier, classifier et situer les choses susceptibles d'appropriation, une vision plus «dynamique», inspirée du droit comptable, laquelle traduira le mouvement des biens et leur existence «non pas tant au regard de leur appropriation qu'au regard de la richesse qu'ils représentent»[1775].

Des auteurs français ont rappelé que «l'unité du patrimoine ou de la personne exprime en forme d'aphorisme l'idée selon laquelle il est moralement juste et socialement utile que, par chacun de ses actes, le débiteur engage l'ensemble de ses biens»[1776]. Cette idée est concrétisée en droit suisse à l'art. 197 al. 1 LP[1777]. Il résulte cependant des développements qui précè-

---

zurückzugeben. Diese Verpflichtung bedeutet für den fiduziarischen Erwerber von Vermögen eine Belastung, die dem Zuwachs an Vermögenssubstanz gegenüber steht und ihn unter Umständen ausgleicht».

1770 CORBOZ (1997), p. 104.

1771 Cf. GRIMALDI (1991a), pp. 913s et REYMOND/REVACLIER (1985), p. 427.

1772 Cf. GRIMALDI (1991a), pp. 913s.

1773 Dans ce sens, ATF 75 I 315, 317 (matière fiscale): «Bei fiduziarischem Eigentum muss sich die Besteuerung danach richten, wem das Recht zusteht, nach dem sich die Zugehörigkeit des Substanzwertes des Vermögens bestimmt. Es ist dasjenige Recht oder derjenige Rechtskomplex, der verhindert, dass zu fiduziarischen Zwecken übertragenes Eigentum beim Empfänger eine Vermehrung des Vermögens bewirkt, und – vom Empfänger aus gesehen – die diesen Rechten entsprechenden Pflichten».

1774 FRISON-ROCHE (1995), p. 46.

1775 FRISON-ROCHE (1995), pp. 44s, citation, p. 46.

1776 GRIMALDI/REYNIS (1987), p. 588.

1777 Art. 197 al. 1 LP: «Tous les biens saisissables du failli au moment de l'ouverture de la faillite forment une seule masse, quel que soit le lieu où ils se trouvent, et sont affectés au paiement des créanciers».

dent et de ceux qui suivront encore que, du point de vue patrimonial, le bien fiduciaire ne peut être considéré comme un «bien du fiduciaire». Nous avons vu que l'appartenance substantielle du patrimoine fiduciaire revient au fiduciant. Il faut aussi souligner que les biens fiduciaires, dont la titularité est transférée à titre temporaire au fiduciaire, sont affectés à la poursuite du but convenu entre les parties au contrat de fiducie. Il se justifie ainsi de distinguer, parmi les biens dont le fiduciaire est le titulaire formel, ceux dont il peut disposer librement dans son propre intérêt de ceux qu'il détient dans l'intérêt d'autrui[1778]. Il en découle la nécessité de reconnnaître l'existence dans le patrimoine du fiduciaire, d'un patrimoine séparé (*Sondervermögen*), soumis à un régime juridique propre.

2. Propriété temporaire

L'un des caractères du droit de propriété est d'être illimité dans le temps[1779]. On rencontre chez POTHIER l'idée qu'«une propriété est pleine et parfaite lorsqu'elle est perpétuelle». «Au contraire,» dit-il, «elle est imparfaite, lorsqu'elle doit se résoudre au bout d'un certain temps»[1780]. Cette notion de perpétuité doit être mise en relation avec le caractère absolu reconnu au droit de propriété, car elle représente en quelque sorte cet «absolutisme» considéré par rapport au temps[1781]. Deux précisions peuvent être apportées. Premièrement, contrairement à ce que le mot indique, la perpétuité exprime dans ce contexte une durée finie dans la plupart des cas, qui correspond à la durée de vie de l'objet sur lequel porte le droit de propriété[1782]. Deuxièmement, le propriétaire a en principe le droit arbitraire de limiter quand bon lui semble la durée de son droit, par exemple, en détruisant l'objet ou en en transférant la propriété à un tiers.

En prenant en compte le seul critère de la durée, il est possible d'opposer à la propriété ordinaire une propriété particulière, nommée propriété «temporaire». Dans ce cas, l'acquéreur d'un objet sait par avance qu'il se voit conférer un droit de propriété limité dans le temps. Cependant, la limite ne dépend ici en principe ni de la durée de vie de l'objet ni du bon vouloir de son acquéreur (propriétaire juridique actuel), mais de l'accord ou de la vo-

[1778] Cf. COING (1973a), p. 86 et GRIMALDI/BARRIÈRE (2000), à paraître.
[1779] Cf. STEINAUER (1981), p. 237.
[1780] Robert Joseph POTHIER, *Traité du droit du domaine de propriété*, édition de Paris, 1807, p. 10.
[1781] Cf. VIDAL (1976-77), p. 37.
[1782] Cf. GOYET (1983), p. 197.

lonté juridique exprimés dans le contrat ou l'acte juridique par lequel celui-ci a acquis son droit de propriété. Le droit suisse connaît, par exemple, de véritables cas exceptionnels de «propriétés temporaires». Telle est la règle lorsque le propriétaire d'un bien est (ou peut être) tenu à restitution[1783]. Il en va notamment ainsi en matière de substitution fidéicommissaire. L'art. 491 al. 2 CC énonce en effet que l'héritier grevé «devient propriétaire, à charge de restitution»[1784].

La propriété fiduciaire est elle aussi par essence temporaire[1785]. Nous le savons, il s'agit déjà de la caractéristique centrale de la fiducie romaine (*mancipio dare ut remancipetur*)[1786]. Tant le pouvoir sur la chose, que la valeur du bien ne sont transférés au fiduciaire qu'à titre temporaire. La fiducie implique que celui-ci se dessaisisse dans des circonstances déterminées, soit au profit du fiduciant, soit au profit d'un tiers, du droit de propriété qui lui a été confié. La propriété ne dure que le temps de la gestion et le fiduciant a vocation à la plénitude des pouvoirs. C'est une propriété «confiée, ou déposée»[1787]. «Der Treuhänder hat also vorübergehendes Eigentum»[1788]. Le fiduciaire est un propriétaire «en sursis».

3. Propriété finalisée

L'un des autres caractères du droit de propriété est de pouvoir être exercé par son titulaire de manière arbitraire. On reconnaît, par exemple, que le propriétaire a le droit de détruire sa chose. Dans certains cas, l'exercice abusif ou anormal du droit de propriété peut toutefois faire naître une obli-

---

1783 Cf. STEINAUER (1981), p. 238.

1784 Relevons qu'il ne s'agit pas d'une véritable «restitution», mais d'un transfert, à l'ouverture de la substitution, du patrimoine héréditaire de l'héritier grevé à l'héritier appelé.

1785 Cf. GRIMALDI (1991a), p. 915; LIVER (1977), p. 24; STEINAUER (1981), p. 237 et STIER (1933), pp. 98s. Affirmant que les biens d'une personne sont destinés à être transmis de générations en générations, le Français SERIAUX estime que le propriétaire actuel d'un bien doit en être considéré comme «le gérant provisoire». Dans cette optique, il se demande s'il ne serait pas judicieux de considérer que toute propriété est fiduciaire, la propriété n'étant «plus un droit mais une charge, la charge d'administrer pour transmettre ensuite *mortis causa*» (cf. Alain SERIAUX, «La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir», in *Revue trimestrielle de droit civil* (Paris) 1994, pp. 812s). Cette proposition un peu provocante a le mérite de définir indirectement la propriété fiduciaire comme un droit assorti d'un devoir de gestion provisoire, d'une charge d'administrer.

1786 Cf. *supra*, pp. 117ss.

1787 SALEILLES (1922), p. 497.

1788 GERSTLE (1917), p. 58.

gation personnelle de réparer le dommage causé (cf., par exemple, l'art. 679 CC). Selon l'expression de CARBONNIER, le droit de propriété est alors «pénétré de rapports personnels»[1789]. La fiducie va beaucoup plus loin: le droit de propriété conféré au fiduciaire est englobé dans le rapport personnel liant le fiduciant au fiduciaire (contrat de fiducie). Le fiduciaire s'engage en effet à exercer le droit de propriété qui lui a été confié de manière à atteindre la finalité poursuivie d'entente avec son cocontractant (le fiduciant). Ou autrement dit, il s'oblige à ne pas faire usage de sa propriété d'une manière plus étendue que ce qui est nécessaire pour exercer correctement son obligation vis-à-vis du fiduciant[1790]. La doctrine parle de «propriété affectée ou asservie»[1791], de propriété, «simple instrument au service d'une finalité particulière»[1792] ou encore de «gebundenes Eigentum»[1793]. En droit suisse, il ne s'agit cependant pas forcément d'une «propriété conditionnelle»[1794], ni d'une «propriété accessoire»[1795], dans la mesure où, ainsi que nous l'exposerons par la suite, le droit de propriété du fiduciaire a une existence propre, la fin du contrat de fiducie n'impliquant pas – *de lege lata* – un retransfert de plein droit de la propriété du bien fiduciaire au fiduciant.

Force est ici de constater que le droit de propriété tend à se «finaliser», à se «relativiser»[1796]. Certes, la majorité des propriétaires sont des propriétaires pour eux-mêmes. On admet néanmoins qu'il existe des propriétaires pour autrui. La «propriété attribuée à une personne peut aujourd'hui avoir aussi pour finalité le bénéfice d'une autre personne»[1797]. C'est exactement le cas de la propriété fiduciaire, le fiduciaire pouvant être considéré comme un «propriétaire pour autrui»[1798]. Il a, nous venons de le voir, l'obligation d'affecter les biens fiduciaires exclusivement au but convenu avec le

---

1789 Cf. CARBONNIER (1991), p. 75.

1790 Cf. ATF 119 II 326, *JdT* 1995 II 87 (en matière de fiducie-sûreté).

1791 WITZ (1997b), p. 52.

1792 MALAURIE/AYNES (1994), p. 232.

1793 LIVER (1977), p. 24.

1794 La «propriété conditionnelle» est une propriété dont l'acquisition (et par voie de conséquence la perte) serait subordonnée à une condition suspensive (cf. art. 151ss CO) ou résolutoire (cf. art. 154 CO). Sur la notion, cf. FOËX (1987), pp. 156ss.

1795 Les droits accessoires peuvent être définis comme «des droits distincts de la créance, mais qui sont au service de celle-ci. Quoique indépendants, ils n'ont de justification que par (et pour) elle et, en principe, ils partagent son sort» (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER II (1982), no 1850). Sur la notion de «propriété accessoire», cf. FOËX (1987), pp. 186ss.

1796 FRISON-ROCHE/TERRÉ-FORNACCIARI (1990), p. 242.

1797 FRISON-ROCHE/TERRÉ-FORNACCIARI (1990), p. 244.

1798 WITZ (1997b), p. 51.

fiduciant[1799]. YUNG a relevé à juste titre que la «propriété fiduciaire pure implique donc qu'on admet que le titulaire d'un droit subjectif peut valablement s'obliger à exercer son droit dans l'intérêt exclusif d'autrui, et qu'on peut par conséquent être propriétaire d'une chose ou titulaire d'une créance en tant que mandataire d'autrui»[1800]. Cette idée paraît être admise par le Tribunal fédéral, lorsqu'il définit la «propriété fiduciaire» comme une propriété dans laquelle le fiduciaire est, vis-à-vis des tiers, un propriétaire ordinaire, mais vis-à-vis du fiduciant, un propriétaire «obligé» ou «obligé de rendre compte»[1801].

En matière de fiducie, l'exercice du droit de propriété constitue non seulement un moyen de parvenir à un objectif déterminé, mais aussi l'objet même de l'obligation. Cette soumission apparente du droit réel au droit personnel est moins singulière qu'il n'y paraît. Ainsi, lorsqu'un propriétaire vend sa chose, il octroie à l'acheteur un droit de créance qui permet à ce dernier d'exiger le transfert de la propriété de la chose. Dès la conclusion du contrat de vente, le droit de propriété du vendeur est soumis au but recherché dans le contrat. Par ailleurs, tant que le transfert de propriété n'est pas effectif, le vendeur a encore la possibilité d'aliéner la chose à une tierce personne. De ce point de vue, la situation du fiduciaire n'est pas très différente. L'exercice de son droit de propriété est subordonné à la réalisation du but fiduciaire. La spécificité de la fiducie réside toutefois dans le fait que le propriétaire fiduciaire ne dispose pas du choix arbitraire de soumettre ou non son droit de propriété à un rapport contractuel. Le fiduciaire ne décide ni du principe ni du moment. Son droit de propriété est *ab initio* limité par son devoir de conservation, de gestion et de restitution.

Il résulte de ce qui précède que la *Vollrechtstheorie* est artificielle en ce qu'elle structure la fiducie sur deux actes distincts qui seraient contradictoires, à savoir un acte de disposition et une convention de fiducie. Car le fiduciant ne transfère pas au fiduciaire une pleine appartenance pour la limiter ensuite, mais attribue à ce dernier un droit de propriété temporaire, obligé et finalisé. Il faut donc, au contraire, mettre l'accent sur l'homogénéité et l'unité structurelles de la fiducie qui se manifestent tant du point de vue

---

[1799] Cf. COING (1973a), p. 85 et THÉVENOZ (1995), p. 316.

[1800] YUNG (1971), p. 170.

[1801] ATF 114 II 45, 50: «...la propriété qu'elle a aquise est fiduciaire, c'est-à-dire qu'elle comporte l'obligation de rendre compte au mandant de ce qui a été acquis pour lui... Mais, à l'égard de toute autre personne que le mandant, cette propriété fiduciaire ne se distingue pas de la propriété pure et simple...».

juridique qu'économique[1802]. Celle-ci comporte certes un aspect réel et un aspect personnel, mais qui ne s'opposent pas. Il est donc vain de vouloir caractériser la fiducie par une prétendue contradiction entre pouvoir (*können*) et devoir (*dürfen*). La différenciation entre effets internes et externes existe effectivement. Elle ne porte toutefois pas sur le *Dürfen*, car le fiduciaire a aussi comme devoir d'exercer un plein droit de propriété sur le bien qui lui a été transféré, mais sur l'affectation patrimoniale de la valeur de ce bien. Que le fiduciaire puisse agir de manière contraire à ses engagements est une évidence, mais une telle possibilité existe dans tous les contrats. Plus généralement, on peut affirmer que le fiduciaire, en matière de fiducie-gestion, s'engage à exercer temporairement un plein pouvoir juridique sur un élément de patrimoine que le fiduciant lui confie à cet effet. Le fiduciaire a donc le pouvoir (*können*) comme le devoir (*dürfen*) d'exercer une pleine titularité, en son propre nom, mais pour le compte du fiduciant. Il lui est simplement interdit de s'approprier la valeur économique du bien fiduciaire. Ou comme l'a résumé GAUTSCHI: «Essentiel für den *Gebrauch* der Rechtsmacht ist nur, dass er immer *im Interesse, zum Nutzen des Fiduzianten* erfolgen muss, also nicht zu anderen *Zwecken*, namentlich nicht zu eigenen Zwecken erfolgen darf. Eine objektivierte Grenzziehung zwischen dem, was der Fiduziar darf und nicht darf, ist noch nie gelungen»[1803].

En réalité, l'octroi de la compétence la plus complète, c'est-à-dire la pleine titularité du droit, est souvent nécessaire au but poursuivi par les parties[1804]. Ainsi, en matière de placements fiduciaires sur l'euromarché, le transfert de la pleine titularité du bien fiduciaire à la banque fiduciaire est indispensable, puisque les particuliers n'ont pas la possibilité d'intervenir personnellement sur l'euromarché, celui-ci mettant en relation un réseau international d'établissements bancaires qui ne traitent qu'entre eux et ne veulent précisément pas régler compte avec les bénéficiaires économiques de ces dépôts[1805]. De même, la structure fiduciaire délibérément adoptée par le législateur pour organiser les rapports entre directions de fonds de placement et porteurs, ou encore entre auteurs et sociétés de gestion collective, tient précisément au fait que l'exercice efficient et compétent des tâches de gestion suppose une indépendance accrue par rapport aux bénéficiaires éco-

[1802] Cf. FELLMANN (1992), no 69; GUBLER (1954), pp. 254a s; HELG (1982), nos 73 et 128 et NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 26.

[1803] GAUTSCHI (1958), p. 247. Voir aussi GAUTSCHI (1971), p. 37.

[1804] KÜPFER (1997), p. 7.

[1805] Cf. WITZ (1984), p. 140. Voir aussi THÉVENOZ (1995), p. 288.

nomiques, qui ne pourrait être garantie si ceux-ci restaient juridiquement titulaires des droits gérés[1806].

B. Pour une fiducie-gestion améliorée *de lege lata*

On sait qu'au législateur suisse pratiquement tout est permis. Il nous sera donc loisible de proposer, dans la section suivante (section C), la création (législative) d'un nouveau droit réel qui fait fi de la *Vollrechtstheorie*, ou d'une masse affectée ignorant le principe de l'unité du patrimoine. L'option législative est très certainement la voie royale pour résoudre les problèmes de la fiducie-gestion en droit suisse. Mais, à l'heure actuelle, il n'existe ni projet de loi ni un quelconque avis officiel manifestant l'intention des autorités fédérales d'intervenir dans ce sens. Comme par le passé, le régime commun de la fiducie-gestion reste, pour l'instant, l'apanage des tribunaux[1807]. Nous proposerons donc, à titre préalable, une réforme moins ambitieuse sur le plan des résultats, mais beaucoup plus périlleuse sur le plan des principes dogmatiques, dont l'acteur principal pourrait être le Tribunal fédéral. Il s'agit, en particulier, d'examiner de quelle manière il est possible de garantir une protection effective du patrimoine fiduciaire. Les diverses propositions qui suivront forment un tout qui se veut cohérent. Elles sont toutefois indépendantes les unes des autres, le rejet de l'une d'elles n'entraînant pas automatiquement celui des autres.

Le principe du *numerus clausus* des droits réels ne permet guère qu'une adaptation *de lege lata* du régime juridique de la fiducie-gestion s'opère sur le plan des droits réels. L'approche ici choisie sera ainsi centrée sur le droit des obligations, tout en prenant en compte la dimension de «l'appartenance patrimoniale» que nous avons décrite ci-dessus. Par ailleurs, la fiducie portant sur un bien immobilier ne sera pas prise en considération. La difficulté, en l'absence de disposition légale expresse, à faire apparaître un tel rapport fiduciaire au Registre foncier rend aléatoire toute amélioration *de lege lata*. De toute manière, l'on sait que le recours à la fiducie en matière immobilière est très réduit en pratique, en raison notamment du manque de protection de l'immeuble dans la faillite du fiduciaire (il est admis que l'art. 401

1806 Cf. THÉVENOZ/DUNAND (1998), p. 490.

1807 Cf. BÜRGIN (1959), p. 115. Dans l'arrêt *Böckli c. Masse en faillite Emile A. Mayer* (ATF 78 II 445, 451, *JdT* 1953 I 523, 529), le Tribunal fédéral a justement relevé qu'en l'absence d'une réglementation légale l'organisation juridique du rapport fiduciaire est, pour une large part, laissée au juge.

CO est inapplicable aux immeubles) et du régime fiscal défavorable auquel est soumise une telle opération.

Après avoir défini et abordé certaines questions spécifiques du cadre légal de la fiducie (sous-section 1), nous traiterons du problème essentiel de la protection du patrimoine fiduciaire. Celui-ci doit être reconnu comme un patrimoine séparé et affecté, qui est soustrait dans certaines circonstances aux prétentions des créanciers personnels du fiduciaire (sous-section 2). Nous expliquerons pourquoi cette reconnaissance ne porte pas atteinte à leurs intérêts (sous-section 3). Nous tenterons enfin, sur un plan plus dogmatique, de déterminer quelle est la nature juridique des droits accordés au fiduciant sur le patrimoine fiduciaire (sous-section 4). Nous n'avons pas l'intention d'aborder l'ensemble de ces thèmes d'une manière exhaustive. Le temps nous manquerait et nous serions souvent contraint de répéter ce qui a déjà été dit dans des études récentes[1808]. L'objectif est de compléter notre description théorique de la fiducie-gestion (cf. section A) à l'aide d'une série d'éléments concrets.

1. La fiducie est un contrat innommé

Nous savons que la qualification juridique du contrat de fiducie est discutée. La controverse est liée à celle concernant la portée de l'art. 394 al. 2 CO (principe dit de la subsidiarité du mandat)[1809]. La question est entre autres de savoir si, comme l'affirme notamment WERRO, tous les contrats de service portant sur une obligation principale de moyens fournie par une personne indépendante, doivent nécessairement être qualifiés de contrats de mandat au sens des art. 394ss CO[1810]. Si tel était le cas, la fiducie serait un contrat de mandat[1811].

[1808] Cf. THÉVENOZ (1995) et WATTER (1995).

[1809] Cf. RAPP (1994), pp. 36s.

[1810] Cf. WERRO (1993), pp. 59ss, approuvé par TERCIER (1995), p. 482. Selon WERRO, les contrats de service peuvent se réduire à deux genres principaux, en fonction du genre de l'obligation qui en est l'objet: le contrat d'entreprise et le contrat de mandat. Cette limitation des genres ne restreint toutefois pas la liberté des parties de créer des types nouveaux (pp. 74s). L'auteur relève en outre que la qualification d'un contrat de contrat d'entreprise ou contrat de mandat n'implique pas forcément que toutes les règles supplétives de ces contrats s'appliquent au cas d'espèce (p. 79). *A contrario* donc, les règles impératives devront s'appliquer.

[1811] Dans ce sens, cf. GAUTSCHI (1958), p. 251 et (1971), p. 29. Notons cependant que WERRO (1993), p. 135, affirme sans autre précision que le contrat de fiducie ne peut être qualifié qu'«en partie de mandat».

La doctrine majoritaire rejette le bien-fondé de cette conception et retient que les parties ont la possibilité de conclure des contrats de service innommés non exclusivement soumis aux règles du mandat[1812]. FOËX voit même dans l'existence du contrat de fiducie mixte (fiducie-sûreté) «une preuve supplémentaire de l'inanité de ce *numerus clausus*»[1813]. Après une jurisprudence fluctuante, le Tribunal fédéral a rejoint, dans ses arrêts les plus récents, la doctrine majoritaire. Ainsi a-t-il par exemple jugé que le contrat d'architecte est un contrat mixte auquel s'appliquent des règles du contrat de mandat et du contrat d'entreprise[1814], et que le contrat d'affrètement est un contrat *sui generis* combinant des éléments du mandat, de la location d'un navire et du contrat de transport maritime[1815].

Le large éventail des cas d'application de la fiducie-gestion[1816] et la grande diversité du type de prestations exigées du fiduciaire[1817] rendent difficile la classification contractuelle de la fiducie. Le contrat de mandat (cf. les art. 394ss CO) est sans doute celui dont les dispositions s'appliqueront le plus souvent, par analogie, à la fiducie. A notre sens, la fiducie n'est cependant pas un contrat de mandat, mais un contrat innommé, susceptible d'être régi par diverses normes du Code des obligations. L'obligation principale du mandataire consiste à faire quelque chose en vue d'un certain résultat[1818]. En revanche, l'obligation principale du fiduciaire consiste à revêtir la qualité de propriétaire sur un bien, pour le compte du fiduciant. Souvent, une activité déterminée sera associée à cette obligation, mais tel n'est pas toujours le cas. Le mécanisme de la fiducie, qui, du point de vue du fiduciaire, revient à «recevoir (en pleine propriété), pour redonner», correspond à une figure juridique particulière qui est historiquement indépendante de celle du mandat. En outre, l'examen de la pratique de la fiducie révèle des cas, comme celui des fonds de placement, dans lesquels des dispositions centrales du contrat de mandat (art. 397 et 404 CO) ne sont pas appliquées (cf. art. 11, 24 et 25 LFP).

1812 Cf., par exemple, FELLMANN (1992), pp. 156ss; HOFSTETTER (1994), p. 28; Luc THÉVENOZ, *Le travail intérimaire*, Lausanne, 1987, pp. 124s et Xavier FAVRE-BULLE, «L'évolution du droit des contrats de prestation de service», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1991 I, p. 371. FAVRE-BULLE résume, pp. 354ss, les arguments de la doctrine majoritaire.

1813 FOËX (1987), pp. 146ss, citation, p. 150, no 319.

1814 Cf. ATF 109 II 463, *JdT* 1984 I 210.

1815 Cf. ATF 115 II 108, *SJ* 1989 450.

1816 Cf. *supra*, pp. 9ss.

1817 Cf. *infra*, pp. 417ss.

1818 Cf. HOFSTETTER (1994), p. 40 et TERCIER (1995), p. 481.

Aussi, pour déterminer les droits et obligations des cocontractants, il s'agit d'analyser et d'interpréter chaque contrat de fiducie de manière indépendante[1819]. La qualification de contrat innommé, conforme au principe de la liberté contractuelle posé à l'art. 19 CO, permet de tenir compte des caractéristiques historique et dogmatique de la fiducie et de trouver des solutions juridiques adaptées aux circonstances[1820].

Des auteurs ont parfois fait référence aux dispositions sur le contrat de dépôt (cf. art. 472ss CO), sans toutefois étayer leur point de vue[1821]. En pratique, notamment dans le domaine de la gestion de fortune, les fonds gérés à titre fiduciaire sont souvent préalablement déposés sur un compte bancaire ouvert auprès de la banque fiduciaire. La référence à cet élément de dépôt trouve un appui de choix dans les nouvelles dispositions de la LB relatives aux valeurs que la banque détient à titre fiduciaire. Le législateur a en effet choisi de parler ici de «valeurs déposées...pour le compte des clients déposants» (art. 16 ch. 2 LB; cf. aussi l'art. 37b LB). Certes, le Parlement n'a-t-il sans doute pas voulu en la circonstance qualifier les rapports fiduciaires de contrat de dépôt au sens des art. 472ss CO. Il s'agit plutôt d'une référence au fait que les valeurs visées à l'art. 16 LB figurent en principe sur un compte de dépôt auprès de la banque, qu'elles soient gérées ou non à titre fiduciaire[1822]. N'en demeure pas moins que les termes choisis («valeurs déposées») sont susceptibles de donner un ancrage légal incontestable en faveur de l'application de certaines dispositions sur le contrat de dépôt. Enfin, nous avons affirmé à plusieurs reprises que le transfert fiduciaire n'avait pas pour conséquence l'attribution au fiduciaire de la titularité substantielle sur la valeur du bien fiduciaire. Le fiduciaire se trouve en quelque sorte dans la situation d'un dépositaire *sui generis*, dont l'objet du dépôt n'est pas une «chose mobilière», mais une «valeur» confiée, qu'il s'engage à recevoir et à «garder en lieu sûr» (cf. art. 472 al. 1 CO). Relevons encore que d'autres contrats paraissent devoir entrer en ligne de compte pour qualifier la fiducie, notamment le contrat de travail, le contrat de service *sui generis* ou la donation avec charge[1823].

[1819] Cf. FELLMANN (1992), pp. 95ss; REYMOND (1948), p. 40; RÜEDE-BUGNION (1978), p. 57; WALDIS (1981), p. 32 et WALTER (1998), p. 45.

[1820] Cf. KÜPFER (1997), pp. 10s.

[1821] Cf. HOFSTETTER (1994), p. 34; NOBEL (1997), p. 69 et WATTER (1995), pp. 189s.

[1822] Cf. BODMER/KLEINER/LUTZ (1997), *ad* art. 16, no 3.

[1823] Cf. HOFSTETTER (1994), p. 34.

Ayant qualifié juridiquement le contrat de fiducie, il nous est possible de procéder à l'examen des principales dispositions qui régissent les rapports contractuels entre le fiduciant et le fiduciaire (b), non sans avoir pris soin au préalable de distinguer la fiducie de la simulation et de la fraude à la loi (a).

a) Fiducie, simulation et fraude à la loi

Nous avons vu que la fiducie est réapparue en Allemagne à la fin du XIX^e siècle en marge des controverses portant sur la nature juridique des actes simulés. Il n'en va pas autrement en droit suisse, où dans l'arrêt fondateur de la fiducie le Tribunal fédéral distingue clairement la fiducie de l'acte simulé[1824]. Depuis lors, les activités fiduciaires n'ont cessé de se développer dans notre pays sans que leur validité soit remise en cause. Les tribunaux n'ont en effet prononcé que très exceptionnellement la nullité d'une fiducie pour cause de simulation[1825]. Et pourtant, la suspicion que provoque la fiducie auprès d'une bonne partie de la population ne s'est jamais véritablement dissipée. Permettant au bénéficiaire économique de l'opération de ne pas apparaître aux yeux des tiers, la fiducie serait un instrument privilégié de la fraude aux créanciers, aux héritiers ou au fisc. Elle faciliterait même la tâche des délinquants économiques, en rendant plus difficile la localisation des titulaires effectifs de fonds délictueux[1826].

La valeur de ces critiques ne doit pas être sous-estimée. On ne peut qu'amèrement regretter que la fiducie soit parfois utilisée, notamment par des ressortissants étrangers, en vue de dissimuler des fonds importants. L'internationalisation croissante des marchés, l'extrême sophistication de certains produits financiers, la volatilité des fonds contribuent au développement de la criminalité économique. Mais la fiducie est loin de constituer le seul moyen permettant aux fraudeurs en tout genre de parvenir à leur fins. Les intermédiaires financiers helvétiques ont en effet largement recours à la création de patrimoines délocalisés à l'étranger, tels les sociétés de domicile (sociétés panaméennes), *Anstalten* liechtensteinoises ou autres trusts établis dans des paradis fiscaux, qui échappent presque complètement à toute fiscalité[1827]. Le législateur ne s'y est d'ailleurs pas trompé en adoptant ces der-

[1824] ATF 31 II 105, 109.
[1825] Cf. REYMOND (1989), pp. 653s.
[1826] Sur ces questions, cf. THÉVENOZ (1995), pp. 284 et 350 et WÄLLI (1969), pp. 13ss.
[1827] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 261.

niers temps, ainsi que nous l'avons mentionné, une série de dispositions qui obligent sur un plan général tous les professionnels œuvrant dans la détention ou la gestion de capitaux à identifier non seulement leur client immédiat, mais aussi l'ayant droit économique[1828]. C'est de cette manière que l'on pourra sans doute lutter le plus efficacement contre la criminalité économique et non pas en stigmatisant l'institution de la fiducie ou en refusant d'en améliorer le régime juridique, alors même que ses potentialités juridiques et économiques sont immenses. D'un débat de nature politique, voire philosophique ou éthique, dans lequel on peine d'ailleurs à distinguer la simulation de la fraude à la loi, il nous faut revenir à la controverse juridique rappelée au début de la présente sous-section.

Les Pandectistes KOHLER et REGELSBERGER ont les premiers démontré que l'on peut et doit distinguer la fiducie tant de la simulation que de la fraude à la loi. On rappellera qu'il «y a simulation lorsque, afin de tromper des tiers, les deux parties conviennent que la volonté exprimée ne correspondra pas à la volonté réelle»[1829]. La simulation suppose l'existence de deux actes contradictoires: un acte apparent, le contrat simulé, destiné aux tiers, et par lequel les parties créent une apparence trompeuse; un acte secret, la convention de simulation, qui dénie tout effet à l'acte simulé et exprime la volonté réelle des parties[1830]. Lorsque les parties ont la volonté de nouer entre elles une relation juridique autre que celle exprimée (simulation qualifiée), par opposition au cas où leur volonté véritable tend à ne produire

[1828] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 350 et WOLTER (1999), pp. 181s. Parmi la très nombreuse littérature récente en la matière, cf. Marlène KISTLER, *La vigilance requise en matière d'opérations financières*, Zurich, 1994; Didier de MONTMOLLIN, «Banking supervision and prevention of money laundering – the Swiss approach», in *European Financial Services Law*, January 1996, pp. 11ss; Riccardo SANSONETTI, *L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers*, Zurich, 1998; Nedim Peter VOGT et Rolf WATTER (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht*, Bâle, Genève et Munich, 1999, et surtout, Niklaus SCHMID (éd), *Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei*, Tome 1, Zurich, 1998. Notons que le tome II de ce commentaire, consacré à l'art. 305ter CP, à la LBA, ainsi qu'à l'entraide internationale, devait paraître courant 1999. Voir aussi Thierry AMY, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière*, Zurich, 1998.

[1829] GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), no 712. Sur la notion de simulation, cf. KRAMER (1986), nos 103ss.

[1830] Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), nos 713ss et GRIMALDI (1991a), pp. 912 et 913.

aucun effet juridique (simulation simple), on dit que le contrat simulé est doublé d'un contrat dissimulé[1831].

Dans la fiducie, il n'existe pas de telle contradiction[1832]. Certes, JÄGGI[1833], puis SCHÖNLE[1834], ont relevé à juste titre que les parties n'ont pas une volonté totale de dessaisissement, puisque le fiduciant demeure titulaire économique du patrimoine fiduciaire. Mais encore faut-il ajouter qu'elles ne recourent en principe pas à la fiducie dans le but de tromper les tiers. En l'absence d'une réglementation de la fiducie, elles ne peuvent faire autrement que d'utiliser les institutions juridiques mises à leur disposition par le droit positif[1835]. Or, d'un point de vue formel, le droit transféré au fiduciaire correspond au droit de propriété résultant des art. 641ss CC. L'aliénation fiduciaire est destinée à produire ses effets juridiques non seulement à l'égard des tiers, mais aussi dans les rapports entre les parties[1836]. Le transfert de droit est sérieusement voulu, même s'il est fondé sur une cause atypique (le contrat de fiducie)[1837] et s'il n'implique pas l'attribution patrimoniale au fiduciaire des valeurs gérées. De plus, nous avons vu que l'objet du contrat de fiducie consiste dans l'exercice d'un droit de propriété au nom et pour le compte du fiduciant. Or, REYMOND insiste avec raison sur le fait que, par définition dirions-nous, le fiduciaire a besoin des droits dont il est investi pour exécuter les obligations qu'il assume contractuellement envers le fiduciant[1838]. En conséquence, le plein transfert de droit est non seulement sérieusement voulu, mais aussi indispensable pour que le fiduciaire puisse remplir ses obligations.

En se penchant maintenant sur les raisons qui incitent une personne à recourir aux services d'un fiduciaire, on aura de la peine à y déceler une intention de simulation. Dans la plupart des cas, le fiduciant poursuit une finalité nécessitant la conclusion d'actes juridiques qu'il ne peut juridiquement (par exemple, certains marchés, tel l'euromarché, ne sont ouverts qu'à une catégorie particulière d'agents économiques, en l'occurrence, les ban-

---

1831 Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), no 716. Cf. aussi la jurisprudence du Tribunal fédéral in *SJ* 1969, 500, 503.
1832 Cf. ATF 71 II 99, *JdT* 1945 I 472. Voir aussi GRIMALDI (1991a), p. 913.
1833 JÄGGI (1954).
1834 SCHÖNLE (1957), pp. 42s et (1959), pp. 48ss.
1835 Cf. REYMOND (1948), p. 23.
1836 Cf. WITZ (1981), p. 212.
1837 Cf. NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 22.
1838 REYMOND (1989), p. 658.

ques)[1839] ou matériellement (manque de connaissances) effectuer lui-même[1840]. Dans un environnement économique complexe de plus en plus mondialisé, il est légitime de recourir à des techniciens de la gestion, à même de prendre des décisions rapides sur la base d'informations venant des quatre coins du monde. En outre, la volonté de ne pas apparaître aux yeux des tiers, lorsqu'elle motive la conclusion d'un contrat de fiducie, n'est pas forcément un signe de simulation, le fiduciaire étant souvent véritablement investi (en l'absence de convention de simulation) de la titularité juridique sur le bien fiduciaire. Il n'existe ainsi *a priori* dans la fiducie ni contrat simulé ni contrat dissimulé.

S'il est ainsi erroné de voir dans toute fiducie un acte simulé, il est par contre évident que la fiducie peut être simulée dans un cas d'espèce, comme peut l'être n'importe quel contrat[1841]. La principale difficulté consiste à déterminer les critères de distinction. YUNG est un des rares auteurs à s'y être attelé. Il propose, à juste titre nous semble-t-il, d'accorder une valeur décisive aux dispositions particulières et précises que renferme la convention de fiducie. «Pour qu'il y ait un transfert sincère, il faut que l'acquéreur exerce lui-même les facultés essentielles inhérentes au droit transmis, selon son propre jugement et sa propre volonté... si au contraire, l'acquéreur ne jouit d'aucune autonomie, s'il est tenu de suivre, jour après jour, et par le menu, les ordres de l'aliénateur, il n'est pas un véritable titulaire du droit, mais l'instrument passif des volontés de celui-ci. Un droit vidé de son contenu n'est plus un droit»[1842].

[1839] Notons que, raisonnant de manière trop exclusive, les Allemands REINHARDT et ERLINGHAGEN estiment qu'une personne (le fiduciant) ne recourt à la fiducie que lorsqu'elle ne peut atteindre un certain but juridique sans transférer un droit plein et entier («volles Recht») à un tiers fiduciaire. Ils opposent les cas dans lesquels une personne, ne *voulant* exercer elle-même ses propres droits, transfère à un représentant des simples droits d'administration («Verwaltungsrechte»), aux cas où, ne *pouvant* les exercer elle-même, elle investit un fiduciaire du «volles Recht» (REINHARDT/ERLINGHAGEN (1962), p. 42).

[1840] Cf. WALTER (1996), pp. 46s et WATTER (1995), p. 199.

[1841] Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), no 738 et WALTER (1996), p. 50. Pour un exemple récent de fiducie simulée, cf. arrêt du Tribunal fédéral du 26 mars 1996, in *SJ* 1996 554.

[1842] YUNG (1971), pp. 174s. Notons que la Cour de Justice de Genève a adhéré aux conclusions de YUNG. Voir arrêt du 4 décembre 1981, in *SJ* 1982, 232, 236: «Si l'on entend maintenir la notion du transfert fiduciaire et la prendre au sérieux, il faut la restreindre aux cas où l'acquéreur exerce effectivement le droit de propriété ou de créance d'une manière autonome».

Le cas de «l'homme de paille» ou «prête-nom» peut être pris en exemple. Dans une jurisprudence déjà ancienne, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'affirmer que l'acte juridique, *per interpositam personam*, est parfaitement valable[1843]. Mais, lorsque l'intermédiaire n'est qu'un «plastron», soit un simple figurant dénué de toute autonomie et de volonté propre, il n'est pas contestable que la fiducie est alors simulée[1844]. Un indice peut résider dans le fait que le représentant n'a aucune des compétences (professionnelles) spécifiques requises dans le domaine où il est censé intervenir. Il est par contre possible que le recours à un prête-nom ne constitue pas un acte simulé, par exemple, quand l'intermédiaire met effectivement à profit ses connaissances ou son savoir-faire. Encore faut-il examiner dans une hypothèse de ce genre si les conditions d'une fraude à la loi ne sont pas réalisées[1845].

D'une manière générale, il nous semble que le contrat de fiducie est plus fréquemment confronté à la fraude à la loi qu'à la simulation. Une fraude à la loi se réalise lorsque les parties ont contracté une fiducie pour atteindre un résultat prohibé par une disposition légale impérative[1846]. La fiducie est alors nulle, la fraude à la loi constituant un cas particulier d'illicéité dont la nullité est prévue à l'art. 20 al. 1 CO[1847]. Des hypothèses variées de fraude à la loi ont été constatées par le Tribunal fédéral[1848]. On mentionnera, par exemple, divers cas de cessions de créances à titre fiduciaire, que cela soit par un Suisse à un Français contre un débiteur français pour éluder une disposition de la Convention franco-suisse sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements du 15 juin 1869 (aujourd'hui abolie)[1849], ou alors, dans le but de contourner des règles cantonales sur la profession d'avo-

---

1843 Cf. ATF 54 II 429, *JdT* 1929 I 261. Voir aussi ATF 72 II 67.

1844 Cf. ENGEL (1997), p. 408.

1845 Cf. MADAY (1942), fiches 735 et 736.

1846 Cf. ATF 72 II 67, ainsi que KELLER (1944), pp. 41ss et RÜEDE-BUGNION (1978), pp. 59ss. PUFENDORF était déjà conscient au XVII[e] siècle des risques de l'emploi de la fiducie afin de frauder la loi: «Sur quoi il faut remarquer en général, qu'il n'est jamais permis de faire une telle Convention en fraude à la Loi, comme si un homme, qui est franc d'impôts, achetait pour un certain temps les biens d'un autre, afin de lui épargner ce qu'il serait obligé de donner au Bureau des Tailles, ou des Douanes» (Samuel PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Traduction de Jean BARBEYRAC, Edition de Bâle, 1732, p. 96, reproduit par le Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1987).

1847 Sur la notion de fraude à la loi, cf. ENGEL (1997), pp. 230s et 279ss; et GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), nos 488ss.

1848 Cf. RÜEDE-BUGNION (1978), pp. 41ss et WALTER (1996), p. 52.

1849 Cf. ATF 58 II 162, *JdT* 1933 I 244, 248.

cat[1850] ou sur la représentation devant la juridiction des prud'hommes[1851]. Il faut d'ailleurs ici noter que diverses normes ont été édictées, notamment en droit de la société anonyme (cf. art. 685b al. 3, 685d al. 2 et 691 CO), mais aussi dans d'autres domaines, (cf. art. 717 al. 1 CC), en vue de rendre sans effet le contournement de certaines dispositions légales au moyen d'un contrat de fiducie[1852].

b) Les dispositions régissant les rapports contractuels entre le fiduciant et le fiduciaire

Nous avons vu que la fiducie n'est pas un contrat de mandat au sens strict, mais un contrat innommé auquel s'appliquent, par analogie, de nombreuses dispositions légales sur le mandat. On peut aussi songer à deux articles du CO relatifs au contrat de dépôt. Seront ici évoqués quelques problèmes spécifiques, dans la mesure où ils ne concernent pas la question centrale du patrimoine fiduciaire, laquelle fera l'objet de la section suivante du présent chapitre (section 2). Selon l'ordre chronologique des rapports fiduciaires, trois séquences seront examinées: la création de la fiducie (aa), la gestion fiduciaire proprement dite (bb), et la fin des rapports fiduciaires (cc).

aa) La création des rapports fiduciaires

La fiducie est une combinaison d'actes juridiques qui relève à la fois du droit des obligations (c'est un contrat) et du droit des biens (c'est un acte de disposition). Par un contrat générateur d'obligations (le contrat de fiducie) très largement soumis aux règles du mandat (art. 394ss CO), le fiduciant s'engage à remettre au fiduciaire la pleine titularité juridique de certaines choses ou certains droits, tandis que le fiduciaire s'engage à les conserver et à les gérer en tant que propriétaire-fiduciaire, en son nom mais pour le compte du fiduciant, ainsi qu'à les restituer (originaux ou acquis en remploi des biens originaux), à l'expiration de la convention de fiducie, au fiduciant où à la personne désignée par celui-ci. La distinction opérée par certains auteurs entre contrat de base et convention de fiducie (*pactum fiduciae*) est artificielle, car l'un et l'autre sont indissociables[1853]. La gestion comportera suivant les cas le devoir d'administrer, voire d'aliéner les biens fiduciaires.

1850 Cf. ATF 87 II 203.

1851 Cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 1991, in *SJ* 1993 373.

1852 Cf. KÜPFER (1997), pp. 119ss et WATTER (1995), p. 202. Voir aussi ATF 117 II 290, 296, *Association Canes c. Nestlé S.A.*

1853 Cf. WALTER (1996), p. 43.

Nous sommes d'avis que la convention de fiducie constitue le titre d'acquisition (cause) *sui generis* tant du transfert du fiduciant au fiduciaire que de la rétrocession du fiduciaire au fiduciant[1854].

Simultanément ou consécutivement, et en exécution du contrat de fiducie, le fiduciant aliène (acte de disposition) au profit du fiduciaire les biens fiduciaires, c'est-à-dire les choses mobilières ou immobilières, les créances, les papiers-valeurs, droits de propriété intellectuelle ou industrielle, etc., sur lesquels porte la convention de fiducie, de sorte que le fiduciaire en acquiert intégralement le titre juridique. On doit en revanche considérer que la valeur économique de ces biens n'entre pas dans le patrimoine personnel du fiduciaire. Elle n'est que déposée auprès du fiduciaire, qui en devient un dépositaire *sui generis*. Seul titulaire formel des droits sur le bien fiduciaire, le fiduciaire a cependant la possibilité d'en faire un usage qui n'est pas conforme aux clauses contenues dans le contrat de fiducie. C'est la raison pour laquelle le fiduciant choisit en principe comme fiduciaire une personne en laquelle il a toute confiance (*fiducia*, *Vertrauen*)[1855].

De manière synthétique, on affirmera que le fiduciaire s'engage à exercer temporairement, en son nom, mais pour le compte du fiduciant, un droit de propriété sur un élément de patrimoine que ce dernier lui confie à cet effet. Le contrat de fiducie comporte nécessairement un double aspect. Le fiduciant transfère au fiduciaire tous les droits sur la chose. Par contre, il ne fait que confier au fiduciaire la valeur de cette chose.

On sait qu'en Allemagne la jurisprudence ne reconnaît en principe l'existence d'un rapport fiduciaire au sens propre que pour les biens qui ont été remis directement du fiduciant au fiduciaire (attribution directe). En Suisse, la doctrine majoritaire estime à juste titre qu'une telle limitation n'est pas opportune[1856]. Les applications que la fiducie-gestion est appelée à recevoir, notamment en matière d'opérations bancaires, supposent que les biens acquis de tiers en exécution du contrat de fiducie soient également considérés comme faisant partie du patrimoine fiduciaire, soumis à un régime juridique distinct du patrimoine personnel du fiduciaire[1857]. Au demeurant, les caractéristiques contractuelles de la fiducie, à savoir l'exercice d'une titularité

1854 Cf. GUBLER (1954), pp. 254a s.
1855 Cf. WIEGAND (1998a), p. 340.
1856 Récemment, cf. KÜPFER (1997), p. 7.
1857 En droit français, cf. LUCAS (1997), p. 331.

sur le bien fiduciaire, en son propre nom mais pour le compte du fiduciant, et la conservation de la valeur de ce bien, n'imposent pas une attribution directe (*Unmittelbarer Erwerb*) du fiduciant au fiduciaire. Elles peuvent en effet également se retrouver en cas d'attribution fiduciaire indirecte (*mittelbarer Erwerb*), soit lorsque le transfert de la valeur s'opère par le biais du patrimoine d'une personne étrangère au rapport fiduciaire (au moyen par exemple d'une assignation), mais aussi en l'absence de tout transfert initial de valeur (*Vereinbarungstreuhand*), par exemple quand le fiduciaire, en exécution du contrat de fiducie, avance les fonds qui feront l'objet du rapport fiduciaire[1858]. Dans toutes ces hypothèses, on retrouve un transfert de valeur au fiduciaire qui en est redevable au fiduciant. Le mécanisme propre à la fiducie, celui de «donner pour reprendre», s'y retrouve donc toujours, ne serait-ce qu'indirectement. Par ailleurs, il va de soi que tout élément de patrimoine acquis au moyen d'un bien fiduciaire doit être considéré comme remplaçant le bien aliéné dans le rapport fiduciaire (cas du remploi). Nous y reviendrons.

Inversement, un élément de patrimoine peut perdre son caractère de bien fiduciaire au cours du rapport fiduciaire. Prenons l'exemple suivant. Le fiduciaire, ayant décidé de s'approprier l'actif fiduciaire déposé sur un compte bancaire fiduciaire clairement individualisé, transfère celui-ci sur un compte personnel, retire l'argent et achète un objet de luxe à un vendeur ignorant tout de la provenance de l'argent. Au moment où l'argent est transféré sur son compte, le fiduciaire peu scrupuleux n'exerce plus sur l'avoir un droit de propriété pour le compte du fiduciant, mais pour lui-même. Il s'approprie en conséquence la valeur des fonds déposés. L'avoir bancaire ne fait plus partie du patrimoine du fiduciant, mais du patrimoine personnel du fiduciaire. Il a perdu son caractère fiduciaire. L'objet de luxe ne constitue dès lors pas un remploi d'un actif fiduciaire, mais plutôt le produit d'une appropriation frauduleuse. Comme nous le verrons, sa valeur sera cependant décomptée en faveur du fiduciant à l'occasion de la dissolution du patrimoine fiduciaire[1859].

[1858] Cf. ATF 85 II 97, 99, *Cyma Watch Co. S.A. c. Société de contrôle fiduciaire S.A.*: Le fiduciaire «suivant les cas, est déjà titulaire du droit, ou l'acquiert du fiduciant ou d'un tiers (en son nom propre, mais pour en faire usage selon les intentions du fiduciant)». Voir aussi REYMOND/REVACLIER (1985), p. 427; HELG (1982), no 94 (et références citées) et WATTER (1995), pp. 212s. En droit français, cf. WITZ (1981), p. 16.

[1859] Cf. *infra*, p. 439.

bb) La gestion fiduciaire proprement dite

Les obligations du fiduciant (paiement des honoraires, remboursement des impenses, libération des obligations, etc.) ne soulevant pas de problèmes particuliers, seules seront traitées certaines questions relatives aux obligations du fiduciaire. Le droit du mandat sera pris comme base de discussion[1860].

i) Etendue des devoirs du fiduciaire

L'étendue de l'obligation du fiduciaire est déterminée par le contrat de fiducie et, à défaut de précision dans le contrat, par la nature de l'affaire à laquelle la fiducie se rapporte (cf. art. 396 al. 1 CO). L'objet principal d'un contrat de fiducie-gestion est toujours le même: exercer la propriété en son propre nom mais pour le compte du fiduciant, puis restituer (au fiduciant) ou distribuer (aux bénéficiaires) les biens fiduciaires au plus tard lorsque le contrat de fiducie prend fin. En revanche, le type d'activité attendu du fiduciaire, qui dépend de la finalité recherchée dans le contrat en question (placement de fonds sur l'euromarché, gestion de fortune, gestion de droits d'auteur, etc.), sera plus ou moins intense. Ainsi, par exemple, pour échapper à des mesures prises par les autorités nationales-socialistes, des ressortissants allemands, dont les biens, si ce n'est la vie, étaient en danger, ont transféré à titre fiduciaire la propriété d'une partie importante de leur patrimoine à un fiduciaire suisse, afin que celui-ci la conserve, éventuellement la fasse fructifier, et la restitue une fois le danger de spoliation écarté[1861]. Le fiduciaire pouvait alors, selon les cas, se limiter à conserver en lieu sûr le bien fiduciaire. Notons que, quel que soit le but recherché, le fiduciaire doit effectuer tout ce qui est nécessaire pour atteindre ce but, conformément à l'ensemble des circonstances[1862].

L'art. 398 al. 3 CO, qui déroge à l'art. 68 CO, prévoit que le mandataire est tenu d'exécuter personnellement le mandat «à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs». La nature spécifique du contrat fiduciaire doit ici être prise en compte. Comme nous l'avons vu,

---

[1860] Cf. TERCIER (1995), pp. 486ss.

[1861] Tel est par exemple le cas de M. Thorwart, lequel confia à Dame X à la fin janvier 1937, par l'intermédiaire d'un tiers muni d'une procuration, une somme importante, afin qu'elle la dépose à son propre nom auprès du Crédit suisse et qu'elle la gère au profit de Thorwart (cf. ATF 91 II 442, *Thorwart c. X*). Voir également ATF 81 II 227.

[1862] Cf. TERCIER (1995), p. 487.

le fiduciant ne transfère pas seulement un pouvoir au fiduciaire, mais un droit complet de propriété, dans le cadre d'une relation de confiance privilégiée, d'un rapport de fidélité accru. De plus, la valeur du bien fiduciaire n'est pas à la libre disposition du fiduciaire. Nous pensons dès lors que la substitution ne doit en principe être possible que si le fiduciant a expressément autorisé le fiduciaire a transférer la valeur au tiers, lequel pourrait être soit un mandataire muni de pouvoirs de représentation, soit lui-même un fiduciaire (sous-fiducie). L'existence de circonstances exceptionnelles («péril en la demeure») doit être réservée, par exemple lorsque le fiduciaire n'est pas en mesure de requérir l'autorisation du fiduciant pour un transfert nécessaire à la sauvegarde d'intérêts de ce dernier[1863]. On devrait par contre refuser d'admettre que l'usage permette la substitution.

ii) Obligation de diligence et de fidélité

Selon l'art. 398 al. 2 CO, «le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat». Doctrine et jurisprudence en ont déduit une obligation de diligence (la «bonne» exécution) et une obligation de fidélité (la «fidèle» exécution)[1864]. La règle indique la mesure de la diligence requise. Afin de juger du niveau des exigences, il faut prendre en considération l'ensemble des circonstances (importance de l'affaire, temps à disposition, qualification des parties)[1865]. Selon cette norme, qui peut être reprise pour définir le cadre de la responsabilité contractuelle du fiduciaire, celui-ci se doit ainsi d'agir comme le ferait toute personne diligente placée dans la même situation (critère objectif). Sa responsabilité s'appréciera avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à lui procurer un avantage (cf. art. 99 al. 2 CO). Par ailleurs, il est indiqué de tenir compte des particularités de l'espèce (critère subjectif)[1866].

Dès lors, si l'objet de la fiducie-gestion est toujours le même (revêtir et exercer la propriété sur un bien), ses modalités d'exécution varieront en fonction notamment du but recherché par les parties et des qualités personnelles du fiduciaire. En matière de gestion de fortune par une banque, par exemple, les aspects capitalistes et professionnels seront déterminants. Par contre, lorsque l'on confie à un membre de sa famille un objet de valeur, l'aspect de protection ressortira. L'exigence minimale est celle d'un «bon

[1863] Cf. TERCIER (1995), p. 490.
[1864] Cf. TERCIER (1995), pp. 490ss.
[1865] Cf. ATF 105 II 284, *JdT* 1980 I 169.
[1866] Cf. ATF 115 II 62, *JdT* 1989 I 539.

propriétaire». Généralement, un propriétaire diligent protège matériellement et juridiquement son patrimoine et aspire à le faire prospérer[1867]. Par exemple, lorsqu'il est prévisible que le bien fiduciaire va perdre toute sa valeur, le fiduciaire est tenu de le vendre[1868]. On attendra évidemment beaucoup plus du fiduciaire professionnel et rémunéré. La mesure de sa dilligence sera celle d'un homme de métier avisé[1869].

Pour déterminer si un mandataire exécute correctement son mandat, on doit aussi tenir compte des instructions données par le mandant. L'art. 397 al. 1 CO pose la règle selon laquelle le mandataire qui a reçu des instructions précises ne peut en principe s'en écarter. L'interprétation de cette disposition légale est controversée. La doctrine majoritaire la considère comme une norme de droit impératif[1870]. Le droit de donner des instructions serait une prérogative du mandant à laquelle il ne peut valablement renoncer. Selon FELLMANN, il faut au contraire reconnaître aux parties la possibilité de limiter contractuellement le droit du mandant de donner des instructions contraignantes[1871]. WERRO a une position médiane. Il estime que le caractère contraignant des instructions ne se justifie que dans les cas dans lesquels le mandataire reçoit le pouvoir de représenter le mandant, car il est normal que celui-ci détermine les contours des pouvoirs. En revanche, dans les autres cas, les instructions ne lieraient le mandataire qu'à partir du moment où il les a acceptées[1872].

Le contrat de fiducie doit être situé dans ce débat. Contrairement aux apparences, le fiduciaire ne s'intègre pas, bien qu'il soit très souvent le représentant indirect du fiduciant, dans le premier cas de figure visé par WERRO (mandataire muni des pouvoirs de représentation). Il est en effet un représentant investi d'un plein droit de propriété (et non de simples pouvoirs) dont les contours résultent de la loi (art. 641ss CC) et n'ont en conséquence pas besoin d'être déterminés par des instructions du mandant. On ne

---

1867 Il est ici intéressant de rappeler la teneur de l'art. 1306 du Code civil québécois qui définit le cadre du devoir d'administration du fiduciaire: «Celui qui est chargé de la pleine administration doit conserver et faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation, lorsque l'intérêt du bénéficiaire ou la poursuite du but l'exigent».

1868 C'est ce qu'a jugé la Cour fédérale allemande dans un cas de fiducie-sûreté (cf. arrêt du 22 juin 1966, in *NJW* 1966, p. 2009).

1869 Cf. FELLMANN (1992), pp. 463ss et HOFSTETTER (1994), p. 115.

1870 Cf. les auteurs cités par THÉVENOZ (1995), p. 343, note 342.

1871 FELLMANN (1992), pp. 319s.

1872 WERRO (1993), pp. 179ss.

trouvera donc pas dans la théorie de cet auteur d'arguments imposant l'application impérative de l'art. 397 al. 1 CO à la fiducie. De nombreux éléments s'opposent en réalité à une telle application.

Tout d'abord, et cela représente déjà une condition suffisante, le Tribunal fédéral a affirmé que c'est la convention de fiducie (et non l'art. 397 CO) qui «détermine dans quelle mesure le fiduciaire est lié à des instructions ou agit de manière indépendante»[1873]. Les parties peuvent donc décider que le fiduciaire agira de manière indépendante, sans être tenu de suivre les instructions données par le fiduciant. De plus, l'intérêt des bénéficiaires, voire de certains tiers, n'est pas compatible avec un devoir impératif et intangible de suivre les instructions[1874]. Un tel devoir est en outre souvent peu adapté à une gestion efficiente des biens fiduciaires. C'est la raison pour laquelle de nombreuses opérations fiduciaires ont cours, en pratique, sans que le fiduciaire soit soumis à des instructions du fiduciant. En matière de fonds de placements, la loi prescrit expressément que la direction du fonds gère les avoirs de celui-ci «de façon indépendante» (art. 11 al. 1 LFP). Dans le domaine des placements fiduciaires, le «modèle de contrat fiduciaire pour plusieurs placements» de l'Association suisse des banquiers pose le principe que la banque agit «selon sa libre appréciation», la possibilité pour le client de donner à la banque des «directives écrites spéciales» étant il est vrai réservée[1875]. Enfin, le statut du fiduciaire, propriétaire du bien fiduciaire, rend problématique sa soumission aux instructions du fiduciant. Certes, la structure de la fiducie implique que le fiduciaire, «propriétaire obligé», doive exercer sa propriété dans le cadre de l'accord défini avec le fiduciant. Il n'en demeure pas moins qu'en qualité de propriétaire il doit se voir reconnaître une certaine indépendance vis-à-vis du fiduciant, afin que son droit de propriété ne soit pas vidé de tout contenu[1876]. Ce qui nous ramène à la problématique de la distinction entre fiducie et simulation[1877].

En conclusion sur ce point, on peut affirmer que les caractéristiques de la fiducie se prêtent mal à la reconnaissance d'un devoir impératif du fiduciaire de suivre les instructions du fiduciant. Deux solutions sont envisageables. Soit l'on considère que l'art. 397 al. 1 CO ne s'applique à la

---

1873 ATF 85 II 97, 99, *Cyma Watch Co. S.A. c. Société de contrôle fiduciaire S.A.*

1874 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 344.

1875 Cf. art. 1 du modèle de contrat fiduciaire pour plusieurs placements du 22 juin 1993, in *BF 2000* / 45-8a.

1876 Cf. GAUTSCHI (1958), p. 252 et REYMOND (1948), p. 42.

1877 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 344.

fiducie que de manière dispositive, les parties étant libres de limiter, voire d'exclure, le pouvoir du fiduciant de donner des instructions[1878]. Soit l'on admet que cette disposition légale est inapplicable au contrat de fiducie, les parties pouvant alors librement décider de l'existence et du sort des instructions.

L'obligation de fidélité ou de loyauté (cf. art. 398 al. 2 CO) se comprend comme un complément de l'obligation de diligence[1879]. Elle implique un devoir d'honnêteté et de désintéressement. Elle contraint le mandataire à agir en toutes circonstances dans l'intérêt présumé de son mandant. Elle comporte notamment l'obligation d'informer et de conseiller, un devoir particulier de discrétion, mais aussi, le devoir d'éviter les conflits d'intérêts[1880]. Selon WERRO, l'obligation de fidélité (qui génère dans la terminologie de cet auteur des *obligations fiduciaires au sens propre* ou *fiduciary duties*) ne s'imposerait qu'aux mandataires agissant à titre d'intermédiaires[1881]. Tel est précisément le cas de la très grande majorité des fiduciaires.

Plus généralement, il faut admettre que l'obligation de fidélité revêt certainement une importance centrale dans le contrat de fiducie[1882], lequel a comme effet de fonder un rapport de confiance (*Vertrauensbeziehung*) qualifié entre les parties[1883]. A la confiance (*fiducia*, *Vertrauen*) donnée par le fiduciant au fiduciaire correspond le devoir de loyauté, de fidélité (*fides*, *Treu*), de celui-ci envers celui-là[1884]. En outre, l'obligation de discrétion a sans doute un intérêt particulier en matière de fiducie. Il arrive, en effet, souvent que le fiduciant ne souhaite pas apparaître aux yeux des tiers auprès de qui le fiduciaire agit conformément au contrat de fiducie. Il est évident dans ce cas que le fiduciaire est soumis à un strict devoir de discrétion qui lui interdit, sous réserve des normes contraires de droit public (droit pénal, administratif, prescriptions bancaires...), de révéler l'identité de son fiduciant.

1878 Dans ce sens, WALDIS (1981), pp. 53ss et WÄLLI (1969), p. 69.

1879 D'un avis contraire, WERRO (1993), p. 175.

1880 Cf. GAUTSCHI (1971), pp. 351ss; TERCIER (1995), pp. 493s et WEBER (1996), pp. 2134ss.

1881 Cf. WERRO (1993), pp. 169ss.

1882 Cf. WALDIS (1981), pp. 84ss et WÄLLI (1969), pp. 63s.

1883 Cf. BÜRGIN (1959), pp. 1ss, not. 13ss et JÄGGI/GAUCH (1980), p. 50. Notons que selon WERRO (1993), p. 52, les obligations qui s'imposent dans certaines relations de service fondées sur une confiance privilégiée, qu'il nomme *obligations fiduciaires au sens large*, se rattachent à l'obligation de diligence du débiteur et non à son obligation de fidélité.

1884 Cf. WIEGAND (1998a), p. 340 et BÜRGIN (1959), p. 119.

En revanche, nous estimons que rien ne s'oppose, et cela est même préférable, à ce que le fiduciaire agisse ouvertement en sa qualité. Nous y reviendrons (cf. *infra* sous-section 3).

iii) Obligation de rendre compte et de restituer

En vertu de l'art. 400 al. 1 CO, le mandataire est en outre tenu de rendre compte de sa gestion et de restituer au mandant «tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit»[1885]. Ces devoirs constituent un aspect de l'obligation générale de fidélité. Le devoir de «rendre compte» contraint le fiduciaire à fournir en temps utile au fiduciant toute information relative à son activité en sa faveur, et, en cas de gestion de valeurs financières, à lui remettre des décomptes détaillés, accompagnés des pièces justificatives[1886]. Le devoir de «restitution» oblige quant à lui le fiduciaire à restituer ou à transférer au fiduciant tout ce qu'il a acquis ou reçu de ce dernier ou de tiers, en vue ou à l'occasion de son activité fiduciaire. Il existe non seulement à la fin des rapports contractuels, mais aussi pendant la durée du contrat[1887]. Il prend une dimension particulière en matière de fiducie, dans la mesure où il résulte de la définition même du contrat (*mancipio dare ut remancipetur*), ce qui n'est pas le cas dans le mandat. Le fiduciaire (propriétaire agissant en son propre nom, mais pour le compte du fiduciant) devient personnellement titulaire des biens et droits acquis de tiers en exécution du contrat de fiducie, qu'il doit ensuite transférer au fiduciant, selon le mode de transfert correspondant au type de bien en question (remise de possession, cession de créance, inscription au Registre foncier)[1888]. Nous savons que l'art. 401 CO prévoit une cession légale de ces biens et créances en faveur du mandant. Il n'y a pas de raison de priver le fiduciant, «représenté indirect» par excellence, de ce privilège, qui revêt une importance pratique considérable en matière de faillite du fiduciaire[1889]. Nous reviendrons sur cette question lors de l'examen de la question du patrimoine séparé (cf. *infra* section 2).

Le schéma classique de la fiducie, qui se termine usuellement par le retour au fiduciant des biens qui ont fait l'objet de la gestion fiduciaire, peut être modifié par le fiduciant, dans l'hypothèse où celui-ci désigne un tiers

---

[1885] Cf. TERCIER (1995), pp. 495ss et WERRO (1993), pp. 176ss.
[1886] Cf. WALDIS (1981), pp. 62ss et WÄLLI (1969), pp. 70ss.
[1887] Cf. WALDIS (1981), p. 72.
[1888] Cf. WALDIS (1981), p. 73.
[1889] Cf. WALTER (1996), p. 53.

bénéficiaire[1890]. C'est le recours au mécanisme de la stipulation pour autrui (art. 112 CO) qui permettra au fiduciant de faire promettre au fiduciaire d'exécuter une prestation en faveur du bénéficiaire. Si les parties au contrat de fiducie se limitent à convenir d'une stipulation imparfaite (art. 112 al. 1 CO), le bénéficiaire n'aura aucun droit de créance, mais une simple expectative à la distribution des revenus ou du capital. Il est cependant aussi envisageable de lui conférer de véritables créances à l'encontre du fiduciaire, par le biais d'une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO). Le bénéficiaire peut alors se voir reconnaître un droit à la distribution de tout ou partie des revenus du patrimoine fiduciaire, voire de tout ou partie des biens fiduciaires eux-mêmes. Disposant dans ce cas d'un droit à l'exécution du contrat de fiducie, le bénéficiaire peut exiger du fiduciaire l'indemnisation d'un éventuel dommage lorsque l'exécution n'en est pas bonne ou fidèle (cf. art. 398 CO).

iv) Responsabilité du fiduciaire

Le fiduciaire engage sa responsabilité envers le fiduciant quand il n'exécute pas le contrat de fiducie d'une manière diligente et fidèle (art. 398 al. 2 CO). Il en va notamment ainsi lorsqu'il gère de manière non diligente le patrimoine qui lui a été confié ou qu'il utilise les biens fiduciaires de façon contraire aux buts poursuivis dans le contrat de fiducie[1891]. Il peut alors être soumis à une action en dommages-intérêts qui est régie, en vertu du renvoi de l'art. 398 al. 1 CO, par les mêmes règles que celles relatives à la responsabilité du travailleur dans les rapports de travail (cf. art. 321e al. 1 CO, dont on admet qu'il reprend le régime général de l'art. 97 CO[1892]). Suivant les cas, le fiduciaire engagera également sa responsabilité extracontractuelle (art. 41ss CO), en concours avec sa responsabilité contractuelle. Il peut aussi être amené à répondre de ses actes devant le juge pénal (cf. art. 138 ch. 1 al. 2 et 158 CP), et parfois même devant le juge administratif[1893].

1890 Sur les modalités de la désignation d'un bénéficiaire, cf. MOOSMANN (1999), p. 298; THÉVENOZ (1995), pp. 345ss et WATTER (1995), p. 191. Lorsque cette désignation traduit l'intention d'une libéralité, elle prendra le plus souvent la forme, quant au rapport de base entre le fiduciant et le bénéficiaire (dit aussi «rapport de valeur»), d'une donation entre vifs, soumise à l'exigence de la forme écrite (art. 243 al. 1 CO) et de la signature du fiduciant-donateur (art. 13 al. 1 CO), ou d'une donation pour cause de mort, nécessitant le respect des conditions de forme des dispositions pour cause de mort (cf. art. 245 al. 2 CO et 467ss CC).

1891 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 334.

1892 Cf. TERCIER (1995), p. 498.

1893 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 334.

Nous avons indiqué de quelle manière l'on pouvait considérer que la valeur du bien fiduciaire se trouve en dépôt auprès du fiduciaire. Il devrait dès lors être possible d'appliquer l'art. 474 CO (du contrat de dépôt) aux rapports fiduciaires, dans l'hypothèse où le fiduciaire utilise sans autorisation la valeur du bien fiduciaire[1894]. En résulteraient deux conséquences. D'une part, le fiduciaire devrait au fiduciant «une juste indemnité» (art. 474 al. 2 CO) correspondant au montant qui serait normalement dû pour l'usage de la chose[1895]. Par exemple, dans le cas de sommes d'argent, on peut penser au taux d'intérêt usuel pratiqué par les banques à titre de rémunération d'un crédit personnel. D'autre part, la responsabilité du fiduciaire serait étendue, puisqu'il répondrait aussi, et même s'il n'est pas en demeure[1896], de la perte ou de la détérioration par cas fortuit, «à moins qu'il ne prouve que la chose eût été atteinte également s'il ne s'en était pas servi» (cf. art. 474 al. 2 CO). Notons que l'intérêt pratique de cette deuxième conséquence paraît réduit, dans la mesure où la jurisprudence et la doctrine admettent que la demeure du débiteur intervient sans interpellation du créancier lorsque le débiteur a commis un acte illicite (*fur semper in mora*)[1897], en particulier quand il est tenu de restituer une chose qu'il a intentionnellement soustraite[1898].

Ces nombreux chefs de responsabilité n'impliquent pas forcément une réparation effective du dommage subi par le fiduciant. Car celle-ci dépend évidemment de la solvabilité du fiduciaire, ou à tout le moins de l'intervention d'une assurance de responsabilité civile. C'est dans ce contexte que le cas d'une aliénation frauduleuse par le fiduciaire des biens qui lui ont été confiés a souvent été évoqué. La doctrine s'intéresse en effet aux moyens permettant dans cette hypothèse au fiduciant de reconstituer le patrimoine fiduciaire. Nous discuterons le cas du droit de suite.

v) Droit de suite en faveur du fiduciant

Etant investi d'un plein droit de propriété sur les biens que lui a remis le fiduciant, le fiduciaire peut valablement en disposer ou les grever d'un droit réel limité. Souvent, il est même tenu de procéder à des aliénations pour

[1894] Cf. WATTER (1995), no 13, lequel suggère, malheureusement sans motivation, l'application de cette disposition légale à la fiducie.
[1895] Cf. TERCIER (1995), p. 596.
[1896] Contrairement à la règle générale posée à l'art. 103 CO.
[1897] Cf. ENGEL (1997), pp. 687ss.
[1898] Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER II (1982), p. 91.

exécuter correctement le contrat de fiducie. Il est *a priori* difficile pour un tiers, par hypothèse acquéreur du bien fiduciaire, de déterminer si l'acte de disposition a été accompli par le fiduciaire dans le respect de ses obligations fiduciaires ou au contraire dans un but d'enrichissement personnel. D'autant plus que le tiers ne connaît pas forcément le statut (fiduciaire) du bien. Mais de toute manière, cela n'a pas grande importance. Ayant acquis le bien du titulaire formel du droit, il en devient pleinement propriétaire, qu'il soit de bonne ou mauvaise foi, c'est-à-dire même s'il connaissait ou aurait dû connaître (cf. l'art. 3 al. 2 CC) la nature frauduleuse de l'opération[1899]. Rappelons que le fiduciant n'a qu'une créance, mais pas de droit réel, à l'égard du fiduciaire; en revanche, aucune relation juridique n'existe en principe entre le fiduciant et le tiers.

Au sens strict, «le droit de suite est la prérogative qui permet au titulaire [d'un] droit réel d'exercer ce droit contre toute personne en mains de laquelle se trouve la chose objet du droit (*Ubi rem meam invenio, ibi vindico*)»[1900], sous réserve d'un droit préférable du possesseur. Alors qu'en *common law* l'octroi d'un droit de suite (*tracing*) au *beneficiary* est l'une des caractéristiques principales du *trust*[1901], cette institution n'est pas appropriée à la fiducie de *civil law*. En effet, les principes du *numerus clausus* des droits réels et de la relativité des conventions n'autorisent pas l'octroi d'un véritable droit de suite au fiduciant. Dans un sens plus large, on peut toutefois concevoir le droit de suite comme l'ensemble des procédures permettant de réintégrer les biens fiduciaires, soit *in corpore*, soit en valeur, au patrimoine fiduciaire[1902]. L'acquéreur de bonne foi demeure dans tous les cas intouchable. En revanche, l'hypothèse d'une responsabilité extracontractuelle (cf. art. 41ss CO) de l'acquéreur de mauvaise foi ne peut être exclue.

Les conditions de la responsabilité extracontractuelle du tiers qui incite une personne (ici, le fiduciaire) à violer ses obligations contractuelles envers une autre (*in casu*, le fiduciant) sont controversées. La doctrine dominante considère généralement que le tiers n'engage ici sa responsabilité délictuelle que s'il viole une prescription particulière qui a pour but de pro-

---

[1899] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 335 et WALTER (1996), pp. 46 et 55. D'un avis contraire, WATTER (1995), pp. 232s.

[1900] STEINAUER (1997), p. 20.

[1901] Cf., par exemple, GUBLER (1954), pp. 320a ss; PHILIPPE (1997), pp. 24ss; SEELVIANDON (1979), pp. 91ss et WATTER (1995), p. 232.

[1902] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 335, note no 318.

téger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé (art. 41 al. 1 CO), ou s'il a agi dans l'intention de nuire au cocontractant ou lorsqu'il a eu recours à des moyens franchement déloyaux. Dans ces deux derniers cas de figure, on admet que le tiers commet un acte contraire aux mœurs au sens de l'art. 41 al. 2 CO, fondant un devoir de réparer le dommage[1903]. En phase avec la doctrine dominante, le Tribunal fédéral a developpé en la matière une jurisprudence très restrictive, estimant que le chef de responsabilité résultant de l'art. 41 al. 2 CO ne doit être «admis qu'exceptionnellement et avec la plus grande retenue»[1904].

En matière de fiducie, le problème ne se limite cependant pas, à notre avis, à une simple question de violation contractuelle. Car, comme nous l'avons vu, en s'appropriant, puis en aliénant illicitement le bien fiduciaire, le fiduciaire commet une infraction pénale[1905]. Suivant les cas, l'acquéreur de mauvaise foi verra sa responsabilité délictuelle engagée, selon l'art. 41 al. 1 CO, lorsqu'il aura été démontré qu'il a violé une norme pénale protégeant le patrimoine du fiduciant[1906], par exemple, en tant qu'instigateur (cf. art. 24 al. 1 CP) ou complice (cf. art. 25 CP) d'un abus de confiance (cf. art. 138 ch. 1 al. 2 CP)[1907]. Quand le tiers n'entre en scène qu'après l'appropriation délictueuse du bien fiduciaire par le fiduciaire, l'art. 160 ch. 1 CP (recel) doit être retenu comme norme de protection (cf. l'art. 50 al. 3 CO).

Mais il y a plus. Si l'on comprend les bonnes mœurs comme «les notions morales de base, communes à tous les éléments sains de la population et qui équivalent au minimum de moralité devant être observé dans la vie sociale, ici et maintenant»[1908], on devrait reconnaître qu'agit de manière contraire aux mœurs, au sens de l'art. 41 al. 2 CO, celui qui acquiert un bien dont il sait que la valeur a été dolosivement soustraite du patrimoine d'un

---

1903 Cf. BREHM (1998), p. 102; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), no 61; GROSSEN (1968), pp. 135s; JAQUES (1999), pp. 776ss; KÜPFER (1997), p. 52; WALTER (1996), p. 46 et Jean-Baptiste ZUFFEREY-WERRO, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs*, Fribourg, 1988, no 1064.

1904 Cf. l'arrêt du TF du 16 avril 1998 en la cause *Musikvertrieb SA c. Motor-Colombus SA*, in *SJ* 1998 460, 465, ainsi que l'ATF 114 II 91, 97s, *JdT* 1988 I 310.

1905 Cf. *supra*, pp. 47s.

1906 Du point de vue de la responsabilité civile, le patrimoine n'est pas protégé *erga omnes*, mais seulement si une norme de protection, telle une disposition pénale, a été violée (cf. BREHM (1998), p. 21).

1907 Cf. GAUTSCHI (1971), p. 335 et THÉVENOZ (1995), pp. 336s.

1908 ENGEL (1997), p. 283.

tiers et qu'il constitue le produit d'une infraction pénale[1909]. On se trouve ici à notre sens dans les limites du «minimum éthique» exigé par le Tribunal fédéral pour appliquer cette disposition légale[1910]. Dans toutes ces hypothèses (art. 41 al. 1 et 2 CO), le fiduciant est en mesure de s'en prendre solidairement au fiduciaire et au tiers (cf. art. 50 al. 1 CO), et lorsque ce dernier est toujours en possession du bien indûment aliéné, d'exiger de lui la restitution en nature (art. 43 al. 1 CO)[1911]. Rappelons en outre qu'un contrat qui a pour objet une chose illicite ou contraire aux mœurs est nul de plein droit (cf. art. 20 al. 1 CO)[1912]. Ainsi, quand les conditions de cette disposition légale sont réalisées, le contrat d'aliénation conclu entre le fiduciaire et le tiers est nul, le fiduciaire restant alors seul titulaire du droit réel sur le bien fiduciaire.

Peut aussi être évoquée dans ce cadre la proposition de certains auteurs se basant sur l'intégration d'une condition résolutoire dans le contrat de fiducie[1913]. Selon cette doctrine, les parties pourraient convenir que ce dernier cesse de produire ses effets en cas d'aliénation frauduleuse du bien à un tiers (cf. art. 154 al. 1 CO). Pour WATTER, qui a repris récemment cette idée, la réalisation de la condition impliquerait le retour automatique de la propriété du bien au fiduciant. En outre, le contrat d'aliénation serait nul de plein droit (art. 152 al. 3 CO) et le fiduciant serait en mesure d'exercer l'action en revendication contre le tiers (art. 641 al. 2 CC)[1914].

L'utilisation dans des cas de ce genre de la notion d'obligation conditionnelle doit être examinée en relation avec la question plus vaste du transfert conditionnel de la propriété mobilière. Une partie importante de la doctrine accepte le concept de «propriété conditionnelle» qui exprime la situation

---

[1909] Pour une application plus large de l'art. 41 al. 2 CO en matière de fiducie, cf. NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 76ss. Partant du principe que «la morale et les bonnes mœurs ne peuvent s'accommoder des lésions volontaires et injustifiées portées aux droits d'autrui», un auteur a récemment soutenu, dans le même ordre d'idées, «que l'incitation à la rupture de contrat ou son exploitation enfreignent l'article 2 CC et engagent ainsi la responsabilité délictuelle de l'auteur». Il considère cependant que cette responsabilité résulte de l'al. 1 et non de l'al. 2 de l'art. 41 CO (cf. JAQUES (1999), pp. 790ss, citation, p. 792).

[1910] Cf. *SJ* 1998 460, 465.

[1911] Cf. NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 72 et THÉVENOZ (1995), p. 337.

[1912] Cf. SUPINO (1994), p. 91.

[1913] Cf. GUBLER (1954), p. 263a et RÜEDE-BUGNION (1978), pp. 122s. Sur la notion d'obligation conditionnelle, cf. PETER (1994), pp. 195ss.

[1914] WATTER (1995), no 149, récemment approuvé par MOOSMANN (1999), pp. 279ss et 304s.

dans laquelle l'acquisition d'un droit de propriété est soumise à une condition[1915]. Elle y recourt notamment en matière de substitution fidéicommissaire (cf. art. 488ss CC) pour qualifier les rapports juridiques entre l'héritier grevé et l'héritier appelé[1916]. Par ailleurs, il est admis que la réserve de propriété avec inscription au registre *ad hoc* (715 et 716 CC) constitue un exemple de propriété conditionnelle[1917]. De telles règles restent cependant exceptionnelles et ne sauraient être généralisées. En effet, les parties n'ont pas la possibilité d'affecter à leur guise les actes de disposition d'une condition[1918]. La liberté contractuelle trouve ici sa limite dans le droit des biens[1919]. La propriété attribuée au fiduciaire ne saurait en conséquence être grevée d'une condition résolutoire. En particulier, l'avènement d'une condition n'est pas apte à opérer de plein droit la retransmission de la propriété au fiduciant[1920]. Tout au plus pourrait-elle actualiser l'obligation du fiduciaire de restituer la propriété. Mais le retransfert effectif du droit de propriété nécessite, en matière mobilière, le respect du principe de tradition[1921].

cc) La fin de la fiducie

Le contrat de fiducie prend fin, dans le cas ordinaire, dès que le but recherché par les parties est définitivement atteint[1922]. En outre, les parties sont libres de prévoir des causes particulières d'extinction. Elles peuvent notamment subordonner celle-ci, ainsi que nous venons de le voir, à la survenance d'un événement futur incertain. En matière de mandat, le législateur s'est concentré sur quelques causes extraordinaires d'extinction qu'il énumère aux art. 404 et 405 CO[1923]. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure ces dispositions légales s'appliquent au contrat de fiducie.

1915 Sur cette question, cf. EITEL (1998); FOËX (1987), no 375; MOOSMANN (1999), pp. 279ss; PETER (1994), pp. 203s; PIOTET (1992), pp. 37ss et VAN DE SANDT (1998), pp. 78ss.

1916 La doctrine traditionnelle conçoit la substitution fidéicommissaire sur la base d'une double condition. L'institution d'héritier en faveur du grevé serait soumise à une condition résolutoire, celle d'héritier en faveur de l'appelé à une condition suspensive, l'événement incertain étant le même dans les deux cas, soit l'ouverture de la substitution. Voir EITEL (1998), p. 262; FOËX (1987), no 409 et PIOTET (1992), pp. 142ss.

1917 Cf. FOËX (1987), pp. 177ss.

1918 Cf. FOËX (1987), pp. 156ss, not. 176ss. Voir aussi ENGEL (1997), pp. 853s.

1919 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 338.

1920 Cf. THÉVENOZ (1995), pp 337s, et références citées, note 327.

1921 Cf. PIOTET (1988), pp. 368ss.

1922 Cf. MADAY (1942), fiche 733, p. 3.

1923 Sur ces questions, cf. TERCIER (1995), pp. 504ss.

L'art. 404 al. 1 CO énonce que «le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps». Cette disposition légale est l'une des plus controversées «de tout le droit des contrats»[1924]. Le Tribunal fédéral en a affirmé à maintes reprises le caractère impératif[1925], ce qui est contesté par une partie très importante de la doctrine[1926]. Selon WERRO, il convient de distinguer entre pouvoir et droit de révoquer. Chacune des parties a le pouvoir de résilier en tout temps (art. 404 al. 1 CO). Mais rien ne leur interdit de stipuler les conditions auxquelles la résiliation sera conforme au droit. Ainsi, l'exercice du pouvoir peut être contraire au droit lorsque la résiliation intervient en temps inopportun (cf. art. 404 al. 2 CO), ou lorsque l'auteur de la résiliation avait renoncé à son droit de résilier en temps opportun[1927]. THÉVENOZ s'est rallié à cette opinion, tout en relevant qu'en matière de fiducie les intérêts de tiers (bénéficiaires), voire du fiduciant ou du fiduciaire, exigent souvent une limitation non seulement du droit, mais aussi du pouvoir de résilier[1928].

Le problème se pose en des termes différents de ceux relatifs au pouvoir de donner des instructions. Dans ce dernier cas, nous avons vu que certaines caractéristiques de la fiducie s'opposaient à l'application impérative, ou à tout le moins sans nuances, de l'art. 397 al. 1 CO aux rapports fiduciaires. Ici, au contraire, les principes théoriques régissant la fiducie confortent plutôt le droit (en tous les cas du fiduciant) de résilier en tout temps le contrat. Le fiduciant, qui a vocation à recouvrer son droit formel de propriété, doit pouvoir décider du moment du retransfert, lequel a pour effet de réunir à nouveau en sa personne titularité formelle et bénéfice économique. Rappelons que, dans la *fiducia cum amico* romaine, le fiduciant avait le droit de reprendre possession en tout temps et sans conditions (*omni modo*[1929]) du bien fiduciaire[1930]. Les dispositions sur le contrat de dépôt vont dans le même sens. Ainsi, en qualité de déposant de la valeur du bien fiduciaire, le

1924 TERCIER (1995), no 4135.

1925 Cf., par exemple, ATF 115 II 464, *JdT* 1990 I 312. Jurisprudence encore confirmée dans un arrêt non publié du 26 mars 1997 (4C.443/1996) évoqué par Luc THÉVENOZ, «Développements récents en droit des contrats», in *Journée juridique valaisanne 1998* [document polycopié], p. 16.

1926 Cf. Peter GAUCH, «Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters», in *recht* (Bern) 1992, pp. 9ss, ainsi que les autres références citées par TERCIER (1995), no 4141.

1927 WERRO (1993), pp. 96ss.

1928 THÉVENOZ (1995), p. 341.

1929 GAIUS, *Institutes*, 2. 60.

1930 Cf. *supra*, p. 235

fiduciant devrait pouvoir «réclamer en tout temps la chose déposée» (art. 475 al. 1 CO par analogie). En revanche, des règles similaires en faveur du fiduciaire ne s'imposent pas.

Ce sont cependant moins des raisons dogmatiques que des motifs d'opportunité qui ont amené une partie de la doctrine à s'interroger sur la nature de ce droit de résiliation en matière de fiducie. Plusieurs arguments paraissent pencher en faveur d'une non-application impérative de l'art. 404 CO en matière de fiducie-gestion. Certes, le Tribunal fédéral a paru affirmer le contraire[1931], mais il ne s'est plus prononcé sur la question depuis de nombreuses années. Or, le développement des domaines d'application de la fiducie et la favorisation de l'institution du tiers-bénéficiaire imposent le droit pour les parties de décider contractuellement de la durée de l'affectation du patrimoine fiduciaire[1932]. Si l'on s'en tient aux rapports fiduciaires, sans entrer dans le débat général relatif à l'application de l'art. 404 CO au contrat de mandat, on constate qu'il n'y a pas de raison de principe qui empêcherait le fiduciant à renoncer, dans les limites de l'art. 27 CC (protection contre des engagements excessifs), à ses droit et pouvoir (arbitraires) de résiliation[1933]. Il en va de même *a fortiori* pour le fiduciaire. Le fiduciant peut avoir intérêt à confier à moyen ou long terme la gestion d'une partie de son patrimoine à un fiduciaire. La gestion efficiente de ces valeurs peut même imposer une telle solution. Ainsi, les dispositions fédérales sur les fonds de placement permettent dans certaines circonstances la restriction du droit des porteurs de part de dénoncer le contrat de placement collectif (cf. art. 24 et 25 LFP et 25 OFP). Relevons en outre que le fiduciant, qui a assorti le contrat de fiducie d'une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO), ne peut plus révoquer le mandat à partir du moment où le tiers-bénéficiaire exerce les droits qui découlent de la stipulation ou déclare vouloir les exercer (cf. art. 112 al. 3 CO)[1934]. Enfin, il est unanimement admis, sans que cela pose de problèmes dogmatiques particuliers, que l'art. 404 CO ne s'applique pas à la fiducie-sûreté[1935].

Selon WERRO, les parties ont toujours le droit de conclure une convention spéciale qui transforme un mandat donné en un contrat de durée

[1931] Cf. ATF 91 II 442, 451.

[1932] Cf. déjà WOLF (1955), p. 429 et surtout THÉVENOZ (1995), p. 342.

[1933] Cf. KÜPFER (1997), p. 20; MOOSMANN (1999), p. 297; WÄLLI (1969), p. 85 et WATTER (1995), pp. 214ss.

[1934] Cf. HOFSTETTER (1994), pp. 42s et WATTER (1995), p. 214.

[1935] Cf. FOËX (1987), p. 151 et WATTER (1995), p. 214.

(déterminée ou indéterminée). WERRO relève que les mandats de durée prennent fin selon les causes usuelles d'extinction des contrats de durée, une résiliation avant le terme fixé intervenant en temps inopportun au sens de l'art. 404 al. 2 CO et entraînant en principe la responsabilité de son auteur[1936]. Il va de soi qu'il faut en tous les cas réserver la possibilité, qui résulte déjà de l'art. 2 CC, de résilier le contrat de fiducie en tout temps pour de justes motifs[1937]. En s'inspirant de la disposition légale qui définit les justes motifs de résiliation du contrat de travail (cf. art. 337 al. 2 CO), les juges pourraient tirer la règle suivante: «sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a résilié le contrat la continuation des rapports de fiducie». On optera donc en faveur d'une adaptation de la jurisprudence consistant à soustraire le contrat de fiducie du champ d'application de l'art. 404 CO. Cette nouvelle orientation ne constituerait pas une solution inconnue de notre droit, puisque le Tribunal fédéral a par exemple jugé que le contrat d'affrètement, contrat *sui generis* proche du mandat, n'est pas soumis à cette disposition légale[1938].

Il n'y a pas de raison de douter que l'art. 405 CO s'applique pleinement, par analogie, à la fiducie. En conséquence, à défaut de convention ou d'usage contraires, le contrat de fiducie finit par la mort (pour les personnes morales, la dissolution), l'incapacité (perte des droits civils) ou la faillite, soit du fiduciant, soit du fiduciaire (cf. art. 405 al. 1 CO). Il peut arriver en pratique que les parties conviennent de la poursuite du contrat, après le décès du fiduciant, avec ses héritiers. Dès lors que la fiducie est très souvent utilisée en matière commerciale, on peut même considérer que «la nature de l'affaire» impose cette solution. Portant dans la règle sur la gestion de valeurs patrimoniales, il est en effet généralement dans l'intérêt présumé des héritiers que le rapport de fiducie ne se termine pas abruptement. C'est ce que prend en compte d'une manière plus générale l'al. 2, qui, adapté à la fiducie, prescrit que, au cas où la fin du contrat de fiducie met en péril les intérêts du fiduciant, le fiduciaire ou ses ayants cause sont tenus de continuer la gestion jusqu'à ce que le fiduciant, ses héritiers ou son représentant soient en mesure d'y pourvoir eux-mêmes (cf. art. 405 al. 2 CO)[1939]. Il s'agit

---

[1936] WERRO (1993), pp. 129ss.

[1937] WERRO (1993), p. 110, relève que la bonne foi exige que les parties à tout contrat aient le droit de résilier le contrat lorsque la continuation de celui-ci ne peut plus être raisonnablement exigée d'elles.

[1938] Cf. ATF 115 II 108, *SJ* 1989 450.

[1939] Cf. RÜEDE-BUGNION (1978), p. 130.

alors d'une gestion d'affaires (cf. art. 419 CO), largement soumise aux règles du mandat, qui produit une sorte de prolongation temporaire du contrat[1940].

En revanche, l'art. 406 CO est sans intérêt pour le contrat de fiducie. Cette disposition reprend le principe posé à l'art. 37 CO en matière de représentation directe (qui n'est pas le cas de la fiducie) en vue de protéger les tiers[1941]. De plus, ainsi que nous l'avons vu et que nous le préciserons encore, le fiduciaire ne se voit pas uniquement conférer un pouvoir dont l'existence est liée au contrat de mandat ou à une procuration, mais bien un plein droit de propriété qui ne s'éteint pas automatiquement lors de l'extinction du contrat de fiducie. Dans ce cas de figure, le fiduciaire conserve ainsi son droit formel de propriété, mais il n'est plus légitimé à l'exercer. Les tiers, à tout le moins ceux qui sont de bonne foi[1942], sont protégés dans leur acquisition du simple fait qu'ils contractent avec le propriétaire formel du bien.

La fin du contrat de fiducie rend exigibles toutes les obligations résultant du contrat. Elle actualise en particulier le devoir de restitution du fiduciaire. Encore faut-il se demander comment le retransfert de la propriété s'opère. Nous avons vu qu'il n'est pas possible de modaliser au moyen d'une condition résolutoire un retour *ispo iure* du droit de propriété au fiduciant. La voie usuelle, comprenant titre d'acquisition et opération d'acquisition, doit donc être respectée[1943]. La rétrocession est en quelque sorte l'acte symétrique de l'acte translatif de droits[1944]. Le contrat de fiducie constitue aussi bien la cause (titre d'acquisition) du transfert que celle de la rétrocession. Le transfert effectif suppose en outre la remise de la possession (acte matériel) du fiduciaire au fiduciant ou au bénéficiaire. Tant que ce transfert n'a pas eu lieu, le fiduciaire demeure propriétaire (pour autrui). Seule change sa fonction: il n'est plus tenu de conservet et de gérer, mais de restituer. Il se trouve ainsi dans la même situation juridique que tout propriétaire ayant décidé d'aliéner son droit. S'il refuse de restituer le bien fiduciaire, le fiduciant peut intenter contre lui une action en exécution du contrat de fiducie.

Le fiduciant peut aussi requérir le séquestre de l'ensemble des biens du fiduciaire, y compris des biens fiduciaires, lorsque, par exemple, «dans l'intention de se soustraire à ses obligations, [il] fait disparaître ses biens, s'en-

---

1940 Cf. TERCIER (1995), pp. 508s.
1941 Cf. ENGEL (1997), p. 402 et TERCIER (1995), no 4166.
1942 Cf. *supra*, pp. 425ss.
1943 Cf. aussi WALTER (1996), p. 57.
1944 Cf. REYMOND (1948), no 80.

fuit ou prépare sa fuite» (art. 271 al. 1 ch. 2 LP). Le fiduciant est également en droit de solliciter le prononcé par le juge cantonal compétent d'une mesure provisionnelle visant à interdire l'aliénation du bien fiduciaire, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP (insoumission à une décision de l'autorité)[1945]. Si le fiduciaire passe outre, il est alors puni des arrêts ou de l'amende[1946]. Enfin, en matière immobilière, le fiduciant a des droits encore plus étendus. Etant au bénéfice d'un titre d'acquisition, il peut exiger du fiduciaire qu'il fasse opérer l'inscription et, en cas de refus de ce dernier, demander au juge l'attribution du droit de propriété (cf. art. 665 al. 1 CC). De plus, le juge peut ordonner, par voie de mesure provisionnelle, l'annotation d'une restriction d'aliéner l'immeuble en cause (cf. art. 960 al. 1 ch. 1 CC)[1947].

Au devoir du fiduciaire de rendre compte et de restituer tout ce qu'il a reçu correspondent ceux du fiduciant de payer les honoraires dus pour les prestations effectuées par son cocontractant (cf. art. 394 al. 3 CO), de rembourser les impenses effectuées en vue de l'exécution régulière de la fiducie (cf. art. 402 al. 1 CO), de libérer le fiduciaire des obligations par lui contractées (cf. art. 402 al. 1 *in fine* CO) et de l'indemniser à certaines conditions du dommage subi dans l'exécution de la fiducie (cf. art. 402 al. 2 CO)[1948]. Il peut cependant aussi arriver que le fiduciaire soit titulaire de créances envers le fiduciant qui ne résultent pas des rapports fiduciaires. Il s'agit de déterminer, à l'aide des règles de la partie générale du CO, si le recouvrement de ces deux types de créances (liées ou non au contrat de fiducie) peut être soumis à un régime différencié.

Le fiduciaire est, tout d'abord, en droit d'opposer au fiduciant l'exception dilatoire de non-exécution de l'art. 82 CO (*exceptio non adimpleti*

[1945] Dans le canton de Genève, les mesures provisionnelles sont régies par les art. 320ss de la loi de procédure civile du 10 avril 1987 (E 3 05), dont l'art. 324 al. 2 lit. a, prescrit que le juge peut autoriser toute mesure justifiée par les circonstances et l'urgence, destinée notamment à empêcher qu'on n'aliène l'objet litigieux. Sur cette procédure spéciale en droit genevois, cf. Bernard BERTOSSA, Louis GAILLARD, Jacques GUYET et André SCHMIDT, *Commentaire de la loi de procédure du canton de Genève du 10 avril 1987*, Tome III, Genève, 1994, *ad* art. 320ss.

[1946] Pour un commentaire de l'art. 292 CP, cf. CORBOZ (1997), pp. 351ss.

[1947] Cf. Vincent PELET, *Mesures provisionnelles: droit fédéral ou cantonal ?*, Lausanne, 1987, pp. 186ss.

[1948] Cf. WALDIS (1981), pp. 94ss et WÄLLI (1969), pp. 77ss.

contractus), appelée aussi «droit de rétention personnel» ou «contractuel»[1949]. Elle lui permet de ne pas s'exécuter (restitution du bien fiduciaire) tant que le fiduciant n'a pas lui-même exécuté ou au moins offert d'exécuter sa propre prestation (par exemple, paiement des honoraires)[1950]. Mais, par définition, seule une créance en exécution du contrat de fiducie peut être opposée à l'action du fiduciant (cf. aussi l'art. 401 al. 1 et 3 CO, le «droit de rétention» prévu dans cette disposition étant en réalité une évocation du principe posé à l'art. 82 CO[1951]). En revanche, une créance étrangère à ce contrat ne peut être invoquée par le biais de l'art. 82 CO que dans le cadre de la relation contractuelle qui lui a donné naissance. En outre, le fiduciaire ne dispose pas de la faculté d'exercer le «droit de rétention réel» prévu à l'art. 895 CC. Un tel droit n'est en effet donné qu'au créancier qui est en possession d'une chose mobilière appartenant au débiteur[1952], ce qui n'est pas le cas de figure de la fiducie, puisque le bien appartient formellement au créancier (fiduciaire)[1953]. Certes, nous avons allégué que la valeur du bien fiduciaire pouvait être considérée comme appartenant au fiduciant. Tenir compte ici de cette spécificité reviendrait toutefois à créer un nouveau type de «droit de rétention réel», portant sur une chose mobilière qui appartient matériellement mais non formellement au débiteur, ce qui n'est guère possible sans modification législative (principe du *numerus clausus* des droits réels).

Reste enfin la question du droit de compensation (art. 120ss CO). Le fiduciaire pourrait être tenté d'éteindre sa dette de restitution par une créance contre le fiduciant qui ne résulte pas de la fiducie. Nous sommes cependant d'avis qu'il faut ici se référer à l'art. 125 ch. 1 CO, lequel énonce que ne peut être éteinte par compensation, contre la volonté du créancier, la créance «ayant pour objet soit la restitution, soit la contre-valeur d'une chose déposée»[1954]. Nous avons vu qu'en pratique les biens fiduciaires font souvent l'objet d'un véritable contrat de dépôt, conclu entre le fiduciant et le fiduciaire. Et même lorsque le bien fiduciaire n'est pas déposé en qualité de «chose», il l'est en revanche toujours en tant que valeur, de sorte que la disposition précitée peut être appliquée dans tous les cas, par analogie, au

[1949] On admet que cette règle, qui vise à l'origine les contrats bilatéraux parfaits portant sur une prestation unique, s'applique également aux contrats bilatéraux imparfaits et aux contrats portant sur des prestations successives ou continues (cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER II (1982), no 1332).

[1950] Sur cette exception, cf. ENGEL (1997), pp. 655ss.

[1951] Cf. DROIN (1956), pp. 128s; GAUTSCHI (1971), p. 479 et TSCHUMY (1987), p. 194.

[1952] Cf. STEINAUER (1996), pp. 354s.

[1953] Cf. RÜEDE-BUGNION (1978), p. 126.

[1954] Dans ce sens, cf. WATTER (1995), nos 13 et 76.

contrat de fiducie. Ainsi, le fiduciaire ne peut compenser sa dette en restitution du bien fiduciaire par une créance contre le fiduciant, que celle-ci soit ou non étrangère au rapport fiduciaire. Notons que, sans trancher la question de principe de l'application de l'art. 125 ch. 1 CO au contrat de fiducie, l'*Obergericht* de Zurich a dénié au fiduciaire, dans un cas d'espèce, le droit de compenser une créance contre le fiduciant, en faisant application de l'art. 125 ch. 1 et 2[1955]. L'autre risque de compensation que court le fiduciant, celui qui résulte d'une créance qu'opposerait le tiers au fiduciaire qui a placé auprès de lui les biens fiduciaires, sera traité ci-dessous[1956].

2. Les biens fiduciaires constituent un patrimoine séparé qui doit être protégé

Nous voici maintenant à même de traiter la question centrale du patrimoine séparé et affecté. Nous reviendrons tout d'abord sur le principe (a), avant d'en aborder différentes concrétisations (b-e).

a) Principe

Nous avons déjà fait état de divers critères objectifs permettant de reconnaître que les biens fiduciaires forment un patrimoine séparé du patrimoine général ou personnel du fiduciaire. Ainsi, l'ensemble des actifs dont le fiduciaire est le titulaire formel se répartissent en deux patrimoines distincts (ou deux masses): celui des biens dont il est propriétaire pour lui-même et celui des biens dont il est propriétaire pour autrui, soit à titre fiduciaire. Lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une personne physique mariée sous le régime matrimonial ordinaire, on doit donc distinguer la masse des biens personnels, composée des acquêts et des biens propres (cf. art. 196 CC), et la masse des biens fiduciaires, décomposée en autant de sous-masses que de fiduciants.

Rappelons que le patrimoine séparé peut être défini comme «un ensemble de droits, détachés du patrimoine général d'une personne et soumis à un régime juridique particulier»[1957]. Une partie croissante de la doctrine considère que le patrimoine fiduciaire, soit l'ensemble des actifs gérés à titre

---

[1955] Cf. décision de l'*Obergericht* du 14 janvier 1986, in *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* (Zurich) 86 (1987), no 13, pp. 33ss.

[1956] Cf. *infra*, pp. 448ss.

[1957] STEINAUER (1997), no 90.

fiduciaire, constitue un patrimoine séparé (*Sondervermögen*)[1958]. Encore faut-il déterminer à quel statut juridique il est soumis. La difficulté consiste à concrétiser un tel patrimoine *de lege lata*. Nous ne partons cependant pas de rien, loin s'en faut. Le principe de l'unité du patrimoine, nous le savons, n'est qu'un simple postulat législatif dont la pertinence est contestée. Il conserve sa valeur lorsqu'il exprime la règle selon laquelle le débiteur ne peut créer une masse insaisissable selon son bon vouloir. Nous considérons toutefois que rien n'empêche l'ordre juridique de reconnaître l'existence de masses patrimoniales séparées dans des cas spécifiques basés sur des conditions objectives. Or, un régime cohérent de la fiducie implique nécessairement l'existence d'un patrimoine fiduciaire séparé. Un tel patrimoine a, notamment, été retenu dans les législations étrangères que nous avons étudiées[1959]. C'est aussi un patrimoine séparé que consacrent les lois suisses qui régissent certains rapports fiduciaires (LFP et LB), que reconnaissent depuis longtemps les règles fiscales et comptables, et qui est largement pris en compte en droit pénal et en droit administratif, mais aussi parfois en droit civil[1960].

Il faut souligner que l'une des caractéristiques majeures du Code civil suisse est de conférer au juge, considéré comme un auxiliaire indispensable du législateur, un rôle déterminant dans l'application et l'interprétation de la loi (cf. art. 1 CC)[1961]. La fiducie helvétique doit précisément son existence et son développement à la jurisprudence. S'il faut saluer l'œuvre créatrice des juges dans des cas d'espèce, on ne saurait en rester là. Tant sur le plan de la systématique et de la sécurité juridique que sous l'angle de l'égalité de traitement et d'une concurrence efficace, il convient désormais de consacrer globalement ce patrimoine séparé en matière de droits réels (subrogation patrimoniale), d'exécution forcée, de régimes matrimoniaux et de droit des successions. Une telle évolution est réalisable par les juges. Elle suppose que jurisprudence et doctrine franchissent une étape conceptuelle dans leur compréhension de la fiducie[1962].

1958 Parmi eux, cf. MEIER-HAYOZ (1981), p. 79; REY (1991), p. 33; et WIEGAND (1996), p. 186. Voir surtout THÉVENOZ (1995), pp. 313ss et WATTER (1995), nos 76 et 123ss.

1959 Cf. *supra*, quatrième partie, chapitre I, pp. 360ss.

1960 Cf. *supra*, pp. 40ss.

1961 Cf., par exemple, Pierre TERCIER, «Le rayonnement international du droit suisse», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1999 I, pp. 4s et ZWEIGERT/KÖTZ (1996), pp. 169ss.

1962 Cf. THÉVENOZ/DUNAND (1998), p. 504 et WOLTER (1999), p. 181.

Ainsi que l'énonce WERRO, l'interprétation «renouvelée des normes existantes permet..., le plus souvent, de leur conférer un sens utile et moderne»[1963]. Dans son travail d'interprétation, le juge doit tenir compte non seulement de la lettre, mais aussi de l'esprit des dispositions qu'il applique (cf. art. 1 al. 1 CC)[1964]. La recherche de la *ratio legis* d'une disposition légale peut faire une large place au but économique de la norme[1965]. Une interprétation *contra verba legis* (mais non *contra legem*) est admissible dans la mesure où elle est conforme à l'esprit (même actualisé) de la loi (*secundum rationem legis*, cf. art. 1. al. 1 CC)[1966]. En outre, le juge est habilité à constater l'existence de lacunes proprement dites qu'il comblera, «à défaut d'une coutume», en prononçant «selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur» (cf. art. 1. al. 2 CC)[1967]. Il est alors tenu de déterminer les intérêts en présence et d'établir une règle qui s'incorpore harmonieusement aux normes existantes. L'étude des solutions retenues à l'étranger est indispensable[1968]. Elle est d'autant plus importante dans les domaines, tel le droit des obligations, qui tendent à une certaine universalité[1969]. Le recours à l'histoire du droit est aussi possible[1970]. La loi, comme les silences du législateur, peuvent être interprétés à l'aide d'arguments *a*

1963 WERRO (1993), p. 3.

1964 ATF 121 III 219, *JdT* 1996 I 162, 167: «La loi s'interprète en premier lieu pour elle-même, c'est-à-dire – au moyen d'une méthode téléologique – selon sa lettre, son esprit et son but ainsi que les valeurs sur lesquelles elle repose». Sur l'application et l'interprétation de la loi en général (art. 1. al. 1 CC), cf. Max BAUMANN, David DÜRR, Viktor LIEBER, Arnold MARTI et Bernard SCHNYDER, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung*, I/1, Zurich, 1998, pp. 117 à 423; Heinz HAUSHEER et Manuel JAUN, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Berne, 1998, pp. 11ss et Arthur MEIER-HAYOZ, *Application du droit*, I: *Interprétation de la loi*, Genève, 1952 [Fiche juridique suisse no 1094].

1965 Cf. KRAMER (1986), no 145. Voir aussi RIEMER (1994), p. 136.

1966 Cf. ATF 121 III 219, *JdT* 1996 I 162, 169. Voir aussi Catherine JOSEPHIDES DUNAND, «Pour une autorité parentale commune après le divorce *de lege lata*», in *Revue Suisse de Jurisprudence* (Zurich) 93 (1997), pp. 149s; Jean-François PERRIN, «Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois», in *Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions*, Fribourg, 1989, pp. 243ss et Bernhard SCHNYDER, «Entgegen dem Wortlaut...», in *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Bâle, 1975, pp. 29ss.

1967 Cf. DESCHENAUX (1967), p. 101 et Arthur MEIER-HAYOZ, *Application du droit*, II: *Lacunes de la loi*, Genève, 1952 [Fiche juridique suisse no 1095].

1968 Cf. Arthur MEIER-HAYOZ, *Application du droit*, III: *La suppression des lacunes par le juge*, Genève, 1952 [Fiche juridique suisse no 1096], p. 4.

1969 Cf. DESCHENAUX (1967), p. 117.

1970 Cf. DESCHENAUX (1967), p. 115.

contrario, *a simili* ou a *fortiori*[1971]. Enfin, dans toutes ces opérations (al. 1 et 2), le juge s'inspire «des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence» (cf. art. 1 al. 3 CC)[1972].

b) Subrogation patrimoniale

La subrogation réelle, qui se rattache à l'idée d'affectation, rend possible «la conservation de la valeur d'un bien à l'affectation spéciale de ce bien, ou la conservation de la valeur d'un bien en vue de la restitution d'une masse de biens»[1973]. Elle a pour effet de causer un transfert de droits réels d'un bien à un autre *ex lege*. Selon une acception plus étroite, le principe de la subrogation patrimoniale (ou mécanisme du remploi) désigne le mécanisme selon lequel le bien qui remplace un bien sortant du patrimoine prend le même statut juridique que le bien remplacé[1974]. Il y a un rapport de connexité entre le sacrifice de l'un et l'acquisition de l'autre[1975]. Lorsqu'une personne est titulaire de plusieurs patrimoines séparés, la subrogation patrimoniale s'opère en principe de manière distincte pour chacun d'eux (le bien acquis entre dans le patrimoine séparé dont proviennent les moyens utilisés pour son acquisition)[1976].

En matière de fiducie, le bien fiduciaire est affecté à la réalisation du but fiduciaire. Le fiduciaire étant titulaire de plusieurs masses (ou patrimoines), il se justifie de leur appliquer le principe de la subrogation. Quelques précisions s'imposent. Le patrimoine personnel du fiduciaire est indépendant des patrimoines qu'il gère à titre fiduciaire. Ceux-ci sont répartis en des sous-masses distinctes les unes des autres. Ces diverses masses fonctionnent comme des patrimoines autonomes soumis au principe de la subrogation patrimoniale. La subrogation assure dans certaines limites que le patrimoine fiduciaire comprenne tout bien ou toute valeur acquis en remploi

---

1971 Cf. DESCHENAUX (1967), pp. 112s et Paul-Henri STEINAUER, «L'interprétation des silences du législateur à l'aide des arguments *a contrario*, *a simili* et *a fortiori*», in *Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions*, Fribourg, 1989, pp. 41ss.

1972 Cf. DESCHENAUX (1967), p. 119 et Arthur MEIER-HAYOZ, *Application du droit*, IV: *La doctrine et la jurisprudence*, Genève, 1952 [Fiche juridique suisse no 1097].

1973 DREYER (1981), p. 41.

1974 Cf. STEINAUER (1997), no 89. Pour une évocation du mécanisme du remploi en matière de régimes matrimoniaux, cf. DESCHENAUX/STEINAUER (1987), pp. 242ss, et en matière de substitution fidéicommissaire, cf. PIOTET (1975), pp. 97s.

1975 Cf. DESCHENAUX/STEINAUER (1987), pp. 244s.

1976 Cf. STEINAUER (1997), no 91.

d'un bien ou d'une valeur fiduciaire[1977]. Les cas de base sont relativement simples. La voiture qu'achète le fiduciaire au moyen d'argent provenant de ses deniers personnels prend le même statut juridique dans son patrimoine personnel que l'argent sorti de ce patrimoine; le bien acquis par le fiduciaire en son propre nom mais pour le compte du fiduciant remplace dans le patrimoine fiduciaire séparé l'argent de ce patrimoine employé par le fiduciaire pour payer le prix d'achat.

La situation est plus complexe lorsque le bien fiduciaire change de masse auprès du fiduciaire. Reprenons l'hypothèse évoquée plus haut[1978], dans laquelle le fiduciaire, ayant décidé de s'approprier l'actif fiduciaire déposé sur un compte bancaire fiduciaire clairement individualisé, transfère celui-ci sur un compte personnel, retire l'argent et achète un objet de luxe. Au moment où le fiduciaire transfère l'argent sur son compte, il manifeste son intention de le posséder et de le gérer exclusivement pour son propre compte. Il s'approprie la valeur du bien fiduciaire. L'argent entre alors véritablement dans son patrimoine personnel. L'objet de luxe constitue en conséquence un remploi du patrimoine personnel du fiduciaire et non du patrimoine fiduciaire géré au profit du fiduciant. Si l'on en restait là, les créanciers personnels du fiduciaire profiteraient indirectement de la déloyauté du fiduciaire, en pouvant se désintéresser sur un actif inespéré. Mais, l'objet ayant été acheté directement au moyen d'un bien soumis à la gestion fiduciaire, on doit considérer qu'il existe une créance de récompense grevant le patrimoine personnel du fiduciaire en faveur du patrimoine fiduciaire, d'un montant correspondant à la valeur de l'objet de luxe[1979]. Cette créance, destinée à reconstituer le patrimoine fiduciaire par le jeu d'un transfert de valeurs entre masses, sera prise en compte à l'occasion de la dissolution de celui-ci.

c) Exécution forcée

Ainsi que le relève judicieusement GIOVANOLI, c'est dans le cadre de l'exécution forcée que l'on peut évaluer l'efficacité d'un mécanisme juridique[1980]. Le patrimoine fiduciaire doit être reconnu comme un patrimoine qui est non seulement séparé du patrimoine personnel du fiduciaire, mais encore affecté aux buts de la fiducie. Il forme une masse distincte dans l'exécution forcée

---

1977 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 317.

1978 Cf. *supra*, p. 416.

1979 Sur la notion de récompense en matière de régimes matrimoniaux, cf. DESCHENAUX/STEINAUER (1987), pp. 358ss.

1980 GIOVANOLI (1991), no 11.

contre le fiduciaire (saisie, faillite, concordat par abandon d'actif, séquestre), qui ne répond que des dettes contractées par le fiduciaire envers les tiers à l'occasion de l'exécution du contrat de fiducie ou des créances du fiduciaire contre le fiduciant liées à la gestion et à l'administration fiduciaires. Simple dans son principe, le concept de patrimoine séparé et affecté soulève en pratique des questions fort complexes qui ne pourront ici être traitées dans le détail.

Un tel patrimoine est largement concrétisé en matière d'opérations fiduciaires des banques (cf. art. 16 et 37b LB) ou de fonds de placement (cf. art. 16 LFP), mais ne l'est que très imparfaitement pour la fiducie commune. Le régime juridique de cette dernière demeure incertain. Nous nous sommes fait l'écho d'une controverse doctrinale, aujourd'hui largement apaisée, relative à la distinction entre fiducie et représentation indirecte[1981]. Nous avons vu qu'une large partie de la doctrine s'est efforcée d'opposer selon plusieurs critères (but, durée, origine des droits transférés, nombre de parties en présence, titularité des droits transférés ou acquis, nature des rapports de confiance, etc.) ces deux notions juridiques, pour finalement conclure que l'art. 401 CO ne s'applique pas aux rapports fiduciaires[1982]. D'autres, tel GAUTSCHI, estiment, au contraire, que représentation indirecte et fiducie sont synonymes[1983]. La question paraît cependant mal posée en ces termes. Car il est peu adéquat de comparer un contrat (la fiducie) avec un mode de formation des contrats (la représentation indirecte) qui se greffe nécessairement sur un rapport contractuel.

La représentation indirecte est une institution juridique qui est issue des catégorisations opérées par la science juridique allemande au XIX^e^ siècle dans le souci de clarifier le concept de la représentation. Elle a souvent été étudiée en relation avec la question des rapports fiduciaires au sens large[1984]. En droit suisse, la notion n'est pas définie en tant que telle dans la loi, mais la doctrine et la jurisprudence l'ont dégagée de différentes normes du CO (art. 32 al. 2 et 3, 401, 425 CO)[1985]. Elle exprime la situation dans laquelle «une personne agit en son propre nom, mais pour le compte d'une autre personne»[1986]. Certes, d'un point de vue dogmatique ou historique, il

---

1981 Cf. *supra*, pp. 36s.
1982 Cf. TSCHUMY (1987), pp. 156ss.
1983 Cf. GAUTSCHI (1958), pp. 245ss.
1984 Cf. BEILSTEIN (1977), pp. 82s et DROIN (1956), pp. 21ss.
1985 Cf. DROIN (1956), pp. 145ss.
1986 Cf., par exemple, GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), no 1061.

est sans doute possible de distinguer les situations visées par la fiducie et la représentation indirecte. Ainsi, par exemple, le cas classique de la fiducie, soit le transfert du fiduciant au fiduciaire d'un bien afin que celui-ci le conserve et le gère en qualité de propriétaire, peut facilement être opposé, quant à l'activité déployée et à la provenance du bien, à celui du commissionnaire, représentant indirect par excellence, qui se charge d'opérer en son propre nom l'achat d'une chose mobilière (cf. art. 425 CO)[1987]. Par ailleurs, il est théoriquement envisageable d'affirmer que le fiduciaire se voit conférer une titularité complète (comprenant droit et pouvoir), alors qu'un mandataire ordinaire muni des pouvoirs de représentation indirecte ne serait investi que du pouvoir, de l'autorisation d'agir pour le compte de son mandant[1988].

Mais ces oppositions, qui ont peu d'effets pratiques, n'ont plus cours aujourd'hui. Le champ d'application de la fiducie s'est constamment élargi et vise également des cas dans lesquels il n'y a pas d'attribution directe du fiduciant au fiduciaire. En outre, le représentant indirect agit par définition en son nom, et acquiert en tant que tel un plein droit sur l'objet acquis, que le mandant lui en donne le «droit» ou simplement le «pouvoir». C'est pourquoi on peut retenir, avec le Tribunal fédéral, que la distinction entre représentation indirecte et convention de fiducie est «malaisée»[1989]. En réalité, sur la plupart des contrats de fiducie se greffe naturellement un rapport de représentation indirect. Il ne nous semble guère contestable que le fiduciaire agit «en son propre nom, mais pour le compte d'autrui». Il agit en effet pour le compte du fiduciant, et non pour lui-même[1990]. Il est donc bien, dans la règle, le représentant indirect du fiduciant. A titre exceptionnel, comme par exemple lorsqu'il se limite à conserver chez lui en sûreté le bien fiduciaire (simple acte matériel), sans acte de représentation, il ne l'est pas. On peut inversement concevoir certains cas dans lesquels le représentant indirect n'est pas un fiduciaire. Ainsi en va-t-il dans l'hypothèse où il était indifférent au tiers de traiter avec le représentant ou le représenté, ce qui a pour conséquence de produire un effet de représentation directe en faveur du mandant, le représentant indirect ne devenant du même coup pas propriétaire, contrairement au fiduciaire, des biens acquis (cf. art. 32 al. 2 CO)[1991]. On citera aussi dans ce contexte l'*Ermächtigungstreuhand* allemande, dans

---

1987 Cf. DROIN (1956), pp. 148s.

1988 Cf., par exemple, THÉVENOZ (1995), p. 326; SCHÖNLE (1959), pp. 96ss et WÄLLI (1969), p. 37.

1989 Cf. ATF 100 II 200, 212, *Banque commerciale arabe S.A.*

1990 Dans ce sens, pour la *Treuhand* allemande, cf. CANARIS (1978), pp. 406 et 423s.

1991 Cf. WATTER (1995), note 45, p. 193.

laquelle le représenté, contrairement au fiduciant, conserve une faculté juridique d'agir concurremment avec son représentant[1992].

Cela étant, si le fiduciaire est bien un représentant indirect, il n'est pas, selon notre conception, un mandataire, au sens des art. 394ss CO. On est donc autorisé, comme nous l'avons proposé, à ne pas appliquer à la fiducie l'ensemble des dispositions légales régissant le contrat de mandat. Il va par contre de soi que l'art. 401 CO, qui concerne les rapports de représentation indirecte, s'applique au contrat de fiducie. En effet, comme l'ont relevé tant la doctrine majoritaire[1993] que le Tribunal fédéral (arrêt *Vallugano*)[1994], rien ne s'oppose, ni dans la genèse ni dans le texte de cette disposition légale, à une telle application.

Nous sommes même d'avis qu'il est possible d'interpréter l'art. 401 CO de manière extensive, le cas échéant *contra verba legis*, de telle manière qu'il s'applique également aux biens et valeurs remis directement par le fiduciant au fiduciaire. Avec pertinence, la doctrine plaide de façon croissante pour un tel résultat[1995]. BEILSTEIN et GAUTSCHI ont démontré qu'il correspond à une interprétation fondée tant sur la systématique du Code des obligations que sur l'histoire, l'analyse grammaticale et la *ratio legis* de l'art. 401 CO[1996]. La prise en compte de la genèse de cette disposition légale permet de conclure à l'existence d'une véritable lacune que le juge est en droit de combler par une application analogique extensive de l'art. 401 CO[1997]. Que les biens ou droits aient été acquis par le fiduciaire de tiers ou du fiduciant, il s'agit dans les deux cas de biens ou droits acquis dans le cadre et dans le but définis dans le contrat de fiducie, dont le fiduciaire est investi et qu'il gère, en son propre nom mais pour le compte du fiduciant[1998]. HONSELL suggère quant à lui une interprétation *a fortiori* de l'art. 401 CO: si les biens acquis en remploi d'un bien fiduciaire qui n'ont jamais appartenu au fiduciant sont protégés, alors les biens remis directement de-

---

1992 Cf. *supra*, p. 51. Voir aussi von TUHR (1918), p. 199, note 73.

1993 Cf., par exemple, MERZ (1975), pp. 459ss.

1994 Cf. ATF 99 II 393, *JdT* 1974 I 588, 592s.

1995 Cf., par exemple, AMONN/GASSER (1997), p. 186; GIOVANOLI (1994), p. 199; HELG (1982), pp. 269ss; JÄGGI/GAUCH (1980), p. 55; MOOSMANN (1999), p. 303; WATTER (1995), no 108 et WIEGAND (1998b), p. 103.

1996 Cf. BEILSTEIN (1977), pp. 47ss et 93s et GAUTSCHI (1976), pp. 319ss. Voir aussi Georg GAUTSCHI, «Intervention aux débats de la Société suisse des juristes le 5 septembre 1954», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1954 II, pp. 528a ss.

1997 Cf. RÜEDE-BUGNION (1978), pp. 113ss.

1998 Cf. GAUTSCHI (1976), p. 318.

vraient l'être à plus forte raison[1999]. HOFSTETTER a pour sa part relevé qu'il ne dépend souvent «que du hasard que les valeurs transférées par le mandant se trouvent encore entre les mains du mandataire ou qu'elles aient déjà été remplacées par des créances ou des biens provenant de tiers»[2000]. Cet auteur invoque en sus le droit allemand dans lequel le droit de distraction n'est en principe admis que pour les biens émanant du fiduciant[2001]. WATTER souligne, en outre, que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui parfaite a droit à l'application de l'art. 401 CO même lorsqu'il s'agit d'un bien directement remis par le fiduciant au fiduciaire, car, du point de vue de la relation juridique entre le bénéficiaire et le fiduciaire, le bien a été acquis par ce dernier d'un tiers, c'est-à-dire le fiduciant[2002]! Enfin, à défaut d'une interprétation élargie de l'art. 401 CO, WOLTER note à juste titre qu'en cas de ratification par la Suisse de la CLH les biens d'un trust constitué selon un droit étranger seraient mieux protégés dans la faillite d'un *trustee* en Suisse que les biens fiduciaires dans la faillite d'un fiduciaire qui n'est pas une banque[2003].

Par ailleurs, dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a à nouveau démontré que l'art. 1 CC donne au juge la compétence d'effectuer une interprétation actualisée d'une disposition légale, en l'occurrence précisément l'art. 401 CO. La question à résoudre était de savoir si la cession légale de l'art. 401 al. 1 CO englobe, outre les droits patrimoniaux (*Vermögensrechte*), également les droits sociaux (*Mitgliedschaftsrechte*) attachés à une action. Après avoir constaté que le texte de la loi est équivoque et que les travaux préparatoires favorisent une interprétation restrictive, le Tribunal fédéral a cependant rappelé que la loi s'interprète, certes, selon son texte, mais aussi selon son sens et son but («nach Wortlaut, Sinn und Zweck»). Dès lors qu'il existe actuellement un souci général, notamment en matière de droit commercial, de faire correspondre les régimes juridiques patrimonial et social d'une action, le Tribunal fédéral a estimé qu'il fallait suivre la solution préconisée par la doctrine majoritaire selon laquelle la cession de l'art. 401 al. 1 CO comprend aussi les droits sociaux[2004].

1999 HONSELL (1993), p. 74. Dans le même sens, cf. Marc RUSSENBERGER, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, III, Bâle, Genève et Munich, 1998, *ad* art. 242, pp. 2231s.

2000 HOFSTETTER (1994), p. 126.

2001 Sur cette question, cf. *supra*, pp. 59ss.

2002 WATTER (1995), p. 223.

2003 WOLTER (1999), p. 225. Voir aussi REYMOND (2000), p. 688. Nous reviendrons sur la CLH au chapitre suivant (cf. *infra*, p. 485ss.).

2004 Cf. ATF 124 III 350.

Les modifications récentes de la LB et de la LP ont encore amené de nouveaux arguments. N'oublions pas que la fiducie est un contrat dont le régime juridique a été façonné par la jurisprudence en l'absence de toute disposition légale spécifique. Maintenant qu'il existe des normes (art. 16 et 37b LB) qui en confirment d'autres sur le plan de la protection du patrimoine fiduciaire (cf. art. 16 LFP), il est loisible au juge de s'en inspirer[2005]. Comme l'affirme REYMOND, «ce que la jurisprudence a fait, elle peut le défaire et d'autant plus facilement peut-être que le législateur est intervenu...»[2006]. En matière de saisie, il est également possible de s'appuyer sur la nouvelle formulation de l'art. 106 LP relatif à la procédure d'opposition. Alors que, selon l'ancienne teneur, le tiers devait «revendiquer» un droit de propriété ou de gage, il peut désormais également alléguer tout «autre droit qui s'oppose à la saisie». Adaptée pour tenir compte de la jurisprudence[2007], cette disposition ouvre aussi des perspectives nouvelles aux juges, lesquels sont légitimés à admettre que le fiduciant est titulaire d'un «droit qui s'oppose à la saisie»[2008].

En pratique, lorsque des mesures d'exécution forcée sont exécutées contre le fiduciaire, le patrimoine fiduciaire ne doit être concerné que si la créance du tiers résulte de la fiducie. Dans le cas contraire, l'ensemble des biens composant ce patrimoine peut être soustrait aux créanciers du fiduciaire. Ces résultats sont au demeurant conformes aux caractéristiques théoriques de la fiducie. En effet, nous avons dit que le fiduciaire a la «propriété-exercice», alors qu'au fiduciant revient la «propriété-valeur» sur le bien fiduciaire[2009]. Or, quand la mesure d'exécution forcée est prise, le débiteur, en l'occurrence le fiduciaire, est dépourvu de l'exercice de son droit, ou, en

---

2005 Dans ce sens, AMONN/GASSER (1997), p. 320; KÜPFER (1997), pp. 85s; WATTER (1995), no 109 et THÉVENOZ: «il n'y a pas de différence de nature entre la fiducie comme institution générale innommée de notre ordre juridique et les opérations fiduciaires qui font l'objet de ces législations spéciales. Il convient donc de consacrer dans le régime commun ce qui est déjà reconnu dans ces régimes particuliers, et de reconnaître de manière générale que la fiducie constitue un patrimoine séparé et affecté dont le fiduciaire est le titulaire sans en être l'ayant droit économique» (cf. THÉVENOZ (1995), p. 316).

2006 REYMOND (2000), p. 685.

2007 Cf. Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, in *Feuille fédérale* 1991 III, p. 100. La jurisprudence avait étendu l'application des art. 106ss LP à tout droit, quelle que soit sa nature, qui exclut la saisie ou qui doit être pris en considération au moment de la réalisation des biens ou de la distribution des deniers (cf. ATF 80 III 69; 99 III 9 et 116 III 25. Voir GILLIÉRON (1993), p. 207).

2008 Dans le même sens, cf. KÜPFER (1997), p. 81.

2009 Cf. *supra*, pp. 394ss.

d'autres termes, privé de sa «propriété-exercice». Ainsi, la loi lui interdit de disposer des biens saisis sans la permission du préposé (cf. art. 96 al. 1 LP). S'ils lèsent les droits que la saisie a conférés aux créanciers, les actes de disposition qu'il accomplit sont nuls, sous réserve des effets de la possession acquise par des tiers de bonne foi (cf. art. 96 al. 2 LP qui réserve les art. 714 et 933 à 936 CC). Par ailleurs, un certain nombre de mesures de sûreté sont prises (cf. art. 98ss LP), comme, par exemple, lorsque l'office prend sous sa garde certaines catégories de biens meubles (espèces, billets de banques, titres au porteur...) sur lesquels aurait porté la saisie (art. 98 al. 1 LP). En matière de faillite, l'ensemble des biens saisissables du débiteur, qui forment une seule masse, est affecté au paiement des créanciers. Le débiteur-failli est complètement dessaisi: il perd le pouvoir d'exercer ses droits patrimoniaux et d'en disposer[2010]. Tous les actes par lesquels il aurait disposé, depuis l'ouverture de la faillite, de biens appartenant à la masse, sont nuls à l'égard des créanciers (cf. art. 204 LP). La communauté des créanciers exerce une mainmise sur son patrimoine. Elle exerce tous ses droits et assume toutes ses obligations[2011]. Privé de l'exercice de son droit de propriété, le fiduciaire (et ses créanciers) doit se laisser opposer l'appartenance patrimoniale du fiduciant. La «propriété-richesse» du fiduciant reprend en quelque sorte ses droits au moment où la «propriété-exercice» du fiduciaire est anéantie. C'est alors le titulaire de la valeur du bien qui est protégé. En revanche, pour les motifs indiqués ci-dessus (respect du principe de tradition)[2012], il n'apparaît pas possible de conférer à la faillite du fiduciaire la valeur d'une condition résolutoire du contrat de fiducie ayant pour effet d'éteindre les rapports fiduciaires et de retransférer automatiquement la propriété du bien fiduciaire au fiduciant[2013].

Les créanciers du fiduciant peuvent quant à eux, quelle que soit l'origine de leur créance, se désintéresser au moyen de la réalisation du bien fiduciaire. Certes, ils n'ont pas la possibilité d'agir directement contre le fiduciaire tant que celui-ci demeure titulaire formel du bien. Ils peuvent en revanche faire saisir auprès du fiduciant la créance en restitution du bien fiduciaire (cf. art. 95 al. 1 LP). Si le fiduciant tombe en faillite, le contrat de

---

2010 Cf. GILLIÉRON (1993), p. 290.

2011 Cf. GILLIÉRON (1993), pp. 277s.

2012 Cf. *supra*, p. 428.

2013 D'un avis contraire, cf. WATTER (1995), pp. 225s et EITEL (1998), p. 267, lequel considère qu'en cas de mesures d'exécution forcée visant le bien fiduciaire une telle condition résolutoire n'a pas besoin d'être stipulée par les parties, dès lors qu'elle serait inhérente au contrat de fiducie.

fiducie prend en principe fin automatiquement (cf. art. 405 CO) et la créance en restitution du fiduciant, qui est exigible (cf. aussi art. 208 al. LP), peut être poursuivie par la masse. Par ailleurs, rien ne s'oppose à ce que celle-ci révoque le contrat quand il n'a pas pris fin lors de la faillite du fiduciant en raison de la «nature de l'affaire» ou d'une convention (art. 405 CO *in fine*)[2014]. Il faut en effet considérer qu'il y a là un juste motif de révocation.

d) Régimes matrimonial et successoral

Si le patrimoine fiduciaire est protégé contre l'ensemble des créanciers du fiduciaire, à l'occasion des mesures d'exécution forcée prises contre lui, *a fortiori* devrait-il l'être lorsqu'il s'agit de catégories de créanciers déterminés, en l'espèce son conjoint ou ses descendants. Nous traiterons l'exemple du fiduciaire marié sous le régime ordinaire de la participation aux acquêts (cf. art. 196ss CC) et qui décède *ab intestat.*

La mort d'un époux entraîne la dissolution du mariage et du régime matrimonial, qui intervient au moment du décès (art. 204 al. 1 CC). La succession comprend les droits qui résultent pour l'époux décédé de la liquidation du régime matrimonial. Il faut donc tout d'abord procéder à la liquidation de ce régime[2015]. Une telle opération comprend plusieurs phases: la détermination des patrimoines de chaque époux, la séparation dans le patrimoine de chaque époux des biens propres et acquêts, l'établissement du compte d'acquêts, la répartition des bénéfices et le règlement des créances entre époux[2016]. Dans notre schéma, le bien fiduciaire ne fait pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire. Il ne devrait en conséquence pas être concerné par la liquidation du régime. Mais, d'un autre côté, le fiduciaire en est bien, formellement, le propriétaire. A notre avis, cette apparente contradiction ne porte toutefois pas à conséquence, dans la mesure où l'application des normes du CC sur le régime matrimonial (cf. les art. 181ss CC) permet de protéger efficacement le patrimoine fiduciaire. En effet, il faut à notre sens classer le bien fiduciaire parmi les biens propres légaux selon l'art. 198 ch. 2 *in fine* CC, lequel vise toute acquisition à titre gratuit[2017]. Car c'est bien à titre gratuit que le fiduciaire reçoit la propriété du bien fiduciaire, puisqu'il ne transfère aucune contrepartie au fiduciant. En tant

2014 Cf. WATTER (1995), p. 217.
2015 Cf. DESCHENAUX/STEINAUER (1987), p. 329.
2016 Cf. DESCHENAUX/STEINAUER (1987), pp. 333ss.
2017 Cf. DESCHENAUX/STEINAUER (1987), pp. 239ss.

que bien propre, le bien fiduciaire ne doit donc pas être pris en compte pour le calcul du bénéfice ou du déficit. Voudrait-on, au demeurant, le considérer comme un acquêt au sens de l'art. 197 al. 2 ch. 1 CC (produit du travail), que l'actif qu'il représente serait compensé par une dette de valeur égale grevant la masse d'acquêts (cf. art. 209 al. 2 CC), constituée par le devoir de restitution. D'un point de vue comptable, le bien fiduciaire représente dès lors une valeur nulle qui ne donne lieu ni à bénéfice ni à déficit et qui n'a donc pas à être répartie avec le conjoint survivant. Ainsi, dans tous les cas, la liquidation du régime matrimonial est sans incidence sur le patrimoine fiduciaire.

Les héritiers du fiduciaire acquièrent de plein droit, au décès de celui-ci, l'universalité de la succession (cf. art. 537 al. 1 et 560 al. 1 CC). Ils succèdent au défunt autant dans l'actif que dans le passif. Ils deviennent donc titulaires du patrimoine du *de cujus*, se substituent à lui à la tête de ce patrimoine. Il paraît dès lors logique que, si le patrimoine fiduciaire constitue une masse séparée du patrimoine personnel du *de cujus*, il conserve cette qualité auprès des héritiers. Mais ici encore, la loi ne prévoit rien de tel. Selon le Tribunal fédéral, les biens fiduciaires font partie de la succession du fiduciaire[2018]. En théorie au moins, le régime légal n'est toutefois pas forcément désavantageux pour le fiduciant. En effet, les héritiers sont personnellement et solidairement tenus des dettes du *de cujus* (cf. les art. 560 al. 2 et 603 al. 1 CC). Le contrat de fiducie prenant en principe fin au décès du fiduciaire, les héritiers ont l'obligation de restituer les biens au fiduciant[2019]. Il existe cependant le risque qu'ils dilapident le patrimoine fiduciaire ou qu'ils tombent personnellement en faillite, rendant aléatoire le respect de leurs obligations envers le fiduciant. C'est ainsi que, dans une jurisprudence déjà ancienne, le Tribunal fédéral s'est demandé si le régime juridique applicable lors du décès du fiduciaire, qui peut rendre illusoire le but visé par le transfert fiduciaire, répondait encore aux «gesteigerten Bedürfnissen des wirtschaftlichen Verkehrs»[2020]. Quelques palliatifs sont envisageables.

Tout d'abord, et pour autant qu'il rende vraisemblable le risque que sa créance ne soit pas payée, le fiduciant peut requérir la liquidation officielle de la succession dans les trois mois à partir du décès si, à sa demande, il n'est pas désintéressé ou n'obtient pas des sûretés (art. 594 al. 1 CC). La

2018 ATF 78 II 445, *JdT* 1953 I 523, 529.
2019 Cf. NICKEL-SCHWEITZER (1977), p. 83.
2020 ATF 78 II 445, 451, *JdT* 1953 I 523, 529.

liquidation officielle a principalement pour objet d'exécuter les obligations du *de cujus* (cf. art. 596 al. 1 CC)[2021]. Par ailleurs, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, le fiduciant est en droit de prendre, pendant la durée de la fiducie ou dès le début, des arrangements destinés à en assurer la durée en cas de mort du fiduciaire, tels la nomination de plusieurs fiduciaires (propriété commune, art. 652ss CC) ou d'un fiduciaire suppléant[2022]. On peut par exemple considérer que les cofiduciaires forment une société simple (cf. art. 530ss CO) dont il a été tacitement convenu qu'elle se prolongerait exclusivement entre les survivants après la mort de l'un des associés[2023]. Ce faisant, les biens fiduciaires, qui forment une masse séparée, ne subiront pas le même sort juridique dans la masse successorale que les autres biens du fiduciaire décédé. On songera également aux possibilités offertes par l'art. 405 CO. Le fiduciant et le fiduciaire ont notamment la faculté de prévoir dans le contrat de fiducie que celui-ci se poursuivra avec les héritiers du fiduciaire (cf. art. 405 al. 1 CO). Mais les circonstances peuvent aussi imposer la continuation de la gestion par les héritiers jusqu'à ce que le mandant, ses héritiers ou son représentant soient en mesure d'y pourvoir eux-mêmes (cf. art. 405 al. 2 CO). Ces deux dernières solutions impliquent par des procédés différents (prolongation du contrat de fiducie ou prolongation temporaire de la gestion par le biais d'une gestion d'affaires), la continuation des rapports de fiducie, avec toutes les obligations à charge du fiduciaire qui en dépendent, et la possibilité, pour le fiduciant, de bénéficier de l'art. 401 CO.

e) Compensation d'un tiers contre le fiduciaire

Reste la question importante du droit de compensation (art. 120ss CO) que peut faire valoir contre le fiduciaire le tiers auprès duquel le fiduciaire a placé ou déposé les avoirs du fiduciant. Personne ne trouvera rien à redire lorsque la créance compensante se rapporte directement à l'acquisition, à la gestion ou à la garde de ces biens. Un problème épineux se pose, en revanche, quand cette créance n'a pas de rapport direct avec le placement fiduciaire et qu'elle est opposée par le tiers à la créance (du fiduciaire) en restitution des avoirs fiduciaires. La situation devient particulièrement délicate en cas de faillite du fiduciaire. Car le tiers peut alors paralyser le droit de

[2021] Sur les conditions et les conséquences de la liquidation officielle, cf. PIOTET (1975), pp. 733ss.

[2022] ATF 78 II 445, 451s, *JdT* 1953 I 523, 529s. Voir aussi NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 84ss et WÄLLI (1969), pp. 88ss.

[2023] Cf. KÜPFER (1997), pp. 15s et THÉVENOZ (1995), p. 276.

distraction du fiduciant de l'art. 401 CO. Il résulte en effet de l'art. 169 CO, dont on admet qu'il s'applique aussi aux cessions légales (en l'occurrence, l'art. 401 CO)[2024], que le débiteur cédé (le tiers) peut opposer au cessionnaire (le fiduciant) les mêmes exceptions (ici, la compensation) qu'il était en droit d'opposer au cédant (le fiduciaire) jusqu'au jour où il a eu connaissance de la cession. Le fiduciant supporte alors le risque de perdre tout ou partie de ses avoirs.

Les tribunaux ont cherché à protéger le patrimoine fiduciaire dans ce genre de situations. Ainsi, par exemple, la Cour fédérale allemande, dans un arrêt rendu en 1973, a estimé que, dans le cas d'un compte fiduciaire expressément ouvert à titre fiduciaire (*offenes Treuhandkonto*), la banque dépositaire ne pouvait compenser une créance personnelle (ne relevant pas de la gestion fiduciaire) qu'elle possédait envers le fiduciaire avec tout ou partie de sa propre dette envers le fiduciaire, correspondant à l'avoir figurant sur le compte fiduciaire[2025]. Nous avons vu qu'en Suisse tant la Cour de Justice de Genève que le Tribunal fédéral ont jugé que le tiers-dépositaire n'était admis à exercer un droit de compensation que lorsqu'il ignorait et pouvait ignorer (art. 3 al. 2 CC) la nature fiduciaire du placement[2026]. Cette jurisprudence a été critiquée en doctrine dans la mesure où le droit conféré par l'art. 169 al. 1 CO au débiteur ne dépend pas de la bonne foi de ce dernier[2027].

Nous sommes d'avis que le droit de compensation du tiers-dépositaire n'est pas fondé dans tous les cas. La matière est toutefois complexe du fait que le tiers est dans la règle une entité constituée à l'étranger. Or, le rapport de droit entre la banque fiduciaire et le correspondant bancaire auprès duquel les fonds sont placés à l'étranger peut être soumis à un droit étranger[2028]. Nous raisonnerons ici – d'une manière il est vrai un peu théorique –

2024 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 332.

2025 Arrêt du 25 juin 1973, publié in BGHZ 61 (1974) 72, 77: «Ist der Bank bekannt, dass die auf dem Konto eingehenden Beträge dem Kontoinhaber nur als Treuhänder zustehen, und ist ihr auch ersichtlich gemacht worden, dass dieser den Willen hat, die Beträge auf dem Konto nur treuhänderisch für den Treugeber anzulegen, so erwirbt die Bank, die ein solches Konto antragsgemäss eröffnet, weder ein Pfandrecht am Guthaben noch ein Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Guthabenforderung für Ansprüche gegen den Kontoinhaber». Sur la question générale du droit de compensation du tiers au moyen d'une créance personnelle envers le fiduciaire, cf. CANARIS (1988), no 284; KOLLHOSSER (1989), pp. 739ss et WOLTER (1999), p. 12.

2026 Cf. *supra*, pp. 35s.

2027 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 332.

2028 Cf. GIOVANOLI (1994), p. 205.

sur la base du droit suisse. Le contrat conclu entre le fiduciaire et le tiers est en principe un contrat de dépôt (art. 472ss CO). Comme nous l'avons vu, l'art. 125 ch. 1 CO prévoit qu'une créance ayant pour objet soit la restitution, soit la contre-valeur d'une chose déposée ne peut être éteinte par compensation contre la volonté du créancier. Selon le droit interne suisse, le tiers ne peut dès lors compenser sa dette en restitution du bien fiduciaire déposé auprès de lui par une créance contre le fiduciaire, que celle-ci soit ou non étrangère à ce dépôt.

L'application d'autres règles est aussi envisageable. Rappelons que le patrimoine fiduciaire représente une masse séparée dans le patrimoine personnel du fiduciaire. Celui-ci n'est pas riche de ce patrimoine, puisque sa valeur n'est que déposée auprès de lui. Lorsque le tiers connaît ou aurait dû connaître l'existence du rapport fiduciaire, il n'est pas équitable de lui permettre de compenser une dette relative au patrimoine fiduciaire au moyen d'une créance qui concerne le patrimoine personnel du fiduciaire[2029]. A notre avis, une telle solution trouve un appui légal à l'art. 126 CO, interprété à la lumière des art. 2 et 3 CC. Selon l'art. 126 CO, le débiteur peut renoncer d'avance à la compensation. Si le Tribunal fédéral a précisé qu'il ne fallait pas admettre trop facilement la renonciation du débiteur à la compensation, il a également indiqué que la renonciation était réalisée par deux déclarations concordantes de volonté qui pouvaient aussi être tacites et qui devaient être interprétées comme la partie adverse pouvait les comprendre, d'après les règles de la bonne foi, et les avait effectivement comprises[2030].

Nous pensons qu'il faut admettre le principe d'une telle renonciation tacite pour des créances qui ne concernent pas le patrimoine fiduciaire, lorsque le tiers sait ou devrait savoir que son cocontractant agit à titre fiduciaire. Le fiduciaire est en effet en droit de s'attendre, selon les règles de la bonne foi, à ce que le tiers ne fasse pas valoir une compensation dans une hypothèse de ce genre. En ce qui concerne l'appréciation de la bonne foi du tiers, il faudra être particulièrement exigeant dans les situations qui mettent en relation des agents professionnels habitués au concept de la fiducie. La constitution d'un nombre important de dépôts de petits montants a été citée comme un cas de figure obligeant (cf. art. 3 al. 2 CC) la banque dépositaire à tirer la conclusion que sa correspondante agit à titre fiduciaire[2031]. On peut même

[2029] Cf. WATTER (1995), p. 229.

[2030] Cf. ATF 83 II 395, *JdT* 1958 I 239. Voir aussi Wolfgang PETER, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, ad* art. 126 OR, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 718.

[2031] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 330.

envisager dans des hypothèses de ce genre de renverser la présomption de l'art. 3 al. 1 CC. Seul serait en droit de compenser le tiers qui démontre avoir ignoré sans sa faute le caractère fiduciaire de l'opération[2032]. Relevons que le Tribunal fédéral a également décidé que l'on pouvait reconnaître des effets analogues à ceux d'une renonciation lorsque l'exception de compensation est exclue, en raison des circonstances concrètes du cas, par les règles de la bonne foi (cf. art. 2 al. 1 et 2 CC)[2033]. C'est dans ce sens que l'on peut interpréter la décision non publiée du Tribunal fédéral dans laquelle celui-ci a jugé que la compensation devait être admise en principe si le tiers était de bonne foi, mais refusée dans le cas contraire[2034].

Notons encore que, selon GIOVANOLI, le législateur paraît avoir prohibé dans les relations interbancaires toute compensation lorsque la banque fiduciaire est en faillite. A teneur de la loi, les valeurs déposées sont présumées être celles des clients de la banque et elles sont distraites de la masse en faillite du fiduciaire (cf. art. 37b al. 2 LB). GIOVANOLI estime dès lors que la banque correspondante ne serait pas en droit de compenser, qu'elle soit de bonne ou mauvaise foi, à moins qu'elle prouve que les valeurs déposées sont des avoirs propres de la banque fiduciaire[2035]. En outre, pour certains auteurs, la banque correspondante ne disposerait d'un droit de rétention que pour les créances nées de la conservation ou de la gestion des biens fiduciaires (cf. art. 37b al. 3)[2036]. De telles règles pourraient également servir de norme d'interprétation pour la fiducie commune.

En sus des règles énoncées ci-dessus, qui ne demandent qu'à être concrétisées et précisées par la jurisprudence, il faut estimer que ne respecte pas son obligation de diligence vis-à-vis du fiduciant (cf. art. 398 al. 2 CO) le fiduciaire qui n'exige pas de son cocontractant une renonciation expresse à la compensation. Dans ce sens, nous avons vu que l'Association suisse des banquiers prescrit à ses membres de prendre les mesures visant à éviter le risque de compensation[2037]. Une telle obligation n'aurait pas qu'un effet

---

2032 En matière de placements fiduciaires, cf. Viviane MARTIN, «Intervention aux débats de la journée d'étude CEDIDAC du 16 mars 1994», in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, pp. 235s.

2033 Cf. ATF 72 II 25, *JdT* 1946 I 374.

2034 Arrêt du 8 juillet 1980, résumé in *La société anonyme suisse* 1981, pp. 67ss.

2035 Voir GIOVANOLI (1994), p. 221, lequel est quelque peu perplexe quant à la volonté du législateur.

2036 Sur cette question, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ (1997), *ad* art. 37b, no 19.

2037 Cf. les Recommandations relatives aux opérations fiduciaires du 22 juin 1993, chiffre III.1.b, in *BF 2000* / 45-8.

symbolique puisque, dans le cas où le fiduciaire est une société anonyme (art. 620ss CO), sa violation serait susceptible de fonder une action en responsabilité contre les administrateurs (cf. 754 CO), lesquels, par hypothèse, pourraient être plus solvables que la société qu'ils administrent.

Reste la question du droit de rétention (art. 895ss CC). Pour que le créancier soit légitimé à exercer ce droit, la loi exige qu'il existe «un rapport naturel de connexité» entre sa créance et l'objet retenu (cf. art. 895 al. 1 CC). Selon la jurisprudence, il faut que l'acte fondant la créance et celui fondant l'acquisition de la possession «soient liés par le même but ou qu'il y ait entre eux une corrélation naturelle»[2038]. Ce qui signifie en principe que le tiers ne devrait pas pouvoir retenir le bien fiduciaire au motif d'une créance contre le fiduciaire étrangère au dépôt. Cependant, le législateur a assoupli le lien de connexité nécessaire quand les cocontractants sont des commerçants[2039]. En effet, dans un tel cas, la connexité existe «dès que la créance et la possession de la chose résultent de leurs relations d'affaires» (cf. art. 895 al. 2 CC). Lorsque le fiduciaire et le tiers sont des commerçants au sens de cette disposition, n'importe quelle relation d'affaire devrait ainsi suffire à créer le rapport de connexité[2040].

Il existe cependant d'autres possibilités de restreindre le droit de rétention. Tout d'abord, le créancier peut y renoncer d'avance[2041]. Ensuite, ce droit ne naît point lorsqu'il est incompatible avec des instructions données par le débiteur (cf. art. 896 al. 2 CC), par exemple, selon lesquelles le créancier doit tenir la chose en tout temps à disposition ou la restituer en toute hypothèse au débiteur ou à un tiers[2042]. Le fiduciaire peut donc se prémunir contre l'exercice du droit de rétention par le tiers-dépositaire en lui donnant des instructions dans ce sens. Ces deux limites n'empêchent toutefois pas le créancier d'exercer son droit si le débiteur est devenu insolvable postérieurement à la remise de la chose, ou si le créancier n'a eu connaissance de cette insolvabilité qu'après cette remise (cf. art. 897 al. 2 CC). Enfin, il faut aussi appliquer dans ce domaine les règles de la bonne foi. Le Tribunal fédéral a lui-même indiqué que ces règles «dominent l'institution du droit

---

2038 ATF 86 1960 II 355, 362, *JdT* 1961 I 302, 307. Cf. STEINAUER (1996), pp. 358ss.

2039 Soit des personnes tenues par la loi d'inscrire leurs raisons de commerce au Registre du commerce et qui, en outre, exploitent réellement une entreprise en la forme commerciale (cf. ATF 105 II 188, 193, *JdT* 1980 I 290, 295).

2040 Cf. ATF 86 II 355, 361, *JdT* 1961 I 302, 307.

2041 Cf. STEINAUER (1996), p. 361.

2042 Cf. STEINAUER (1996), p. 362.

de rétention»[2043]. On doit ainsi juger qu'il est contraire aux règles de la bonne foi (art. 2 CC) de retenir un bien (fiduciaire), que l'on sait ou que l'on devrait savoir appartenir d'un point de vue patrimonial à un tiers, soit le fiduciant, en vertu d'une créance personnelle contre le débiteur (le fiduciaire), parfaitement étrangère à la gestion fiduciaire[2044].

En conclusion, on constate qu'il est possible d'améliorer sensiblement *de lege lata* le régime juridique de la fiducie-gestion. Il existe en effet de nombreuses normes qui permettent, d'une part, de reconnaître aux biens gérés à titre fiduciaire la qualité d'un patrimoine séparé et affecté, et, d'autre part, de protéger ce patrimoine d'une manière plus ou moins étendue suivant les domaines.

3. La reconnaissance d'une masse séparée ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers

Nous venons de déterminer les règles permettant de protéger de manière relativement efficace le patrimoine fiduciaire. Cette protection pourrait toutefois légitimement être remise en cause si elle revenait à léser les intérêts des tiers, et plus particulièrement des créanciers personnels du fiduciaire ou des créanciers du fiduciant. Mais la reconnaissance d'un patrimoine séparé et affecté ne désavantage ni les uns ni les autres.

Le cas des créanciers du fiduciant pose sans doute moins de difficultés. Le transfert initial du bien fiduciaire au fiduciaire s'effectue, il est vrai, sans contre-prestation, mais est remplacé dans le patrimoine du fiduciant par une créance envers le fiduciaire en restitution de ce bien. Or, la valeur de cette créance, que les créanciers du fiduciant pourront faire réaliser, est renforcée par la certitude qu'elle sera distraite de la masse en faillite, dans l'hypothèse d'une faillite du fiduciaire[2045]. En revanche, l'institution d'un tiers-bénéficiaire peut, certes, appauvrir le patrimoine directement saisissable du fiduciant. Comme toute libéralité, elle est cependant susceptible d'être attaquée par le biais d'une action révocatoire (cf. art. 285ss LP, not. 286)[2046].

[2043] Cf. ATF 86 II 355, 363s, *JdT* 1961 I 302, 308. Voir aussi ATF 71 II 86, 88, *JdT* 1945 I 562, 564.
[2044] Cf. WATTER (1995), p. 230.
[2045] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 322.
[2046] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 322.

La position des créanciers personnels du fiduciaire soulève des questions plus difficiles. Ces créanciers pourraient théoriquement se plaindre d'être privés de la possibilité de se désintéresser sur un bien qui, d'une part, appartient pourtant formellement au fiduciaire, et dont, d'autre part, ils pouvaient de bonne foi penser qu'il faisait également économiquement partie du patrimoine de leur débiteur, celui-ci détenant généralement ce bien en sa possession. Ces objections doivent cependant être rejetées pour les raisons suivantes.

Certes, le fiduciant est traité comme un créancier privilégié par rapport aux autres créanciers du fiduciaire, lesquels possèdent contre celui-ci, tout comme le fiduciant, une créance en souffrance[2047]. Mais encore faut-il préciser que le fiduciant n'est pas un créancier comme un autre. Le créancier ordinaire effectue une prestation en faveur du débiteur ou subit un dommage de par sa faute. En faisant crédit de sa prestation, il prend le risque que la contre-prestation ne soit jamais exécutée. En revanche, le fiduciant n'a pas pour intention de participer à l'exploitation économique du fiduciaire. «Il ne fait pas crédit, mais confiance»[2048]. Quant à lui, le fiduciaire n'est ni un propriétaire ni un débiteur ordinaires. Le transfert initial du bien fiduciaire n'a pas pour effet d'accroître son patrimoine personnel. Il n'exerce en outre son droit de propriété qu'à titre temporaire, pour le compte du fiduciant. S'il n'est pas enrichi par le transfert fiduciaire, le fiduciaire n'en est pas non plus appauvri, puisque l'attribution a en principe lieu sans contre-prestation. Il est vrai qu'il se peut, en cas d'attribution indirecte (*mittelbarer Erwerb*) ou de transformation par convention d'un élément de patrimoine appartenant personnellement au fiduciaire en un bien fiduciaire (*Vereinbarungstreuhand*), que celui-ci avance au fiduciant la somme nécessaire à l'acquisition du bien fiduciaire, voire la valeur elle-même de ce bien. Mais dans ces cas, le fiduciant est débiteur des valeurs concernées (cf. art. 402 al. 1 CO). Or, l'application de l'art. 401 CO est exclue tant qu'il n'a pas satisfait à ses diverses obligations envers le fiduciaire (cf. art. 401 al. 1 CO *in fine*).

Il serait finalement inéquitable de permettre aux créanciers personnels du fiduciaire de se désintéresser par le recouvrement d'un actif qui ne fait pas partie du patrimoine personnel de leur débiteur et que celui-ci a acquis sans contre-valeur. La distraction du bien fiduciaire dans la faillite du fiduciaire permet en conséquence d'éviter que ces créanciers ne profitent d'un

[2047] Cf. von TUHR (1918), pp. 205s.
[2048] THÉVENOZ (1995), p. 319.

avantage indu[2049]. Quant au conjoint ou aux héritiers du fiduciaire, leur créance envers ce dernier ne résulte pas d'une contre-prestation (comme les autres créanciers contractuels), mais de considérations d'équité ou de politique législative tendant à une redistribution de richesses entre sujets proches[2050] et au respect de la volonté du *de cujus*[2051]. Ils ont ainsi encore moins de raisons de se sentir lésés, puisqu'ils ne subissent pas une perte patrimoniale effective, mais une privation forcée d'un gain immérité, car il aurait porté sur une portion de patrimoine dont le fiduciaire n'est pas le véritable titulaire.

Il est vrai que le régime strict du *numerus clausus* des droits réels ainsi que la présomption de la titularité juridique sur un bien résultant de sa possession sont notamment basés sur la volonté de garantir une publicité des droits réels, nécessaire à la sécurité juridique[2052]. Toutefois, alors que cette publicité repose en matière immobilière sur les registres publics, elle n'est plus garantie en matière mobilière par la possession[2053]. Les «modes de publicité par lesquels le législateur a voulu que se manifeste la titularité des meubles et des créances n'ont plus qu'une importance tout à fait accessoire pour la protection des créanciers»[2054]. En effet, il n'est aujourd'hui guère contestable que les présomptions de fait (par exemple, la possession) ou de droit (par exemple, l'apparence du droit de disposer d'une créance) ne permettent pas d'évaluer la solvabilité réelle d'un débiteur[2055]. De nombreuses institutions juridiques (par exemple, le constitut possessoire, la délégation de possession, la réserve de propriété, le contrat de dépôt ou le contrat de *leasing*), créées par le législateur ou développées par la pratique, mettent à mal ces présomptions. De même, la cession globale de créances, admise dans des limites très larges par la jurisprudence, n'est pas soumise aux impératifs de la publicité et prive les tiers de toute protection efficace[2056]. «Nous

---

2049 Sur cette question, cf. THÉVENOZ (1995), pp. 317ss.

2050 En matière de régime matrimonial, la participation réciproque aux acquêts résulte de l'idée que, dans une union harmonieuse, la contribution de l'un à la prospérité commune vaut la contribution de l'autre (cf. DESCHENAUX/STEINAUER (1987), p. 18).

2051 La possibilité de transmettre après sa mort tout ou partie de son patrimoine à ses proches ou à d'autres personnes est une manifestation de l'autonomie privée du sujet de droit face à l'Etat (cf. PIOTET (1975), p. 2).

2052 Cf. FOËX (1987), pp. 27ss; STEINAUER (1997), pp. 38ss et WIEGAND (1982), p. 588.

2053 Cf. HOFSTETTER (1994), p. 130; WALTER (1996), p. 45, et WIEGAND (1980), pp. 555s, (1982), p. 588 et (1998b), pp. 128s.

2054 THÉVENOZ (1995), p. 319.

2055 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 319.

2056 Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 306ss et WIEGAND (1980), pp. 560ss.

ne sommes ... plus au temps de Balzac quand la visite des magasins d'un négociant pouvait rassurer sur la valeur de ses stocks...»[2057]. L'examen de l'actif d'un débiteur est certainement un élément essentiel pour déterminer sa solvabilité. Mais il faut entendre par là son actif net, tel qu'il apparaît dans sa comptabilité dûment révisée, voire son actif brut, mais en tous les cas pas son actif apparent. D'autres critères ont cependant une importance décisive. Ainsi, pour juger de la valeur économique d'une entreprise, il faut examiner son chiffre d'affaires, l'existence de fonds propres, sa capacité d'autofinancement, sa maturité, son niveau de croissance comparé à ses ressources financières, ou la solvabilité de ses propres débiteurs[2058]. En toute hypothèse, les créanciers ont souvent intérêt à requérir des sûretés juridiques de leurs débiteurs.

Une fois relativisée l'importance des présomptions pour déterminer la solvabilité d'un cocontractant, il convient encore de définir le régime juridique applicable en matière de fiducie. Ce n'est pas parce qu'un principe a perdu de son influence qu'il faut nécessairement ne plus en tenir compte! Les tiers méritent aussi que leurs intérêts soient pris en compte. C'est dans ce cadre que l'on doit retenir l'obligation, déjà reconnue par le Tribunal fédéral[2059], de ségréger le patrimoine fiduciaire. Développé par la doctrine allemande sous le concept de *Bestimmtheitsprinzip*[2060], mais rejeté par la Cour fédérale allemande[2061], ce devoir découle déjà, en droit suisse, de l'obli-

---

2057 DECHEIX (1997), p. 22.

2058 Cf. CROCQ (1995), p. 400 et THÉVENOZ (1995), pp. 311 et 319.

2059 Rappelons que le Tribunal fédéral n'a admis le droit de distraction en faveur du fiduciant que dans la mesure où l'argent encaissé par le fiduciaire avait été crédité sur un compte spécial, séparé des autres fonds de la banque, et libellé au nom du mandant (cf. ATF 99 II 393), tout en précisant par la suite que le droit de «revendication» de l'al. 3 n'était plus possible dès l'instant où les sommes provenant de l'opération fiduciaire avaient été créditées sur le compte général du fiduciant et non sur un compte individualisé qui n'est pas à libre disposition du fiduciaire (cf. ATF 102 II 297).

2060 Cf. *supra*, pp. 66s. Voir aussi NICKEL-SCHWEITZER (1977), pp. 97s et 115 et WALTER (1974), pp. 150ss.

2061 Arrêt de la Cour fédérale allemande du premier juillet 1993, in *NJW* 46 (1993) 2622: «Für das Widerspruchsrecht des Treugebers nach § 771 ZPO ist die Publizität des Treuhandkontos demgegenüber nicht zwingend erforderlich... Die Rechtsordnung verlangt generell nicht, dass die Vermögensverhältnisse des Schuldners für seine Glaübiger ohne weiteres durchschaubar sein müssen. Wie gerade die Vorschrift des § 771 ZPO zeigt, muss der Gläubiger gewärtigen, dass Vermögensgegenstände, die dem äusseren Anschein nach dem Schuldner gehören, in Wahrheit nicht dem Vollstreckungszugriff unterliegen. Auch die stille Zession und viele Formen der Sicherungsübereignung belegen, dass der Schuldner nicht gezwungen ist, seine Vermögensverhältnisse offenzulegen».

gation de fidélité du fiduciaire (art. 398 al. 2 CO). Il impose à ce dernier, lorsqu'il est contraint de tenir une comptabilité en raison du droit commercial ou du droit fiscal, de faire figurer hors bilan les actifs détenus à titre fiduciaire et les passifs correspondants. Il est également tenu d'identifier comme tels les avoirs fiduciaires déposés auprès d'un tiers et d'éviter tout mélange de ces avoirs avec son patrimoine général[2062]. L'obligation de ségrégation permet d'informer les tiers intéressés du caractère fiduciaire de certains actifs qu'ils auraient pu croire comme faisant partie du patrimoine personnel du fiduciaire[2063]. En cas de doute, les tiers sont alors tenus de solliciter de leur futur cocontractant (le fiduciaire) l'octroi d'informations complémentaires, par exemple, la production d'un bilan révisé[2064]. En revanche, lorsque le fiduciaire ne respecte pas ce devoir, c'est-à-dire qu'il ne tient pas les biens fiduciaires séparés de son patrimoine personnel, il est alors justifié que le fiduciant ne puisse en exiger une protection spécifique. Car, par définition, l'on ne peut appliquer un régime particulier au patrimoine fiduciaire que dans la mesure où il est véritablement séparé du patrimoine personnel du fiduciaire. Le fiduciant supporte le risque d'un manque de diligence du fiduciaire à cet égard.

On peut cependant aussi se demander si le droit de distraction du bien fiduciaire ne devrait pas être limité aux cas dans lesquels le tiers-créancier connaissait ou pouvait connaître la nature fiduciaire de ce bien. L'adoption du critère de la reconnaissabilité par les tiers (*Offenkundigkeitsprinzip*) est suggérée tant par des auteurs allemands[2065] que par des auteurs suisses[2066]. Du point de vue des principes, cette protection des tiers sur la base de l'apparence créée que le fiduciaire est aussi titulaire du point de vue patrimonial du bien fiduciaire peut être déduite des règles de la bonne foi (art. 2 CC)[2067]. Il s'agit alors notamment de savoir si le fiduciaire est soumis à un devoir d'information envers les tiers. La protection maximale du tiers reviendrait à obliger chaque fiduciaire à révéler sa qualité à tout cocontractant[2068], ce qui paraît excessif.

2062 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 321 et WATTER (1995), p. 190.

2063 Cf. THÉVENOZ (1995), p. 321.

2064 Cf. BERTSCHINGER (1993), p. 1444.

2065 Cf. *supra*, pp. 66s. Voir, par exemple, GERNHUBER (1988), pp. 357 et 361.

2066 Cf. ENGEL (1997), p. 232 et HOFSTETTER (1994), p. 130.

2067 Cf. ATF 72 II 358, 362. Voir GUBLER (1954), pp. 459a s.

2068 C'est la solution retenue par le législateur libanais: «Le fiduciaire est tenu de déclarer sa qualité à toute tierce personne avec laquelle il conclut un contrat relatif à un quelconque élément des avoirs fiduciaires sans révéler l'identité du fiduciant» (art. 4 lit. b

Lorsque le tiers-créancier sait, ou aurait dû savoir (art. 3 CC), qu'un bien est détenu à titre fiduciaire, ce que le fiduciaire doit en principe prouver (cf. art. 8 CC), il serait inéquitable qu'il puisse se désintéresser sur ce bien en cas de mesure d'exécution forcée visant le fiduciaire[2069]. Le problème est de déterminer quelle est la diligence requise d'un créancier pour que l'on juge qu'il ignorait sans sa faute le caractère fiduciaire de la détention d'un bien. Le créancier devrait-il toujours tenir compte du fait que le débiteur à qui il fait crédit n'est peut-être pas, contrairement aux apparences, le plein propriétaire des biens dont il a la possession[2070]? Nous considérons, en toute hypothèse, que tout cocontractant devrait, de bonne foi, s'attendre à ce que le patrimoine de certaines catégories professionnelles (banques, gérants de fortune, avocats) contienne des actifs gérés à titre fiduciaire[2071]. Nous proposons que, dans de tels cas, ces actifs soient protégés indépendamment d'une communication expresse au tiers-créancier. Seules seraient tenues de révéler la nature fiduciaire de leur gestion les personnes physiques ou morales qui ne font pas de la fiducie leur métier. A défaut, les tiers-créanciers pourraient, de bonne foi, considérer que le bien fiduciaire fait partie du patrimoine personnel du fiduciaire. Une telle solution, certes désavantageuse pour les fiduciants confiant leurs biens à des fiduciaires non-professionnels, permettrait de sauvegarder la présomption de titularité formelle et matérielle attachée à la possession des choses mobilières (fonction de publicité).

4. Nature des droits accordés au fiduciant

Une fois admis que les biens fiduciaires forment un patrimoine séparé et affecté aux fins de la convention de fiducie, qui est notamment protégé contre les prétentions des créanciers personnels du fiduciaire, se pose la question de la classification dogmatique des droits reconnus au fiduciant. Ainsi que l'observe REYMOND, analysant le nouveau régime de la fiducie bancaire, «la séparation entre le patrimoine du fiduciant et celui du fiduciaire n'est plus totale: il existe chez le fiduciaire banquier un patrimoine fidu-

---

de la loi relative au développement du marché financier et des contrats fiduciaires du 6 juin 1996).

2069 Cf. CROCQ (1995), pp. 408ss.

2070 Cf. WALTER (1974), p. 81.

2071 Cf. CANARIS (1978), pp. 416s et Albert RIEDWEG, «Intervention aux débats de la Société suisse des juristes le 5 septembre 1954», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1954 II, p. 518a. En ce qui concerne les usages en matière de fiducie-sûreté en droit français, cf. CROCQ (1995), pp. 411ss.

ciaire sur lequel le fiduciant conserve des droits»[2072]. De quels droits s'agit-il? Le fiduciant n'est pas au bénéfice d'un droit réel. D'un point de vue formel, force est de constater que sa position juridique ne correspond à aucun droit réel défini dans le code, et le principe du *numerus clausus* interdit de lui reconnaître un droit réel *sui generis* qui n'a pas été consacré par le législateur. Mais surtout, nous avons vu que le droit conféré au fiduciant ne comprend pas les attributs d'un droit réel[2073]. Il n'est en effet pas opposable contre quiconque et ne comprend notamment pas de véritable droit de suite[2074]. Il n'est en revanche pas contestable que le fiduciant est titulaire d'une créance envers le fiduciaire, à savoir qu'il a le droit d'exiger de lui certaines prestations, au besoin par une action en justice[2075]. Nous sommes toutefois en présence d'une créance qui produit dans certains cas des effets particuliers. Ainsi, la créance en restitution du bien fiduciaire se matérialise par un droit de distraction dans la faillite du fiduciaire. Il ne s'agit pas d'une créance privilégiée, au sens de l'art. 219 LP, qui conférerait le droit d'être désintéressé en priorité sur les autres créanciers non privilégiés, mais d'un véritable privilège de faillite (droit de distraction) qui permet de soustraire le bien fiduciaire de la masse en faillite. De ce point de vue, le droit du fiduciant produit un effet juridique similaire à celui d'un droit réel. Comment classer une créance qui est opposable, dans certaines circonstances, aux tiers?

On trouve en doctrine d'intéressantes propositions qui ont comme point commun de fonder le droit du fiduciant sur un concept nouveau ne constituant ni un droit réel ni un droit de créance. Ainsi, par exemple, WATTER, à la suite de la doctrine majoritaire allemande[2076], qualifie-t-il l'effet juridique produit par la convention de fiducie de «quasi réel»[2077]. Cette qualification nous semble cependant peu heureuse, dans la mesure où la notion de droit réel fait référence à la chose matérielle, alors que le fiduciant est titulaire d'un droit patrimonial, qui n'est précisément pas un droit réel. Or, dire d'un droit qu'il constitue un droit «quasi réel» revient à choisir une mauvaise base de référence, à savoir le droit réel. La notion de «propriété écono-

---

2072 REYMOND (2000), p. 684.

2073 Sur la notion et le contenu des droits réels, cf. STEINAUER (1997), pp. 17ss.

2074 Cf. *supra*, pp. 424ss.

2075 Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I (1982), p. 12. Voir aussi ENGEL (1997), pp. 3ss.

2076 Cf. BLAUROCK/WITZ (1985), p. 234 et CANARIS (1988), no 279.

2077 WATTER (1995), no 192: «... muss die rechtliche Zuständigkeit am Treugut dogmatisch so verstanden werden, dass neben dem formellen Eigentum des Treuhänders der Treugeber (bzw. der Begünstigte) ein quasidingliches Recht am Treugut hat...».

mique» ne convient pas non plus. D'une part, le droit de propriété est une institution juridique qui peut difficilement être qualifiée de «juridique», et encore moins d'«économique». D'autre part, si l'on ne prend en compte que ces deux qualificatifs, censés distinguer deux types de propriété, on devrait en déduire que le droit du fiduciant n'est pas juridique, ce qui est un parfait non-sens.

Déjà plus pertinent, Ulrich HUBER suggère de classer le droit du fiduciant dans une nouvelle catégorie de droits patrimoniaux qu'il dénomme «personenrechtlich garantiertes Vermögensinteresse». Ce droit patrimonial *sui generis*, qu'il compare à l'«equitable interest» du droit anglo-saxon, résulte selon lui du rapport de confiance particulier liant le fiduciant au fiduciaire[2078]. Plus récemment, des idées similaires ont été défendues par des auteurs canadiens. Qu'il soit conçu comme une créance atypique[2079] ou qu'il corresponde à une nouvelle catégorie de droit réel[2080], le droit du bénéficiaire dans la fiducie québécoise serait fondé sur l'*interest* de ce dernier, un intérêt patrimonial *sui generis* juridiquement protégé. Toutes ces propositions paraissent rapprocher la fiducie du trust. Mais les considérations qui les animent ne sont pas inconnues des juristes romains.

Ainsi, dans le dernier quart du siècle dernier, Josef KOHLER a-t-il proposé de recourir en cas de faillite du mandataire (fiduciaire) à la notion de *rei vindicatio utilis* que le grand JHERING avait dégagée des sources romaines une vingtaine d'années auparavant[2081]. Dans certaines circonstances, le créancier, bien que dépourvu de tout droit réel sur la chose, se voyait accorder par le préteur le droit de «revendiquer» contre son propriétaire actuel (titulaire formel), parfois la chose elle-même («absolute, direkte Function»), parfois la contre-valeur de celle-ci («eventuelle, indirekte Function»)[2082]. Parmi les divers bénéficiaires d'une telle action recensés par JHERING[2083], on peut citer l'épouse qui veut récupérer après le divorce les biens dotaux dont son ex-époux est devenu le propriétaire[2084], l'ancien propriétaire d'une toile acquise en propriété par le peintre du fait de la pein-

---

2078 HUBER (1967), pp. 420s.
2079 Cf. BRIERLEY (1995), pp. 46ss.
2080 Cf. MACDONALD (1994), p. 805.
2081 Cf. JHERING (1857) et KOHLER (1878). Sur cette question, voir aussi GERSTLE (1917), pp. 70ss et MARTUCCI (1991), pp. 487ss.
2082 Cf. JHERING (1857), pp. 158ss.
2083 Cf. JHERING (1857), pp. 120ss.
2084 *Codex* 5.12.30.

ture (spécification)[2085], ou encore le donateur, dans une donation sous condition (charge), lorsque le donataire ne respecte pas la condition[2086]. Dans tous ces cas, le préteur a donné par souci d'équité la préférence à l'aspect substantiel (finalité économique) sur l'aspect formel (titularité juridique) des rapports juridiques qui lui étaient soumis. Certains auteurs ont comparé les bénéficiaires de ces «actions utiles» au titulaire de l'*equitable ownership* (*beneficiary*) du trust anglo-saxon. Ils ont décelé dans la *rei vindicatio utilis* des effets juridiques semblables aux droits de *tracing* et de subrogation existant en matière de trust[2087].

Reste qu'en matière de fiducie cette approche permet de mieux prendre en compte la volonté effective des parties. Selon KOHLER, la *rei vindicatio utilis* doit être comprise comme une action personnelle renforcée qui produit les mêmes effets qu'une action en revendication usuelle sans en présupposer les mêmes conditions[2088]. Evidemment, le concept romain, fondé sur un système d'actions en justice, ne peut être transposé sans aménagements en droit moderne, basé sur un système de droits subjectifs[2089]. Mais, si l'on fait abstraction du cadre historique de cette *actio*, pour n'en retenir que les effets pratiques, on peut considérer que les art. 401 CO, 201 LP et 37b LB représentent une concrétisation partielle de la *rei vindicatio utilis* romaine, puisqu'ils ont pour effet de «renforcer» les droits personnels du fiduciant.

C. La fiducie-gestion *de lege ferenda*

Pour certains, seule une intervention du Parlement est à même de remédier aux carences du régime juridique de la fiducie en droit suisse[2090]. Le recours à une telle solution ne peut aujourd'hui être totalement écarté. Le fait que le législateur ne se soit occupé, à l'occasion de la récente révision de la LP, que d'un aspect limité des seules opérations fiduciaires des banques (art. 16 et 37b LB) ne doit pas être compris comme une renonciation tacite à toute

---

2085 *Digeste* 41.1.9.2.

2086 *Codex* 8.55.1.

2087 Sur ces questions, cf. SCHMIDT (1969), pp. 169ss.

2088 Cf. KOHLER (1878), pp. 347ss, notamment 348 et 353s. Sur cette proposition, cf. JAEGER (1968), pp. 84ss.

2089 Cf. JAEGER (1968), p. 357.

2090 Cf. BLOCH (1955), pp. 51ss; Kathrin KLETT, «Intervention aux débats de la Société Suisse des Juristes le 30 septembre 1995», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 114 (1995) II, pp. 526ss et Hans Peter WALTER, «Intervention aux débats de la Société Suisse des Juristes le 30 septembre 1995», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 114 (1995) II, p. 521.

législation plus vaste sur la fiducie. Une réglementation d'une plus grande envergure aurait nécessité une réflexion approfondie. L'examen de l'opportunité d'une adhésion de la Suisse à la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance amènera forcément les autorités à s'interroger sur les possibilités et les modalités d'une amélioration du régime actuel de la fiducie en droit suisse. Il n'est dès lors pas inutile d'émettre quelques propositions, bien que la lenteur et la lourdeur habituelles du système législatif dans notre pays nous rendent modeste quant à nos objectifs.

Il n'existe pas d'obstacle dogmatique de principe qui s'oppose à l'adoption en droit suisse de quelques dispositions légales relatives à la fiducie. Une telle innovation permettrait assurément d'asseoir, de clarifier et de sécuriser son régime juridique. Quant à son champ d'application, il faudra nécessairement se demander si cette réforme doit se limiter à la fiducie-gestion, ou alors s'étendre aux deux autres catégories de fiducie, la fiducie-sûreté et la fiducie-libéralité[2091]. Fiducie-sûreté et fiducie-libéralité profiteraient certainement d'une législation. La première gagnerait à un aménagement du principe du nantissement (cf. l'art. 884 al. 3 CC) de telle manière que le transfert de propriété aux fins de garantie puisse se développer en Suisse de la même façon qu'en Allemagne[2092]. Mais le problème est complexe, puisque, en réalité, c'est tout le droit des sûretés mobilières qui a besoin d'être repensé[2093]. La seconde, pratiquement inexistante *de lege lata* et peu étudiée en doctrine, pourrait prendre un véritable essor, à l'image de ses nombreuses applications dans les pays anglo-saxons, le succès du trust en matière de libéralités n'étant plus à démontrer. Evidemment, la réforme changerait alors de nature et d'ampleur car chacune de ces catégories de fiducie est gouvernée par des règles spécifiques, même si leur structure de base identique permet de les réduire à un dénominateur commun. Restant dans les limites et l'optique choisies dans notre travail, seule la fiducie-gestion sera ici envisagée.

Les dispositions luxembourgeoises, québécoises, libanaises ou celles résultant du projet de loi français serviront de sources d'inspiration[2094]. Il en va de même des articles topiques de la LB (art. 37b) et de la LFP (art. 14 et

---

2091 Sur les trois catégories de fiducie, cf. *supra*, pp. 4s.

2092 Cf. *supra*, pp. 52s.

2093 Sur cette question, cf. THÉVENOZ (1995), pp. 310ss et WIEGAND (1998b), pp. 127ss.

2094 Cf. *supra*, quatrième partie, chapitre I.

16)[2095]. En doctrine, les propositions de GIOVANOLI[2096] et du belge STORME[2097] retiendront plus particulièrement notre attention. Enfin, on prendra également en compte l'esprit de la CLH dont il sera question ci-dessous (cf. *infra*, chapitre III). Les quelques suggestions qui vont suivre doivent se comprendre comme de simples pistes de réflexion non exhaustives. Une analyse plus détaillée dépasserait largement le cadre de cette étude. Il faut cependant d'ores et déjà souligner que, quelles que soient les options choisies, l'attrait de la fiducie dépendra largement de son régime fiscal[2098].

Après avoir écarté les hypothèses de la personne morale et du patrimoine d'affectation sans personnalité morale (sous-section 1), notre attention se portera sur la définition de quelques principes généraux d'une législation sur la fiducie (sous-section 2), puis de leur concrétisation sur le plan du droit des obligations (sous-section 3) et du droit des biens (sous-section 4).

1. Personne morale et patrimoine d'affectation

On a parfois estimé que le recours à une personne morale (ou à un patrimoine d'affectation doté de la personnalité morale), dont le fiduciaire serait l'organe principal, constituerait le meilleur moyen de différencier titre juridique et bénéfice économique et de protéger le patrimoine fiduciaire[2099]. L'idée n'est pas sans attrait. La fiducie, personne morale, ne représenterait, à l'évidence, plus de problèmes quant au dogme de l'unité du patrimoine, puisqu'elle serait elle-même titulaire du patrimoine fiduciaire, en tant que personne juridique, correspondant à la maxime «une personne juridique, un patrimoine». Mais de nombreux arguments contraires nous amènent à ne pas retenir cette proposition[2100]. Sans même parler du régime fiscal qui, sous sa forme actuelle, pénaliserait certainement la constitution d'une personne morale, il faut relever que des objectifs similaires peuvent être atteints au moyen du concept de patrimoine séparé et affecté. La création et la gestion d'une personne morale présupposent dans la règle des démarches

---

[2095] Certains auteurs estiment ainsi qu'une réglementation de la fiducie pourrait fort bien s'inspirer de la LFP (cf. ROSSIER (1989), pp. 886ss et TSCHUMY (1987), no 502).
[2096] Cf. GIOVANOLI (1994), pp. 225ss.
[2097] Cf. STORME (1997), pp. 312ss.
[2098] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 351.
[2099] Cf. Madeleine CANTIN CUMYN (2000), à paraître.
[2100] Voir aussi ROSSIER (1989), pp. 902ss.

administratives et des actes statutaires qui seraient disproportionnés pour des opérations (fiduciaires) souvent menées avec célérité. Le mode de publicité des personnes morales poursuivant un but économique (inscription au Registre du commerce) est par ailleurs peu compatible avec l'intention de ceux qui recherchent une certaine discrétion. Qui plus est, le problème de la nature des relations juridiques entre le fiduciant et la personne à qui il confie le bien fiduciaire ne serait pas résolu, mais déplacé. Les mêmes questions qui concernent les rapports entre le fiduciant et le fiduciaire se poseraient cette fois entre le fiduciant et la personne morale. A dire vrai, la création d'une entité juridique supplémentaire serait même plutôt de nature à augmenter le risque de confusion et d'insécurité juridique. Il faudrait, en effet, définir les liens entre la personne morale et ses organes (les fiduciaires), la manière dont elle est représentée vis-à-vis des tiers (étendue des pouvoirs des organes), ainsi que la mesure de la responsabilité du fiduciaire vis-à-vis du fiduciant.

Il ne semble par ailleurs pas opportun de transposer en droit suisse la solution québécoise consistant à créer un patrimoine d'affectation (*Zweckvermögen*) sans personnalité morale et qui n'appartient à personne sur le plan des droits réels[2101]. Les avantages de cette conception novatrice ne compensent sans doute pas les difficultés dogmatiques à admettre une telle figure dans notre ordre juridique[2102]. Plus généralement, il faut relever que la fiducie-gestion, dans la tradition du droit continental, est un contrat entre deux personnes, le fiduciant et le fiduciaire, liées par un rapport de fidélité et de confiance accrus, et qui se nourrit jour après jour des actes accomplis par les parties. Lui est étrangère l'idée d'affecter un patrimoine à un but (avec ou sans personnalité morale d'ailleurs), lequel devient en lui-même une entité autonome échappant à la volonté de son constituant. Cette idée correspond plus au trust anglo-saxon (sans personnalité morale) et surtout à la fondation du droit suisse (cf. art. 80ss CC)[2103]. La fondation implique en effet qu'un sujet de droit affecte de manière irrévocable des biens en faveur d'un but idéal. D'un point de vue théorique, on peut la concevoir comme «un patrimoine indépendant et autonome, constitué en vue d'un but statutaire, et ne fonctionnant qu'en vue du but à remplir, appartenant ainsi idéalement à une entité idéale, représentative de l'affectation donnée à la propriété»[2104]. L'intérêt idéal est en quelque sorte personnifié. Evidemment,

[2101] Cf. *supra*, pp. 376ss.
[2102] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 328.
[2103] Cf. WALTER (1996), p. 49.
[2104] SALEILLES (1922), p. 126.

le fiduciant et le fiduciaire poursuivent eux aussi, comme tout cocontractant, un but déterminé. Mais ce but n'est pas institutionnalisé. De même, le bien fiduciaire ne devient pas une entité entièrement indépendante. Sa gestion et sa restitution (ou son transfert à un tiers bénéficiaire) font l'objet des rapports contractuels.

De la fondation autonome au sens des art. 80ss CC, on distingue la fondation dite non autonome («unselbständige» ou «fiduziarische Stiftung»)[2105]. On veut par ce biais nommer des formes d'organisation qui se rapprochent de la fondation usuelle, par le fait qu'un patrimoine est affecté durablement à la réalisation d'un but idéal, mais qui s'en distinguent dans la mesure où il leur manque la personnalité juridique. Non définies dans la loi, mais répandues en pratique et reconnues par la doctrine et la jurisprudence[2106], de telles «fondations» sont généralement constituées au moyen d'une donation ou d'un legs grevé de charges (cf. art. 245 CO et 482 CC), ou de contrats *sui generis*. Elles sont régies, au cas par cas, par les dispositions légales relatives à l'acte juridique qui les fondent, mais aussi, par analogie, à certaines des dispositions sur la fondation. Leur régime juridique demeure cependant incertain. Contrairement à la fiducie québécoise, le patrimoine de la fondation non autonome a bien un titulaire, soit la personne physique ou la personne morale préexistante, souvent une fondation, à qui il a été transféré et confié.

Quant aux rapports entre fondation non autonome et fiducie, ils sont controversés. La variété des modes de création de ce type de fondation rend difficile toute classification. Il n'est pas contestable que la fondation non autonome, lorsqu'elle est utilisée dans la poursuite de buts idéaux, comporte de nombreuses similitudes avec la fiducie-libéralité (transfert d'un bien à charge de distribution; propriété temporaire et affectée). De même, le titulaire du patrimoine non autonome est assimilable à un fiduciaire (il est titulaire juridique d'un bien qu'il détient au profit économique d'un tiers). En outre, les réserves exprimées pour la fondation autonome ne sont ici pas de mise: but et affectation patrimoniale sont soumis – sans autonomie – à l'acte juridique qui fonde le transfert. RIEMER soutient il est vrai que le

---

[2105] Sur la notion de fondation non autonome, cf. MADÖRY (1946), pp. 89ss; RIEMER (1975), pp. 264ss; Hans Michael RIEMER, *Personenrecht des ZGB*, Berne, 1995, pp. 266s et Hermann WALSER, *Fondations*, Genève, 1991 [Fiche juridique suisse 79], p. 6. En droit allemand, cf. COING (1973a), pp. 57ss. En droit français, voir les développements théoriques de SALEILLES (1922), pp. 118ss, sur les libéralités *sub modo*.

[2106] Cf. ATF 46 II 225, *JdT* 1920 I 610.

contrat de fiducie et la fondation non autonome ne sont pas de même nature, le premier étant régi, contrairement à la seconde, par des dispositions légales caractéristiques du contrat de mandat, qui limiteraient tant la durée du rapport (cf. art. 404 CO) que l'autonomie du fiduciaire (cf. art. 397 CO)[2107]. Cette objection peut cependant être écartée si l'on admet, comme nous l'avons retenu, que les dispositions légales précitées ne s'appliquent pas de manière impérative au contrat de fiducie[2108].

2. Les principes généraux d'une législation sur la fiducie

La première question à résoudre est celle de déterminer s'il convient d'édicter une loi spéciale sur la fiducie, à l'exemple de la loi libanaise ou du règlement luxembourgeois, ou alors d'insérer les nouvelles dispositions dans la législation générale du droit privé, à l'image des dispositions réglementant la fiducie québécoise. Nous penchons quant à nous pour la seconde solution, car la fiducie est une institution typique du droit privé qui doit trouver sa place dans le Code civil ou le Code des obligations – la *sedes materiae* est discutable dès lors que la fiducie relève tant du droit des biens que du droit des obligations. En outre, à une réglementation trop détaillée, susceptible de bloquer une évolution souhaitable de la fiducie dans des domaines en pleine évolution, on préférera l'adoption de quelques dispositions essentielles, aptes à définir un cadre général, et le renvoi pour le surplus aux normes existantes.

Que l'on choisisse l'option du droit des biens ou celle du droit des obligations, les problèmes centraux se poseront de manière identique et trouveront des réponses similaires. Il s'agit de déterminer le régime juridique du patrimoine fiduciaire, de fixer les droits et obligations du fiduciant et du fiduciaire (rapports internes), notamment, les modalités de la responsabilité pécuniaire du fiduciaire vis-à-vis du fiduciant et, enfin, d'établir les conditions dans lesquelles le fiduciaire peut valablement et efficacement disposer du patrimoine fiduciaire envers les tiers (rapports externes).

L'aspect fondamental de toute réforme réside certainement dans la reconnaissance que les biens fiduciaires constituent un patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire et affecté aux seules fins du contrat de

---

[2107] RIEMER (1975), p. 271.

[2108] Cf. *supra*, pp. 419ss et 428ss. Voir aussi WATTER (1995), p. 193, note 44.

fiducie. Soumis au principe de la subrogation patrimoniale, le patrimoine fiduciaire formerait ainsi une masse distincte du patrimoine personnel du fiduciaire dans le régime matrimonial, le régime successoral et dans l'exécution forcée contre le fiduciaire. Par ailleurs, le fiduciaire ne devrait pas être autorisé à compenser ses dettes résultant des avoirs fiduciaires qu'il gère avec des créances contre le fiduciant qui sont sans rapport direct avec la gestion de ces avoirs. De même, les tiers contractant avec le fiduciaire qui connaissent ou devraient connaître (cf. art. 3 al. 2 CC) l'existence du contrat de fiducie se verraient refuser tout droit de compensation ou de rétention pour des créances qui ne relèvent pas du patrimoine fiduciaire. La loi consacrerait en la circonstance la primauté des règles de la bonne foi sur le principe de la relativité des conventions. Ces normes seraient complétées par le devoir imposé au fiduciaire de conserver et comptabiliser les biens fiduciaires séparément des biens composant son patrimoine personnel, chaque patrimoine géré à titre fiduciaire donnant en outre lieu à une comptabilité distincte.

En ce qui concerne les rapports internes, il pourrait être prévu un large renvoi aux dispositions du CO sur le mandat (par exemple, les art. 394 al. 3, 396, 398, 400 et 402 CO). En particulier, l'art. 398 CO paraît constituer le cadre adéquat de la responsabilité du fiduciaire vis-à-vis du fiduciant[2109].

Quant aux rapports externes, il faut déterminer quels sont les effets juridiques d'un acte de disposition effectué par le fiduciaire en violation du contrat de fiducie. Le fiduciaire étant investi d'un titre formel complet sur le bien fiduciaire, l'acte de disposition est en principe pleinement valable[2110]. Constatant les lacunes du droit actuel en la matière, THÉVENOZ suggère la consécration, *de lege ferenda*, d'un droit de suite qui permette au fiduciant et, le cas échéant, aux bénéficiaires, d'exiger la reconstitution du patrimoine fiduciaire lorsque le fiduciaire en a disposé de manière frauduleuse et que l'acquéreur le savait ou ne pouvait l'ignorer (cf. 3 al. 2 CC). Un tel droit, présentant une certaine analogie avec l'action mobilière de l'art. 936 CC, serait fondé sur l'absence du droit du fiduciaire de disposer aux termes de la convention de fiducie[2111]. On peut, à notre avis, aussi le concevoir comme une concrétisation des règles générales sur la bonne foi, au sens des art. 2 et 3 CC, et sur les bonnes mœurs (cf. les art. 19 al. 2 et 41 al. 2 CO). Dès lors que l'opération délictueuse, menée de concert entre le fiduciaire et le tiers-

[2109] Cf. *supra*, p. 423.
[2110] Cf. aussi *supra*, pp. 424s.
[2111] THÉVENOZ (1995), pp. 338s.

acquéreur, a comme conséquence, non seulement la violation d'une obligation contractuelle, mais aussi et surtout la soustraction de valeurs dont un tiers, soit le fiduciant, est patrimonialement le titulaire, il est en effet légitime d'accorder à ce dernier le droit de recouvrer le bien fiduciaire, ou du moins sa contre-valeur, auprès de l'acquéreur de mauvaise foi. En revanche, lorsque le tiers est de bonne foi, l'aliénation doit être reconnue comme valable, conformément aux principes généraux applicables en la matière (cf. art. 714 et 933ss CC). Dans ces circonstances, il n'y a en effet aucune raison de faire supporter au tiers les conséquences d'un acte déloyal du fiduciaire envers le fiduciant.

Enfin, pour assurer une certaine loyauté entre les parties, faciliter la preuve de l'existence d'un rapport fiduciaire à l'égard des tiers, répondre aux prescriptions fiscales en la matière et, comme nous le verrons[2112], rendre compatible la fiducie suisse avec la CLH, le contrat constitutif de la fiducie (titre d'acquisition) devrait être soumis à la forme écrite (cf. art. 12 CO), lorsque la fiducie porte sur un meuble, et à la forme authentique, laquelle garantit le crédit des registres publics[2113], lorsqu'elle porte sur un immeuble.

3. Un nouveau contrat nommé

En droit suisse, la fiducie-gestion est considérée comme un contrat relevant du Code des obligations. En doctrine, elle est traitée presque exclusivement par les spécialistes du droit des obligations, soit dans le cadre de la délimitation entre fiducie et simulation, soit en relation avec le contrat de mandat. C'est dire que, *de lege ferenda*, la solution la moins novatrice reviendrait à introduire la fiducie dans le CO. Les tenants du principe de l'autonomie de la volonté y trouveraient l'assurance que la fiducie puisse de la sorte s'adapter plus facilement aux évolutions commerciales et aux besoins de la pratique.

La modification la plus réduite consisterait à adjoindre un nouvel alinéa à l'art. 401 CO en lui donnant un contenu proche de celui de l'art. 37b LB:

> art. 401 al. 4: Les meubles, immeubles, droits ou patrimoines gérés à titre fiduciaire forment une masse distincte du patrimoine personnel du man-

---

2112 Cf. *infra*, p. 490.

2113 Cf. ATF 99 II 161, *JdT* 1974 I 68.

dataire-fiduciaire. En cas de faillite du fiduciaire, ou de toute autre mesure d'exécution forcée prise à son encontre, ils seront distraits ou libérés au bénéfice du mandant-fiduciant, sous réserve des droits du fiduciaire envers le fiduciant.

Il serait cependant nettement préférable d'instaurer un nouveau contrat nommé au moyen de quelques dispositions qui en fixeraient les contours et qui ne se limiteraient pas, comme dans l'hypothèse susmentionnée, à régler le cas de la protection des biens fiduciaires lors de mesures d'exécution forcée prises contre le fiduciaire. Selon que l'on veuille marquer une indépendance plus ou moins grande de la fiducie à l'égard du contrat de mandat proprement dit, les nouvelles dispositions pourraient trouver leur place, soit à la suite du contrat d'agence, comme chapitre cinquième du titre treizième consacré au mandat, soit alors, solution qui emporte notre préférence, dans un nouveau titre, par exemple, le titre quinzième bis, à la suite du contrat de commission. Le premier article donnerait évidemment la définition du contrat:

al. 1: Le contrat de fiducie-gestion est un contrat par lequel le fiduciaire s'engage à conserver, à gérer et à administrer, en qualité de propriétaire, en son propre nom et pour le compte du fiduciant, puis à restituer au fiduciant ou à transmettre la propriété au tiers-bénéficiaire choisi par le fiduciant, les meubles, immeubles, droits ou patrimoines, dont le fiduciant lui aura transféré ou cédé la propriété dans ce but, que le fiduciaire aura acquis à cet effet d'un tiers pour le compte du fiduciant ou que le fiduciaire détient déjà, pour toute raison, au moment de la conclusion du contrat de fiducie.

al. 2: La validité du contrat est subordonnée au respect de la forme écrite.

al. 3: Les règles du mandat sont applicables au contrat de fiducie-gestion, excepté les dérogations résultant du présent titre.

Cette définition assez précise conférerait à la fiducie-gestion un large spectre, en prenant en compte, en ce qui concerne l'attribution fiduciaire initiale[2114], aussi bien l'attribution directe que celle indirecte, mais aussi la *Vereinbarungstreuhand*, et en mentionnant expressément la possibilité de désigner un tiers-bénéficiaire (cf. aussi l'art. 112 CO). Elle serait suivie de diverses normes instituant un régime juridique conforme aux principes généraux énoncés dans la sous-section qui précède[2115].

2114 Cf. à ce sujet, *supra*, pp. 415s.

2115 Cf. *supra*, pp. 466ss.

Pour préserver la transparence de l'opération, la détention d'un immeuble à titre fiduciaire ferait l'objet d'une mention au Registre foncier (cf., par exemple, art. 946 al. 2 CC)[2116]. La loi préciserait que le fiduciaire, à l'exemple de l'héritier grevé (cf. art. 491 al. 2 CC), «devient propriétaire, à charge de restitution». En matière immobilière, la créance en restitution du fiduciant, voire le rapport fiduciaire lui-même, serait annotable au registre foncier. Cette annotation produirait deux effets (cf. art. 959 et 960 CC)[2117]: d'une part, la créance en restitution ou le rapport fiduciaire auraient la priorité sur les droits postérieurement acquis sur l'immeuble («effet typique») et, d'autre part, l'acquéreur de l'immeuble serait tenu de reprendre le rapport fiduciaire (rattachement *propter rem*, «effet atypique»). Elle aurait en outre pour fonction d'informer les tiers du risque qu'ils courent de voir l'immeuble géré à titre fiduciaire soustrait dans la faillite du fiduciaire.

Enfin, on pourrait également songer à intégrer dans cette nouvelle législation certaines propositions doctrinales qui tendent à rendre le fiduciaire plus indépendant face au fiduciant, bien que ces questions gagneraient à être abordées dans le cadre plus général d'une réflexion sur le contrat de mandat. Il s'agirait notamment de limiter le devoir du fiduciaire de suivre les instructions du fiduciant et de restreindre les possibilités de résilier le contrat de fiducie[2118]. De telles innovations permettraient certainement à la fiducie helvétique de jouer un rôle accru, notamment dans la gestion patrimoniale à long terme ou le financement des entreprises.

4. Un nouveau droit réel

L'insertion d'un nouveau contrat dans le Code des obligations serait certainement de nature, comme nous venons de le voir, à protéger de manière adéquate le patrimoine fiduciaire. Mais, du point de vue des principes, cette sorte de codification mesurée et adaptée de la *Vollrechtstheorie* ne serait pas satisfaisante, car le statut juridique du fiduciant ne s'en trouverait pas éclairci. On optera, en conséquence, pour une intervention centrée sur le droit des biens, laquelle aurait pour avantage de fonder un régime moderne dogmatiquement convaincant. En outre, une réglementation de droit réel, qui n'exclurait pas l'application lorsque nécessaire de certaines dispositions

---

[2116] Sur la notion de mention au Registre foncier, cf. STEINAUER (1997), pp. 225ss.
[2117] Sur les effets des annotations au Registre foncier, cf. STEINAUER (1997), pp. 219ss.
[2118] Cf. notamment THÉVENOZ (1995), pp. 339ss.

du CO, serait susceptible de régir des formes de fiducie qui ne sont pas d'origine contractuelle, notamment dans le domaine des libéralités.

Il est parfaitement envisageable d'introduire dans le Code civil un nouveau droit réel. Diverses propositions doctrinales ont été effectuées par le passé[2119]. Ce droit pourrait prendre la forme d'un droit réel limité en faveur du fiduciaire (a), ou alors être consacré comme un nouveau type de propriété, la «propriété fiduciaire» (b). Dans les deux cas, les principes généraux d'une législation sur la fiducie que nous avons mentionnés ci-dessus (cf. sous-section 2) feraient partie de la réforme.

a) Un droit réel limité attribué au fiduciaire

Ce droit réel limité en faveur du fiduciaire pourrait trouver sa place dans le chapitre II («Des autres servitudes, en particulier de l'usufruit») du titre vingt et unième du Code civil consacré aux servitudes et aux charges foncières, et avoir pour modèle l'usufruit des art. 745ss CC. Particulièrement intéressante s'avère dans ce contexte la suggestion récente d'un auteur belge d'instaurer dans le Code civil belge un nouveau droit réel «d'administration du bien d'autrui», consistant à attribuer une sorte de droit réel limité à l'administrateur-fiduciaire, grevant la propriété sur les biens fiduciaires, qui reviendrait directement au bénéficiaire de la fiducie, titulaire d'une part fiduciaire (droit réel de jouissance)[2120]. La première disposition serait rédigée comme suit:

> al. 1: La fiducie peut être établie sur des meubles, des immeubles, des droits ou un patrimoine.
>
> al. 2: Elle confère au fiduciaire, dans les limites du contrat de fiducie, le droit exclusif d'administrer, de gérer et de disposer du bien fiduciaire, en

---

2119 Voir les nombreux exemples et références allemands et suisses cités par ERZER (1938), pp. 60ss; HELG (1982), no 115, note 136 et MADÖRY (1946), pp. 69ss. GERSTLE (1917), pp. 133ss, a par exemple suggéré la reconnaissance, *de lege lata*, d'un droit réel de nature particulière («ein absolutes Recht sui generis»), nommé «Verwaltungsrecht». MADÖRY (1946), pp. 52s et 96ss, défend, *de lege ferenda*, cette proposition. GUBLER (1954), pp. 356a ss, a quant à lui imaginé une «Nutzniessung nachgebildetes beschränktes dingliches Recht der Begünstigten», grevant la propriété du fiduciaire.

2120 Cf. STORME (1997), pp. 267ss, dont nous restituons la première disposition de son projet (art. 710-3), pp. 312s: «Le droit réel d'administration (du bien d'autrui) est le droit d'une personne, nommée administrateur, d'avoir à son nom, d'administrer à son nom et de disposer d'un ou plusieurs biens ou d'une universalité de biens, appelés biens fiduciaires, dont une ou plusieurs autres personnes, nommées titulaires, ont la propriété, tout ceci pour le compte de ces titulaires et avec l'obligation de les faire bénéficier exclusivement de la valeur de ces biens».

son propre nom, mais pour le compte du propriétaire de ce bien, à savoir le fiduciant ou le tiers-bénéficiaire choisi par le fiduciant, et avec l'obligation de faire bénéficier exclusivement le propriétaire de la valeur du bien.

En matière immobilière, ce droit serait inscrit au Registre foncier (cf. art. 958 CC)[2121]. C'est le fiduciant, ou le tiers-bénéficiaire, qui apparaîtrait comme propriétaire sur le feuillet du grand livre, la fiducie représentant une charge, un droit d'administration fiduciaire, en faveur du fiduciaire. Le propriétaire devrait être en droit de s'opposer à tout acte de gestion, d'administration ou de disposition illicite ou non conforme à la nature de l'affaire (cf. art. 759 CC) et, lorsqu'il prouve que ses droits sont en danger, d'exiger des sûretés du fiduciaire (cf. art. 760 al. 1 CC). Si celui-ci n'obtempère pas, le juge pourrait lui retirer la possession des biens pour les remettre à un curateur (cf. art. 762 CC), voire, se verrait conférer le pouvoir d'éteindre juridiquement la fiducie. Le propriétaire aurait aussi la possibilité d'exiger en tout temps qu'un inventaire authentique des biens sujets à la fiducie soit dressé (cf. art. 763 CC).

La fiducie devrait pouvoir être constituée pour une durée déterminée. Elle s'éteindrait notamment, par la survenance du terme extinctif, en cas d'adoption d'une convention extinctive entre le propriétaire et le fiduciaire, par une décision du juge (par exemple, lorsque le fiduciaire a aliéné frauduleusement le bien fiduciaire), ou encore, et sauf disposition contraire, par la mort du propriétaire ou du fiduciaire. La fiducie éteinte, le propriétaire recouvrerait en principe *ipso iure* son plein droit de propriété – dégrevé du droit réel limité – sur les biens fiduciaires, biens qu'il serait en droit de revendiquer valablement (art. 641 al. 2 CC), même contre un tiers acquéreur, pour autant que l'acquisition de celui-ci ne soit pas protégée par la loi (cf. art. 933 CC). En matière immobilière, le propriétaire pourrait provoquer l'extinction du droit de fiducie, lorsque le fiduciaire «excède gravement son droit réel ou viole gravement des obligations contractuelles», (cf. l'art. 779f CC relatif au droit de superficie) et requérir la radiation de la fiducie au Registre foncier (cf. art. 976 al. 1 CC).

[2121] Sur la notion d'inscription au Registre foncier, cf. STEINAUER (1997), pp. 193ss.

b) La «propriété fiduciaire», une propriété *sui generis*

La solution consistant à intégrer dans le Code civil un nouveau droit réel limité, sous la forme décrite ci-dessus, ne serait pas entièrement satisfaisante d'un point de vue dogmatique. Il faut rappeler dans ce contexte que deux conceptions des droits réels limités se sont longtemps opposées[2122]. Selon la première, la constitution d'un droit réel limité peut être comprise comme l'individualisation et le transfert à un tiers d'une des facultés liées à la propriété (*théorie du démembrement*). Selon la seconde, inspirée par la tradition romaniste (*iura in re aliena*)[2123], et qui s'est imposée en droit suisse, la constitution d'un droit réel limité ne doit, au contraire, pas être considérée comme un véritable partage de la maîtrise de la chose, mais comme une charge qui restreint le droit de propriété (*théorie de la charge*). Il résulte de ce qui précède que la conception dominante ne s'accommoderait que difficilement d'un droit réel limité «d'administration du bien d'autrui», nécessairement envisagé comme un transfert temporaire du fiduciant au fiduciaire des facultés d'administrer, de gérer et de disposer du bien fiduciaire, et non comme une charge comprimant le droit de propriété du fiduciant.

De plus, dans le système helvétique des droits réels, la maîtrise partielle procurée par un droit réel limité ne peut consister que dans la faculté d'utiliser et/ou de jouir de la chose (servitude), ou dans la possibilité de bénéficier de la valeur de garantie représentée par la valeur de la chose (gage ou charge foncière)[2124]. Certes, ce *numerus clausus* est susceptible d'être élargi par le législateur[2125]. Mais la limitation des types de droits réels limités exprime aussi certainement l'idée pertinente, selon laquelle le droit du propriétaire grevé ne saurait être vidé de tout contenu. Or, en autorisant le fiduciant à transférer au fiduciaire le droit exclusif de disposer – qui est nécessaire au but poursuivi dans la fiducie-gestion –, on priverait le fiduciant de la composante essentielle de son droit de propriété, ce qui aboutirait en quelque sorte à lui nier la titularité d'un droit réel sur le bien fiduciaire.

Ces objections nous font, finalement, préférer le recours à une forme *sui generis* de propriété, la «propriété fiduciaire», dont la codification constituerait à nos yeux la solution la plus adéquate. Trouvant ses bases concrè-

---

[2122] Cf. LIVER (1980), pp. 7ss; REY (1981), pp. 25ss; RIEMER (1986), pp. 28s et STEINAUER (1994), p. 280.

[2123] Cf. Bruno SCHMIDLIN, *Droit privé romain I*, Lausanne, 1988, p. 222.

[2124] Cf. LIVER (1980), pp. 9s; RIEMER (1986), pp. 32ss et STEINAUER (1994), p. 278.

[2125] Cf. *supra*, pp. 315ss.

tes dans la *fiducia* romaine[2126], définie selon le modèle théorique que nous avons élaboré[2127], la propriété fiduciaire est fondée sur la distinction entre la «propriété-exercice» conférée au fiduciaire, et la «propriété-valeur» qui revient au fiduciant. Le concept de propriété fiduciaire permettrait de séparer deux qualités qui sont dévolues dans les cas usuels au propriétaire d'un bien, et de leur appliquer à chacune un régime juridique différencié et complémentaire.

Le nouveau régime pourrait prendre place au titre dix-huitième du Code civil, dans le chapitre C, relatif à la «propriété de plusieurs sur une chose», à la suite de la «propriété de plusieurs sur les entreprises et immeubles agricoles», avec pour note marginale: «IV. Propriété fiduciaire». Le premier article, l'art. 654 b CC, aurait la teneur suivante:

> al. 1: La propriété-exercice (titularité formelle) et la propriété-valeur (titularité substantielle) forment la propriété fiduciaire.
>
> al. 2: Le fiduciaire est le titulaire formel du bien fiduciaire. Il exerce un droit exclusif de gestion, d'administration et de disposition sur le bien fiduciaire.
>
> al. 3: Le fiduciant, ou le tiers-bénéficiaire, est le titulaire substantiel du bien fiduciaire. Il est au bénéfice d'un droit exclusif à la valeur du bien fiduciaire.

La «propriété-exercice» correspondrait, d'une certaine manière, aux caractères traditionnels du droit réel. Elle se traduirait par la maîtrise physique, matérielle (maîtrise formelle), au droit sur la chose. Elle comprendrait notamment le droit d'user, de jouir (juridiquement) et de disposer du bien fiduciaire. La «propriété-valeur» reposerait quant à elle sur une autre dimension, celle de la maîtrise patrimoniale (maîtrise substantielle), du droit à la valeur de la chose. La première serait attribuée au titulaire juridique d'une opération, la seconde, à son bénéficiaire économique.

Dans notre optique, la propriété fiduciaire est une forme de propriété collective qui peut être comparée à la copropriété, pour en être cependant clairement différenciée. Au même titre que la propriété fiduciaire, le régime de la copropriété distingue, à certains égards, la domination physique et la domination idéale sur un bien. En effet, chacun des copropriétaires dispose d'un droit de propriété qui s'exerce physiquement sur la chose entière, mais qui idéalement ne correspond qu'à une entité non matérielle, la quote-part

---

2126 Cf. *supra*, deuxième partie, chapitres IV et V.
2127 Cf. *supra*, pp. 393ss.

(cf. art. 646 al. 1 CC)[2128]. La copropriété et la propriété fiduciaire s'opposent toutefois tant sur le plan des concepts qu'elles mettent en œuvre que sur le plan de leur structure et de leur organisation.

Trois différences majeures seront mentionnées. Premièrement, la copropriété s'organise comme une cotitularité sur un bien, les droits des propriétaires collectifs étant de même nature[2129]. En revanche, le fiduciant et le fiduciaire ne seraient pas cotitulaires du bien fiduciaire mais se partageraient des prérogatives différentes. Deuxièmement, dans la copropriété, le droit de tous les propriétaires comporte à la fois un aspect matériel et un aspect idéal. Chaque copropriétaire a ainsi une maîtrise physique égale, qui porte sur la totalité de la chose, et une maîtrise patrimoniale, dont l'ampleur varie en fonction de la valeur de la quote-part. C'est donc uniquement cette valeur qui différencie le droit d'un copropriétaire à l'autre. En revanche, dans la fiducie, les rôles seraient clairement distingués: le fiduciaire exercerait seul la maîtrise physique, le fiduciant (ou le tiers-bénéficiaire) bénéficierait seul de la maîtrise substantielle. Troisièmement, le contenu du droit sur la quote-part et du droit sur la chose elle-même ne correspondraient pas au droit du fiduciant à la valeur de la chose et au droit du fiduciaire sur la chose.

Ainsi, le copropriétaire peut en principe librement aliéner, engager, ou renoncer à sa part (cf. art. 646 al. 3 CC)[2130]. En outre, le copropriétaire a la faculté de défendre sa part contre les tiers (cf. art. 641 al. 2 et 679 CC) comme contre les autres copropriétaires (cf. art. 679 CC)[2131]. En revanche, les droits du fiduciant ou du bénéficiaire sur la valeur du bien fiduciaire, quoique très appréciables, ne seraient pas aussi étendus. Le fiduciant ne serait, par exemple, pas autorisé à engager son droit à la valeur, car le fiduciaire pourrait difficilement exercer son devoir de gestion sur un bien dont la valeur a été mise en gage. Par contre, devrait être reconnu au fiduciant le droit de disposer de cette valeur pour autant que l'acte d'aliénation soit compatible avec le but fiduciaire. Rien ne devrait notamment l'empêcher de céder son droit à un autre bénéficiaire. De plus, le fiduciant aurait la possibilité de protéger ou d'exiger cette valeur dans toutes les procédures qui concernent la titularité patrimoniale et non la titularité formelle sur le bien fiduciaire. Quant à la chose elle-même, le copropriétaire est titulaire de droits qu'il peut exercer

[2128] Cf. STEINAUER (1997), p. 307.
[2129] Cf. MEIER-HAYOZ (1981), p. 481 et STEINAUER (1997), p. 306.
[2130] Cf. MEIER-HAYOZ (1981), pp. 493ss et STEINAUER (1997), pp. 332ss.
[2131] Cf. MEIER-HAYOZ (1981), pp. 505ss.

seul, comme les droits d'usage, de jouissance ou de procéder à certains actes d'administration, mais aussi de droits qu'il ne peut exercer qu'en commun avec les autres copropriétaires, tels les droits de disposer de la chose ou de procéder à la plupart des actes d'administration (cf. art. 647ss CC)[2132]. En revanche, le fiduciaire aurait un droit exclusif d'administration et de disposition sur le bien fiduciaire.

La consécration législative de la propriété fiduciaire, en tant que propriété *sui generis*, comporterait à notre avis de nombreux avantages. Tout d'abord, la notion de «propriété-valeur» serait une base solide qui permettrait de protéger efficacement le patrimoine fiduciaire sans pour autant entrer en conflit avec le droit formel attribué au fiduciaire. Chaque fois que la valeur du bien fiduciaire serait en jeu, que cela soit en matière d'exécution forcée, de successions, de régimes matrimoniaux, de droit de compensation, ou de subrogation patrimoniale, la «propriété-valeur» du fiduciant prévaudrait sur la «propriété-exercice» du fiduciaire, à moins qu'un tiers ne puisse alléguer l'existence d'un droit préférable spécifique sur la base d'une norme protégeant sa bonne foi. En particulier, le principe de la subrogation patrimoniale s'appliquerait très largement, de manière à ce qu'il confère au fiduciant la faculté de «suivre» la valeur du bien là où elle se trouve, notamment dans les cas d'une aliénation frauduleuse du bien fiduciaire par le fiduciaire. On pourrait y voir la concrétisation de la *rei vindicatio utilis* romaine[2133]. De même, en cas de manquement grave du fiduciaire à ses devoirs, impliquant la mise en péril de la valeur du bien fiduciaire, le fiduciant, ou le bénéficiaire, aurait le droit de demander en justice la révocation du fiduciaire et son remplacement par un curateur (cf. art. 392ss CC), voire le prononcé de la fin du rapport fiduciaire.

Ensuite, le concept de «propriété-valeur» serait susceptible de donner une impulsion nouvelle à l'institution du droit de propriété telle que conçue dans les codifications bourgeoises du XIX[e] siècle[2134], en élargissant son régime au droit dématérialisé à la valeur du bien[2135]. En outre, la notion de «propriété-valeur» s'intégrerait sans problèmes insurmontables dans le cadre de la législation actuelle de droit privé (CC et CO). De plus, elle serait propice à l'harmonisation du régime juridique de droit privé de la fiducie avec les régimes résultant des normes de droit pénal, fiscal et comptable,

---

2132 Cf. MEIER-HAYOZ (1981), pp. 510ss et STEINAUER (1997), pp. 343ss.

2133 Sur cette notion, cf. *supra*, pp. 460s.

2134 Cf. *supra*, pp. 301ss.

2135 Voir aussi *supra*, pp. 321ss.

lesquels se fondent déjà à l'heure actuelle principalement sur l'élément patrimonial[2136]. Enfin, avec quelques aménagements, la propriété fiduciaire pourrait être conçue comme une institution générale du droit des biens fournissant un cadre de base à toutes les applications de la fiducie, qu'elles soient constituées par actes entre vifs ou pour cause de mort. Finalement, la propriété fiduciaire serait la forme de propriété applicable dans tous les cas où les parties ont convenu de séparer la titularité formelle et le bénéficie économique sur un bien.

En conclusion, on constatera que même si, *de lege lata*, de nombreuses solutions existent pour améliorer sensiblement le régime juridique de la fiducie-gestion, l'intervention du législateur est préférable, en ce qu'elle serait de nature, d'une part, à protéger encore plus amplement le patrimoine fiduciaire et, d'autre part, à intégrer la fiducie dans une conception dogmatique cohérente et novatrice en rupture avec le système actuel. Qui plus est, une fiducie réformée *de lege ferenda* pourrait bénéficier, ainsi que nous allons maintenant le voir, d'une reconnaissance accrue sur le plan international.

[2136] Cf. *supra*, pp. 44ss.

CHAPITRE III

FIDUCIE, TRUST, CONVENTION DE LA HAYE ET PRINCIPLES OF EUROPEAN TRUST LAW

On a déjà fait allusion au contexte international dans lequel se positionne aujourd'hui le débat helvétique sur la fiducie. Le trust anglo-saxon connaît le succès bien au-delà de ses frontières naturelles, et notamment dans les pays de tradition civiliste, ceux-là mêmes dont la codification a rejeté la distinction, fondamentale au trust, entre *legal* et *equitable ownership*. On ne peut désormais plus étudier l'institution fiduciaire du droit interne sans prendre en considération la similitude fonctionnelle qu'elle entretient avec le trust (dissocier la titularité juridique du bénéfice économique de certains biens), leurs différences doctrinale et structurelle (la fiducie est contractuelle, le trust ne l'est pas) et les rapports de concurrence entre ordres juridiques dans le choix de la loi applicable. Il ne s'agit pas ici de comparer dans le détail la fiducie de tradition romaniste au trust, ni de présenter ou d'étudier le trust anglo-saxon. Le temps nous manquerait. Mais surtout ces sujets ont déjà donné lieu à une très abondante littérature[2137]. Il faut, en revanche, rappeler la place qui est dévolue au trust dans l'ordre juridique suisse. En outre, la fiducie helvétique se doit d'être confrontée au trust, en particulier selon la définition qu'en donne la CLH. Par conséquent, après avoir brièvement rappelé les caractéristiques et les objectifs de la CLH (section A), nous examinerons, ne serait-ce que sommairement, la reconnaissance en Suisse des effets d'un trust étranger (section B) et la possibilité pour la fiducie suisse de voir ses effets reconnus à l'étranger (section C)[2138]. Enfin, la fiducie-gestion helvétique sera également située par rapport aux *Principles of European Trust Law* rédigés par un groupe d'experts internationaux, et qui ont été rendus publics au mois de janvier 1999 (section D).

[2137] Sur les différences et similitudes entre trust et fiducie, cf., par exemple, DREYER (1981), pp. 45ss; GAMBARO (1995), pp. 642ss; GRIMALDI/BARRIÈRE (1998); GUBLER (1954); KÖTZ (1963); REYMOND (1954); WATTER (1995), pp. 187 à 203 et WITZ (1981), pp. 2ss.

[2138] Sur ces questions, cf. THÉVENOZ/DUNAND (1998), pp. 504ss.

A. Caractéristiques et objectifs de la Convention de La Haye

Sous l'égide de la *Conférence de La Haye de droit international privé*, la *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* a été conclue le premier juillet 1985 et signée le même jour par trois Etats européens: l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas. En vigueur depuis le premier janvier 1992, la CLH a été ratifiée fin 1998 par les Etats suivants: l'Australie, l'Italie, le Canada (pour les Provinces d'Alberta, de Colombie-Britannique, de l'Ile-du-Prince-Edouard, du Nouveau-Brunswick, de Terre-Neuve, de Manitoba et de Saskatchewan), le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (y compris Jersey et Guernesey), Malte, les Pays-Bas (le Royaume en Europe) et la Chine (région administrative de Hongkong uniquement). La France, les Etats-Unis et Chypre l'ont également signée, mais, tout comme le Luxembourg, ne l'ont pas encore ratifiée. La Suisse n'a pas signé à ce jour la CLH et il n'existe pas, dans l'immédiat, de véritable volonté politique d'engager notre pays sur la voie de l'adhésion à cette convention. Tout au plus s'est-il engagé une amorce de réflexion sur cette question au sein du Département fédéral de Justice et Police. En revanche, dans les milieux académiques et bancaires, des voix de plus en plus nombreuses plaident en faveur d'une adhésion[2139].

Comme son nom l'indique, et ainsi que l'énonce son article premier, la CLH «détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance». Elle ne s'applique, en réalité, qu'aux trusts volontaires (*express trusts*), soit les trusts créés par la volonté d'un constituant. La CLH donne des règles en matière de conflits de lois, mais ne constitue pas une convention de droit uniforme. Il s'agit d'une convention d'application générale (*erga omnes*), dans la mesure où les Etats contractants s'engagent à reconnaître tout trust conforme à la définition de la Convention, qu'il soit ou non rattaché à un autre Etat contractant[2140]. Contrairement à d'autres Conventions de La Haye qui règlent des institutions connues partout, bien que soumises dans les divers Etats à des règles de droit international privé divergentes (par exemple, la vente ou l'adoption), la Convention sur le trust régit une institution pratiquée dans certains Etats membres de la Conférence (en principe, les pays de *common law*), mais ignorée par d'autres (la plupart des Etats de *civil law*).

[2139] Cf. FUCHS (1998), pp. 32ss; GIOVANOLI (1994), pp. 215s; GUTZWILLER (1985), p. 56; SUPINO (1994), pp. 223ss; THÉVENOZ (1995), pp. 350s; Alfred E. von OVERBECK, «Rapport sur le groupe de travail III lors des débats de la Société Suisse des Juristes le 30 septembre 1995», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 114 (1995) II, pp. 529s; von OVERBECK (1999), p. 107; WACH (1987), p. 211 et WATTER (1995), p. 252.

[2140] Cf. von OVERBECK (1986), pp. 377s.

Dans ce contexte, la Convention est «destinée à jeter des ponts entre pays de *common law* et pays de *civil law*»[2141].

Il est probable que tous les Etats membres de la Conférence profitent de l'entrée en vigueur et de l'application de la CLH[2142]. Tout d'abord, les Etats connaissant le trust y ont trouvé la possibilité d'unifier sur le plan international le régime des règles de conflit applicables au trust. De plus, ils pourront voir reconnaître les trusts de leur droit dans les pays où l'institution est inconnue. Rappelons cependant qu'il ne s'agit pas d'introduire le trust dans les pays de *civil law*, mais de fournir aux juges de ces pays les instruments propres à appréhender cette figure juridique. Quant aux Etats ne connaissant pas le trust, leur intérêt est également double. D'une part, ils ne seront plus contraints de rechercher tant bien que mal à faire entrer des éléments du trust dans leurs propres concepts. En effet, la Convention met à leur disposition des règles de conflit de lois (cf. art. 6ss)[2143] et indique en quoi doit consister la reconnaissance du trust (cf. art. 15ss), tout en en définissant aussi les limites (cf. art. 15ss)[2144]. D'autre part, et surtout, la CLH est susceptible de s'appliquer aux institutions de ces pays qui répondent structurellement (et non pas seulement fonctionnellement) aux critères de la Convention (cf. art. 2), assurant ainsi leur reconnaissance internationale, y compris dans les pays de *common law*[2145]! Des auteurs doutent de la pertinence de cette interprétation[2146]. Il est cependant indéniable que, comme ne l'exprime, il est vrai, que très imparfaitement le préambule de la CLH[2147], les rapporteurs aux travaux de la Quinzième session avaient pour intention d'inclure de telles institutions dans le champ d'application de la CLH, même si elles ne constituent pas une réception du trust de *common law*[2148]. La

---

2141 Von OVERBECK (1986), p. 372.

2142 Sur ces questions, cf. von OVERBECK (1986), pp. 372ss.

2143 Selon le principe retenu dans l'article 6 al. 1 CLH, le trust est régi par la loi – d'un pays connaissant le trust – choisie par le constituant.

2144 Cf. SUPINO (1994), pp. 212ss.

2145 Cf. DUTOIT (1998), pp. 211s; KLEIN (1990), p. 468; LUPOI (1998a), p. 495; PELICHET (1994), pp. 159ss; SUPINO (1994), p. 207 et von OVERBECK (1986), p. 372.

2146 Cf., par exemple, BROGGINI (1997), pp. 18ss et (1998), pp. 408s, et REYMOND (2000), p. 687.

2147 «Les Etats signataires de la présente Convention, Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de common law, *adoptée par d'autres pays avec certaines modifications...*» (c'est nous qui soulignons).

2148 Cf. von OVERBECK (1986), p. 375; GAILLARD (1990), pp. 308s; LUPOI (1998b), p. 438 et PELICHET (1994), pp. 160s.

fiducie bancaire luxembourgeoise paraît constituer un exemple de fiducie civiliste admise au rang de trust au sens de la CLH[2149].

B. Reconnaissance en Suisse de trusts constitués selon un droit étranger

La doctrine suisse considère généralement que l'introduction en droit suisse, *de lege ferenda*, d'une institution directement inspirée du trust, n'est ni nécessaire – car des buts semblables à ceux poursuivis par la constitution d'un trust peuvent être atteints au moyen d'autres institutions (fiducie, stipulation pour autrui, mandat *post mortem*, fondation, exécution testamentaire, substitution fidéicommissaire, voire société de capitaux...) –, ni opportune, car le trust est susceptible de contrevenir à certains principes impératifs du droit suisse, notamment en matière successorale (prohibition des fidéicommis de famille, limitation des substitutions, existence d'une réserve successorale) ou de droit des biens (conception de la propriété, *numerus clausus* des droits réels)[2150]. Plus récemment, sans remettre en cause fondamentalement les conclusions susmentionnées, plusieurs auteurs se sont cependant attachés à démontrer les avantages compétitifs du trust, les faiblesses du régime actuel de la fiducie helvétique et les moyens d'y remédier[2151].

Dans son célèbre arrêt *Harrison c. Crédit suisse* rendu en 1970, le Tribunal fédéral a affirmé que le trust était une institution inconnue du droit *interne* suisse[2152]. Il devait en effet qualifier, selon le droit suisse, un trust constitué en 1919 par un ressortissant américain, puis transformé en un nouveau trust par contrat («Settlement») du 12 avril 1928 entre le constituant et le Crédit Suisse, aux termes duquel les biens du trust étaient transférés irrévocablement au Crédit Suisse en tant que *trustee*, le Canton de Zurich ayant été par la suite désigné comme for du contrat. Aucune institution légale ne

---

2149 Cf. LUPOI (1998b), p. 437 et WOLTER (1999), p. 232.

2150 La Société suisse des juristes a consacré à ces questions son congrès de 1954. Cf. les rapports de REYMOND (1954), not. pp. 172a ss, et de GUBLER (1954), not. pp. 348a ss. Voir aussi DREYER (1981), pp. 42ss. *Contra*: SCHNITZER (1963), pp. 73ss. Notons que les mêmes questions ont trouvé les mêmes réponses en droit allemand (cf. COING (1991), pp. 79ss et KÖTZ (1963), pp. 163ss et (1999), pp. 96ss).

2151 Ces thèmes constituent l'objet principal des rapports que THÉVENOZ (1995) et WATTER (1995) ont présentés au Congrès de 1995 de la Société suisse des juristes. Voir aussi GIOVANOLI (1994), pp. 189ss et SUPINO (1994), pp. 141ss.

2152 ATF 96 II 79, *JdT* 1971 I 329. Cf. les notes de jurisprudence consacrées à cet arrêt par REYMOND (1971) et Frank VISCHER, *Annuaire suisse de droit international* (Zurich) XXVII (1971), pp. 237ss.

déployant à elle seule les effets complexes poursuivis par le *deed of trust*, les juges décidèrent d'en sauver la validité par le principe de conversion, en considérant que ledit trust constituait en réalité la combinaison d'un acte fiduciaire, d'une promesse de donner, d'une donation pour cause de mort et d'une stipulation pour autrui.

Cette dissection n'était qu'un pis-aller. Elle ne signifie toutefois pas que les autorités helvétiques, notamment judiciaires, fiscales et administratives, ignorent les effets de trusts étrangers[2153]. Il est significatif que, dans le cadre des dispositions de défense économique que les entreprises suisses pourraient prendre pour protéger leurs biens, droits et intérêts en temps de conflit international[2154], l'arrêté du Conseil fédéral protégeant par des mesures conservatoires les personnes morales, sociétés de personnes et raisons individuelles du 12 avril 1957[2155] prévoie expressément le recours à des trusts soumis à un droit étranger (cf. art. 18 et 19)[2156]. Mais, surtout, l'importance de la place financière suisse, notamment dans la gestion des patrimoines privés et institutionnels, met de nombreux trusts en contact avec notre système juridique[2157]. Avocats, notaires et banquiers helvétiques interviennent déjà depuis des décennies à l'occasion de la conception, de la constitution, voire de la gestion de trusts soumis à un droit étranger[2158]. Ces diverses activités tendent aujourd'hui à se multiplier et le rôle des acteurs suisses à se renforcer. Ainsi, alors qu'elles se limitaient très souvent à accueillir les dépôts bancaires sur des comptes ouverts auprès d'elles par des *trustees* étrangers, les banques helvétiques proposent maintenant de manière croissante à leur clients – en principe étrangers – la constitution et la gestion de trusts *offshore* par le biais de «Trust Companies», filiales ou correspondantes, établies sous un ordre juridique favorable au trust[2159]. De même, des personnes morales ou physiques domiciliées en Suisse interviennent désor-

---

2153 Cf. THÉVENOZ/DUNAND (1998), p. 506, ainsi que PONCET/MEAKIN (1998), pp. 324ss. Sur le régime fiscal du trust en droit suisse, cf. OBERSON (1998), pp. 444s et références citées.

2154 Par exemple, lorsqu'elles craignent des mesures spoliatrices ou confiscatoires décidées par une autorité étrangère qui viendrait à occuper le territoire suisse.

2155 (RS 531.54).

2156 Sur les buts de cet arrêté, cf. Andreas PETER (1960).

2157 Cf. MOOSMANN (1999), pp. 306s et REYMOND (1971), p. 322.

2158 Cf. GUTZWILLER (1985), p. 53 et Mark BARMES, «Intervention aux débats de la Société suisse des juristes le 30 septembre 1995», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 114 (1995) II, p. 533.

2159 Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 296s; von OVERBECK (1999), p. 106 et WATTER (1995), p. 185.

mais plus ou moins ouvertement en qualité de *trustees*[2160]. Par ailleurs, la pratique révèle aussi des cas dans lesquels des bénéficiaires de trusts résident dans notre pays[2161]. Enfin, il est de moins en moins rare que des avocats ou notaires suisses agissent en qualité de «protecteurs» de trusts constitués à l'étranger, c'est-à-dire en ayant pour mission de contrôler l'activité des *trustees*[2162].

En l'absence de normes spécifiques dans la LDIP, la doctrine majoritaire estime qu'un trust constitué à l'étranger peut être reconnu en Suisse en tant que «patrimoine organisé», au sens de l'art. 150 al. 1 LDIP. Sont en particulier susceptibles de répondre à cette condition les *express trusts*, pourvu, d'une part, qu'ils constituent un patrimoine suffisamment organisé, et, d'autre part, que le *settlor* n'ait pas complètement limité l'indépendance du *trustee* en se réservant un droit de révocation ou de modification des *beneficiaries*, ce qui réduirait la position du *trustee* à celle d'un simple fiduciaire[2163]. Dans la règle (cf. toutefois l'art. 154 al. 2 LDIP), les trusts entrant dans le champ d'application de l'art. 150 LDIP sont régis par le droit de l'Etat en vertu duquel ils sont organisés (art. 154 al. 1 LDIP), sous réserve de rattachements spéciaux (cf. art. 156ss LDIP) et de la conformité de ce droit avec les règles générales énoncées aux art. 13ss LDIP, notamment le respect de l'ordre public suisse (art. 17 et 18 LDIP)[2164]. Dans certains domaines (par exemple, exécution forcée, droit matrimonial, droit successo-

---

2160 Cf. SCHULTHESS/LIMBURG (1996), pp. 57ss et WACH (1987), p. 210.

2161 Cf. OBERSON (1998), p. 445.

2162 Cf. BONNARD (1999), pp. 673ss; Karin STROBL-STAUB, «Le trust en tant qu'instrument offshore», in *L'expert fiduciaire* (Zurich) 4/1999, p. 212 et von OVERBECK (1999), p. 120.

2163 Cf. surtout MAYER (1998), pp. 103ss. Voir aussi BREITSCHMID (1995), p. 61; Bernard DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, pp. 411s; FUCHS (1998), pp. 19s; HONSELL (1993), p. 76; SUPINO (1994), pp. 156ss; Frank VISCHER, *IPRG Kommentar*, *Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zurich, 1993, pp. 1323ss; Andreas von PLANTA, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Internationales Privatrecht*, Bâle, 1996, pp. 1124s et WATTER (1995), p. 242. Si cette seconde qualification est retenue, notamment lorsque le *trustee* est assimilé à un fiduciaire au sens du droit suisse, le trust est alors considéré comme un contrat, ce qui ne nuit pas nécessairement à sa validité, mais peut entraîner un rattachement différent (cf. art. 116ss LDIP). Sur cette question, cf. FUCHS (1998), p. 17; MOOSMANN (1999), pp. 309s et SUPINO (1994), pp. 163ss.

2164 Cf. FUCHS (1998), pp. 16ss; MAYER (1998), pp. 137ss et SUPINO (1994), pp. 186ss. Sur l'ordre public suisse visé par les art. 17 et 18 LDIP, cf. Andreas BUCHER, *Droit international privé suisse*, Tome I/2: *Partie générale – Droit applicable*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1995, pp. 163ss.

ral, droit fiscal...), la détermination et la mise en œuvre du droit applicable peuvent poser des problèmes non négligeables[2165].

Les décisions étrangères relatives à ces trusts sont en principe reconnues et exécutoires en Suisse, selon les conditions et limites énoncées aux art. 165 et 25ss LDIP[2166]. Mais il faut également prendre en compte la Convention dite de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1992, et qui prime la LDIP dans les relations entre Etats contractants. Les art. 5 ch. 6 et 17 ch. 2 de cette Convention prévoient en effet des compétences judiciaires spécifiques en matière de trusts. Ces dispositions ne devraient cependant pas souvent être appliquées aux motifs, d'une part, que certains trusts de la pratique quotidienne n'y sont pas soumis et, d'autre part, quant aux trusts concernés par la Convention, parce que les conditions d'application de ces normes se trouveront rarement réunies dans un cas particulier[2167].

En résumé, on peut donc affirmer que le droit *interne* suisse ne connaît pas le trust, mais que le *droit international privé* suisse reconnaît dans une certaine mesure les trusts constitués selon un droit étranger. Ainsi, l'adhésion de la Suisse à la CLH simplifierait la reconnaissance du trust dans notre pays et apporterait une plus grande sécurité juridique[2168]. Elle préciserait à la fois les conditions et les effets de la reconnaissance d'un tel trust (art. 11ss CLH), étant réservées les dispositions impératives de lois applicables à d'autres matières que le trust selon les règles de conflit du for (art. 15) et selon les lois d'application immédiates (art. 16), ainsi que les règles d'ordre

---

2165 Cf. FUCHS (1998), pp. 18ss; PONCET/MEAKIN 1998), pp. 326ss et SCHULTHESS/LIMBURG (1996), pp. 58ss. Sur l'exemple du régime juridique en Suisse d'un trust liechtensteinois, cf. MOOSMANN (1999), pp. 306ss et Dieter ZOBL, «Treuhand und Trust im schweizerischen Recht – Aktuelle Probleme», in *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Berne, 1995, pp. 120ss. Sur la revendication en Suisse d'un bien fiduciaire ou du bien d'un trust, suite à la faillite prononcée en Allemagne contre le fiduciaire, ainsi qu'au Liechtenstein ou aux U.S.A. contre le *trustee* (faillite internationale, art. 166 ss LDIP), cf. BARTHOLD (1997).

2166 Sur les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères en Suisse, cf. Andreas BUCHER, *Droit international privé suisse*, Tome I/1: *Partie générale – Conflits de juridictions*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, pp. 181ss.

2167 Cf. Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, «Convention de Lugano et contentieux bancaire», in *Journée 1995 de droit bancaire et financier*, Berne, 1995, pp. 67ss et SUPINO (1994), pp. 230ss. Pour un commentaire de ces dispositions, voir aussi BERTI (1994), pp. 227ss et BROGGINI (1997), pp. 15ss.

2168 Cf. FLATTET (1990), p. 265.

public suisses (art. 18). Relevons que, selon la «clause de sauvegarde» de l'art. 13 CLH, un Etat peut refuser de reconnaître un trust qui a été soumis à une loi connaissant le trust, par le choix du constituant ou en raison du lieu d'administration ou de la résidence habituelle du *trustee*, si d'autres éléments significatifs, telles la situation des biens du trust dans un pays ignorant cette institution, ou la nationalité du constituant ou du bénéficiaire, sont rattachés plus étroitement avec des Etats ignorant le trust[2169]. Dès lors, un juge suisse ne serait, par exemple, pas tenu de reconnaître un trust sur des biens situés en Suisse, soumis au droit anglais par un constituant résidant en Suisse ou ailleurs, au profit de parents ou amis suisses.

Selon l'art. 11 al. 2 CLH, la «reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique». D'autres éléments du trust, prévus à l'al. 3 de l'article 11 CLH, devront également être acceptés et seront une conséquence de la reconnaissance, mais seulement «dans le cas où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit». Le dernier des quatre caractères décrits aux lettres a à d de l'art. 11 al. 3 CLH a été le plus discuté[2170]. Il implique «que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels [*mingling of asset*] ou en a disposé [*tracing*]» (art. 11 al. 3 lit. d CLH). La dernière hypothèse est délicate, notamment lorsque le *trustee* a aliéné les biens à un tiers-acquéreur, car le droit d'agir du bénéficiaire (*tracing*) peut porter atteinte aux intérêts de ce tiers. Notons cependant que c'est la loi déterminée par les règles de conflit du for et non le statut du trust qui fixera les limites de l'action en revendication du bénéficiaire[2171]. Ainsi, par exemple, l'art. 15 lit. f CLH réserve-t-il expressément, parmi les dispositions impératives déterminées par les règles de conflit de la loi du for: «la protection des tiers de bonne foi...». En Suisse, il est évident que le tiers-acquéreur de bonne foi serait protégé dans son acquisition (cf. l'art. 714 al. 2 CC), le bénéficiaire étant alors réduit à l'action personnelle contre le *trustee*.

La deuxième phrase de l'art. 11 al. 3 lit. d CLH, relative aux rapports entre le *trustee* avec les tiers, a été rédigée eu égard à la situation des ban-

[2169] Cf. JAUFFRET-SPINOSI (1987), p. 63.
[2170] Cf. JAUFFRET-SPINOSI (1987), pp. 56ss.
[2171] Cf. REYMOND (1991), p. 17.

ques qui auraient reçu des biens d'un trust, en violation du trust[2172]. En particulier, les banquiers suisses redoutaient d'encourir la responsabilité que la loi peut imposer dans les ordres juridiques de *common law* aux banques traitant avec un *trustee*. Mais le contrat conclu entre le *trustee* et une banque est régi par la loi désignée par les règles de conflit applicables à ce contrat et non à la loi du trust, ce que précise clairement la deuxième phrase de la disposition précitée. Or, en Suisse, le *trustee* et la banque suisse sont normalement liés par un contrat de dépôt ou de mandat qui est le plus souvent expressément soumis au droit suisse; à défaut, le Code des obligations suisse n'en est pas moins également applicable, conformément aux règles de droit international privé suisse (cf. art. 117 LDIP). De ce fait, les banques suisses liées par un contrat de dépôt pourront se prévaloir de l'art. 479 CO relatif aux «droits de propriété prétendus par des tiers»[2173].

L'art. 15 al. 1 CLH donne une liste non exhaustive («notamment») des matières pouvant entrer en conflit avec les dispositions sur le trust. Cet article vise les hypothèses dans lesquelles un trust existant déploie des effets incompatibles avec des règles impératives du for (loi matérielle du for lorsque celle-ci est désignée par ses propres règles de conflit) ou de la loi d'un pays tiers (loi matérielle étrangère désignée par le droit international privé du for) dans une matière autre que le trust[2174]. Cependant, si l'application de cette disposition fait obstacle à la reconnaissance du trust, «le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques» (art. 15 al. 2 CLH). Craignant que certains juges suisses n'interprètent d'une manière trop extensive les lettres d (visant le transfert de propriété et les sûretés réelles) et e (visant la protection des créanciers en cas d'insolvabilité) de l'art. 15 al. 1 CLH, et de ce fait ne limitent les effets juridiques de la reconnaissance en Suisse d'un trust étranger, von OVERBECK estime qu'une ratification de la CLH par la Suisse devrait être accompagnée d'une loi d'application suisse «assurant le transfert de la propriété au trustee et la séparation du patrimoine du trust», à l'exemple de la loi d'application néerlandaise[2175]. Dans l'hypothèse d'une ratification, nous ne voyons cependant pas ce qui empêcherait les juges de notre pays de reconnaître le transfert de

---

2172 Cf. JAUFFRET-SPINOSI (1987), pp. 58s et PELICHET (1994), pp. 155s.

2173 Art. 479 al. 1 CO: «Si un tiers se prétend propriétaire de la chose déposée, le dépositaire n'en est pas moins tenu de la restituer au déposant, tant qu'elle n'a pas été judiciairement saisie ou que le tiers n'a pas introduit contre lui sa demande en revendication». Sur cette question, cf. von OVERBECK (1985), p. 36 et REYMOND (1991), p. 17.

2174 Cf. von OVERBECK (1986), p. 401.

2175 Cf. von OVERBECK (1997), pp. 379s, citation, p. 379.

propriété au *trustee* et la qualité de propriétaire de celui-ci. Par ailleurs, l'une des caractéristiques majeures du trust selon la CLH est que les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee* (art. 2 al. 2 lit. a CLH). Or, il serait pour le moins contradictoire de reconnaître la validité d'un trust, pour en limiter aussitôt les effets juridiques en matière patrimoniale. Il est en revanche entendu que la constitution de sûretés réelles mobilières sans dépossession du débiteur ne sera sans doute pas opposable aux tiers en Suisse, même si le trust étranger créé à cet effet est reconnu en tant que tel (cf. art. 884 al. 3 et 717 CC, en liaison avec l'art. 15 al. 1 lit. d *in fine* CLH)[2176].

Il n'existe à notre avis pas de nécessité absolue d'accompagner l'adhésion par la Suisse à la CLH d'une loi d'application, en vue de favoriser la reconnaissance en Suisse de trusts constitués selon un droit étranger. Certes, la CLH confère aux juges un large pouvoir d'appréciation. Mais il n'y a pas de raison de douter que ceux-ci en feront à terme un bon usage. La CLH est suffisamment claire et, comme nous l'avons vu, une application correcte de l'art. 15 CLH par les juges suisses ne devrait pas mettre en cause la reconnaissance des principaux effets du trust, notamment du patrimoine séparé[2177]. L'exemple hollandais n'est pas pertinent, dans la mesure où la loi d'application de ce pays a été prise pour contourner certains obstacles spécifiques qui ne relèvent que du droit néerlandais[2178].

Il n'en demeure pas moins qu'une législation suisse d'application serait très certainement opportune. Elle serait notamment de nature à rassurer les investisseurs étrangers, en clarifiant le régime juridique applicable en Suisse aux trusts[2179]. Elle aurait alors pour objet de garantir une large application de l'art. 11 CLH, disposition centrale de la Convention. Il serait aussi utile de préciser de quelle manière doit se faire l'inscription (facultative) dans les registres publics ou privés (tels les registres des actionnaires) du *trustee* ou du trust, selon l'art. 12 CLH[2180]. Notons que certains auteurs estiment déjà possible, *de lege lata*, l'annotation du trust au Registre foncier, par une application analogique de normes existantes (art. 959 ou 960 CC) [2181], ce qui

---

[2176] Sur la question des sûretés mobilières sans dépossession, cf. GIOVANOLI (1991), p. 47.
[2177] Cf. von OVERBECK (1997), p. 379.
[2178] Cf. von OVERBECK (1997), pp. 372ss.
[2179] Cf. FUCHS (1998), p. 35 et von OVERBECK (1997), p. 379.
[2180] Cf. von OVERBECK (1997), pp. 379s.
[2181] Cf. BREITSCHMID (1995), p. 65 et von OVERBECK (1997), p. 380.

paraît discutable, vu les termes de la loi[2182]. L'admissibilité d'une telle annotation dépend toutefois de l'existence ou non d'un principe du *numerus clausus* des droits annotables[2183]. Précisons en outre que l'inscription n'est pas obligatoire lorsqu'elle est interdite par la loi de l'Etat où elle doit avoir lieu ou qu'elle est incompatible avec cette loi (cf. art. 12 *in fine* CLH)[2184]. Enfin, une loi d'application ne devrait pas se limiter à garantir les effets de la reconnaissance en Suisse de trusts étrangers. Elle serait aussi l'occasion de moderniser le régime juridique de la fiducie-gestion helvétique[2185] et, par voie de conséquence, comme nous le verrons ci-dessous (cf. *infra*, section C), de favoriser sa reconnaissance à l'étranger.

C. Reconnaissance à l'étranger des effets d'une fiducie de droit suisse

En l'état actuel des choses, la reconnaissance et la protection à l'étranger d'un patrimoine fiduciaire résultant d'un rapport fiduciaire constitué en Suisse selon le droit suisse dépend de la loi applicable en vertu des règles de rattachement du for, sous réserve de l'ordre public international de celui-ci. En particulier, il n'est pas certain que tous les fors reconnaissent les principaux effets de la fiducie suisse, à savoir le transfert de propriété au fiduciaire et les conditions dans lesquelles le retour au fiduciant ou la dévolution au bénéficiaire sont protégés[2186]. Certes, dans la mesure où le juge étranger accepte la qualification contractuelle de la convention de fiducie selon la loi suisse, la validité d'une clause d'élection du droit suisse sera vraisemblablement admise. En revanche, les effets particuliers de l'art. 401 CO ou de l'art. 37b de la loi sur les banques pourraient susciter quelques difficultés.

Une adhésion par la Suisse à la CLH pourrait-elle permettre de remédier à cette situation? Il s'agit, pour répondre à cette question, de déterminer si la fiducie helvétique répond aux critères du trust tels que définis aux art. 2 et 3 de cette Convention.

> **Article 2 CLH**
>
> Aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou

[2182] Cf. SUPINO (1994), p. 218.

[2183] Sur cette question, cf. Henri DESCHENAUX, *Schweizerisches Privatrecht*, tome V/3/1: *Das Grundbuch*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1988, pp. 408s.

[2184] Cf. PELICHET (1994), p. 157.

[2185] Cf. nos propositions, *supra*, pp. 461ss.

[2186] Cf. THÉVENOZ (1995), p. 349 et THÉVENOZ/DUNAND (1998), p. 508.

> à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.
>
> Le trust présente les caractéristiques suivantes:
>
> a. les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
>
> b. le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;
>
> c. le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.
>
> Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

La fiducie-gestion suisse paraît parfaitement convenir à la définition très générale donnée à l'art. 2 al. 1 CLH, qui occulte volontairement la dualité fondamentale des deux droits de propriété de la *common law*, la *legal property* et l'*equitable property*[2187]. En effet, la fiducie suisse est certainement un acte juridique volontaire par lequel le fiduciant (le constituant), généralement de son vivant, rarement par un acte pour cause de mort, place certains biens sous le contrôle du fiduciaire (le *trustee*) dans l'intérêt d'un bénéficiaire, qui est dans la règle le fiduciant lui-même. En outre, le «titre» de propriété est bien au nom du fiduciaire (art. 2 al. 2 lit. b CLH), lequel est investi du pouvoir et de l'obligation d'administrer, de gérer ou de disposer des biens, selon les termes de la Convention, et qui doit en rendre compte (art. 2 al. 2 lit. c CLH). Certes, en vertu de son art. 3, la CLH ne bénéficierait qu'aux conventions écrites de fiducie[2188], une exigence qui n'est pas imposée par le droit civil suisse, mais qui est satisfaite en pratique dans la plupart des cas.

La reconnaissance de la fiducie par le truchement de la Convention achoppe cependant sur l'art. 2 al. 2 lit. a CLH (en liaison avec l'art. 11 al. 2 CLH), qui exige que les biens du trust constituent une masse séparée du patrimoine personnel du *trustee*. Nous avons vu que, dans le régime actuel de la fiducie de droit commun, les biens fiduciaires ne constituent pas une masse distincte du patrimoine général du fiduciaire et ne sont, en particulier, pas toujours protégés en cas d'insolvabilité ou de faillite du fiduciaire. En

---

[2187] Pour un commentaire de cette définition, cf. JAUFFRET-SPINOSI (1987), pp. 27ss.

[2188] L'art. 3 CLH n'impose pas la forme écrite, mais exige que la preuve du trust – qui peut être constitué oralement ou par simple remise des biens au *trustee* – soit rapportée par écrit (cf. von OVERBECK (1986), p. 381, n. 52).

conséquence, dans l'attente d'une évolution jurisprudentielle[2189], ou encore mieux, d'une réforme législative[2190], qui consacrerait un véritable patrimoine séparé et affecté, la fiducie commune ne saurait être considérée comme un trust au sens de la Convention[2191].

Bien qu'elle dépende de l'interprétation par les juges de la CLH, la situation pourrait être plus favorable pour les opérations fiduciaires des banques, de même d'ailleurs que pour les fonds de placement[2192]. La ségrégation automatique au profit du fiduciant des valeurs déposées en cas de faillite de la banque fiduciaire ou de la direction du fonds de placement, ainsi que l'obligation de celles-ci de comptabiliser hors bilan les avoirs fiduciaires, ont manifestement pour effet de constituer les biens fiduciaires en une «masse distincte» qui ne fait «pas partie du patrimoine du trustee», selon les termes de la Convention. Bien que la question ne fasse l'objet ni des éléments essentiels résultant de la reconnaissance d'un trust (cf. art. 11 al. 2 CLH), ni des aspects supplémentaires de reconnaissance qui peuvent découler de la loi applicable au trust (cf. art. 11 al. 3 CLH), il faut encore se demander si le caractère de patrimoine séparé serait reconnu lorsque les biens fiduciaires ne sont pas protégés contre le risque de compensation de tiers. Mais ici encore, la fiducie bancaire paraît bénéficier d'un statut privilégié, bien que la question soit controversée. Rappelons déjà que l'obligation des banques consistant à prendre les mesures visant à éviter le risque de compensation (cf. l'art. 44 lit. g OB) est à même de surmonter ce problème potentiel. De plus, comme nous l'avons vu, l'art. 37b al. 2 LB prescrit qu'en cas de faillite de la banque fiduciaire les valeurs déposées auprès d'un tiers sont présumées être celles de ses clients, et sont distraites de la masse en faillite. Selon GIOVANOLI, il semblerait en résulter l'impossibilité pour le tiers, de bonne ou mauvaise foi (quant à sa connaissance du rapport fiduciaire), d'invoquer la compensation, à moins qu'il ne prouve que les biens déposés sont des biens de la banque elle-même[2193]. En outre, il a été soutenu en doctrine que le droit de rétention du tiers ne serait admis que pour les créances nées de la conservation ou de la gestion du bien fiduciaire (cf. art. 37b al. 3 LB)[2194].

2189 Cf. *supra*, pp. 405ss.

2190 Cf. *supra*, pp. 461ss.

2191 Cf. WOLTER (1999), p. 232.

2192 Sur le régime juridique des opérations fiduciaires des banques ou des fonds de placement, cf. *supra*, pp. 40ss.

2193 Cf. GIOVANOLI (1994), p. 221.

2194 Sur cette question, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ (1997), *ad* art. 37b, no 19.

En conclusion, l'adhésion de la Suisse à la CLH est nécessaire. Elle devrait être accompagnée ou précédée d'une réforme du régime commun de la fiducie-gestion, si possible par voie législative[2195], de manière à ce que la fiducie helvétique corresponde aux critères du trust, tels que définis par la CLH, ce qui paraît déjà être le cas de la fiducie bancaire[2196]. A cette condition, l'entrée en vigueur de la CLH dans notre pays pourrait s'avérer profitable, tant du point de vue de la compréhension et de la reconnaissance des effets de trusts étrangers en Suisse, que sur celui du développement de la fiducie suisse à l'étranger. Celle-ci pourrait, en effet, obtenir de la sorte un «passeport international» garantissant sa reconnaissance dans les Etats contractants et probablement, par effet d'entraînement, dans les Etats non contractants qui reconnaissent les effets du trust[2197]. Ce fondement juridique beaucoup plus sûr, permettant la reconnaissance et l'application à l'étranger des règles suisses protégeant le patrimoine fiduciaire, est à même d'accroître l'attrait de la fiducie suisse.

D. La fiducie-gestion suisse et les *Principles of European Trust Law*

Pendant très longtemps, l'incapacité pour les ordres juridiques de tradition civiliste à appréhender le trust a été considérée comme le principal obstacle à une compréhension mutuelle ou à un rapprochement entre *civil law* et *common law*[2198]. Les juristes des Etats d'Europe continentale se convainquaient qu'il ne leur était pas possible de saisir toute la complexité du trust, ce qui ne déplaisait pas aux juristes anglo-saxons, fiers de «leur» institution[2199]. Aujourd'hui encore, de nombreux spécialistes continentaux du trust s'emploient à affirmer les différences fondamentales et irréductibles à leurs yeux entre le trust et la fiducie[2200].

2195 Cf. *supra*, pp. 461ss.

2196 Cf. THÉVENOZ/DUNAND (1998), p. 509.

2197 Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 350s.

2198 Ainsi, GAUTSCHI (1976), p. 318: «Man erinnert sich, dass das Fehlen der aus dem angelsächsischen Recht nicht wegzudenkenden Trustfigur im kontinentaleuropäischen Privatrecht eines der Haupthindernisse bildete, die beiden Rechtssysteme auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen».

2199 Cf. HELMHOLZ/ZIMMERMANN (1998), p. 27.

2200 Cf., par exemple, BROGGINI (1998), pp. 404s; Carlo CASTRONOVO, «Il *trust* e <sostiene Lupoi>», in *Europa e diritto privato* (Milan) 2/1998, pp. 441ss; SCHNITZER (1963), pp. 71ss et THORENS (1989), pp. 333s.

Depuis peu cependant, un courant qui prend de l'ampleur s'attache, au contraire, à démontrer les origines historiques communes, ainsi que les similitudes fonctionnelles, voire structurelles, entre le trust et la fiducie de tradition romaniste[2201]. Quelques exemples peuvent être donnés. Nous pouvons tirer, tout d'abord, deux enseignements importants de notre étude de la *fiducia* romaine. Premièrement, sur un plan formel, la source du devoir de retransfert du fiduciaire ne résulte pas d'un contrat, mais de la soumission du fiduciaire à la *lex* imposée unilatéralement par le fiduciant. Deuxièmement, sur un plan matériel, le fiduciant est titulaire d'un droit juridiquement protégé à la valeur du bien fiduciaire et conserve même un pouvoir de disposition étendu sur ce bien, malgré le transfert effectif de son titre juridique au fiduciaire[2202]. JOHNSTON a quant à lui démontré que le régime juridique du *fideicommissum* en droit romain est caractérisé par divers éléments qui sont généralement associés au trust (structure tripartite, importance de la fidélité, flexibilité, longue durée possible, droit de préférence pour le bénéficiaire dans la faillite du *fiduciarius*, droit de suite)[2203]. Par ailleurs, sur la base d'une étude portant principalement sur des sources du XVIIe siècle, notamment des jurisprudences rendues par la *Rota romana*[2204], LUPOI a récemment soutenu que le *ius commune* a développé à l'aide de textes romains[2205] une figure juridique, l'*heres fiduciarius*, dont le régime était soumis à des règles (*regulae*) identiques à celles régissant le trust testamentaire anglo-saxon[2206]. Enfin, nous venons de voir que la définition assez large que donne la CLH du trust permet d'y englober certaines fiducies de droit continental, dont la fiducie bancaire helvétique[2207].

C'est dans ce contexte que nous souhaitons évoquer sommairement les *Principles of European Trust Law*, huit articles rédigés par un groupe d'experts internationaux, sous les auspices de l'Université de Nimègue (Pays-

---

2201 Voir, par exemple, GRIMALDI/BARRIÈRE (1998), pp. 569ss; HELMHOLZ/ZIMMERMANN (1998), pp. 30ss, ainsi que LUPOI (1998b), pp. 425ss et (2000), à paraître. Cf. aussi HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN (1999), Introduction, p. 3.

2202 Cf. *supra*, deuxième partie.

2203 JOHNSTON (1998), pp. 45ss, 56. Voir aussi David JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988.

2204 Soit le tribunal ecclésiastique suprême, dont la juridiction s'étendait à des causes provenant de tout l'Occident (cf. VAN CAENEGEM (1988), pp. 103 à 110).

2205 Les principales sources romaines d'intérêt se trouvent chez: PAPINIANUS, D. 22.1.3.3; MARCELLUS, D. 31.17 et SCAEVOLA, D. 33.4.14.

2206 LUPOI (2000), à paraître.

2207 Cf. *supra*, pp. 489ss.

Bas)[2208]. Pouvant être comptée parmi un vaste mouvement – non étatique – de codification et d'unification du droit privé[2209], cette initiative a pour but de faciliter la compréhension commune et le développement du trust en Europe. Les *Principles* n'ont aucune valeur légale, mais pourront servir de modèle d'inspiration ou d'interprétation pour les législateurs, et surtout, dans les limites des règles déterminées par le droit international privé applicable à chaque cas d'espèce, pour les sujets de droit qui désirent recourir au trust ou à des institutions juridiques équivalentes[2210].

L'extrême diversité des règles régissant le trust à travers l'Europe et le monde[2211] ont rendu le travail des rédacteurs difficile. Ceux-ci se sont efforcés de qualifier le trust à l'aide de quelques critères fondamentaux. Il s'agissait également de recourir à des notions qui soient compatibles avec les grands principes du droit privé continental. Sans reproduire une version aussi édulcorée du trust que celle choisie dans la CLH, ils en ont ainsi aplani les principales aspérités. En particulier, ils ont renoncé aux concepts centraux de «dual ownership», «legal ownership» et «equitable ownership», estimant que le trust pouvait exister et se développer sans ces concepts, comme en Ecosse, en Inde ou en Afrique du Sud, par exemple[2212]. Précisons encore que les *Principles* contiennent parfois des règles optionnelles, lorsque l'expression «il se peut que» («may») est utilisée. Les rédacteurs ont voulu de cette manière réserver les solutions admises dans certains ordres juridiques de *common law*, sans les imposer comme des éléments impératifs du trust, dans la mesure où d'autres ordres juridiques soumettent leur trust à des normes différentes[2213].

L'article premier ne définit pas véritablement le trust, mais en délimite les contours par le biais de la description de ses principales caractéristiques. L'alinéa premier a la teneur suivante:

[2208] Les *Principles* ont été rédigés et publiés par HAYTON, KORTMANN et VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, La Haye, 1999, en langue anglaise (pp. 13ss) et en langue française (pp. 21ss). La version française est reproduite en annexe à la présente thèse, cf. *infra*, pp. 523ss.

[2209] Sur les divers instruments internationaux de codification du droit privé, cf. Reinhard ZIMMERMANN, «Konturen eines Europäischen Vertragsrechts», in *Juristen Zeitung* (Tübingen) 50 (1995), pp. 477ss.

[2210] Cf. HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN (1999), Introduction, p. 11.

[2211] Cf. HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN (1999), pp. 34s.

[2212] HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN (1999), p. 30: «... the trust concept. Such concept does not require any division of legal ownership and equitable ownership but can leave the trustee as full owner...». Voir aussi p. 42.

[2213] Cf. HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN (1999), p. 38.

(1) Dans un trust, une personne appelée «trustee» est propriétaire de biens séparés de son patrimoine personnel; le trustee doit affecter ces biens (le fonds du trust) à l'intérêt d'une autre personne appelée «bénéficiaire» (beneficiary) ou à l'accomplissement d'un but d'intérêt général.

La fiducie helvétique, pour peu que son régime juridique soit adapté dans le sens de nos propositions[2214], pourrait parfaitement correspondre aux trois caractéristiques énoncées dans cette disposition: le fiduciaire est propriétaire des biens fiduciaires; ceux-ci forment une masse séparée – de son patrimoine personnel – qui est soustraite aux prétentions de son conjoint, de ses héritiers et de ses créanciers personnels (cf. al. 3); et ils sont affectés à l'intérêt d'une autre personne (fiduciant ou tiers-bénéficiaire). Le constituant qui souhaite affecter les biens à l'accomplissement d'un but d'intérêt général a la possibilité de recourir à la figure de la fondation dite «non autonome» (*unselbständige Stiftung*)[2215].

L'article premier est complété par sept autres articles qui traitent des thèmes suivants: création du trust (art. II), fonds du trust (art. III), trust pour bénéficiaires ou trust d'intérêt général (art. IV), devoirs et pouvoirs du *trustee* (art. V), remèdes juridiques contre le *trustee* en cas de violation du trust (art. VI), responsabilité de tiers (art. VII) et fin du trust (art. VIII). Ces dispositions laissent apparaître de nombreuses similitudes entre le trust et la fiducie suisse (rénovée), mais aussi quelques différences sensibles.

Sont semblables la manière d'envisager le patrimoine, ainsi que les devoirs et pouvoirs du *trustee*. Le patrimoine géré à titre fiduciaire (fonds du trust) est soumis au principe de la subrogation patrimoniale (cf. art. III al. 1). Il s'agit d'un patrimoine séparé du patrimoine personnel du *trustee* et affecté au but défini par le constituant. Il ne répond ainsi pas des dettes personnelles du *trustee*, mais seulement, en principe, des prétentions de créanciers à l'encontre du trust comme tel et, dans la même mesure, des prétentions des bénéficiaires (cf. art. I al. 1 et III al. 2). En effet, la séparation du fonds du trust a pour conséquence de soustraire celui-ci aux prétentions du conjoint du *trustee*, de ses héritiers et de ses créanciers personnels (art. I al. 3). Par ailleurs, le devoir fondamental du *trustee* est de se conformer aux termes du trust, de gérer raisonnablement les biens du trust et d'agir dans l'intérêt des bénéficiaires (cf. art. V al. 2). Sauf disposition contraire, un *trustee* de plusieurs trusts doit conserver chaque fonds de trust séparé, non seulement de

[2214] Cf. *supra*, quatrième partie, chapitre II.
[2215] Sur cette figure juridique, cf. *supra*, pp. 465s.

son patrimoine personnel, mais aussi du fonds de chacun des autres trusts (cf. art. III al. 3). Il doit aussi protéger les biens du trust, tenir des comptes précis et fournir aux personnes concernées toute information nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts (cf. art. V al. 3 et IV al. 3). Sauf exception, le *trustee* doit remplir ses fonctions personnellement. En outre, il doit agir honnêtement et, sauf autorisation contraire, éviter tout conflit d'intérêts (cf. art. V al. 4). Enfin, le *trustee* est comptable des fonds du trust et doit personnellement réparer toute perte causée au fonds par une violation du trust (*breach of trust*). Il est redevable de tout profit que lui aurait procuré la violation de ses devoirs (cf. art. V al. 5).

L'examen d'autres questions laisse en revanche apparaître des différences plus ou moins marquées entre le trust des *Principles* et la fiducie-gestion suisse, même si des possibilités de rapprochement existent parfois également dans ces domaines. Il faut tout d'abord relever que le trust est une institution adaptable qui est utilisée dans presque toutes les branches du droit civil[2216]. Il remplit de très nombreuses fonctions (dont le dénominateur commun est l'affectation de certains biens, soit au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires, soit à la réalisation d'un but licite), qui vont bien au-delà des possibilités actuelles de notre fiducie[2217]. La structure de base est elle-même différente: alors que le trust suppose généralement la présence de trois personnes, soit le constituant, le *trustee* et le bénéficiaire (cf. art. IV), seuls deux acteurs, soit le fiduciant et le fiduciaire, interviennent dans la règle en matière de fiducie.

En outre, le trust est un acte en principe unilatéral qui ne repose pas, en conséquence, sur une structure contractuelle[2218]. Il conserve une grande souplesse dans ses modalités de création et dans le rôle assigné à ses divers protagonistes[2219]. Le trust peut ainsi être créé par un acte juridique qui ne relève pas du droit successoral, comme par une disposition pour cause de mort. Il «se peut aussi que le constituant ait la possibilité de créer un trust en statuant qu'il sera le *trustee* de certains de ses propres biens» (art. II *in fine*), ce qui n'est guère envisageable en matière de fiducie, un sujet de droit ne pouvant de son propre chef créer une masse séparée à l'intérieur de son propre patrimoine. Par ailleurs, la fiducie implique nécessairement que le

---

2216 Cf. JAUFFRET-SPINOSI (1987), pp. 25s.

2217 Sur les différentes espèces et fonctions du trust, cf., par exemple, DREYER (1981), pp. 19ss; REYMOND (1954), pp. 141a ss et SUPINO (1994), pp. 64ss.

2218 Pour une explication historique de l'unilatéralité du trust, cf. LUPOI (1998b), pp. 426s.

2219 Cf. DREYER (1981), pp. 16s et SUPINO (1994), pp. 36ss.

fiduciaire soit investi de la titularité juridique sur des biens dont il ne bénéficie pas économiquement (propriété pour autrui et non pour lui-même). Pour cette raison, la règle indiquant que le *trustee* peut lui-même être l'un des bénéficiaires (cf. art. I al. 2) n'a pas cours en matière de fiducie. Si le fiduciaire bénéficie d'une partie des biens qu'il gère, nous serons en présence d'une relation *sui generis*, ne comportant un caractère fiduciaire que pour la partie dont il n'est pas gratifié, le reste pouvant, par exemple, constituer l'objet d'une donation. Par contre, tout comme dans le trust (cf. art. I al. 2), il peut, dans la fiducie, y avoir plus d'un fiduciaire et plus d'un bénéficiaire.

En créant le trust, le constituant doit impérativement désigner des personnes en qualité de bénéficiaires, personnes qui peuvent être déterminées, mais aussi déterminables (cf. art. IV al. 1)[2220]. La position juridique du bénéficiaire est établie de manière univoque dans les *Principles*. Ainsi l'art. I al. 4 indique-t-il que le bénéficiaire a, sur le fonds du trust, un droit personnel propre contre le *trustee*, mais admet comme solution alternative («il se peut aussi») qu'il ait, comme c'est le cas actuellement dans les ordres juridiques de *common law*, un droit réel. Le bénéficiaire peut disposer de ses droits dans les limites des termes du trust et poursuivre en justice l'exécution du trust (cf. art. IV al. 4 et 5).

Il faut par ailleurs rappeler que le droit de suite (*tracing*) accordé au bénéficiaire, soit le droit de poursuivre le bien du trust dans les mains de toute personne qui le détient, à l'exception de l'acheteur de bonne foi dans certaines circonstances, est l'une des caractéristiques essentielles du trust[2221]. Aussi l'art. I al. 4 précise-t-il que le bénéficiaire dispose d'un droit sur le fonds du trust, qui lui permet d'agir tant contre le *trustee* que contre les tiers auxquels une partie du fonds aurait été transférée sans droit. Notons qu'ici encore les rédacteurs des *Principles* ont énoncé que le droit accordé au bénéficiaire est un droit personnel, tout en acceptant la possibilité («il se peut») qu'il s'agisse d'un droit réel! L'art. VII complète l'art. I al. 4. Il indique que lorsqu'un *trustee* «transfère sans droit une partie du fonds du trust à un acquéreur, qui n'est pas protégé en qualité d'acheteur de bonne foi ou autrement, cet acquéreur doit réparer la perte subie par le fonds du trust...». Sont

[2220] Notons qu'en droit suisse il devrait être également loisible au fiduciant, dans le cadre d'une stipulation pour autrui, de se faire promettre par le fiduciaire une prestation en faveur d'une personne future, pourvu qu'elle soit déterminable (cf. ENGEL (1997), p. 420).

[2221] Cf. GUBLER (1954), pp. 320a ss et PHILIPPE (1997), pp. 24ss.

réservées («il se peut») les questions de savoir, d'une part, si ce tiers peut être obligé de tenir les biens ainsi transférés (ou des biens les représentant) séparés de son patrimoine personnel en tant que partie du fonds du trust et, d'autre part, si cette responsabilité est susceptible de s'étendre à tout tiers acquéreur qui n'est pas protégé en tant qu'acheteur de bonne foi ou autrement. Nous savons que, *de lege lata*, la protection du fiduciant n'est pas aussi étendue en droit suisse, même en tenant compte du fait qu'une application plus efficiente de l'art. 41 CO rendrait possible la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle du tiers de mauvaise foi[2222]. En revanche, *de lege ferenda*, la codification du concept de «propriété-valeur» pourrait permettre au fiduciant de «suivre» la valeur du bien fiduciaire[2223].

On ne saurait enfin omettre de souligner que le trust s'inscrit dans la durée et qu'il est dans la règle irrévocable. En outre, une fois créé, le trust devient en principe indépendant de celui qui l'a constitué. Selon l'art. VIII al. 2 des *Principles*, le trust prend fin lorsque le fonds du trust a été tout entier distribué à des bénéficiaires ou a été utilisé pour servir les buts du trust (a), ou lorsqu'il n'y a pas de bénéficiaires ni de personne, existante ou non, qui puisse le devenir selon les termes du trust (b), ou lorsqu'une personne exerce un pouvoir de mettre fin au trust (c). Cependant, nonobstant les termes du trust, les bénéficiaires peuvent en principe, d'un commun accord, exiger du *trustee* de mettre fin au trust et de distribuer le fonds du trust entre eux ou les personnes qu'ils désignent (cf. art. VIII al. 1).

Diverses précautions sont prises, dans les ordres juridiques connaissant le trust, pour pallier les risques liés à la totale indépendance du *trustee* vis-à-vis du constituant. Quand le trust poursuit un but d'intérêt général, un curateur est désigné, règle exprimée dans les *Principles* aux art. III al. 2 et IV al. 1. Le curateur peut poursuivre en justice l'exécution des termes du trust (cf. art. IV al. 5). Parfois, le constituant institue un «protector» qui a pour mission de contrôler l'activité du *trustee*, en ayant, par exemple, le droit de veto sur les principales décisions du *trustee*, voire le pouvoir de le démettre et de lui désigner un remplaçant[2224]. De même, les droits de *common law* attribuent généralement de larges fonctions de surveillance et d'administration sur le trust aux autorités judiciaires, ce que reprend l'art. VI des *Principles*, lequel indique qu'en cas de violation du trust, le juge peut notamment interdire certains actes au *trustee*, le destituer et le remplacer, ou

2222 Cf. *supra*, pp. 425ss.
2223 Cf. *supra*, p. 476.
2224 Cf. BONNARD (1999), p. 674 et WATTER (1995), no 30.

ordonner la réparation de pertes ou la restitution de profits. Est réservé («il se peut aussi») le pouvoir conféré dans certains ordres juridiques au juge de déclarer que certains biens du *trustee* font toujours partie du fonds du trust et ne sont jamais entrés dans son patrimoine personnel ou doivent être affectés en garantie de sa responsabilité. De telles possibilités paraissent difficilement envisageables en droit suisse *de lege lata*[2225]. Notons toutefois que, selon BREITSCHMID, les règles de la loi de procédure civile zurichoise[2226] garantissant une surveillance de l'administrateur d'office (cf. § 215 ch. 18) et du représentant de la communauté héréditaire (cf. § 215 ch. 24) de la succession, pourraient parfaitement s'appliquer, par analogie, aux *trustees* des trusts successoraux[2227]. En tous les cas, une protection de l'affectation fiduciaire qui ne dépende pas du fiduciant paraît nécessaire au développement des domaines d'activité de la fiducie et de l'institution du bénéficiaire. Cette protection constitue le pendant de l'indépendance accrue qui serait accordée au fiduciaire vis-à-vis du fiduciant. Aussi a-t-on récemment proposé, *de lege ferenda*, de permettre au fiduciant de désigner un protecteur qui aurait le pouvoir de donner des instructions au fiduciaire, de le révoquer et de le remplacer, voire de résilier le rapport fiduciaire[2228].

En conclusion, on constate que la fiducie suisse n'est pas totalement étrangère au trust résultant des *Principles of European Trust Law*. Les incompatibilités actuelles proviennent plus de sensibilités et d'appréciations divergentes que de véritables conflits dogmatiques. Pour l'essentiel, fiducie et trust permettent de poursuivre la même finalité: l'exercice d'une titularité formelle sur un bien dans l'intérêt économique d'autrui. Leur étude comparative n'est pas dénuée d'intérêt. Car le «droit comparé ne se limite pas à l'examen clinique d'institutions voisines. Il peut permettre leur enrichissement réciproque et il en est bien ainsi»[2229].

2225 Cf. REYMOND (1954), pp. 167a s et von OVERBECK (1999), p. 120.
2226 *Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976.*
2227 BREITSCHMID (1995), p. 65, note 79.
2228 Cf. THÉVENOZ (1995), pp. 345ss. Voir aussi, *supra*, p. 476.
2229 REYMOND (2000), p. 689.

CONCLUSION

Nous voici au terme de cette étude. Notre conclusion comportera deux parties. Dans un premier temps, nous résumerons les principales thèses que nous avons développées (section A). Dans un second temps, nous conclurons par quelques réflexions portant sur l'intérêt de procéder à une lecture attentive des sources romaines lors de l'examen des principales institutions du droit privé moderne (section B).

A.

Première partie

Selon la conception encore dominante en droit suisse, la fiducie-gestion est un acte juridique dont les contours sont déterminés par trois des grands principes du droit privé, à savoir une distinction stricte entre droit des biens et droit des obligations, entre droits réels et droits personnels; le principe du *numerus clausus* des droits réels et, enfin, le principe de l'unité du patrimoine.

«Der Fiduziar kann mehr als er darf». C'est par cette formule que l'on a pris l'habitude de concrétiser l'opposition entre droit des biens et droit des obligations sur laquelle repose l'acte fiduciaire: d'une part, un acte de disposition, valable *erga omnes*, par lequel le fiduciaire acquiert un plein pouvoir sur le bien fiduciaire (le *Können*); d'autre part, une convention, efficace *inter partes*, qui restreint les possibilités d'usage des droits transférés (le *Dürfen*). En conséquence de l'acte de disposition, le fiduciaire devient le véritable et seul titulaire du droit patrimonial transféré, aussi bien vis-à-vis des tiers que vis-à-vis du fiduciant (*Vollrechtstheorie*). Inversement, ce dernier perd tout droit réel sur les biens fiduciaires, à l'égard du fiduciaire comme à l'égard des tiers. C'est par la convention de fiducie, conclue entre le fiduciant et le fiduciaire, que celui-ci s'engage à n'exercer les droits dont la pleine titularité lui a été cédée que dans l'intérêt exclusif du fiduciant, et à les transférer à un tiers ou les retransférer au fiduciant selon les termes convenus. La jurisprudence et la doctrine majoritaire affirment que la fiducie serait ainsi fondée sur une sorte de contradiction intrinsèque qui résulterait du fait d'accorder un pouvoir illimité au fiduciaire et de le restreindre aussitôt. Elles parlent aussi d'«überschiessende Rechtsmacht», soit d'un pouvoir juridique surdimensionné, pour qualifier cette contradiction selon laquelle

le pouvoir juridique conféré dépasse le but économique recherché par les parties.

Il est admis que le droit suisse est soumis au principe du *numerus clausus* des droits réels en ce sens que seuls les types de droits réels prévus dans le code sont reconnus par l'ordre juridique suisse. Selon ce principe, la propriété ne peut prendre que l'une des formes insérées dans la loi. Jurisprudence et doctrine majoritaire considèrent que la propriété du fiduciaire sur les biens fiduciaires n'est rien d'autre qu'une pleine et entière propriété au sens des art. 641ss CC. En conséquence, toutes les propositions consistant à reconnaître en matière de fiducie l'existence d'une propriété *sui generis*, par exemple, «relative», «temporaire» ou «conditionnelle», ont été rejetées.

Le patrimoine peut être défini comme une universalité juridique qui comprend l'ensemble des droits pécuniaires appartenant à une personne. On estime que le patrimoine d'une personne est caractérisé par son unité ou son unicité. Interprété strictement, le principe de l'unité du patrimoine s'oppose à ce qu'une personne soit titulaire de plusieurs patrimoines et prohibe aux individus de distinguer de leur propre chef plusieurs masses à l'intérieur de leur patrimoine. Il en résulte que la responsabilité patrimoniale d'un débiteur est illimitée et universelle et qu'elle porte en principe sur l'ensemble de son patrimoine. Appliqué dans toute sa rigueur, ce principe implique que les biens fiduciaires font entièrement partie du patrimoine du fiduciaire auquel ils se mêlent sans distinction avec les biens dont il est à la fois le propriétaire et l'ayant droit économique. Les créanciers personnels du fiduciaire ont ainsi le droit de saisir tous les biens de leur débiteur, y compris ceux qu'il détient à titre fiduciaire. Quant au fiduciant, qui ne dispose que de créances personnelles contre le fiduciaire, il doit dans la règle être traité comme un créancier ordinaire pour sa créance en restitution des biens fiduciaires au terme de la convention de fiducie.

Selon une jurisprudence bien établie, la convention de fiducie est soumise aux règles du Code des obligations sur le mandat. Pour comprendre le régime juridique de la fiducie-gestion en droit suisse, il convient cependant de distinguer la fiducie de droit commun, qui résulte d'une construction jurisprudentielle et doctrinale fondée sur la codification générale du droit privé, des régimes fiduciaires particuliers consacrés par le législateur en matière de fiducie bancaire et de fonds de placement. Le régime spécifique instauré par le Parlement se différencie essentiellement du régime de droit commun par la consécration d'un véritable patrimoine fiduciaire séparé et affecté. Mais la distinction n'est pas toujours aisée. Car, malgré la concep-

tion dogmatique qu'il a faite sienne (théorie du transfert intégral des droits), le Tribunal fédéral a cherché, au gré de ses jurisprudences, à protéger progressivement et dans différents domaines (droit successoral, délai de prescription, droit de compensation et protection dans la faillite du fiduciaire) le patrimoine fiduciaire, dans le but d'adapter le droit à la réalité économique. L'une des questions les plus controversées demeure celle de la mesure de l'application de l'art. 401 CO. En outre, la tendance, déjà perceptible dans le régime commun, et particulièrement marquée dans les régimes spéciaux, à reconnaître et protéger les droits économiques du fiduciant prédomine aussi largement en matière fiscale, comptable, pénale et parfois, également, administrative.

Comportant de nombreuses similitudes avec la fiducie helvétique (création jurisprudentielle centrée sur la *Vollrechtstheorie*, régime juridique partiellement adapté à la réalité économique), la *Treuhand* allemande laisse aussi apparaître des différences notables. Ainsi, la question du droit de revendication du fiduciant dans la faillite du fiduciaire a été réglée de manière exactement contraire. Alors que le Tribunal fédéral ne l'accorde, dans le régime commun, que pour les biens et créances acquis de tiers (cf. art. 401 al. 1 CO), les tribunaux allemands n'admettent le principe d'un tel droit que pour les biens que le fiduciant a lui-même directement remis au fiduciaire. En outre, ce droit est fondé en Allemagne sur la base d'une distinction entre la «propriété juridique» du fiduciaire et la «propriété économique» du fiduciant. Très divisée, la doctrine allemande peine pour sa part à proposer un modèle juridique convaincant. Le régime juridique actuel demeure incohérent et lacunaire.

Dans les deux pays, des réformes s'imposent. En droit suisse, le régime actuel est critiqué de manière croissante. Solutions pratiques injustifiables, incohérences, manque de protection des biens fiduciaires et d'indépendance du fiduciaire vis-à-vis du fiduciant, distorsion de concurrence en faveur des banques, non-compatibilité avec la *Convention de La Haye*, tels sont les principaux griefs formulés à son encontre. Etant donné l'influence déterminante du droit romain sur l'évolution des principaux concepts de droit privé, une proposition de modernisation de la fiducie helvétique profiterait largement d'une réflexion historique approfondie portant sur la nature de la *fiducia* romaine ainsi que sur les notions de propriété, de patrimoine, mais aussi sur les rapports entre droits de créance et droits réels.

Deuxième partie

On estime généralement que la *fiducia* (qui signifie «confiance»), en tant qu'institution juridique, tire son nom du fait que, dans sa forme primitive, elle n'était pas sanctionnée juridiquement, mais qu'elle reposait sur le respect de la *fides* (loyauté) par le fiduciaire. La *fiducia cum amico* se présente lorsqu'une personne, pour diverses raisons, n'est temporairement pas en mesure de protéger ses biens et d'en conserver la substance. Elle en confère alors la propriété à un ami de confiance, dont les positions sociale, politique et économique assurent des garanties majeures d'immunité.

Pour la doctrine romaniste majoritaire, la *fiducia* romaine se composait de deux actes indépendants: un acte de disposition, effectué au moyen du procédé formaliste de la *mancipatio*, par lequel le fiduciant transférait au fiduciaire la propriété du bien fiduciaire; un pacte distinct, le *pactum fiduciae*, par lequel le fiduciaire s'engageait à retransférer ce bien au fiduciant, à certaines conditions. Selon cette approche, le fiduciant était titulaire d'une créance en restitution à l'encontre du fiduciaire, propriétaire unique et absolu du bien fiduciaire, lequel était intégré dans son patrimoine personnel.

Cette conception est inexacte. L'examen détaillé des sources démontre, en effet, que la *fiducia* est constituée d'un acte unique, un *ea lege mancipio dare ut remancipetur* (transfert d'un droit et d'un pouvoir juridique au moyen d'une mancipation dans le but d'un retransfert ultérieur), soit d'un transfert temporaire et finalisé d'une titularité juridique sur le bien fiduciaire. *Mancipatio* (transfert) et *remancipatio* (rétrocession) sont interdépendantes. Le transfert a lieu au moyen d'un acte de mancipation spécifique, une «mancipatio fiduciae causa», dont le rituel est adapté dans le but de signaler le caractère fiduciaire de l'opération et de faire naître le devoir de retransfert. La restitution du bien fiduciaire est inhérente à la *fiducia*, et n'a pas besoin d'être convenue dans un pacte adjoint. Lorsque les parties adjoignent un *pactum fiduciae* à la *mancipatio*, ce qui n'est attesté que dans deux sources, elles n'ont comme objectif que de régler les modalités de la rétrocession. Dans la *fiducia cum amico*, un tel pacte est en principe inutile, car le moment de la restitution est déterminé unilatéralement par le fiduciant. Dans la *fiducia cum creditore*, le pacte peut avoir pour fonction de fixer l'échéance du remboursement de la dette garantie, ainsi que d'établir les conséquences du non-remboursement dans le délai convenu.

La fiducie romaine ne doit pas être analysée comme un contrat, mais comme un acte juridique créé, sans véritable échange de consentements, par

la mise en œuvre d'un rituel spécifique: le fiduciaire se soumet à la *lex* imposée unilatéralement par le fiduciant. L'intégration en droit pré-classique du critère de la bonne foi a pour effet de transformer la *fiducia*, dans un premier temps sanctionnée aux seuls moments des actes formels la constituant (*mancipatio-remancipatio*), en un *negotium* (affaire juridique), rapport de droit évalué pendant toute sa durée (*mancipatio* – durée des rapports – *remancipatio*). La prestation principale du fiduciaire consiste à protéger le bien fiduciaire contre toute atteinte, matérielle ou juridique, et à favoriser en tout temps sa rétrocession au fiduciant. Ce dernier n'est pas titulaire d'une créance en restitution, mais d'une action personnelle spécifique lui permettant de faire condamner le fiduciaire, lorsque celui-ci, selon la clause célèbre de l'*actio fiduciae* reproduite dans plusieurs écrits de Cicéron, n'a pas agi comme entre gens de biens et sans tromperie («ut inter bonos bene agier oportet [et sine fraudatione]»). En condamnant le fiduciaire, le juge ne sanctionne pas la non-exécution d'une dette, d'un *dare* ou d'un *facere*, mais bien le fait que le fiduciaire ne s'est pas comporté dans un cas donné comme un «homme de bien».

Il est incontestable que la *mancipatio* a pour effet de transférer au fiduciaire le titre formel de propriété sur le bien fiduciaire. Une étude approfondie de la question, qui porte pour l'essentiel sur des sources relatives à la *fiducia cum creditore*, révèle cependant que le fiduciant conserve à la fois un certain pouvoir de disposition (niveau formel) et une titularité patrimoniale (niveau matériel, substantiel) sur ce bien. Certes, vis-à-vis des tiers, le fiduciaire exerce le titre de propriété. Il lui est ainsi reconnu le droit de disposer du bien fiduciaire et de le protéger juridiquement (droit de le revendiquer, légitimation active a l'*actio furti* ou à la *condictio furtiva*). Mais le fiduciant bénéficie de son côté d'un pouvoir juridique étendu sur le bien fiduciaire (droit de le vendre et de le léguer, légitimation active à l'action pénale contre le vendeur, etc.), pour autant que l'acte juridique qu'il accomplit soit compatible avec le statut fiduciaire du bien et qu'il profite aussi au fiduciaire. Par ailleurs, le bien fiduciaire est considéré comme demeurant, d'un point de vue substantiel, dans le patrimoine du fiduciant: tout se passe comme si la valeur du bien fiduciaire n'était que déposée chez le fiduciaire. Ainsi, lorsque le fiduciaire vend le bien fiduciaire, le montant du prix de vente payé par le tiers acquéreur qui excède la valeur de la dette garantie (le *superfluum*) revient au fiduciant. Le fiduciant bénéficie aussi des profits générés par le bien fiduciaire, tout comme il en supporte les risques. Selon un fragment controversé, le fiduciant est même en droit de vendre le bien fiduciaire au fiduciaire (lequel en est pourtant le propriétaire formel), vrai-

semblablement au prix correspondant à la valeur du bien, diminuée de la créance de base du fiduciaire.

L'*usureceptio* est une procédure spécifique qui permet au fiduciant de recouvrer son titre formel sur le bien fiduciaire, moyennant une possession ininterrompue d'une année, même pour les immeubles, et qui n'exige du possesseur ni juste titre (*iustus titulus*) ni bonne foi (*bona fides*), contrairement aux conditions nécessaires pour une usucapion ordinaire. En matière de *fiducia cum amico*, le fiduciant bénéficie de l'*usureceptio* sans aucune restriction. En principe, il peut donc s'emparer du bien fiduciaire à tout moment et en toute circonstance («omni modo»), même contre la volonté du fiduciaire. D'autres sources encore nous informent que le fiduciant est traité comme le possesseur effectif (dans le cadre de la computation du délai de possession ininterrompue nécessaire à l'usucapion) et même, parfois, comme le véritable *dominus* (maître) de ce bien.

En définitive, le fiduciant et le fiduciaire partagent leurs pouvoirs sur le bien fiduciaire. Il existe une interdépendance manifeste entre les attributions accordées au fiduciaire et celles dont le fiduciant reste titulaire. Chacun doit les exercer de telle manière que ses actes profitent aussi à l'autre. Le droit de propriété se révèle sous ses deux facettes: au fiduciaire revient le droit de propriété formel, le pouvoir sur la chose, la domination juridique temporaire et finalisée; au fiduciant demeure la propriété substantielle, le droit à la chose, la domination économique.

Troisième partie

Contrairement à ce qu'affirme l'opinion dominante, la conception dogmatique de la fiducie helvétique ne repose ainsi pas directement sur les sources romaines, mais découle de l'interprétation de celles-ci, effectuée par d'éminents juristes allemands dans la seconde moitié du XIX^{e} siècle. Ces derniers eurent pour mérite de souligner qu'une institution comme la *fiducia* pouvait être utile au droit allemand moderne. L'un des buts recherchés était de donner un fondement juridique à certains actes juridiques, tels le transfert et la cession aux fins de sûreté, qui étaient menacés d'inefficacité pour cause de simulation. Mais, parmi de nombreuses analyses divergentes des sources, on privilégia la théorie de l'acte fiduciaire (*fiduziarisches Geschäft*) du Pandectiste REGELSBERGER, dont découla la *Vollrechtstheorie*, car elle était en phase avec les grands principes du Code civil allemand, alors en cours de codification. Or, cette théorie, qui fut expressément adoptée par le

Tribunal fédéral dans son arrêt fondateur de la fiducie en droit suisse (cf. ATF *Grüring-Dutoit*), est construite sur la base de dogmes dont le bien-fondé est aujourd'hui largement remis en cause.

Le courant pandectiste, sous l'influence notable de SAVIGNY, a radicalisé la distinction et la stricte opposition entre droits réels et droits personnels. Au-delà de son inspiration romaine ou jusnaturaliste, l'optique choisie par les rédacteurs du BGB est aussi la résultante de l'idéologie libérale qui a présidé à l'élaboration du Code civil allemand. Il fallait dans ce contexte faciliter la circulation des biens, en empêchant qu'un propriétaire ne puisse limiter contractuellement son droit de disposition sur la chose. La même idéologie a d'ailleurs marqué la codification helvétique. La rigidité du système de base a toutefois été atténuée avec le temps, soit par le biais de modifications législatives, soit par l'intervention des tribunaux. La doctrine allemande a, en effet, observé un double mouvement aux effets contraires: d'une part, une «réification» des droits personnels, lorsque le titulaire d'un droit personnel se voit attribuer certaines prérogatives (par exemple, droit de revendication) normalement réservées au titulaire d'un droit réel («Verdinglichung obligatorischer Rechte»), et, d'autre part, une relativisation des droits réels, quand les effets juridiques d'un droit réel sont valablement modifiés par une convention *inter partes* («Relativierung dinglicher Rechte»). La *Treuhand* est souvent évoquée dans ce contexte. D'aucuns affirment le besoin de reconnaître l'existence d'une troisième catégorie – intermédiaire – de droit patrimonial, par exemple, un droit personnel renforcé. En Suisse, les mêmes débats ont lieu. Le «droit expectatif» de l'acheteur sous réserve de propriété est parfois cité comme une manifestation de ce phénomène.

Le principe du *numerus clausus* des droits réels, bien qu'il n'ait jamais été codifié, représente l'un des éléments caractéristiques essentiels du droit civil moderne européen. Il est ainsi considéré comme l'un des principes fondateurs du BGB. En droit suisse, on admet qu'il s'agit d'un principe non écrit qui a pour fonction principale d'assurer la sécurité des transactions juridiques. Dans plusieurs pays européens, la valeur du principe tend cependant à être relativisée. En France, c'est l'existence même d'un *numerus clausus* des droits réels qui est maintenant controversée. En Allemagne et en Italie, de nouveaux droits réels sont apparus en marge de la loi. En Suisse, les conditions dans lesquelles la jurisprudence est autorisée à valider l'existence d'un droit réel non prévu dans la loi sont discutées. Le Tribunal fédéral s'est basé sur une coutume pour reconnaître la validité des servitudes d'interdiction de concurrence. Par ailleurs, la fiducie-sûreté est parfois en-

visagée comme un cas de droit réel *sui generis* d'origine coutumière. Selon certains, qui citent le contrat de *leasing* en exemple, la constatation de l'existence d'une lacune permettrait à la jurisprudence d'admettre, en l'absence de toute coutume, la validité d'un droit réel *sui generis*.

Longtemps considéré par la science juridique comme polymorphe, le droit de propriété individuel a été consacré dans l'esprit des codifications française, allemande ou helvétique, comme un droit ne pouvant exister que sous la forme d'une maîtrise totale et absolue sur un bien. Une telle évolution provient de la conviction que seul un concept de propriété homogène, lié au principe du *numerus clausus*, était susceptible de garantir une certaine efficience à la notion de droit réel. Toutefois, nombreux sont ceux qui affirment maintenant que le droit de propriété ne peut plus être conçu comme un droit uniforme, nécessairement absolu, autarcique, sans fonction et perpétuel. La manière de définir ses caractères et ses attributs est en train de changer. Le concept de propriété centré sur la chose comme objet matériel tangible (droit réel) est peu à peu complété par la prise en compte de la valeur du droit. Il faut aujourd'hui reconnaître que le concept de propriété ne constitue que l'une de deux facettes de la notion plus large d'appartenance. L'ordre juridique suisse n'est pas insensible à cette évolution. L'élément de domination économique est, par exemple, considéré en matière de *leasing*.

C'est en se basant sur les réflexions encore lacunaires des jurisconsultes des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles que les juristes du XIX^e^ vont élaborer une véritable théorie du patrimoine. Le principe de l'unité du patrimoine a été plus particulièrement théorisé et poussé jusqu'à son paroxysme par les Français AUBRY et RAU, lesquels ont postulé un lien absolu entre patrimoine et personnalité (théorie classique du patrimoine). Tout comme le Code civil français, le Code civil helvétique ne définit pas le principe de l'unité du patrimoine, ni même d'ailleurs le concept juridique du patrimoine. La théorie classique y a néanmoins été favorablement reçue. Déjà critiquée dès la fin du XIX^e^ siècle, cette théorie est maintenant fortement contestée. La doctrine française lui reproche notamment le lien trop étroit, voire même la confusion, qu'elle établit entre patrimoine et personnalité. En outre, son caractère logique et abstrait ne lui permet pas de rendre entièrement compte de la réalité. En droit français, les exceptions au principe de l'unité du patrimoine, déjà consacrées dans le Code civil de 1804, tendent aujourd'hui à se multiplier. Le droit suisse en connaît lui-même un certain nombre. De plus, le principe est souvent détourné en pratique par la constitution de sociétés de capitaux unipersonnelles ou le recours aux sociétés de domicile.

En conclusion, force est de constater que les principes dogmatiques sur lesquels repose la théorie de l'acte fiduciaire ne sont pas inhérents au droit privé, puisqu'ils ont été définis d'une manière stricte et concrétisés au XIX^e^ siècle seulement. Ils n'ont par ailleurs pas de rang juridique particulier. Ils n'ont, en effet, pas de valeur constitutionnelle et n'ont même pas été l'objet, hormis les dispositions légales régissant le droit de propriété, de normes spécifiques. Ils résultent de l'interprétation du système légal et représentent tout au plus des principes ou postulats législatifs. Si leur fonction (assurer la sécurité et la transparence des transactions juridiques, protection des tiers) doit être reconnue, la démystification et la relativisation de leur caractère intangible en facilitent une interprétation réactualisée.

Quatrième partie

La théorie de l'acte fiduciaire doit être abandonnée. Elle ne constitue qu'une figure dévoyée de la *fiducia* romaine et les dogmes sur lesquels elle repose ont perdu leur autorité. Il est désormais possible de définir un nouveau régime juridique de la fiducie-gestion. D'autres ordres juridiques de *civil law* ne s'y sont pas trompés. La tendance est à la constitution des biens fiduciaires en un patrimoine séparé et affecté, que cela soit, comme au Luxembourg, ou selon le projet de loi français, sous la forme d'une masse séparée à l'intérieur du patrimoine personnel du fiduciaire (*Sondervermögen*), ou alors, comme au Québec, par le biais de l'organisation d'un patrimoine d'affectation autonome. Une telle évolution apparaît comme une alternative crédible et viable à la réception ou à la création de figures dérivées du trust, orientation que de nombreux Etats de tradition romaniste, comme le Japon ou le Liechtenstein, n'ont pas hésité à suivre.

La fiducie a pour fonction de séparer l'exercice d'un droit sur un bien, du droit à la valeur de ce bien. Sur un plan théorique, il faut reconnaître que la propriété attribuée au fiduciaire est une propriété spécifique. Ainsi, la titularité juridique, les pouvoirs juridiques sur le bien fiduciaire, sont pleinement transférés au fiduciaire (propriété-exercice). En revanche, le transfert du bien fiduciaire n'a pas comme effet d'accroître le patrimoine personnel du fiduciaire. La valeur du bien, qui est compensée par une dette fonctionnelle envers le fiduciant du même montant, n'est pas à la libre disposition du fiduciaire. Elle n'est qu'en dépôt auprès de lui. Le bien fiduciaire peut être considéré comme demeurant matériellement dans le patrimoine du fiduciant (propriété-valeur). En tant que propriété pour autrui, la fiducie se comprend à l'aide d'un droit des biens qui ne vise pas seulement

à classifier et situer des choses susceptibles d'appropriation, mais aussi à traduire le mouvement des biens au regard de la richesse qu'ils représentent. Elle constitue une concrétisation de la distinction, essentielle en droit romain, entre appartenance formelle et appartenance patrimoniale. En outre, contrairement à la propriété ordinaire, illimitée dans le temps, la propriété conférée au fiduciaire est une propriété temporaire qui n'est prévue que pendant la durée de la gestion. Enfin, alors que le propriétaire ordinaire est légitimé à utiliser son droit de manière arbitraire, le fiduciaire est un propriétaire pour autrui qui s'engage à exercer son droit de manière à atteindre la finalité convenue avec le fiduciant (propriété finalisée).

La *Vollrechtstheorie* est artificielle dans la mesure où elle conçoit la fiducie comme la somme de deux actes distincts aux effets contradictoires, à savoir un acte de disposition et une convention de fiducie. Or, le fiduciant n'aliène pas au fiduciaire une pleine appartenance pour la limiter immédiatement, mais lui attribue *ab initio* un droit de propriété d'une nature particulière. La fiducie constitue en réalité un contrat homogène dont l'unité se manifeste tant du point de vue juridique qu'économique. Il est donc vain de la caractériser au moyen d'une prétendue contradiction entre pouvoir (*können*) et devoir (*dürfen*). Le fiduciaire a le pouvoir comme le devoir d'exercer un plein droit de propriété sur le bien qui lui a été transféré. Il lui est simplement interdit de s'approprier la valeur économique du bien fiduciaire.

Le régime juridique de la fiducie-gestion en droit suisse doit être réformé. Dans l'attente d'une hypothétique loi, il est légitime d'étudier les possibilités offertes par le droit positif (*de lege lata*). La fiducie est une combinaison d'actes juridiques qui relève à la fois du droit des obligations (c'est un contrat) et du droit des biens (c'est un acte de disposition). Par un contrat générateur d'obligations, le fiduciant s'engage à remettre au fiduciaire la pleine titularité juridique de certaines choses ou certains droits, tandis que le fiduciaire s'engage à les gérer en tant que propriétaire, en son propre nom mais pour le compte du fiduciant, ainsi qu'à les restituer, à l'expiration de la convention de fiducie, au fiduciant ou à la personne désignée par celui-ci. Simultanément ou consécutivement, et en exécution du contrat de fiducie, le fiduciant aliène les biens fiduciaires au profit du fiduciaire. Seul titulaire formel des droits sur ces biens, le fiduciaire a la possibilité d'en faire un usage qui n'est pas conforme aux clauses contenues dans le contrat de fiducie. C'est la raison pour laquelle le fiduciant doit choisir comme fiduciaire une personne en laquelle il a pleine confiance (*fiducia*, *Vertrauen*).

Le contrat de fiducie est un contrat innommé. Suivant la volonté des parties, il sera principalement soumis, par analogie, à certaines dispositions légales sur le mandat, mais aussi à d'autres règles, en particulier celles relatives au contrat de dépôt. Comme tout contrat, le contrat de fiducie peut, dans un cas d'espèce, être simulé ou constituer une fraude à la loi. Mais ces caractères ne lui sont pas inhérents. Il est vrai que les parties au contrat de fiducie n'ont pas une volonté totale de dessaisissement, puisque la valeur économique des biens fiduciaires ne bénéficie pas au patrimoine personnel du fiduciaire. Cependant, l'opération, qui n'est en principe pas destinée à tromper les tiers, ne comporte ni contrat simulé ni convention de simulation. En l'absence d'une réglementation adaptée à la fiducie, les parties doivent être autorisées à utiliser les moyens juridiques mis à leur disposition par le droit en vigueur.

Les caractéristiques de la fiducie se prêtent mal à la reconnaissance d'un devoir impératif du fiduciaire de suivre les instructions du fiduciant. Il faut dès lors considérer que l'art. 397 al. 1 CO ne s'applique à la fiducie que de manière dispositive. La question de l'application de l'art. 404 CO est plus complexe. Ce sont principalement des raisons pragmatiques qui nous amènent à opter pour une application non impérative de cette disposition à la fiducie. En effet, le développement des domaines d'application de celle-ci et la favorisation de l'institution du tiers-bénéficiaire imposent le droit pour les parties de décider contractuellement de la durée de l'affectation du patrimoine fiduciaire.

Le point central de toute réforme a trait à la qualification juridique du patrimoine fiduciaire. L'interprétation de la loi permet de reconnaître que celui-ci constitue une masse séparée et affectée, non seulement dans la fiducie bancaire, mais aussi pour la fiducie de droit commun. Soumis au principe de la subrogation patrimoniale, le patrimoine fiduciaire est largement protégé dans l'exécution forcée contre le fiduciaire et en droit matrimonial, dans une moindre mesure toutefois en droit successoral et en cas de compensation d'un tiers auprès duquel le fiduciaire a déposé les avoirs fiduciaires. La reconnaissance d'un tel patrimoine ne porte pas atteinte aux intérêts économiques des créanciers du fiduciant ni à ceux des créanciers du fiduciaire.

Ainsi donc, de nombreuses solutions existent pour améliorer sensiblement, *de lege lata*, le régime juridique de la fiducie-gestion. L'intervention du législateur est cependant préférable, en ce qu'elle permettrait, d'une part, de protéger encore plus efficacement le patrimoine fiduciaire et, d'autre part, d'intégrer la fiducie dans une conception dogmatique novatrice et cohérente.

Il n'existe pas d'obstacles de principe qui s'opposent à l'adoption en droit suisse de dispositions légales sur la fiducie. L'aspect essentiel réside également dans la reconnaissance que les biens fiduciaires forment un patrimoine séparé et affecté. A une législation spéciale sur la fiducie, voire même à la consécration d'un nouveau contrat nommé dans le Code des obligations, nous préférerions l'introduction d'un nouveau droit réel dans le Code civil. Il pourrait prendre la forme d'un type particulier de propriété, la «propriété fiduciaire», qui aurait comme caractéristique principale d'être conçue sur la base d'une distinction entre l'exercice du droit de propriété (maîtrise formelle) sur le bien fiduciaire, attribué au fiduciaire, et le droit à la valeur de ce bien (maîtrise matérielle), revenant au fiduciant. Une voie serait ainsi ouverte vers une forme de propriété prenant en compte le droit dématérialisé à la valeur d'un bien, susceptible en outre de régir des applications de la fiducie qui ne sont pas d'origine contractuelle, notamment dans le domaine des libéralités.

Le trust est devenu une institution que l'ordre juridique suisse ne peut plus ignorer. Vu l'importance de la place financière suisse, notamment dans la gestion des patrimoines privés et institutionnels, de nombreux trusts sont en contact avec les systèmes juridique et judiciaire helvétiques. La Suisse a intérêt à adhérer à la Convention de La Haye sur le trust. L'entrée en vigueur de cette convention lui serait profitable, tant du point de vue de la compréhension et de la reconnaissance des effets de trusts étrangers en Suisse, que de celui du développement de la fiducie suisse à l'étranger. Une tendance au rapprochement des concepts de trust et de fiducie est d'ailleurs perceptible. La Convention de La Haye, mais aussi les *Principles of European Trust Law*, en sont des signes tangibles.

****

B.

C'est un lieu commun que d'affirmer que les relations économiques, notamment celles liées aux marchés financiers, s'internationalisent et se mondialise de plus en plus. Les opérateurs ont des possibilités accrues de choisir la loi ou le système juridique auxquels ils souhaitent être soumis. «De ce fait, le phénomène de concurrence législative entre les Etats n'a jamais été aussi vive»[2230]. Ainsi, dans le domaine de la gestion des patrimoines, la fiducie helvétique est-elle directement concurrencée par d'autres fiducies de pays de tradition civiliste, tel le Luxembourg, mais aussi, et de manière croissante, par diverses formes de trusts, qu'ils soient constitués sous des ordres juridiques de *common law* ou de *civil law*. Or, le trust paraît devoir sortir gagnant de cette confrontation dans la mesure où tant la pratique que la littérature comparatiste lui reconnaissent de nombreux avantages – juridiques et économiques – sur les fiducies de tradition romaniste[2231].

Cette attractivité manifeste du trust peut être située dans le contexte plus général de l'influence accrue de concepts anglo-saxons dans notre ordre juridique. Ainsi WIEGAND observe-t-il une lente mais continue pénétration du droit américain dans les droits européens selon un processus socio-culturel qu'il compare à la réception du *ius commune* à l'époque médiévale[2232]. On se trouverait même en présence d'un «irreversibler und weitgehend unaufhaltsamer Prozess»[2233]. Un autre auteur a, quant à lui, parlé d'«Osmosis of Anglo-Saxon concepts in swiss business law»[2234]. Cette montée en puissance du droit anglo-saxon, dont l'ampleur ne doit cependant pas être surestimée, est certainement liée à différents phénomènes. Elle est notamment véhiculée par la généralisation de la langue anglaise dans les relations internationales et favorisée par une certaine prééminence économique des Etats-Unis. Mais il existe aussi une cause d'ordre culturel, psychologique, contre laquelle nous souhaiterions nous élever. Il s'agit de la conviction répandue que le droit de tradition romaniste jugé trop figé, conservateur, inflexible, serait inadapté aux besoins de la vie économique de notre époque. Une chose est pourtant sûre: le droit romain ne présente pas ces caractéristiques.

2230 GAILLARD (1990), p. 306. Cf. aussi GRIMALDI/BARRIÈRE (1998), pp. 570s et WOLTER (1999), pp. 199s.

2231 Cf., par exemple, LUPOI (1998b), pp. 435s, ainsi que GAMBARO (1994), pp. 511ss et (1995), pp. 646s.

2232 WIEGAND (1988).

2233 WIEGAND (1988), p. 261.

2234 BÖCKLI (1997).

On connaît l'influence déterminante du droit romain dans l'élaboration des concepts essentiels du droit privé des pays de *civil law*[2235]. C'est ainsi que, par exemple, en droit suisse, la plupart des notions fondamentales du droit privé ont été forgées en droit romain[2236]. Il en va de même en matière de procédure civile, et même d'exécution forcée, la LP contenant de nombreux «vestiges romains»[2237]. Mais ce qui est codifié en droit moderne ne l'était pas en droit romain classique, droit jurisprudentiel par excellence. Le génie et l'originalité de l'esprit juridique romain consistaient précisément à dégager les principes juridiques tout en leur réservant de nombreuses exceptions et adaptations[2238]. La *fiducia* en est une illustration remarquable. Les jurisconsultes l'ont façonnée de manière très pragmatique en prenant en compte les divers intérêts en présence. GUARINO a pour sa part décelé un cas «ante litteram» de *leasing* dans le célèbre fragment de GAIUS[2239] relatif à l'engagement des gladiateurs[2240]. Enfin, nous avons vu qu'une étude récente tend à prouver l'existence dans le *ius commune* d'une figure juridique civiliste comparable au trust testamentaire[2241].

Il ne s'agit dès lors plus aujourd'hui d'affirmer la supériorité d'un système juridique sur un autre, mais bien plutôt de déterminer leurs similitudes et différences. A ce titre, le droit romain constitue un sujet d'étude qui intéressera aussi les positivistes, en particulier les comparatistes[2242]. La ques-

---

2235 Cf., par exemple, Reinhard ZIMMERMANN, «Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit», in *Juristen Zeitung* (Tübingen) 1992, pp. 8ss.

2236 Cf. PETER (1998), pp. 341ss.

2237 Cf. PETER (1996), pp. 450ss.

2238 GUARINO (1985), p. 462: «... il quale ci dimostra ancora una volta che fanno male quei romanisti, i quali si ostinano a credere che la vita giuridica romana e in particolare quella dei periodi preclassico e classico, davvero si svolgesse sui binari inflessibili di certi principi e di certe strutture. Come nella pratica della guerra i Romani badavano sino ad un certo punto alle regole dei manuali, ed erano maestri (cresciuti anche alla scuola di Annibale) di mille impensati espedienti, diversivi, trucchi, cosi penso che essi facessero, con l'esperto aiuto dei giureconsulti, nella pratica del diritto».

2239 GAIUS, *Institutes*, 3.146. Pour une exégèse récente de ce fragment, cf. Okko BEHRENDS, «Feste Regelungsstruktur oder auslegungsfähiges Pflichtenverhältnis», in *Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno SCHMIDLIN*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, pp. 37ss.

2240 GUARINO (1985), p. 463.

2241 Cf. LUPOI (2000), à paraître.

2242 Cf. PETER (1998), p. 342. Les rapports entre histoire du droit et droit comparé ont fait l'objet des débats du 32e *Deutscher Rechtshistorikertag* le 23 septembre 1998 à Regensburg. Les contributions présentées à cette occasion sont publiées in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (Munich) 3/1999, pp. 494 à 641. Sur le même sujet, voir également Heinz KÖTZ, «Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?», in *Ju-*

tion est maintenant de savoir si la Suisse veut se doter d'une nouvelle fiducie qui soit apte à concurrencer plus efficacement le trust. Nous avons tenté de démontrer qu'il est possible d'asseoir cette fiducie sur les bases historiques du droit européen continental, sans nécessité de recourir à une transposition du trust dans notre ordre juridique. Améliorer le régime juridique de la fiducie-gestion en droit suisse, si possible par la voie législative, ne doit pas être considéré comme un gage donné aux fraudeurs en tout genre. Il faut bien se rendre à l'évidence que le *statu quo* n'empêchera pas les criminels de parvenir à leurs fins, au besoin par le recours à des mécanismes complexes soumis à des droits étrangers et qui rendent très aléatoire l'identification de l'ayant droit économique. Au contraire, nous savons que le droit suisse dispose désormais de tout un arsenal législatif en la matière, lequel assure une plus grande transparence des activités financières.

Traduction juridique d'un phénomène singulier, celui de «donner pour reprendre», la fiducie-gestion a, à n'en pas douter, encore de beaux jours devant elle. L'adoption d'une loi sur la fiducie réduirait sans doute la part de mystère que cette institution innommée a conservée jusqu'ici dans notre pays. Mais les besoins de la pratique étant infinis, des développements inattendus ne manqueront pas de susciter de nouveaux problèmes qui nécessiteront de nouvelles réflexions.

La fiducie continuera à fasciner...

---

risten Zeitung (Tübingen) 1992, pp. 20ss, Bruno SCHMIDLIN (éd.), *Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Bâle, 1994, ainsi que notre contribution, en collaboration avec Nathalie WHARTON, «The Reception of Roman Law in Swiss Law: Back to The Future!», in *Rechtsgeschichte(n)?* [Europäisches Forum junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker, Zurich 1999], à paraître en 2000 chez Peter Lang (Francfort-sur-le-Main, Berlin, Berne).

INDEX DES SOURCES ROMAINES

(A défaut d'indication contraire les *chiffres en italique* renvoient aux notes de bas de pages)

I. SOURCES JURIDIQUES

A. Sources pré-justiniennes

Codex Theodosianus
15.14.9 *385*

Collatio legum Mosaicarum et Romanarum
10.2.2 *398, 764*

Fragmenta Vaticana
9 *397, 955*
18 *384, 397, 895, 1158*
94 *397, 883, 884*

Gai Institutiones
1.8 *pp. 90s.*
1.54 *864*
1.119 *445, 583*
1.121 *447*
1.132 476
1.140 *481, 487, 556, 577*
1.141 *485, 486*
1.166 *479*
1.172 *480, 556, 577*
2.7 *862*
2.12 *432*
2.13 *432*
2.14 *432*
2.40 *864*
2.54 *962*
2.59 *423, 961, 1094*
2.60 *1, 408, 411, 662, 663, 737, 971, 1094, 1135, 1929*
2.102 *p. 103*
2.103 *p. 104*
2.104 *506, 569*
2.220 *p. 214*
2.249 *548*
3.89ss *658*
3.89 *652*
3.110 *1136*
3.146 *2239*
3.201 *977, 1094*
4.2 *437*
4.3 *437*
4.11ss *639*
4.16 *583*
4.19 *679*
4.32 *692*
4.33 *691, 692, 695*
4.35 *745*
4.47 *pp. 179s.*
4.48 *879*
4.62 *716, 726*
4.182 *681, 750*

Lex XII Tabularum
4.2 *473*
6.1 *573*
8.22 704

Pauli Sententiae
1.9.8 *793*
2.13 *615*
2.13.1 *pp. 222 et 274*
2.13.2 *883, 934*
2.13.3 *900, pp. 206 et 215*
2.13.5 *627*
2.13.6 *883, 890, 906*
2.13.7 *818, 949*
3.6.16 *953*
5.26.4 *883, 885, 1165*

B. *Corpus Iuris civilis*

Institutiones
2.23.1 *550*
3.2.8 *488*

Digesta
2.14.1.3 *651*
2.14.7.4 *628*
2.14.48 *573*
3.2.6.7 *823*
3.5.20 *810*
4.2.1 *539*
4.4.49 *1079*
9.4.22 *404*
9.4.22 pr *1008, 1009*
9.4.22.1 *1008, 1009*
9.4.22.2 *1008, 1009*
10.2.28 *905*
10.3.7.3 *911*
12.1.4.1 *678, 1171*
12.1.26 *1085*
12.4.5.1 *495, 497, 990*
13.6.5.2 *767*
13.7.6 pr *402, 622, 901*
13.7.6.1 *402, 932*
13.7.7 *p. 222*
13.7.8 pr *402, 816, 949*
13.7.8.1 *402*
13.7.8.2 *402*
13.7.8.3 *402, 623*
13.7.8.4 *402, 624*
13.7.8.5 *402*
13.7.22 pr *883, 887, 939, 941, 947*
13.7.22.1 *p. 225*
13.7.22.2 *882, 935, 1156*
13.7.22.3 *814*
13.7.22.4 *821*
13.7.24 pr *616, 662*
13.7.24.2 *931*
13.7.24.3 *899, 948*
13.7.25 *819*
13.7.31 *404, 820, 958*
13.7.34 *954, 1168*
13.7.37 *1009, 1016*
13.7.40 *955*
15.1.19.1 *pp. 253s*
15.1.36 *684, 695*
17.1.27.1 *405, 495, 989*
17.1.30 *405, 495, 496, 988*
18.2.10 *782*
18.3.2 *402, 613*
18.3.3 *613*
19.1.23 *891*
20.4.4 *402*
20.5.12 *955*
23.3.10.1-2 *p. 252*
23.3.32 *p. 252*
23.3.50 pr *792*
23.3.54 *p. 252*
23.3.75 *1037, 1045*

23.5.4 *1033*
24.1.49 *546*
24.3.7.12 *1042*
24.3.11 *882*
24.3.49.1 *883, 884*
26.1.1 pr *1060*
26.7.7.4 *1072*
26.7.12.1 *1078*
26.7.27 *1066*
26.8.1 pr *1077*
26.9.2 *1087*
27.3.5 *404, 730*
27.9.1 pr *1080*
30.108.12 *766*
33.10.9.2 *662, 883, 889, 951, 1008, 1023*
35.2.81.1 *1046*
37.15.3 *495*
39.5.18.1-2 *495*
40.1.4.9 *443*
40.1.13 *495*
40.1.20.2 *999*
40.2.16.1 *495*
40.9.7.1 *495*
40.9.9.2 *443*
40.9.16.1 *495*
41.1.9.2 *2085*
41.1.31.1 *944*
41.1.63.4 *943*
41.2.1.15 *1000*
41.2.36 *1000*
41.3.16 *1000*
41.3.33.4 *1000*
41.4.7.3 *1066, 1078, 1083*
43.24.11.7 *1066*
43.26.11 *973*
43.26.18 *1004*
44.7.3 *653*
44.7.3 pr *439*
44.7.16 *404, 975*
45.3.6 *404*
46.2.12 *405*
46.3.26 402
46.3.80 *960*
47.2.14.5-7 *909*
47.2.14.6 *1009, 1019*
47.2.57.4 *1066*
47.2.80 *940*
47.20.4 *527*
48.20.3 *p. 253*
50.1.21.4 *p. 253*
50.16.19 *650, 788, 829*
50.16.39.1 *926*
50.16.49 *924*
50.16.181 *402, 1021*
50.16.208 *927*
50.16.223.1 *412*
50.17.45 pr *882*
50.17.59 *919*
50.17.123 pr *738*
50.17.157 pr *1066*

Codex
4.24.2 *934*
4.57.1 *993*
4.57.3 *993*
5.12.29 *1055*
5.12.30 *1052, 2084*
5.13.1.15 *1054*
5.37.20 *1075*
5.74.3 *1082*
6.37.3 *953*
8.35.3 *611*
8.49.6 *488*
8.55.1 *2086*

C. Actes de la pratique, inscriptions

Emancipatio puellae
396, 561, 662

Formula Baetica
395, 521, 558, 599, 620

Mancipatio Pompeiana
394, 523, 595, 619

Tabula Herculanensis
65 *392, 523, 532*

Tabulae Pompeianae
19 *393, 523, 531*
21 *393, 523, 531*
22 *393, 523, 531*

II. SOURCES NON JURIDIQUES

A. AULUS GELLIUS (Aulu-Gelle)

Noctes Atticae (Nuits attiques)
20.1.39 *672*

B. Anicius Manlius Severinus BOETHIUS (Boèce)

In Ciceronis Topica
4.10.41 *399, 411, 563*
17.65 *p. 255*

C. Marcus Porcius CATO (Caton)

De agricultura
Praef. 2. *759*

D. Marcus Tullius CICERO (Cicéron)

Ad familiares
7.12 *703*

De natura deorum
3.30.74 *725*

De officiis
1.13.41 *592*
1.33.121 *761*
3.15.61 *703, 719, 807, 1029*
3.16.65 *573*
3.17.70 *583, 683, 690, 695, 698, 699, 703, 707, 717, 718, 808*
3.19.76 *761*

Pro Flacco
21.51 *610*

Pro Roscio Comoedo
6.16 *681, 726*

Topica
10.42 *741*
17.66 *703, 720*

E. Quintus HORATIUS Flaccus (Horace)

Epistolae
1.16.40 *760*

F. ISIDORUS (Isidore de Séville)

Origines
5.23 *400, 417*

G. LIVIUS (Tite-Live)

Ab urbe condita libri
32.38 *416*

H. Titus Maccius PLAUTUS (Plaute)

Aulularia (La marmite)
582-586 *540*

Trinummus (Les trois écus)
116-118 *540*
140-144 *540*

I. Gaius PLINIUS Caecilius Secundus (Pline le Jeune)

Epistolae
10.4 *409, 427*

J. QUINTUS CURTIUS Rufus (Quinte-Curce)

Historiae
5.9 *416, 1099*

ANNEXE

Principles of European Trust Law

(édités par HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN, La Haye, 1999, pp. 21ss)

Article I: Principales caractéristiques du trust

(1) Dans un trust, une personne appelée «trustee» est propriétaire de biens séparés de son patrimoine personnel; le trustee doit affecter ces biens (le fonds du trust) à l'intérêt d'une autre personne appelée «bénéficiaire» (beneficiary) ou à l'accomplissement d'un but d'intérêt général.

(2) Il peut y avoir plus d'un trustee et plus d'un bénéficiaire; un trustee peut lui-même être un des bénéficiaires.

(3) La séparation du fonds du trust a pour effet de soustraire celui-ci aux prétentions du conjoint du trustee, de ses héritiers et de ses créanciers personnels.

(4) Le bénéficiaire a, sur le fonds du trust, un droit personnel propre contre le trustee et contre des tiers auxquels une partie du fonds aurait été transférée sans droit, il se peut aussi qu'il ait un droit réel à l'encontre du trustee et à l'encontre de ces tiers.

Article II: Création du trust

En règle générale, pour créer un trust, une personne, appelée «constituant» (settlor) doit, de son vivant ou par disposition à cause de mort, transférer des biens au trustee dans l'intention de constituer un fonds de trust séparé. Toutefois, il se peut aussi que le constituant ait la possibilité de créer un trust en statuant qu'il sera le trustee de certains de ses propres biens.

Article III: Le fonds du trust

(1) Le fonds du trust comprend non seulement les biens originaux et ceux ajoutés par la suite, mais également les biens acquis en remploi de ces biens.

(2) Le fonds du trust ne répond pas des dettes personnelles du trustee. A moins que la création du trust ne fût contraire à des lois protégeant les créanciers, le conjoint ou les héritiers du constituant, le fonds du trust ne répond que des prétentions de créanciers à l'encontre du trustee comme tel et, dans la même mesure, des prétentions des bénéficiaires ou du curateur (enforcer), un professionnel (office holder) habilité à assurer l'accomplissement des buts d'un trust d'intérêt général.

(3) Sauf disposition contraire des termes du trust, un trustee de plusieurs trusts doit tenir chaque fonds de trust séparé, non seulement de son patrimoine personnel, mais aussi du fonds de chacun des autres trusts.

Article IV: Trust pour bénéficiaires ou trust d'intérêt général

(1) En créant un trust, le constituant doit désigner des personnes déterminées ou déterminables en qualité de bénéficiaires, envers lesquels le trustee a ou aura des obligations en ce qui concerne le fonds du trust, ou doit désigner un but d'intérêt général pour l'accomplissement duquel un curateur est nommé.

(2) Dans la mesure où le constituant omet de créer des droits sur l'ensemble du fonds du trust, le trustee sera propriétaire des biens dans l'intérêt du constituant et de ses successeurs.

(3) Tout bénéficiaire, et tout curateur d'un trust ayant un but d'intérêt général, a droit aux informations nécessaires pour sauvegarder ses intérêts et s'assurer que le trustee lui rende des comptes.

(4) Un bénéficiaire peut disposer de ses droits dans les limites des termes du trust.

(5) Tout bénéficiaire, et tout curateur d'un trust ayant un but d'intérêt général, peut poursuivre en justice l'exécution des termes du trust.

Article V: Les devoirs et les pouvoirs du trustee

(1) Le trustee doit exercer ses droits conformément au droit et aux termes du trust.

(2) Le devoir fondamental d'un trustee est de se conformer aux termes du trust, de gérer raisonnablement les biens du trust et d'agir dans l'intérêt bien compris des bénéficiaires ou, en cas de trust ayant un but d'intérêt général, de promouvoir l'intérêt en question.

(3) Un trustee doit garder les biens du trust séparés et les protéger, tenir des comptes précis et fournir aux bénéficiaires ou au curateur les informations nécessaires à la sauvegarde de leurs intérêts.

(4) Sauf autorisation contraire découlant des termes du trust ou de la loi, un trustee doit remplir ses fonctions personnellement. Il doit agir honnêtement et, sauf autorisation contraire, éviter tout conflit d'intérêts.

(5) Un trustee est comptable du fonds du trust, il doit personnellement réparer toute perte causée au fonds du trust par une violation du trust (breach of trust). Il doit personnellement ajouter à ce fonds tout profit que lui aurait procuré la violation de ses devoirs.

Article VI: Remèdes juridiques contre le trustee en cas de violation du trust

En cas de violation du trust, le juge peut notamment interdire certains actes au trustee, le destituer et le remplacer, ou ordonner la réparation de pertes ou la restitution de profits. Il se peut aussi que le juge ait le pouvoir de déclarer que certains biens du trustee ont toujours fait partie du fonds du trust et ne sont jamais entrés dans son patrimoine personnel ou doivent être affectés en garantie de sa responsabilité.

Article VII: Responsabilité de tiers

Lorsqu'un trustee transfère sans droit une partie du fonds du trust à un acquéreur, qui n'est pas protégé en qualité d'acheteur de bonne foi ou autrement, cet acquéreur doit réparer la perte subie par le fonds du trust, il se peut qu'il soit enjoint de tenir les biens ainsi transférés (ou des biens les représentant), séparés de son patrimoine personnel en tant que partie du fonds du trust ou en tant que garantie de sa responsabilité. Il se peut que cette responsabilité s'étende à tout tiers acquéreur subséquent qui n'est pas protégé en tant qu'acheteur de bonne foi ou autrement.

Article VIII: Fin du trust

(1) Nonobstant les termes du trust, si les bénéficiaires sont tous en vie, ont été déterminés et ont pleine capacité, ils peuvent, d'un commun accord, exiger du trustee de mettre fin au trust et de distribuer le fonds du trust entre eux ou les personnes qu'ils désignent. Toutefois, si quelque but du constituant restait à atteindre, il se peut que les bénéficiaires ne soient pas autorisés de mettre fin au trust.

(2) Un trust prend fin (a) lorsque le fonds du trust a été tout entier distribué à des bénéficiaires ou a été utilisé pour servir les buts du trust, ou (b) lorsque il n'y a pas de bénéficiaires ni de personne, existante ou non, qui puisse le devenir selon les termes du trust, ou (c) lorsqu'une personne exerce un pouvoir de mettre fin au trust.

(3) A l'expiration de la durée permise du trust (le trustee devant toutefois conserver suffisamment de biens pour faire face à des engagements prévisibles), le fonds du trust sera distribué par le trustee aussi rapidement que possible, conformément aux termes du trust indiquant comment en pareil cas le fonds du trust devrait être distribué. Toutefois, si ces termes sont muets à cet égard, le fonds du trust sera la propriété du trustee dans l'intérêt du constituant ou de ses successeurs.

(4) Lorsque les buts d'un trust d'intérêt général auront été atteints dans toute la mesure du possible, ou ne peuvent plus être accomplis, le fonds du trust sera la propriété du trustee dans l'intérêt du constituant ou de ses successeurs, à moins que les termes du trust ne soient modifiés ou prorogés.

BIBLIOGRAPHIE

I. PREMIÈRE PARTIE: DROIT MODERNE

A

ABEGGLEN, Sandro (1999): *Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht* [ad art. 16 Anlagefondsgesetz], Bâle, Genève et Munich, 1999, pp. 603 à 607.

AEBY, Pierre (1912): «L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1912, pp.149ss.

AMONN, Kurt et GASSER, Dominik (1997): *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, Berne, 1997, not. pp. 183 à 187 et 316 à 322 (cités: AMONN/GASSER).

ANDREOLI, Edoardo (1998): *Il Trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padoue, 1998.

APATHY, Peter (1997): «Die Entwicklung und Gestaltung von Rechtsinstituten durch die Kautelarjurisprudenz am Beispiel der Treuhand im römischen und im österreichischen Recht», in *Nozione, Formazione e Interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne, Ricerche dedicate al Professor Filippo GALLO*, Naples, 1997, pp. 369ss.

ARENDT, Ernest (1985): «Des textes de loi régissant les opérations fiduciaires sont-ils souhaitables?», in *Les opérations fiduciaires*, Paris, 1985, pp. 153ss.

ARNAUD, André-Jean (1969): *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969, pp. 121 à 195.

ASMUS, Wolfgang (1977): *Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand*, Francfort-sur-le-Main, 1977.

ASSFALG, Dieter (1963): «Wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff», in *Neue Juristische Wochenschrift* 16 (1963), pp. 1582ss.

Association luxembourgeoise des juristes de Banque (1985): «La fiducie des établissements de crédit en droit luxembourgeois», in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, 1985, pp. 355ss (cité: Association luxembourgeoise).

AUBRY, Charles et RAU, Charles (1869): *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, Paris, 1869, tome deuxième, pp. 1 à 4 (cités: AUBRY/RAU (1869)).

AUBRY, Charles et RAU, Charles (1873): *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, Paris, 1873, tome sixième, pp. 229 à 260 (cités: AUBRY/RAU [1873]).

B

BARTHOLD, Beat, *Aussonderung von Treugut im schweizerischen Partikularkonkurs*, Zurich, 1997.

BEAULNE, Jacques (1993): «La nouvelle fiducie en droit civil québécois et l'intégration de la doctrine moderne du patrimoine d'affectation», in *Revue du notariat belge* (Bruxelles) 1993, pp. 530ss.

BEILSTEIN, Werner (1977): *Die Beziehungen zwischen SchKG 201, 202 und OR 401*, Zurich, 1977, not. pp 47 à 96.

BELLIVIER, Florence (1997): «Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine», in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, 1997, pp. 165ss.

BÉNABENT, Alain (1993): «La fiducie (Analyse d'un projet de loi lacunaire)», in *Jurisclasseur périodique, La semaine juridique, édition notariale et immobilière* (Paris) 1993, pp. 275ss.

BERTI, Stephen V. (1994): «Der trust, das Lugano Übereinkommen und das schweizerische IPR», in *Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994*, Zurich, 1994, pp. 233s.

BERTSCHINGER, Urs (1993): «Für eine Neuorientierung bei der Aussonderung im Konkurs des Beauftragten», in *Pratique juridique actuelle* (Saint-Gall) 12/93, pp. 1440ss.

BERTSCHINGER, Urs (1995): «Zum neuen bankengesetzlichen Aussonderungsrecht (Art. 16 und 37b BankG) – Parallelen und Unterschiede zu Art. 401 OR», in *Pratique juridique actuelle* (Saint-Gall) 4/95, pp. 426ss.

BISCHOF, Diego (1996): *Le leasing de biens mobiliers*, Lausanne, 1996, pp. 127 à 223.

BLAUROCK, Uwe et WITZ, Claude (1985): «Les opérations fiduciaires en droit allemand (R.F.A)», in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, 1985, pp. 223ss (cités: BLAUROCK/WITZ).

BLOCH, Konrad (1955): «Die gesetzliche Ausgestaltung des Treuhandvertrages im schweizerischen Recht», in *Revue suisse de jurisprudence* (Zurich) 51 (1955), pp. 51ss.

BÖCKLI, Peter (1997): «Osmosis of Anglo-Saxon Concepts in Swiss Business Law», in *The International Practice of Law, Liber Amicorum for Thomas BÄR and Robert KARRER*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1997, pp. 9ss.

BODMER, Daniel, KLEINER, Beat et LUTZ, Benno, (1997): *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Zurich, 1997, *ad* art. 16 et 37b (cités: BODMER/KLEINER/LUTZ).

BONNARD, Yves (1999): «Le <<Protecteur>> d'un trust est-il un <<Intermédiaire Financier>> au sens de la LBA?», in *L'expert-comptable suisse* (Zurich) 8/1999, pp. 673ss.

BREDIN, Jean-Denis (1990): «Au-delà de l'E.U.R.L.?», in *La semaine juridique, cahiers de droit de l'entreprise* (Paris) 1990, no 6 du 8 février 1990 (supplément 1/1990), pp. 24ss.

BREHM, Roland (1998): *Berner Kommentar*, t. VI/1/3/1: *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen* [art. 41-61 OR], Berne, 1998, pp. 16 à 35 et 96 à 103.

BREITSCHMID, Peter (1995): «Trust und Nachlassplanung», in *Rechtskollisionen, Festschrift für Anton HEINI zum 65. Geburtstag*, Zurich, 1995, pp. 49ss.

BRIERLEY, John E.C. (1995): «Regards sur le droit des biens dans le nouveau code civil du Québec», in *Revue internationale de droit comparé* (Paris) 1995, pp. 33ss.

BROGGINI, Gerardo (1997): «Il trust nel diritto internazionale privato italiano», in *Jus, Rivista di scienze giuridiche* (Milan) 44 (1997), pp. 11ss.

BROGGINI, Gerardo (1998): «*Trust* e fiducia nel diritto internazionale privato», in *Europa e diritto privato* (Milan) 2/1998, pp. 399ss.

BUCHER, Eugen (1983): «Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 102 (1983) II, pp. 375 à 383.

BÜHLER, Theodor (1974): «Zur Geschichte des Eigentumsbegriffs», in *Revue Suisse de Jurisprudence* (Zurich) 70 (1974), pp. 289ss et 305ss.

BÜRGIN, Rolf (1959): *Die Rechtsstellung des Fiduzianten*, Université de Bâle, 1959, not. pp. 105ss.

C

CANARIS, Claus-Wilhelm (1978): «Die Verdinglichung obligatorischer Rechte», in *Festschrift für Werner FLUME zum 70. Geburtstag*, tome 1, Cologne, 1978, pp. 371ss.

CANARIS, Claus-Wilhelm (1988), *Bankvertragsrecht*, Première partie, Berlin, 1988, nos 263 à 295.

CANTIN CUMYN, Madeleine (1992): «L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-Atlantique», in *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation* (Paris) 1992, pp. 117ss.

CANTIN CUMYN, Madeleine (1997a): «La fiducie en droit québécois, dans une perspective nord-américaine», in *Le trust et la fiducie, implications pratiques*, Bruxelles, 1997, pp. 71ss (citée: CANTIN CUMYN [1997a]).

CANTIN CUMYN, Madeleine (1997b): «L'origine de la fiducie québécoise», in *Mélanges Paul-André CREPEAU*, Cowansville, 1997, pp. 199ss (citée: CANTIN CUMYN [1997b]).

CANTIN CUMYN, Madeleine (2000): «La fiducie: droit des biens ou droit des obligations? – Rapport général», in *La Fiducie face au Trust dans les rapports d'affaires – Trust vs Fiducie in a business context*, Bruxelles, 2000, à paraître.

CARBONNIER, Jean (1991): *Droit civil*, tome 3, *Les biens*, Paris, 1991, pp. 11 à 22, 69 à 80 et 123 à 158.

CARONI, Pio (1995): «La romanistica svizzera ottocentesca fra «irregolarità» e conferme», in *INDEX* (Naples) 23 (1995), pp. 83ss.

CHAMPAUD, Claude (1991): «La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français», in *Revue de droit des affaires internationales* (Paris) no 5 (1991), pp. 689ss.

CHARBONNEAU, Pierre (1983): «Les patrimoines d'affectation: vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine», in *La Revue du Notariat* (Montréal) 85 (mai-juin 1983), pp. 491ss.

COHET-CORDEY, Frédérique (1996): «La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français», in *Revue trimestrielle de droit civil* (Paris) 1996, pp. 819ss.

COING, Helmut (1973a): *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, Munich, 1973 (cité: COING [1973a]).

COING, Helmut (1973b): «Die Treuhandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrunderts», in *Rabels, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 37 (1973), pp. 202ss (cité: COING [1973b]).

COING, Helmut (1982): «Zur Geschichte des Begriffs «Subjektives Recht»», in *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, tome 1, Francfort-sur-le-Main, 1982, pp. 241ss.

COING, Helmut (1989): *Europäisches Privatrecht, 1800 bis 1914*, tome II, 19. Jahrhundert, Munich, 1989, pp. 423 à 427.

COING, Helmut (1991): «Übernahme des Trusts in unser internationales Privatrecht?», in *Festschrift für Theodor HEINSIUS zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlin et New York, 1991, pp. 79ss.

CORBOZ, Bernard (1997): *Les principales infractions*, Berne, 1997, pp. 95 à 107, 152 à 160 et 351 à 360.

COSSETTE, André (1990): «De l'extension et de la modernisation de la notion québécoise de fiducie», contribution dans le cadre des travaux du 3e Colloque de Luxembourg de mai 1989 sur le thème: *La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones*, in *Revue Juridique et Politique* (Paris) 1990, pp. 201ss.

COSTANZA, Maria (1980): «*Numerus clausus* dei diritti reali e autonomia contrattuale», in *Studi in onore di Cesare GRASSETTI*, premier volume, Milan, 1980, pp. 422ss.

CROCQ, Pierre (1995): *Propriété et garantie*, Paris, 1995, pp. 145 à 206 et 393 à 416.

CUENDET, André (1992): «Les rapports fiduciaires dans la jurisprudence suisse», in *L'expert-comptable suisse* (Zurich) 1992, pp. 130 à 132, 187 à 192 et 361 à 366.

CUENDET, André (1993): «Un arrêt genevois: rapports fiduciaires et bonne foi en affaires», in *L'expert-comptable suisse* (Zurich) 1993, pp. 100ss.

D

DAVID, René et JAUFFRET-SPINOSI, Camille (1992): *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1992, pp. 251 à 288 (cités: DAVID/ JAUFFRET-SPINOSI).

DECHEIX, Pierre (1997): «La fiducie ou du sens des mots», in *Recueil Dalloz* (Paris) du 6 février 1997, Chronique, pp. 35s.

de GOTTRAU, Nicolas (1997): «Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et applications dans le domaine bancaire», in *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne, 1997, pp. 173ss.

de GUILLENCHMIDT, Jacqueline (1990): «Présentation de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie», rapport présenté dans le cadre du Colloque de Lyon du 5 avril 1990 consacré au thème «La fiducie pour quoi faire?», in *Revue de droit bancaire et de la Bourse* (Paris) no 19 (mai-juin 1990), pp. 105ss.

de GUILLENCHMIDT, Jacqueline (1991): «La France sans la fiducie?», in *Revue de Jurisprudence Commerciale* (Paris) Janvier 1991, pp. 49ss.

de GUILLENCHMIDT, Jacqueline et CHAPELLE, André (1990): «Trusts, business trusts et fiducie», in *Les petites affiches, la loi* (Paris) no 76 du 25 juin 1990 (cités: de GUILLENCHMIDT/CHAPELLE).

DENCK, Johannes (1981): «Relativität im Sachenrecht», in *Juristische Schulung* (Munich et Francfort-sur-le-Main) 21 (1981), pp. 861ss.

DESCHENAUX, Henri (1967): *Schweizerisches Privatrecht*, tome II: *Der Einleitungstitel*, Bâle et Stuttgart, 1967, pp. 67 à 142.

DESCHENAUX, Henri et STEINAUER, Paul-Henri (1987): *Le nouveau droit matrimonial*, Berne, 1987, not. pp. 242 à 261 et 352 à 370 (cités: DESCHENAUX/STEINAUER).

DREYER, Aloïs (1981): *Le trust en droit suisse*, Genève, 1981.

DROIN, Jacques (1956): *La représentation indirecte en droit suisse*, Genève, 1956.

DROIN, Jacques (1959): «Acte fiduciaire et représentation indirecte», in *Revue suisse de jurisprudence* (Zurich) 55 (1959), pp.137ss.

DULCKEIT, Gerhard (1951): «Die Verdinglichung obligatorischer Rechte», in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, 158/159, Tübingen, 1951, not. pp. 1 à 10 et 28 à 40.

DUTOIT, Bernard (1998): «Du Québec aux Pays-Bas: les mues du droit de la propriété dans deux codes civils récents», in *Rapports suisses présentés au XV^e Congrès international de droit comparé*, Zurich, 1998, pp. 199ss.

E

EITEL, Paul (1998): «Bedingtes Eigentum», in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (Berne) 1998, pp. 245ss.

ENGEL, Pierre (1992): *Contrats de droit suisse*, Berne, 1992, pp. 445 à 478.

ENGEL, Pierre (1997): *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, 1997, not. pp. 3 à 42, 223 à 234, 279 à 283 et 407 à 411.

ERBE, Walter (1940): *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940.

ERZER, Hans (1938): *Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Recht. Insbesondere die Möglichkeit einer beschränkten Aussonderung gemäss OR. Art. 401*, Thèse de Bâle, 1938.

F

FASEL, Urs (1995): «Wende im Treuhandrecht?», in *recht* (Berne) 1995, pp. 111ss.

FELLMANN, Walter (1992): *Berner Kommentar*, VI/2/4: *Der einfache Auftrag*, Berne, 1992, [*ad* art. 394-406 OR], not. pp. 81 à 98 et 662 à 664.

FERRERO, Gérald (1994): «Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire», *in Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, pp. 89ss.

FERRY, Claude J. (1992): «The Fiducie: A Trust à la Française», in *Journal of international banking law* (Oxford) 1992, volume 7, pp. 462ss.

FLATTET, Guy (1990): «Le trust en droit suisse». «La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones», 3e colloque de Luxembourg de mai 1989, *Revue juridique et politique* (Paris) no 2/1990, Paris, pp. 263ss.

FOËX, Bénédict (1987): *Le «numerus clausus» des droits réels en matière mobilière*, Lausanne, 1987.

FOËX, Bénédict (1997): *Le contrat de gage mobilier*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1997, pp. 38 à 43.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (1995): *Sociologie du patrimoine. La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine (dans la perspective de la fiducie).* Rapport général de la recherche remis à la Chancellerie, Paris [Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas (Paris II)], juillet 1995, document ronéotypé.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne et TERRÉ-FORNACCIARI, Dominique (1990): «Quelques remarques sur le droit de propriété», in *Archives de philosophie du droit* (Paris) 35 (1990), pp. 233ss (citées: FRISON-ROCHE/TERRÉ-FORNACCIARI).

FUCHS, Adriana (1998): *Soll die Schweiz die Haager Trust-Konvention ratifizieren?*, Berne, Stuttgart et Vienne, 1998 [Publication de la *Swiss Banking School Zürich* Nr. 188].

G

GAILLARD, Emmanuel (1990): «Les enseignements de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance». Contribution présentée dans le cadre du colloque, «La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones», 3e colloque de Luxembourg de mai 1989, in *Revue juridique et politique* (Paris) no 2/1990, pp. 304ss.

GALIMARD, Michel (1990): «Fiducie», in *Journal des notaires et des avocats et journal du notariat* (Paris) 1990, pp. 1129ss.

GAMBARO, Antonio (1994): «Il «trust» in Italia e Francia», in *Scritti in onore di Rodolfo SACCO, La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, tome I, Milan, 1994, pp. 495ss.

GAMBARO, Antonio (1995): *Trattato di diritto civile e commerciale*, VIII/2: *Il diritto di proprietà*, Milan, 1995, pp. 609 à 650.

GAMBARO, Antonio (1996): «I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà», in *I trusts in Italia oggi*, Milan, 1996, pp. 57ss.

GAUCH, Peter, SCHLUEP, Walter R., SCHMID, Jörg et REY, Heinz (1998): *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, tome I, Zurich, 1998, nos 1024 à 1031 (cités: GAUCH/SCHLUEP).

GAUCH, Peter, SCHLUEP, Walter R. et TERCIER, Pierre (1982): *Partie générale du droit des obligations*, tome I, Zurich, 1982, not. nos 728 à 739 (cités: GAUCH/SCHLUEP/TERCIER I).

GAUCH, Peter, SCHLUEP, Walter R. et TERCIER, Pierre (1982): *Partie générale du droit des obligations*, tome II, Zurich, 1982 (cités: GAUCH/SCHLUEP/TERCIER II).

GAUTSCHI, Georg (1958): «Die Causa fiduziarischer Rechtsübertragungen», in *Revue suisse de jurisprudence* (Zurich) 54 (1958), pp. 245 à 253 et 268 à 272.

GAUTSCHI, Georg (1967): «Eigentumsverhältnisse am Treuhandvermögen», in *Revue suisse de jurisprudence* (Zurich) 63 (1967), pp. 5ss.

GAUTSCHI, Georg (1971): *Berner Kommentar*, VI/2/4: *Der einfache Auftrag* [ad art. 394-406 OR], Berne, 1971, not. pp. 29 à 42.

GAUTSCHI, Georg (1976): «Subrogation und Aussonderung von beweglichem Treuhandvermögen», in *Revue suisse de jurisprudence* (Zurich) 72 (1976), pp. 317ss.

GAZIN, Henri (1910): *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Paris, 1910, not. pp. 1 à 31 et 241 à 364.

GENY, François (1885): *Etude sur la fiducie*, Nancy, 1885.

GENY, François (1919): *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome I, Paris, 1919, pp. 131 à 147.

GEOFFROY-POISSON, Simone (1995): «Charles Aubry et Charles Rau (ou l'art de la construction juridique)», in Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Sociologie du patrimoine, La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine (dans la perspective de la fiducie)*, Annexes au Rapport général de la recherche remis à la Chancellerie, Paris, Laboratoire de sociologie juridique [Université Panthéon-Assas (Paris II)], juillet 1995, document ronéotypé.

GERNHUBER, Joachim (1988): «Die fiduziarische Treuhand», in *Juristische* Schulung (Munich et Francfort-sur-le-Main) 28 (1988), pp. 355ss.

GERSTLE, Leo (1917): *Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht*, Berne, 1917.

GHANEM, Ismail (1957): *Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien*, Le Caire, 1957, not. pp. 148 à 188.

GHESTIN, Jacques, GOUBEAUX, Gilles et FABRE-MAGNAN, Murielle (1994): *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, 1994, pp. 156 à 167 (cités: GHESTIN/GOUBEAUX/FABRE-MAGNAN).

GHORAIN, Paul-François (1997): «Le transfert des petites et moyennes entreprises, exposé introductif», in *Le trust et la fiducie, implications pratiques*, Bruxelles, 1997, pp. 215ss.

GIERKE, Otto (1889): *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889, pp. 184 à 193 et 279 à 327.

GILLIÉRON, Pierre-Robert (1986): «Note relative à l'ATF 109 III 112», in *Journal des Tribunaux* (Lausanne) 1986 II, pp. 11 à 13.

GILLIÉRON, Pierre-Robert (1989): «Les laissés-pour-compte dans l'exécution forcée selon la LP», in *Centenaire de la LP*, Zurich, 1989, pp. 87ss.

GILLIÉRON, Pierre-Robert (1993): *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Lausanne, 1993, pp. 169 à 216 et 277 à 359.

GIOVANOLI, Mario (1980): *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, Paris, 1980, pp. 201 à 302 et 331 à 441.

GIOVANOLI, Mario (1981): «Le contrat de leasing et le droit suisse», in *Journal des Tribunaux* (Lausanne) 129 (1981) I, pp. 34ss.

GIOVANOLI, Mario (1982): «Diskussionsbeitrag», in *Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis 1981*, Berne, 1982, pp. 172ss.

GIOVANOLI, Mario (1991): «Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse», in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Bulletin JOLY 1991 no 4 bis, Paris, pp. 31ss.

GIOVANOLI, Mario (1994): «Les opérations fiduciaires au regard du droit suisse: bilan, stratégies et perspectives», in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, pp. 189ss.

GMÜR, Rudolf (1965): *Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Berne, 1965, not. pp. 19 à 47 et 182 à 198.

GOBIN, Alain (1994): «Fiducies sans la fiducie», in *Juris-classeur périodique, La Semaine Juridique, Edition notariale et immobilière* (Paris), Doctrine, 1994, pp. 315ss.

GOLTZ, Fritz (1901): *Das fiduziarische Rechtsgeschäft, mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkurs- Rechtes*, Marburg, 1901.

GOYET, Charles (1983): *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, 1983, pp. 191 à 233.

GRAZIADEI, Michele (1990): «Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario», in *Quadrimestre* (Milan) 1990/1, pp. 1ss.

GRIMALDI, Michel (1991a): «La fiducie: Réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre», in *Répertoire du notariat defrénois* (Paris) 1991, pp. 897ss et 961ss (cité: GRIMALDI [1991a]).

GRIMALDI, Michel (1991b): «Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese», in *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milan, 1991, pp. 177ss (cité: GRIMALDI [1991b]).

GRIMALDI, Michel et BARRIÈRE, François (1998): «Trust and Fiducie», in *Towards a European Civil Code*, La Haye et Nimègue, 1998, pp. 567ss (cités: GRIMALDI/BARRIÈRE [1998]).

GRIMALDI, Michel et BARRIÈRE, François (2000): «La fiducie: droit des biens ou droits des obligations? – Rapport français», in *La Fiducie face au Trust dans les rapports d'affaires – Trust vs Fiducie in a business context*, Bruxelles, 2000, à paraître (cités: GRIMALDI/BARRIÈRE [2000]).

GRIMALDI, Michel et REYNIS, Bernard (1987): «Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel», in *Répertoire du notariat defrénois* (Paris) 1987, pp. 587ss (cités: GRIMALDI/REYNIS).

GROB, Gerhard (1986): «Rechtliche Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders», in *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs* (Wädenswil) 1986, pp. 1ss.

GROSSEN, Jacques-Michel (1968): «La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat», in *Mélanges en l'honneur de Wilhelm SCHÖNENBERGER*, Fribourg, 1968, pp. 121ss.

GRUNDMANN, Stefan (1998): «The Evolution of Trust and *Treuhand* in the 20th Century», in *Itinera Fiduciae*, Berlin, 1998, pp. 469ss.

GUARINO, Antonio (1985): «Il leasing dei gladiatori», in *Index, Quaderni camerti di studi romanistici* (Naples) 13 (1985), pp. 461ss.

GUBLER, Friedrich T. (1954): «Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?». Rapport présenté au Congrès de la Société suisse des juristes, in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1954 II, pp. 215a ss.

GUGGENHEIM, Daniel (1981): *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, Genève, 1981, pp. 271 à 292.

GUHL, Theo (1991): *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zurich, 1991, pp. 126 et 127 (cités: GUHL/MERZ/KOLLER).

GUISAN, François (1938): «La fiducie en droit suisse», in *Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit*, volume V, *La fiducie en droit moderne*, Tours, 1938, pp. 93ss.

GUTZWILLER, Peter Max (1985): «Der Trust in der schweizerischen Rechtspraxis», in *Annuaire suisse de droit international* (Zurich) XLI (1985), pp. 53ss.

H

HANISCH, Hans (1982): «Diskussionsbeitrag», in *Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis 1981*, Berne, 1982, pp. 180ss.

HAUSHEER, Heinz (1982): «Leasing und Kreditsicherung», in *Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis 1981*, Berne, 1982, pp. 157ss.

HAYTON, D.J., KORTMANN, S.C.J.J. et VERHAGEN, H.L.E. (1999): «Introduction to the Principles of European Trust Law», in *Principles of European Trust Law*, La Haye, 1999, pp. 3ss (cités: HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN, Introduction).

HAYTON, D.J., KORTMANN, S.C.J.J. et VERHAGEN, H.L.E. (1999): «Commentary», in *Principles of European Trust Law*, La Haye, 1999, pp. 29ss (cités: HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN).

HEINI, Anton (1991): «Der Treuhänderische Gesellschafter und Art. 401 OR», in *Richter und Verfahrensrecht, Festgabe 150 Jahre Obergericht Luzern*, Berne, 1991, pp. 187ss.

HELG, Pierre (1982): *Le placement et le crédit fiduciaires en droit suisse*, Genève, 1982.

HELMHOLZ, Richard et ZIMMERMANN, Reinhard (1998): «Views of Trust and *Treuhand*: An Introduction», in *Itinera Fiduciae*, Berlin, 1998, pp. 27ss (cités: HELMHOLZ/ZIMMERMANN).

HENSSLER, Martin (1996): «Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit», in *Archiv für die civilistische Praxis* (Tübingen) 196 (1996), pp. 37ss.

HOFER, Sibylle (1998): «Treuhandtheorien in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts», in *Itinera Fiduciae*, Berlin, 1998, pp. 389ss.

HOFSTETTER, Josef (1994): *Traité de droit privé suisse*, tome VII/II,1: *Le mandat et la gestion d'affaires*, Fribourg, 1994, pp. 1 à 136.

HOLLEAUX, Georges (1963): *Notions élémentaires comparatives de droit privé allemand et suisse*, cours fait à l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, Paris, 1963, pp. 1 à 28.

HONSELL, Heinrich (1993): «Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs», in *recht* (Berne) 3/93, pp.73ss.

HOSS, Philippe (1991): «L'expérience luxembourgeoise», in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Paris, Bulletin JOLY 1991 no 4 bis, pp. 21ss.

HOSS, Philippe (1994): «Le contrat fiduciaire des établissements de crédit», in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, volume 2, Bruxelles, 1994, pp. 1077ss.

HUBER, Eugen (1902): *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, tome troisième, Livre quatrième, *Des droits réels*, Berne, 1902, pp. 1 à 33 et 45 à 47.

HUBER, Ulrich (1967): «Die Rechtsstellung des Treugebers gegenüber Gläubigern und Rechtsnachfolgern des Treuhänders», in *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1967, pp. 399ss.

HURTADO POZO, José (1997): *Droit pénal, Partie spéciale I*, Zurich, 1997, pp. 183 à 187, 205 à 218 et 336 à 343.

J

JAEGER, Pier Giusto (1968): *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milan, 1968.

JÄGGI, Peter (1954): «Intervention aux débats de la Société suisse des Juristes le 5 septembre 1954», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1954 II, pp. 536a ss.

JÄGGI, Peter et GAUCH, Peter (1980): *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, tome V 1b, Kommentar zu art. 18 OR, Zurich, 1980, nos 176 à 212 (cités: JÄGGI/GAUCH).

JAHN, Uwe (1991): «La Treuhand dans la pratique bancaire allemande», in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens, Bulletin JOLY* 1991 no 4 bis, Paris, pp. 61ss.

JAHR, Günther (1984): «Zum römischen (romanistischen) Begriff des Eigentums (des subjektiven Rechts)», in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Francfort-sur-le-Main, 1984, pp. 69ss.

JAQUES, Charles (1999): *Le <<rang>> des créances dans l'exécution forcée: le cas des subordinations de créance (postpositions)*, Lausanne, 1999, pp. 773 à 798.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille (1987): «La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1985)», in *Journal du droit international* (Paris), 1987, pp. 23ss.

JEANTET, Fernand-Charles (1990): «Projet d'introduction du trust en France sous le nom de fiducie», rapport présenté au 3e colloque de Luxembourg de mai 1989 sur le thème, «La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones», in *Revue juridique et politique* (Paris) 1990, pp. 280ss.

JHERING, Rudolf von (1857): «Uebertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer», in *Jherings Jahrbüchern* (Jena) 1 (1857), pp. 101ss.

JOHNSTON, David (1998): «Trusts and Trust-like Devices in Roman Law», in *Itinera Fiduciae*, Berlin, 1998, pp. 45ss.

K

KELLER, Rolf (1944): *Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht*, Berne, 1944.

KISTLER, Marlène (1994): *La vigilance requise en matière d'opérations financières*, Zurich, 1994, pp. 172 à 185.

KLEIN, Frédéric-Edouard (1990): «A propos de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Trust anglo-saxon, Treuhand allemande et fiducie suisse», in *Mélanges Paul PIOTET*, Berne, 1990, pp. 467ss.

KOHLER, Josef (1878): «Studien über Mentalreservation und Simulation», in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Jena) 16 (1878), pp. 91 à 158 et 325 à 356.

KOLLHOSSER, Helmut (1989): «Drittaufrechnung und Aufrechnung in Treuhandfällen», in *Festschrift für Rudolf LUKES zum 65. Geburtstag*, Cologne, 1989, pp. 721ss.

KOPPENOL-LAFORCE, Marielle et KOTTENHAGEN, Rob (2000): «The Institution of the Trust and Dutch Law – Dutch national report», in *La Fiducie face au Trust dans les rapports d'affaires Trust vs Fiducie in a business context*, Bruxelles, 2000, à paraître (cités: KOPPENOL-LAFORCE/KOTTENHAGEN).

KORTMANN, S.C.J.J. et VERHAGEN, H.L.E. (1999): «National Report for the Netherlands», in *Principles of European Trust Law*, La Haye, 1999, pp. 195ss (cités: KORTMANN/VERHAGEN).

KÖTZ, Hein (1963): *Trust und Treuhand. Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts*, Göttingen, 1963, not. pp. 97ss.

KÖTZ, Hein (1999): «National Report for Germany», in *Principles of European Trust Law*, La Haye, 1999, pp. 85ss.

KRAMER, Ernst A. (1986): *Berner Kommentar*, VI/1/1, Berne, 1986, [ad art. 18 OR], nos 103 à 205.

KRAUSS, Frank Martin (1999): *Das geteilte Eigentum im 19. und 20. Jahrhundert*, Francfort-sur-le-Main, Berlin, Berne, 1999.

KRIEPS, Alexandre (1990): «La fiducie bancaire en droit luxembourgeois», rapport présenté au 3e colloque de Luxembourg de mai 1989 sur le thème, «La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones», in *Revue juridique et politique* (Paris) 1990, pp. 147ss.

KÜPFER, Urs (1997): *Treuhänderische Unternehmensbeteiligung unter besonderer Berücksichtigung der Nominee-Eintragung bei schweizerischen Publikumsgesellschaften*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1997, not. pp. 1 à 24.

L

LANG, H. v. (1894): «Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte», in *Archiv für die Civilistische Praxis* (Fribourg-en-Brisgau et Leipzig) 1894, pp. 336ss.

LARROUMET, Christian (1990): «La fiducie inspirée du trust», in *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation* (Paris) 1990, pp. 119ss.

LE GALL, Jean-Pierre (1992): «Le concept de fiducie dans le projet de loi sur la fiducie», in *La Gazette du Palais* (Paris) 1992, pp. 507ss.

LIEBS, Rüdiger (1975): «Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis», in *Archiv für die civilistische Praxis* (Tübingen) 175 (1975), pp. 1ss.

LIVER, Peter (1961): «Das schweizerische Zivilgesetzbuch. Kodifikation und Rechtswissenschaft», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 80 (1961) II, pp. 193ss.

LIVER, Peter (1972): «Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung», in *Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972*, Berne, 1972, pp. 149ss.

LIVER, Peter (1977): *Schweizerisches Privatrecht*, V/1: *Sachenrecht*, Bâle et Stuttgart, 1977, pp. 1 à 30 et 329 à 342.

LIVER, Peter (1980): *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV.2a.1: *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, Zurich, 1980, pp. 1 à 24.

LOMBARDINI, Carlo (1988): «Il contratto fiduciario nel diritto bancario svizzero», in *Diritto della banca e del mercato finanziario* (Padoue) II (1988), pp. 313ss.

LUCAS, François-Xavier (1997): *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Paris, 1997, pp. 271 à 337.

LUPOI, Maurizio (1998a): «Trusts and Civilian Categories (Problems Spurred by Italian Domestic Trusts)», in *Itinera Fiduciae*, Berlin, 1998, pp. 495ss (cité: LUPOI (1998a)).

LUPOI, Maurizio (1998b): «Riflessioni comparatistiche sui *trusts*», in *Europa e diritto privato* (Milan) 2/1998, pp. 425ss (cité: LUPOI (1998b)).

LUPOI, Maurizio (2000): «Origine civilistica dei trusts: una prima indagine», in *Rivista di diritto privato* (Milan), 2000, à paraître.

LUPOI, Maurizio et ARRIGO, T. (1999): «National Report for Italy», in *Principles of European Trust Law*, La Haye, 1999, pp. 123ss (cités: LUPOI/ARRIGO).

M

MACDONALD, Roderick A. (1994): «Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies», in *Revue de droit de Mc Gill* (Montréal) 39 (1994), pp. 761ss.

MADAY, Denis (1942): *Actes fiduciaires* (fiches, 723, 732a et 733), *cessions fiduciaires* (fiche 734) et *homme de paille* (fiches 735 et 736), [Fiches juridiques suisses], Genève, 1942.

MADÖRY, Paul (1946): *Die Verwaltungstreuhand und ihr Anspruch auf Anerkennung als Verwaltungsrecht in Abgrenzung zu den auf Vollrecht begründeten fiduziarischen Rechtsgeschäften*, Thèse de Bâle, 1946.

MAILLARD, Philippe (1994): «Le régime fiscal et comptable des opérations fiduciaires», in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, pp. 57ss.

MALAURIE, Philippe et AYNES, Laurent (1994): *Droit civil*, tome IV, *Les biens, La publicité foncière*, Paris, 1994, pp. 232 à 237 (cités: MALAURIE/AYNES).

MARTUCCI, Riccardo (1991): «Proposte per una considerazione del negozio fiduciario alla luce del diritto tedesco vigente e della rei vindicatio utilis romana», in *Rivista del diritto commerciale* (Rome) 1991, volume I, pp. 479ss.

MARTY, Gabriel et RAYNAUD, Pierre (1972): *Droit civil*, tome I, *Introduction générale à l'étude du droit, Paris*, 1972, pp. 465 à 470 (cités: MARTY/RAYNAUD).

MATTHEY, Sylvain (1998): «La notion d'ayant droit économique en droit bancaire suisse», in *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis*, Zurich, 1998, pp. 53ss.

MAYER, Thomas M. (1998): *Die organisierte Vermögenseinheit gemäss Art. 150 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Trust*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, not. pp. 69ss.

MAYER-MALY, Theo (1984a): «Eigentum und Verfügungsrechte in der neueren deutschen Rechtsgeschichte», in *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Socialpolitik* (Berlin) 140 (1984), pp. 25ss (cité: MAYER-MALY ([1984a]).

MAYER-MALY, Theo (1984b): «Das Eigentumsverständnis der Gegenwart und die Rechtsgeschichte», in *Festschrift für Heinz HÜBNER zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, Berlin, 1984, pp. 145ss (cité: MAYER-MALY [1984b]).

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, MAZEAUD, Jean et CHABAS, François (1986): *Leçons de droit civil*, tome I, Premier volume, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1986, pp. 345 à 364 (cités: MAZEAUD/CHABAS).

McAULEY Michael et TALPIS Jeffrey (1992): «The Quebec Trust in the «Real World»», in *Conférences sur le nouveau code civil du Québec*, Cowansville, 1992, pp. 55ss (cités: McAULEY/TALPIS).

McCLEAN, A.J. (1992): «The Trust in the Civil Code of Quebec», in *Conférences sur le nouveau code civil du Québec*, Cowansville, 1992, pp. 89ss.

MEIER-HAYOZ, Arthur (1965): *Contrats non prévus par la loi*, Genève, 1965 [Fiche juridique suisse no 1134].

MEIER-HAYOZ, Arthur (1969): «Vom Wesen des Eigentums», in *Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl OFTINGER*, Zurich, 1969, pp. 171ss.

MEIER-HAYOZ, Arthur (1981): *Berner Kommentar*, IV.1.1: *Das Eigentum*, Berne, 1981, pp. 50 à 66, 77 à 80, 113 à 146, 311 à 357, 463s et 479 à 509.

MERZ, Hans (1975): «Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR», in *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Bâle, 1975, pp. 451ss.

MOLITOR, Erich (1934): «Zweck-Bindungen des Eigentums», in *Festschrift Alfred SCHULZE zum 70. Geburtstage*, Weimar, 1934, pp. 33ss.

MOOSMANN, Kurt Jürg (1999): *Der angelsächsische Trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlich Begünstigten*, Zurich, 1999, not. pp. 292ss.

MORELLO, Umberto (1996): «Fiducia e negozio fiduciario: dalla «riservatezza» alla «trasparenza»», in *I trusts in Italia oggi*, Milan, 1996, pp. 81ss.

MUGDAN, Benno (1979): *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, tome III: *Sachenrecht*; *Motive*, Aalen, 1979 (Réimpression de l'édition, Berlin, 1899), pp. 1, 2, 14 à 18 et 142 à 146.

MÜLLER, Viktor (1974): «Das Treuhandverhältnis unter Berücksichtigung aktueller Fragen aus dem Sachen- und Zwangsvollstreckungsrecht», in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier* (Wädenswil) 1974 (55), pp. 257ss.

N

NAJJAR, Ibrahim (1997): «Chronique de droit privé libanais», in *Revue trimestrielle de droit civil* (Paris) 1997, pp. 260s.

NICKEL-SCHWEITZER, Gaby (1977): *Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarischen Eigentum in Deutschland und in der Schweiz*, Bâle et Stuttgart, 1977.

NOBEL, Peter (1997): *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, Berne, 1997, pp. 69 à 70, 272 à 275 et 613.

O

OBERSON, Xavier (1998): *Droit fiscal suisse*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, pp. 442 à 445.

OERTMANN, Paul (1890): *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890.

OFTINGER, Karl (1970): *Jurisprudence du Tribunal fédéral sur la partie générale du Code des obligations*, no 18, *Les actes fiduciaires*, traduit de l'allemand par Raymond JEANPRÊTRE, Zurich, 1970, pp. 54ss.

OLGIATI, Lorenzo (1995): *Schweizerische Nominees im Aktienregister amerikanischer Publikumsgesellschaften*, Zurich, 1995, pp. 1 à 33 et 141 à 184.

OLZEN, Dirk (1984): «Die geschichtliche Entwicklung des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs», in *Juristische Schulung* (Munich et Francfort-sur-le-Main) 24 (1984), pp. 328ss.

OTTEN, Giseltraud (1975): *Die Entwicklung der Treuhand im 19. Jahrhundert. Die Ausbildung des Treuhandbegriffs des modernen Rechts*, Göttingen, 1975.

P

PALANDT (1996): *Beck'sche Kurz Kommentar*, tome 7, *Bürgerliches Gesetzbuch*, ad § 903 BGB, nos 33 à 44, Munich, 1996.

PELICHET, Michel (1994): «Le trust et les institutions analogues – La convention de La Haye du premier juillet 1985», in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, pp. 133ss.

PELTIER, Frédéric (1990): «La fiducie, perspectives pour les banques», in *Revue Banque et Droit* (Paris) 1990, pp. 167ss.

PETER, Hans (1949): *Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert*, Aarau, 1949, pp. 66 à 128.

PETER, Hans (1960): *Das fiduziarische Rechtsgeschäft als Vermögensschutzmassnahme für Kriegszeiten*, Thèse de Bâle, 1960.

PETER, Hans (1965): «Vom Einfluss der deutschen Zivilrechtswissenschaft auf die Schweiz», in *Festschrift Karl Siegfried BADER*, Cologne et Graz, 1965, pp. 321ss.

PETER, Hansjörg (1994): *Das bedingte Geschäft. Seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht*, Zurich, 1994, pp. 195 à 382.

PETER, Hansjörg (1996): «Vestiges romains dans l'exécution forcée», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 115 I (1996), pp. 445ss.

PETER, Hansjörg (1998): «La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et la formation du comparatiste», in *Rapports suisses présentés au XV^e Congrès international de droit comparé*, Zurich, 1998, pp. 337ss.

PHILIPPE, Denis (1997): «Le trust», in *Le trust et la fiducie, implications pratiques*, Bruxelles, 1997, pp. 21ss.

PIOTET, Paul (1975): *Traité de droit privé suisse*, tome IV, *Droit successoral*, Fribourg, 1975, not. pp. 90 à 112 et 507 à 514.

PIOTET, Paul (1988): «La réalisation d'une condition peut-elle avoir un «effet réel»? Théorie du transfert de propriété», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 107 (1988) I, pp. 359ss.

PIOTET, Paul (1992): *Transferts de propriété, expectatives réelles et substitutions fidéicommissaires*, Berne, 1992.

PISANI, Christian (1990): «La fiducie», in *Répertoire du notariat defrénois* (Paris) du 15 mai 1990, pp. 535ss.

PLASTARA, Georges (1903): *La notion juridique du patrimoine*, Paris, 1903.

PONCET, Nicolas et MEAKIN, Ian L. (1998): «Trusts and Switzerland», in *International Business Lawyer* (Londres) 26 (1998), pp. 324ss (cités: PONCET/MEAKIN).

Projet de loi français instituant la fiducie (no 2583), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 février 1992, présenté au nom de Mme Edith CRESSON, Premier ministre, par M. Henri NALLET, Garde des Sceaux, ministre de la Justice (cité: projet de loi).

PUGLIESE, Giovanni (1985): «I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto», in *Scritti giuridici scelti III* (Diritto romano), Naples, 1985, pp. 417ss.

R

RAISER, Ludwig (1977): «Funktionsteilung des Eigentums», in *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes SONTIS*, Munich, 1977, pp. 167ss.

RAPP, Jean-Marc (1994): «La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses: Etat de la question», in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, pp. 25ss.

REGELSBERGER, Ferdinand (1880): «Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession», in *Archiv für die civilistische Praxis* 63 (1880), pp. 157 à 207.

REGELSBERGER, Ferdinand (1893): *Pandekten*, tome I, Leipzig, 1893, pp. 518s.

REINHARDT, Rudolf et ERLINGHAGEN, Peter (1962): «Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung», in *Juristische Schulung* (Munich et Francfort-sur-le-Main) 1962, pp. 41ss (cités: REINHARDT/ERLINGHAGEN).

RÉMY, Phlippe (1999): «National Report for France», in *Principles of European Trust Law*, La Haye, 1999, pp. 131ss.

REY, Heinz (1981): *Berner Kommentar*, IV.2.1.1: *Die Grunddienstbarkeiten*, Berne, 1981, pp. 7 à 30.

REY, Heinz (1991): *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, tome I, Berne, 1991, not. pp. 1 à 20, 31 à 34, 69 à 76 et 131 à 144.

REYMOND, Claude (1948): *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Montreux, 1948.

REYMOND, Claude (1954): «Le trust et le droit suisse». Rapport présenté au Congrès de la Société suisse des juristes, in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1954 II, pp. 119a ss.

REYMOND, Claude (1971): «Le trust et l'ordre juridique suisse, note de jurisprudence», in *Journal des Tribunaux* (Lausanne) 1971 I 332ss.

REYMOND, Claude (1974): «L'arrêt Feras Anstalt et consorts c.Vallugano S.A. et l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'acte fiduciaire», in *Journal des Tribunaux* (Lausanne) 1974 I, pp. 596ss.

REYMOND, Claude (1985): «Aspects fiduciaires de quelques opérations bancaires, principalement dans l'euromarché», in *Les opérations fiduciaires*, Paris, 1985, pp. 13ss.

REYMOND, Claude (1989): «Acte fiduciaire ou acte simulé?», in *Semaine judiciaire* (Genève) 1989, pp. 649ss.

REYMOND, Claude (1991): «Réflexions de droit comparé sur la Convention de La Haye sur le trust», in *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruxelles) LXVIII (1991), pp. 7ss.

REYMOND, Claude (1994): «Introduction» à l'ouvrage *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, pp. 19ss.

REYMOND, Claude (2000): «Vers une autre fiducie?», in *Mélanges offerts à Pierre Van OMMESLAGHE*, Bruxelles, 2000, pp. 681ss.

REYMOND, Claude et REVACLIER, Jacques (1985): «Les opérations fiduciaires en droit suisse», in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, 1985, pp. 421ss (cités: REYMOND/REVACLIER).

REYMOND, Claude et SECRÉTAN, R. (1947): «Remarques concernant l'ATF 72 II 275», in *Journal des Tribunaux* (Lausanne) 1947 I 179ss (cités: REYMOND/SECRÉTAN).

RIEMER, Hans Michael (1975): *Berner Kommentar*, t. I/3: *Die Stiftungen* [art. 80-89bis ZGB], Berne, 1975, pp. 263 à 291.

RIEMER, Hans Michael (1986): *Die beschränkten dinglichen Rechte*, Berne, 1986, pp. 26 à 35.

RIEMER, Hans Michael (1994): ««Wirtschaftliche Betrachtungsweise» bei der Auslegung im Privatrecht (Gesetze und Rechtsgeschäfte)?», in *Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994*, Zurich, 1994, pp. 129ss.

ROSSIER, Yves (1989): «Etude comparée de certains aspects patrimoniaux de la fiducie», in *Revue de droit de Mc GILL* (Montréal) 34 (1989), pp. 817ss.

RÜCKERT, Joachim (1998): «Kontinuität und Diskontinuität in der Treuhandforschung», in *Itinera Fiduciae*, Berlin, 1998, pp. 417ss.

RUDDEN, Bernard (1994): «Things as Thing and Things as Wealth», in *Oxford Journal of Legal Studies* (Oxford) 14 (1994), pp. 81ss.

RÜEDE-BUGNION, Ute (1978): *Fiduziarische Rechtsgeschäfte, die ein Markenrecht zum Gegenstand haben, nach schweizerischem Recht*, Berne, 1978, pp. 27 à 136.

S

SALEILLES, Raymond (1922): *De la personnalité juridique. Histoires et théories*, Paris, 1922, pp. 116 à 134 et 449 à 520.

SAVIGNY, Friedrich Carl von (1840): *System des heutigen Römischen Rechts*, tome I/2, Berlin, 1840, §§ 56 et 57, pp. 367 à 386.

SCHLOSSER, Hans (1970): «Aussenwirkungen verfügungshindernder Abreden bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand», in *Neue Juristische Wochenschrift* (Munich et Francfort-sur-le-Main) 1970, pp. 681ss.

SCHMID, Jörg (1997): *Sachenrecht*, Zurich, 1997, pp. 1 à 17 et 422 à 436.

SCHMIDLIN, Bruno (1991): «Le mien, le tien et le nôtre. Quelques réflexions philosophiques sur les limites du droit fondamental de la propriété», in *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique. Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève*, Bâle et Francfort sur-le-Main, 1991, pp. 137ss.

SCHMIDLIN, Bruno (1994): «Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts?», in *Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Bâle, 1994, pp. 33ss.

SCHMIDT, Dominique, WITZ, Claude et BISMUTH, Jean-Louis (1985): «Les opérations fiduciaires en droit français», in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, 1985, pp. 305ss (cités: SCHMIDT/WITZ/BISMUTH).

SCHMIDT, Jürgen (1969): *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung*, Cologne, Berlin, Bonn et Munich, 1969, pp. 169 à 175.

SCHNITZER, Adolf, F. (1963): «Die Treuhand (der Trust) und das internationale Privatrecht», in *Gedächtnisschrift Ludwig MARXER*, Zurich, 1963, pp. 53ss.

SCHÖNLE, Herbert (1957): *Die Einmann- und Strohmanngesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Fiducia*, Buchloe, 1957, not. pp. 34 à 56.

SCHÖNLE, Herbert (1959): *Le rapport fiduciaire en droit suisse*, Mémoire présenté à la Faculté de Droit de l'Université de Genève en vue de l'obtention du Prix «Joseph des Arts», dactylographié, Genève, 1959.

SCHULER, Hans (1962): «Die rechtsgeschäftliche Treuhand – ein Problem der Rechtsfortbildung», in *Juristische Schulung* (Munich et Francfort-sur-le-Main) 1962, pp. 50ss.

SCHULTHESS, Hans Conrad et LIMBURG, Andreas C. (1996): «Rechtsfragen der Ausübung von Trustee-Funktionen durch schweizerische Trustees», in *L'expert-comptable suisse* (Zurich) 70 (1996), pp. 57ss (cités: SCHULTHESS/LIMBURG).

SCHULTZE, Alfred (1901): «Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht», in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* (Jena) 43 (1901), pp. 1ss.

SCHWARTZ, Martin (1966): «Essai d'analyse de la propriété en main commune de plusieurs fiduciaires», in *Revue Suisse de Jurisprudence* (Zurich) 62 (1966), pp. 319ss.

SCHWARZ, Andreas Bertalan (1921): «Zur Entstehung des modernen Pandektensystems», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 42 (1921), pp. 578ss.

SEEL-VIANDON, Elke (1979): *La fiducie en droit comparé et en droit international privé français*, Paris [Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2)], 1979.

SERLOOTEN, Patrick (1985): «L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée», in *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation* (Paris) 1985, chronique, pp. 187ss.

SÈVE, René (1979): «Déterminations philosophiques d'une théorie juridique: La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau», in *Archives de philosophie du droit* (Paris) 24 (1979), *les biens et les choses en droit*, pp. 247ss.

SÈVE, René (1995): «La théorie du patrimoine chez Aubry et Rau: une révision», in Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Sociologie du patrimoine, La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine (dans la perspective de la fiducie)*, Annexes au Rapport général de la recherche remis à la Chancellerie, Paris, Laboratoire de sociologie juridique [Université Panthéon-Assas (Paris II)], juillet 1995, document ronéotypé.

SIEBERT, Wolfgang (1933): *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, Marburg, 1933, pp. 401 à 426.

SOUMRANI, Patrick (1996): *Le portage d'actions*, Paris, 1996, pp. 249 à 284.

STANISLAS, Guy (1999): «Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseignements de la banque», in *Semaine judiciaire* (Genève) 1999 II, pp. 413ss.

STAPLETON, Basil D. (1992): «Codification of Trust Law: Who Needs it?», in *Conférences sur le nouveau code civil du Québec*, Cowansville, 1992, pp. 73ss.

STAUDER, Bernd (1992): «Das Finanzierungs-Investitionsgüterleasing von Mobilien durch eine Leasinggesellschaft: Offene Fragen», in *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, Berne, Stuttgart et Vienne, 1992, pp. 71ss.

STEINAUER, Paul-Henri (1981): «La propriété privée aujourd'hui», Rapport présenté devant la 115e Assemblée annuelle de la Société suisse des juristes, in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1981 II, pp. 117ss, not. pp. 211ss.

STEINAUER, Paul-Henri (1994): *Les droits réels*, tome deuxième, Berne, 1994, pp. 222 à 238 et 276 à 293.

STEINAUER, Paul-Henri (1996): *Les droits réels*, tome troisième, Berne, 1996, not. pp. 293 à 315 et 352 à 364.

STEINAUER, Paul-Henri (1997): *Les droits réels*, tome premier, Berne, 1997, pp. 15 à 47, 193 à 231 et 305 à 380.

STIER, Günther (1933): *Das sogenannte wirtschaftliche und formaljuristische Eigentum*, Leipzig, 1933.

STORME, Matthias E. (1997): «La confiance est bonne, mais un *dual ownership* est préférable», in *Le trust et la fiducie, implications pratiques*, Bruxelles, 1997, pp. 267ss.

STRAUCH, Dieter (1984): «Das geteilte Eigentum in Geschichte und Gegenwart», in *Festschrift für Heinz HÜBNER zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, Berlin, 1984, pp. 273ss.

SUPINO, Pietro (1994): *Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht*, Saint-Gall, 1994.

T

TERCIER, Pierre (1995): *Les contrats spéciaux*, Zurich, 1995, pp. 705 à 713.

TERRÉ, François et SIMLER, Philippe (1992): *Droit civil, Les biens* [Précis Dalloz], Paris, 1992, pp. 3 à 10 et 53 à 79 (cités: TERRÉ/SIMLER).

THÉVENOZ, Luc (1995): «La fiducie, cendrillon du droit suisse. Propositions pour une réforme», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1995 II, pp. 253ss.

THÉVENOZ, Luc (1997): «Un point de vue suisse», in *Le trust et la fiducie, implications pratiques*, Bruxelles, 1997, pp. 121ss.

THÉVENOZ, Luc et DUNAND, Jean-Philippe (1998): «La fiducie: droit des biens ou droit des obligations?», in *Rapports suisses présentés au XV^e Congrès international de droit comparé*, Zurich, 1998, pp. 479ss (cités: THÉVENOZ/DUNAND).

THORENS, Justin (1989): «Le trust de common law dans les systèmes de droit civil et l'arrêt Tucker de la Cour suprême du Canada», in *Festschrift für Walther J. HABSCHEID*, Bielefeld, 1989, pp. 325ss.

TSCHUMY, Jean-Luc (1987): *La revendication de droits de nature à soustraire un bien à l'exécution forcée*, Tolochenaz, 1987, not. pp.147 à 197.

V

VAN CAENEGEM, Raoul C. (1988): *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, 1988, not. pp. 154 à 175.

VAN DE SANDT, Carole (1998): «La transmission du patrimoine et la substitution fidéicommissaire: «L'obligation de rendre la succession à un tiers»», in *La transmission du patrimoine. Questions choisies*, Fribourg, 1998, pp. 75ss.

VIDAL, Michel (1976-77): «La propriété dans l'école de l'exégèse en France», in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (Milan) 5-6 (1976-77), *Itinerari moderni della proprietà*, tome I, pp. 7ss.

VILLEY, Michel (1976): «Notes sur le concept de propriété», in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, 1976, pp. 187ss.

von OVERBECK, Alfred E. (1985): «La convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance», in *Annuaire suisse de droit international* (Zurich) XLI (1985), pp. 30ss.

von OVERBECK, Alfred E. (1986): «Rapport explicatif», in *Actes et documents de la Quinzième session (1984)*, tome II: *Trust – loi applicable et reconnaissance*, La Haye (Bureau permanent de la conférence), 1986, pp. 361ss.

von OVERBECK, Alfred E. (1997): «La ratification de la convention de La Haye sur le *trust* par les Pays-Bas: un exemple pour la Suisse?», in *Collisio legum, Studi di diritto internazionale privato per Gerardo BROGGINI*, Milan, 1997, pp. 367ss.

von OVERBECK, Alfred E. (1999): «National Report for Switzerland», in *Principles of European Trust Law*, La Haye, 1999, pp. 105ss.

von TUHR, Andreas (1918): *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, (2, 2), Munich et Leipzig, 1918, § 77, pp. 185 à 211.

W

WACH, Th. (1987): «Die angelsächsischen Trusts und die schweizerische Rechtsordnung», in *Revue Suisse de Jurisprudence* (Zurich) 83 (1987), pp. 209ss.

WALDIS, Markus J. (1981): *Analyse der Haftpflichtsituation des Treuhänders*, Zurich, 1981.

WÄLLI, Pierre (1969): *Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft*, Zurich, 1969.

WALTER, Gerhard (1974): *Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand*, Tübingen, 1974.

WALTER, Hans Peter (1996): «Der Treuhandvertrag», in *Repertorio di giurisprudenza patria* (Bellinzone) 1996, pp. 43ss.

WALTER, Hans Peter (1998): «Die Sicherungszession im schweizerischen Recht», in *Mobiliarsicherheiten* [Berner Bankrechtstag 5], Berne, 1998, pp. 43ss.

WATERS, Donovan W.M. (1990): «Unification or Harmonization? Experience with the Trust Concept», in *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von OVERBECK*, Fribourg, 1990, pp. 591ss.

WATTER, Rolf (1995): «Die Treuhand in Schweizer Recht», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1995 II, pp. 179ss.

WEBER, Rolf H. (1996): *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, ad art. 394 à 406 OR, Bâle, 1996, pp. 2105ss.

WERRO, Franz (1993): *Le mandat et ses effets*, Fribourg, 1993.

WIEACKER, Franz (1980): *Storia del diritto privato moderno*, second volume, Milan, 1980, pp. 123 à 217.

WIEGAND, Wolfgang (1976): «Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff», in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, tome III, *Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits*, Francfort-sur-le-Main, 1976, pp. 118ss.

WIEGAND, Wolfgang (1980): «Fiduziarische Sicherungsgeschäfte», in *Revue de la société des juristes bernois* (Berne) 116 (1980), pp. 537ss.

WIEGAND, Wolfgang (1981): «Zur Entwicklung der Pfandrechtstheorien im 19. Jahrhundert», in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* (Vienne) 3 (1981), pp. 1ss.

WIEGAND, Wolfgang (1982): «Trau, schau wem – Bemerkungen zur Entwicklung des Treuhandrechts in der Schweiz und in Deutschland», in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, tome II, Munich, 1982, pp. 565ss.

WIEGAND, Wolfgang (1984): «Sachenrecht im Obligationenrecht», in *Das Obligationenrecht 1883-1983*, Berne et Stuttgart, 1984, pp. 107ss.

WIEGAND, Wolfgang (1987): «Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas», in *Wege europäischer Rechtsgeschichte, Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag*, Francfort-sur-le-Main, 1987, pp. 623ss.

WIEGAND, Wolfgang (1988): «Die Rezeption amerikanischen Rechts», in *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988*, Berne, 1988, pp. 229ss.

WIEGAND, Wolfgang (1990): «Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht», in *Archiv für die civilistische Praxis* (Tübingen) 190 (1990), pp. 112ss.

WIEGAND, Wolfgang (1996): *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, ad art. 18 OR, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, pp. 184 à 186.

WIEGAND, Wolfgang (1998a): «Treuhand und Vertrauen», in *Festschrift für Wolfgang FIKENTSCHER zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1998, pp. 329ss (cité: WIEGAND (1998a)).

WIEGAND, Wolfgang (1998b): «Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand», in *Mobiliarsicherheiten* [Berner Bankrechtstag 5], Berne, 1998, pp. 75ss (cité: WIEGAND [1998b]).

WILLOWEIT, Dietmar (1974): «Dominium und Proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft», in *Historisches Jahrbuch* (Munich) 94 (1974), pp. 131ss.

WINANDY, Jean-Pierre (1990): «Aspects fiscaux des opérations fiduciaires en droit luxembourgeois», rapport présenté au 3e colloque de Luxembourg de mai 1989 sur le thème, «La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones», in *Revue juridique et politique* (Paris) 1990, pp. 182ss.

WITZ, Claude (1981): *La fiducie en droit français*, Paris, 1981.

WITZ, Claude (1984): «Un texte exemplaire: le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit», in *Droit et pratique du commerce international* (Paris) X (1984), pp. 139ss.

WITZ, Claude (1990): «Synthèse du Colloque de Lyon du 5 avril 1990» consacré au thème «La fiducie pour quoi faire?», in *Revue de droit bancaire et de la Bourse* (Paris) 1990, pp. 120ss.

WITZ, Claude (1991a): «L'avant-projet de loi français relatif à la fiducie à la lumière des expériences étrangères», rapport de clôture du Colloque *«Pratiques bancaires du trust et de la fiducie en Europe»* organisé à Paris le 28 mars 1991 par l'Office de coordination bancaire et financière, in *Banque et droit* (Paris) 1991, pp. 225ss (cité: WITZ [1991a]).

WITZ, Claude (1991b): «Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe», in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, *Bulletin JOLY* 1991 no 4 bis, Paris, pp. 9ss (cité: WITZ [1991b]).

WITZ, Claude (1992): *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, 1992, pp. 23 à 34.

WITZ, Claude (1995): «La fiducie-sûreté en droit français. Chronique d'une réforme ajournée», in *Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1995, pp. 795ss.

WITZ, Claude (1997a): «Droit de gage général, art. 2092 à 2094», in *Jurisclasseur civil*, art. 2021 à 2102, Paris, 1997 (cité: WITZ [1997a]).

WITZ, Claude (1997b): «La fiducie en Europe: France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des lois existantes et des projets en cours», in *Le Trust et la Fiducie, implications pratiques*, Bruxelles, 1997, pp. 51ss (cité: WITZ [1997b]).

WOLF, Ernst (1955): «Bemerkungen zum Aussonderungsrecht des Fiduzianten bei der Zwangsvollstreckung gegen den Fiduziar», in *Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August SIMONIUS*, Bâle, 1955, pp. 425ss.

WOLF, Manfred (1987): «Beständigkeit und Wandel im Sachenrecht», in *Neue Juristische Wochenschrift* (Munich et Francfort-sur-le-Main) 1987, pp. 2647ss.

WOLTER, Gerhard (1999): *Treuhandrecht im Umbruch? Ein Blick nach Frankreich, Luxemburg, in die Schweiz und in den Libanon sowie auf das Haager Trust-Übereinkommen*, Francfort-sur-le-Main, Berlin, Berne, New York, Paris et Vienne, 1999.

WYLER, Marcus (1937): «Über das Treuhandrecht», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 1937, pp. 293ss.

Y/Z

YUNG, Walter (1971): «Simulation, fiducie et fraude à la loi», in Mélanges Sauser-Hall (1952), reproduit dans *Etudes et articles*, Genève, 1971, pp.162ss.

ZACHARIAE von LINGENTHAL, Karl Salomo (1886): *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Heidelberg, 1886, tome I, pp. 438 à 440 (cité: ZACHARIAE I) et tome III, pp. 529 à 542 (cité: ZACHARIAE II).

ZÉNATI, Frédéric (1994): «Jurisprudence française en matière de droit civil, C. Propriété et droit réels, 1. Patrimoine», in *Revue trimestrielle de droit civil* (Paris) 1994, pp. 888s.

ZÉNATI, Frédéric et REVET, Thierry (1997): *Les biens*, Paris, 1997, pp. 13 à 22, 117 à 148 et 245 à 254 (cités: ZÉNATI/REVET).

ZOBL, Dieter (1982a): *Berner Kommentar*, vol. IV/2/5/1: *Das Fahrnispfand*, Berne, 1982, pp. 413 à 532 (cité: ZOBL [1982a]).

ZOBL, Dieter (1982b): «Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht», in *Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur MEIER-HAYOZ*, Berne, 1982, pp. 495ss (cité: ZOBL [1982b]).

ZOBL, Dieter (1995): «Kollisionen zwischen Sachen- und Zwangsvollstreckungsrecht», in *Rechtskollisionen, Festschrift für Anton HEINI zum 65. Geburtstag*, Zurich, 1995, pp. 543ss.

ZWEIGERT, Konrad et KÖTZ, Hein (1996): *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996, pp. 165 à 176 (cités: ZWEIGERT/KÖTZ).

II. DROIT ROMAIN

A. SOURCES

CICERO, Œuvres complètes, avec la traduction en français de M. NISARD, Paris, tome I, 1859; tome II, 1860; tome III, 1859; tome IV, 1859; tome V, 1858.

GAIUS, *Institutes*, Texte établi et traduit par Julien REINACH, Paris, 1979.

LENEL, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, volumes I et II, Graz, 1960 (réimpression de l'édition de 1889). Comprend l'ensemble des fragments conservés des jurisconsultes classiques, classés selon le plan de l'œuvre.

OERTMANN Paul (1890): *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890, énumère les principales sources relatives à la *fiducia*, pp. 5 à 51, et notamment p. 13, les passages de BOETHIUS et ISIDORE DE SÉVILLE.

RICCOBONO S., ARANGIO-RUIZ V., BAVIERA G., FERRINI C., FURLANI J. (1968): *Fontes iuris romani antejustiniani*, volume I, *Leges*, Florence, 1968 (cité: FIRA I), comprend notamment la loi des XII Tables (pp. 23ss).

RICCOBONO S., ARANGIO-RUIZ V., BAVIERA G., FERRINI C., FURLANI J. (1968): *Fontes iuris romani antejustiniani*, volume II, *Auctores* (œuvres des jurisconsultes classiques transmises en dehors de Justinien), Florence, 1968 (cité: FIRA II), comprend notamment les *Sententiae receptae* de PAULUS (pp. 317ss), ainsi que les *Fragmenta Vaticana* (pp. 461ss).

RICCOBONO S., ARANGIO-RUIZ V., BAVIERA G., FERRINI C., FURLANI J. (1968): *Fontes iuris romani antejustiniani*, volume III, *Negotia* (documents de la pratique, inscriptions et papyrus), Florence, 1968 (cité: FIRA III), comprend notamment le papyrus latin relatif à l'«*emancipatio puellae*» (pp. 31 ss), le triptyque dénommé *mancipatio pompeiana* (pp. 291ss), ainsi que la *Formula Baetica* (pp. 295ss).

La *Tabula Herculanensis 65* est citée et commentée par ARANGIO-RUIZ Vincenzo et PUGLIESE CARRATELLI Giovanni, in *La parola del passato* (Naples) 39 (1954), pp. 64ss.

Les *Tabulae Pompeianae* 19, 21 et 22 sont citées et commentées par BOVE Lucio, in *LABEO* (Naples) 1973, pp. 7ss.

«Les 50 livres du Digeste de l'Empereur JUSTINIEN», in *Corps de droit civil romain, en latin et en français*, tomes I à VII, Aalen, 1979.

«Les 12 livres du code de l'Empereur JUSTINIEN», in *Corps de droit civil romain, en latin et en français*, tomes VIII à XI, Aalen, 1979.

B. DOCTRINE

A

ALBANESE, Bernardo (1982): *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palerme, 1982, pp. 33 à 67 et 333 à 340.

AMBROSINO, Rodolfo (1953): «La <legis actio sacramento in personam> e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari», in *Studi in onore di Vincenzo ARANGIO-RUIZ*, volume II, Naples, 1953, pp. 251ss.

AMIRANTE, Luigi (1988): «L'origine dei contratti di buona fede», in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, volume I, Milan, 1988, pp. 81ss.

APATHY, Peter (1995): «Die Treuhandschaft aus rechtshistorischer Sicht», in *Die Treuhandschaft*, Vienne, 1995, pp. 1ss.

APATHY, Peter (1997): «Die Entwicklung und Gestaltung von Rechtsinstituten durch die Kautelarjurisprudenz am Beispiel der Treuhand im römischen und im österreichischen Recht», in *Nozione, Formazione e Interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne, Richerche dedicate al Professor Filippo GALLO*, Naples, 1997, pp. 369ss.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (1980): *Cours de droit romain, Les actions*, Naples, 1980.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo et PUGLIESE CARATELLI, Giovanni (1954): «Tabulae Herculanenses IV», in *La parola del passato* (Naples) 39 (1954), pp. 54ss (cités: ARANGIO-RUIZ/PUGLIESE CARATELLI).

B

BECKER, Carl (1969): «Fides», in *Reallexikon für Antike und Christentum*, tome VII, Stuttgart, 1969, pp. 801ss.

BELLOCCI, Nicla (1974): «La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana», *in Quaderni di <studi senesi>*, Milan, 1974.

BELLOCCI, Nicla (1979): *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana. I. Le nuncupationes*, Naples, 1979.

BELLOCCI, Nicla (1983): *La struttura della fiducia. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Naples, 1983.

BERRUTI, Alberto (1965): «Emancipazione. A) Diritto romano», in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Varèse, 1965, pp. 807ss.

BETTI, Emilio (1947): *Istituzioni di diritto romano*, volume premier, Padoue, 1947.

BETTI, Emilio (1962): *Istituzioni di diritto romano*, volume second/première partie, Padoue, 1962.

BIONDI, Biondo (1920): *Iudicia bonae fidei*, Palerme, 1920, not. pp. 133 à 136 et 161 à 171.

BIONDI, Biondo (1955): *Successione testamentaria e donazioni*, Milan, 1955, pp. 31 à 44.

BIONDI, Biondo (1957): «Patrimonio», in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Turin, 1957, pp. 615ss.

BISCARDI, Arnaldo (1976): *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milan, 1976, pp. 20 à 136.

BOVE, Lucio (1973): «Tabulae Pompeianae 19-22», in *LABEO* (Naples) 1973, pp. 7ss.

BOVE, Lucio (1984): *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici - Tabulae Pompeianae di Murécine*, Naples, 1984.

BROGGINI, Gerardo (1997): «Il trust nel diritto internazionale privato italiano», in *Jus, Rivista di scienze giuridiche* (Milan) 44 (1997), pp. 11ss.

BURDESE, Alberto (1949): *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Turin, 1949.

BURDESE, Alberto (1964): *Manuale di diritto privato romano*, Turin, 1964, pp. 500 à 502.

BURDESE, Alberto (1980): «Fiducia», in *Novissimo digesto italiano*, Turin, 1980, volume VII, pp. 249ss.

BURDESE, Alberto (1983): «Recensione critica a N. BELLOCI, La struttura della <fiducia>», in *IURA* (Naples) 1983, pp.178ss.

BURDESE, Alberto (1989): «La proprietà e le proprietà nell'esperienza giuridica romana», in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Rome) 55 (1989), pp. 411ss.

C

CANNATA, Carlo Augusto (1970): «Sulla <divisio obligationum> nel diritto romano repubblicano e classico», in *IVRA* (Naples) XXI (1970), pp. 52ss.

CANNATA, Carlo Augusto (1982): *Profilo istituzionale del processo privato romano*, seconde partie: *Il processo formulare*, Turin, 1982, pp. 69 à 134.

CANNATA, Carlo Augusto (1989): *Histoire de la jurisprudence européenne*, tome I, *La jurisprudence romaine*, Turin, 1989.

CAPOGROSSI COLOGNESI Luigi (1988): «Proprietà in generale: a) Diritto romano», in *Enciclopedia del diritto*, volume XXXVII, Varèse, 1988, pp. 160ss.

CARCATERRA, Antonio (1964): *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Naples, 1964, notamment pp. 3 à 35.

COING, Helmut (1982): «Zur Geschichte des Begriffs «Subjektives Recht»», in *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, tome 1, Francfort-sur-le-Main, 1982, pp. 241ss.

COLLINET, Paul (1912): *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, tome premier, Paris, 1912, pp. 222 à 269.

COLLINET, Paul (1939): «Deux textes retrouvés sur la fiducie», in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, volume 1, Milan, 1939, pp. 93ss.

COLLINET, Paul (1940): «Bona et patrimoine, les deux conceptions du patrimoine en droit romain», in *Etudes dédiées à la mémoire d'André M. ANDREADES*, Athènes, 1940, pp. 377ss.

D

DE MARTINO, Francesco (1937): *La giurisdizione nel diritto romano*, Padoue, 1937, pp. 90 à 104.

DERNBURG, Heinrich (1860): *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, tome premier, Leipzig, 1860, pp. 7 à 26.

DE VISSCHER, Fernand (1936): «Mancipium et res mancipi», in *Studia et documenta historiae et iuris* (Rome) 2 (1936), pp. 263ss.

DIURNI, Giovanni (1992): «Fiducia e negozio fiduciario (storia)», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile*, VIII, Turin, 1992, pp. 288ss.

DUBISCHAR, Roland (1961): *Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht*, Tübingen, 1961, pp. 1 à 23.

E

ENGELS, Ludowyck Jozef (1969): «Fiducia», in *Reallexikon für Antike und Christentum*, tome VII, Stuttgart, 1969, pp. 839ss.

ERBE, Walter (1940): *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940.

ERNOUT, Alfred, MEILLET, Antoine et ANDRÉ, Jacques (1985): *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1985 (cité: ERNOUT/MEILLET/ANDRÉ).

F

FRAENKEL, Eduard (1912-1926): «Fiducia», in *Thesaurus Linguae Latina*, volume VI, première partie, Leipzig, 1912-1926, pp. 697ss.

FREZZA, Paolo (1963): *Le garanzie delle obbligationi*, volume deuxième, *Le garanzie reali*, Padoue, 1963, pp. 3 à 78.

G

GAUDEMET, Jean (1963): «<Fides> e <Bona fides>», in *LABEO* (Naples) 1963, pp. 239ss.

GENY, François (1885): *Etude sur la fiducie*, Nancy, 1885.

GEORGESCO, Valentin (1932): *Essai d'une théorie générale des «leges privatae»*, Paris, 1932.

GIRARD, Paul Frédéric (1913): *Textes de droit romain*, Paris, 1913.

GIRARD, Paul Frédéric (1978): *Manuel élémentaire de droit romain*, première et deuxième parties, Vaduz et Paris, 1978, not. pp. 545 à 551.

GIUFFRE', Vincenzo (1992): *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del <numero chiuso>*, Naples, 1992.

GRIMAL, Pierre (1984): *La civilisation romaine*, Paris, 1984.

GROSSO, Giuseppe (1929a): «Appunti sulla formula dell'actio fiduciae», in *Annali dell'Università di Camerino*, volume III, Cortone, 1929, pp. 81ss (cité: GROSSO [1929a]).

GROSSO, Giuseppe (1929b): «Sulla fiducia a scopo di <manumissio>», in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (Turin) IV (1929), pp. 251ss (cité: GROSSO [1929b]).

GROSSO, Giuseppe (1941): «Recensione critica a Walter ERBE, Die Fiducia im römischen Recht», in *Studia et documenta historiae et iuris* (Rome) VII/1 (1941), pp. 425ss.

GROSSO, Giuseppe (1963): *Il sistema romano dei contratti*, Turin, 1963, pp. 29 à 41, 111 à 125 et 171 à 194.

GROSSO, Giuseppe (1968): «Fiducia (diritto romano)», in *Enciclopedia del diritto*, Varèse, 1968, volume XVII, pp. 384ss.

GUARINO, Antonio (1997): *Diritto privato romano*, Naples, 1997.

H

HÄGERSTRÖM, Axel (1927): *Der römische Obligationsbegriff*, Uppsala/ Leipzig, 1927, pp. 389 à 397.

HUSCHKE, D. (1847): «Ueber die usucapio pro herede, fiduciae und ex praediatura», in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Berlin) XIV/2 (1847), pp. 229 à 267.

HUSSERL, Gerhart (1930): «Mancipatio», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 50 (1930), pp. 478ss.

I/J

IMBERT, Jean (1953): «<Fides> et <Nexum>», *in Studi in onore di Vincenzo ARANGIO-RUIZ nel XLV anno del suo insegnamento*, Naples, 1953, tome 1, pp. 339ss.

IMBERT, Jean (1959): «De la sociologie au droit: La <Fides> romaine», *in Droits de l'Antiquité et sociologie juridique, Mélanges Henri LEVY-BRUHL*, Paris, 1959, pp. 407ss.

JACQUELIN, René (1891): *De la fiducie*, Paris, 1891.

JAHR, Günther (1984): «Zum römischen (romanistischen) Begriff des Eigentums (des subjektiven Rechts)», in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Francfort-sur-le-Main, 1984, pp. 69ss.

JOHNSTON, David (1998): «Trusts and Trust-like Devices in Roman Law», in *Itinera Fiduciae*, Berlin, 1998, pp. 45ss.

K

KARLOWA, Otto (1901): *Römische Rechtsgeschichte*, tome II/1, Leipzig, 1901, pp. 560 à 575.

KASER, Max (1939): «Ruhende und verdrängende Hausgewalt im älteren römischen Recht», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 59 (1939), pp. 31ss.

KASER, Max (1941): «Compte-rendu critique de Walter Erbe, Die Fiduzia im römischen Recht», in *GNOMON* (Munich) 17 (1941), pp. 75ss.

KASER, Max (1949): *Das Altrömische Ius*, Göttingen, 1949, pp. 289 à 300.

KASER, Max (1950): «Zur altrömischen Hausgewalt», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 67 (1950), pp. 474ss.

KASER, Max (1951a): «Neue Studien zum altrömischen Eigentum», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 68 (1951), pp. 131ss (cité: KASER [1951a]).

KASER, Max (1951b): «Zum Ediktsstil», in *Festschrift Fritz Schulz*, tome II, Weimar, 1951, p. 29 (cité: KASER [1951b]).

KASER, Max (1956): *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* [*Forschungen zum römischen Recht* 1], Cologne et Graz, 1956.

KASER, Max (1962): «Der römische Eigentumsbegriff», in *Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg (1962)*, Berlin et Tübingen, 1962, pp. 19ss.

KASER, Max (1966): «Oportere und ius civile», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 83 (1966), pp. 1ss.

KASER, Max (1971): *Das römische Privatrecht*, première partie, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, [Handbuch der Altertumswissenschaft X.3.3.1], Munich, 1971, not. pp. 460 à 463.

KASER, Max (1975): *Das römische Privatrecht*, deuxième partie, *Die nachklassischen Entwicklung*, [Handbuch der Altertumswissenschaft X.3.3.2], Munich, 1975, not. pp. 185 à 193.

KASER, Max (1977): «Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht», in *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes SONTIS*, Munich, 1977, pp. 11ss.

KASER, Max (1978): «Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre», in *Festschrift für Franz WIEACKER zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, pp. 90 à 102.

KASER, Max (1982): *Studien zum römischen Pfandrecht*, Naples, 1982.

KEMENES, Béla (1985): «Das fides-Prinzip und sein Zusammenhang mit der fiducia», in *Studia in honorem Velimirii POLAY septuagenarii*, Szeged, 1985.

KRELLER, Hans (1941): «Compte-rendu critique de Walter ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 61 (1941), pp. 462ss.

KRELLER, Hans (1942): «Formula fiduciae und Pfandedikt», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 62 (1942), pp. 143ss.

KRÜGER, Hugo et KASER, Max (1943): «Fraus», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 63 (1943), pp. 117ss, not. 169ss (cités: KRÜGER/KASER).

KÜBLER, B. (1922): «Fiducia», in DE RUGGIERO Ettore, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, volume III (F-H), Rome, 1922, pp. 82ss.

L

LENEL, Otto (1882): «Quellenforschungen in den Edictcommentaren», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abtheilung* (Weimar) III (1882), pp. 104 à 120 et 177 à 180.

LENEL, Otto (1909): «Der Prätor in der legis actio», in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 30 (1909), pp. 339 à 354.

LENEL, Otto (1956): *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1956, pp. 291 à 295.

LENEL, Otto (1960): *Palingenesia iuris civilis*, premier volume, Graz, 1960, réimpression de l'édition de 1889 (cité: LENEL I).

LENEL, Otto (1960): *Palingenesia iuris civilis*, second volume, Graz, 1960, réimpression de l'édition de 1889 (cité: LENEL II).

LONGO, Carlo (1934): «Fiducia cum creditore», in *Per il XIV centenario della codificazione giustinianea*, Pavie, 1934, pp. 794ss.

LONGO, Carlo (1946): *Corso di diritto romano, La fiducia*, Milan, 1946.

M

MACQUERON, Jean (1975): *Histoire des obligations, Le droit romain*, Aix-en-Provence, 1975, pp. 24 à 27 et 84 à 91.

MAGDELAIN, André (1958), *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958, pp. 93 à 108.

MAGDELAIN, André (1991): «GAIUS IV 10 et 33: naissance de la procédure formulaire», in *Revue d'histoire du droit* (Dordrecht, Boston et Londres) LIX (1991), pp. 239ss.

MANIGK, Alfred (1909): «Fiducia», in *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, tome VI, Stuttgart, 1909, colonnes 2287ss.

MARRONE, Matteo (1989): *Istituzioni di diritto romano*, Palerme, 1989.

MASCHI, Carlo Alberto (1974): «Recensione critica a N. BELLOCCI, La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana», in *IURA* (Naples) 1974, pp. 199ss.

MAYER-MALY, Theo (1984a): «Eigentum und Verfügungsrechte in der neuren deutschen Rechtsgeschichte», in *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Socialpolitik* (Berlin) 140 (1984), pp. 25ss (cité: MAYER-MALY [1984a]).

MAYER-MALY, Theo (1984b): «Das Eigentumsverständnis der Gegenwart und die Rechtsgeschichte», in *Festschrift für Heinz HÜBNER zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, Berlin, 1984, pp. 145ss (cité: MAYER-MALY [1984b]).

MELILLO, Generoso (1994): *Contrahere, pacisci, transigere, Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Naples, 1994, pp. 8 à 44 et 125 à 135.

MONIER, Raymond (1977): *Manuel élémentaire de droit romain*, tome I, Aalen/Darmstadt, 1977, réimpression de l'édition de 1947 (cité: MONIER I).

MONIER, Raymond (1977): *Manuel élémentaire de droit romain*, tome II, Aalen/Darmstadt, 1977, réimpression de l'édition de 1954 (cité: MONIER II).

N

NICOLETTI, Adele (1961): «Fides», in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Turin, 1961, pp. 293s.

NOAILLES, Pierre (1949): *Du droit sacré au Droit civil*, Paris, 1949, pp. 199 à 235.

NOORDRAVEN, Bert (1980): «POMP., D, 13, 7, 6, pr.: un caso di pignus», in *Bullettino dell'istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»* (Rome) 83 (1980), pp. 247ss.

NOORDRAVEN, Bert (1990): «Die <fiducia> im römischen Recht», in *INDEX* (Naples) 18 (1990), pp. 229ss.

NOUEL, René (1890): *De l'aliénation fiduciaire*, Paris, 1890.

O/P

OERTMANN, Paul (1890): *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890.

PERNICE, Alfred (1892): *LABEO, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, tome III/1, Halle, 1892, pp. 120ss.

PETER, Hansjörg (1996): «Vestiges romains dans l'exécution forcée», in *Revue de droit suisse* (Bâle) 115 I (1996), pp. 445ss.

PUGLIATTI, Salvatore (1954): «La proprietà e le proprietà, con riguardo particolare alla proprietà terriera», in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Milan, 1954, pp. 125 à 135.

PUGLIESE, Giovanni (1985): «In mancipio esse», in *Satura Roberto Feenstra*, Fribourg, 1985, pp. 43ss.

R

RANDAZZO, Salvo (1998): *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milan, 1998.

RICCOBONO, Salvatore (1929): «Punti di vista critici e ricostruttivi – A proposito della Dissertazione di L. MITTEIS <Storia del diritto antico e studio del diritto romano>», in *Annali del Seminario Guiridico della Università di Palermo* (Palerme) XII (1929), pp. 511 à 522.

ROTONDI, Giovanni (1922a): «Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano», in *Scritti giuridici*, volume 2, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavie, 1922, pp. 1ss (cité: ROTONDI [1922a]).

ROTONDI, Giovanni (1922b): «La misura della responsabilità nell'<actio fiduciae>», in *Scritti giuridici*, volume 2, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavie, 1922, pp. 137ss (cité: ROTONDI [1922b]).

RUDORFF, D. (1873): «Ueber die baetische Fiduciartafel. Eine Revision», in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (Weimar) 11 (1873), pp. 52ss.

S

SCHERILLO, Gaetano (1962): «Il concetto di diritti reali. Considerazioni storico-dogmatiche», in *Studi in onore di Emilio BETTI*, volume IV, Milan, 1962, pp. 81ss.

SCHEURL, Adolf von (1853): «Zur Usucapionslehre», in *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts*, tome II/1, Erlangen, 1853, pp. 36 à 46.

SCHMIDLIN, Bruno (1970): «Zur Bedeutung der legis actio: Gesetzesklage oder Spruchklage?», in *Revue d'histoire du droit* (Dordrecht, Boston et Londres) 38 (1970), pp. 367ss.

SCHMIDLIN, Bruno (1988): *Droit privé romain*, tome I, Sources, Famille et Biens, Lausanne, 1988.

SCHMIDLIN, Bruno (1991): «Le mien, le tien et le nôtre. Quelques réflexions philosophiques sur les limites du droit fondamental de la propriété», in *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique. Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève*, Bâle et Francfort sur-le-Main, 1991, pp. 137ss.

SCHMIDLIN, Bruno (1994): «Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts?», in *Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Bâle, 1994, pp. 33ss.

SCHMIDLIN, Bruno et CANNATA, Carlo Augusto (1991): *Droit privé romain*, tome II, *Obligations, Successions et Procédure*, Lausanne, 1991 (cités: SCHMIDLIN/CANNATA).

SCHULZ, Fritz (1914): «Fr. 63 D. 41.1. Zur Lehre vom Schatzerwerb», in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 35 (1914), pp. 96s et 108 à 112.

SCHWARZ, Fritz (1954): «Die Konträrklagen», in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 71 (1954), pp. 111ss.

SOHM, Rudolf (1889): *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, 1889, pp. 34 à 39 et 256 à 258.

SÖLLNER, Alfred (1969): *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Cologne et Vienne, 1969, pp. 29 à 45 et 135 à 147.

STURM, Fritz (1990a): «Origine et évolution de la mancipation. Synthèse rétrospective de l'enseignement de Philippe Meylan», in *Mélanges Paul Piotet*, Berne, 1990, pp. 567ss (cité: STURM [1990a]).

STURM, Fritz (1990b): «Il pactum e le sue molteplici applicazioni», in *Contractus e pactum, Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Naples, 1990, pp. 149ss, spécialement 160s (cité: STURM [1990b]).

T

TALAMANCA, Mario (1990): *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990.

TELLEGEN, Jan Willem (1997): «*Fiducia cum filio contracta* dans Pline le Jeune 10.4», in *LABEO* (Naples) 43 (1997), pp. 225ss.

TOMULESCU, Constantin St. (1976): «Le funzioni del nummus unus nella mancipatio», in *Revue internationale des droits de l'Antiquité* (Bruxelles) XXIII (1976), pp. 223ss.

V

VAN CAENEGEM, Raoul C. (1988): *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, 1988, pp. 154 à 157 et 171 à 175.

VOLTERRA, Edoardo (1964): «Mancipatio», in *Nuovissimo Digesto Italiano*, tome X, Turin, 1964, pp. 97ss.

W/Z

WATSON, Alan (1962): «The origins of fiducia», in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 79 (1962), pp. 329ss.

WEISS, Egon (1921): «Mandatela und custodela», in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar) 42 (1921), pp. 102ss.

WIEACKER, Franz (1988): *Römische Rechtsgeschichte*, première partie, *Quellenkunde Frühzeit und Republik*, Munich, 1988, pp. 314 à 340.

WILLOWEIT, Dietmar (1974): «Dominium und Proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft», in *Historisches Jahrbuch* (Munich) 94 (1974), pp. 131ss.

WITZ, Claude (1981): *La fiducie en droit français*, Paris, 1981, pp. 19 à 30.

WOLF, Joseph Georg (1970): *Causa stipulationis*, Cologne, 1970, pp. 128 à 152.

WUBBE, Felix (1960): «Usureceptio und relatives Eigentum», in *Revue d'histoire du droit* (Dordrecht, Boston et Londres) 28 (1960), pp. 13ss.

ZANNINI, Pierluigi (1983): *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milan, 1983, pp. 1 à 66.

ZIMMERMANN, Reinhard (1998): «Heres fiduciarius? Rise and Fall of the Testamentary Executor», in *Itinera Fiduciae*, Berlin, 1998, pp. 267 à 275.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS VII

PRÉFACE IX

SOMMAIRE XIII

ABRÉVIATIONS XVII

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

ANALYSE CRITIQUE DE LA FIDUCIE-GESTION EN DROIT SUISSE ET EN DROIT ALLEMAND 9

CHAPITRE I: PRÉSENTATION CRITIQUE DE LA FIDUCIE-GESTION EN DROIT SUISSE 9

A. Domaines d'application principaux 9
1. Placements fiduciaires 10
2. Gestion fiduciaire de fortune 11
3. Activité de *nominee* 13
4. Fonds de placement 15
5. Gestion collective des droits d'auteurs 16

B. Structure de la fiducie 17
1. Opposition stricte entre droit réel et droit personnel 18
a) Un acte translatif de droit 20
b) Une convention de fiducie 23
2. Principe du *numerus clausus* des droits réels 25
3. Principe de l'unité du patrimoine 28

C. Régime juridique de la fiducie 30
1. Fiducie commune 31
2. Régimes spéciaux de la fiducie 40
a) Opérations fiduciaires des banques 40

b) Fonds de placement 43
3. Régime de droit public de la fiducie 44
a) Traitement fiscal et comptable de la fiducie 44
b) Traitement pénal de la fiducie 46
c) Législations restreignant la propriété de certains biens par des étrangers 48

CHAPITRE II: PRÉSENTATION CRITIQUE DE LA *TREUHAND* ALLEMANDE 51

CHAPITRE III: BILAN CRITIQUE 69

DEUXIÈME PARTIE

***FIDUCIA CUM AMICO*: «MANCIPIO DARE UT REMANCIPETUR»** 77

CHAPITRE I: INTRODUCTION 77

CHAPITRE II: STRUCTURE DE LA *FIDUCIA* 89

A. Nature de la *mancipatio* «(fidi) fiduciae causa»: un «ea lege mancipio dare ut remancipetur» 93
1. La *mancipatio* usuelle et ses formes dérivées 93
a) L'*emancipatio* et la *fiducia manumissionis causa* 97
b) La *mancipatio* dans le testament *per aes et libram*: «endo mandatelam tuam custodelamque meam» 103
2. La *mancipatio* «(fidi) fiduciae causa» 109
3. La *mancipatio* «fidei fiduciae causa»: un «mancipio dare ut remancipetur». 117
4. Forme de l'obligation de retransfert: «ea lege mancipio dare ut remancipetur» 123

B. Nature du *pactum fiduciae* 129
a) *Lex commissoria* 135
b) *Ius vendendi* 138

CHAPITRE III: SANCTION JURIDIQUE DE LA *FIDUCIA* 145

A. *Fiducia* et contrat 146

B. La période pré-formulaire 150

C. La formule de l'*actio fiduciae* 158
1. L'*actio fiduciae* est une action spécifique entrant dans la catégorie des *bonae fidei iudicia* 160
2. Le devoir du fiduciaire dans la *fiducia cum amico*: protection juridique du bien fiduciaire 167
3. Critères du juge 173
4. Essais de reconstitution de la formule 180
   a) Présence de la clause *negotium ita actum non esse* 181
   b) Si *paret* ou *quod*? 184
5. L'*actio fiduciae contraria* 186
   a) Droit de demander le transfert de la possession de la chose 187
   b) Droit d'obtenir le remboursement des dépenses 188
   c) Droit d'obtenir le remboursement des dommages 190
   d) Droit de se faire rembourser les montants engagés pour cause d'éviction 190

CHAPITRE IV: ASPECTS PATRIMONIAL ET RÉEL DE LA PROPRIÉTÉ FIDUCIAIRE 193

A. *Fiducia*, propriété et droit réels 193

B. Rapports juridiques fiduciaire-tiers 203
1. Exercice des droits nécessaires à la protection du bien fiduciaire 204
   a) Pouvoir de revendiquer le bien fiduciaire 204
   b) Légitimation active à l'*actio furti* ou à la *condictio furtiva* 205
2. Exercice du droit de disposer du bien fiduciaire 206
   a) Pouvoir de léguer le bien fiduciaire (*legatum per vindicationem*) 206
   b) Pouvoir d'émanciper l'esclave (?) 206
   c) Pouvoir de vendre le bien fiduciaire (?) 207

C. Rapports juridiques fiduciant-tiers 209
1. Le fiduciant conserve un pouvoir de disposition limité et finalisé sur le bien fiduciaire 209
   a) Pouvoir de vendre le bien fiduciaire 210

b) Pouvoir de léguer le bien fiduciaire 213
2. Exercice partiel des droits nécessaires à la protection du bien fiduciaire (légitimation active à l'*actio furti*) 215
3. Exercice du droit de demander le partage (*actio communi dividundo*) 217

D. Rapports juridiques fiduciant-fiduciaire 218
1. Le fiduciant reste titulaire de la valeur patrimoniale du bien fiduciaire 218
2. L'*usureceptio* 232
3. Droit de rétractation unilatéral dans la *fiducia manumissionis causa* 239
4. Le fiduciant reste possesseur du bien fiduciaire aux fins d'usucapion 242
5. Le fiduciant est considéré comme le «dominus» du bien fiduciaire 244
6. Analogies avec la dot et la tutelle 249
a) La dot, «dos» 249
b) Le *tutor* 258

CHAPITRE V: CONCLUSION 265

TROISIÈME PARTIE

PRÉSENTATION CRITIQUE DES FONDEMENTS DOGMATIQUES DE L'ACTE FIDUCIAIRE 273

CHAPITRE I: PRINCIPES D'UNE STRICTE OPPOSITION ENTRE DROIT RÉEL ET DROIT PERSONNEL, ET DU *NUMERUS CLAUSUS* DES DROITS RÉELS 274

A. Origine de la théorie de l'acte fiduciaire 274

B. Les raisons du succès de la théorie de l'acte fiduciaire 285

C. Des principes érigés en dogmes 290
1. Stricte séparation entre droit réel et droit personnel 292
2. *Numerus clausus* des droits réels 299
3. Concept de propriété absolue 301

D. Critique de la dogmatique allemande 307

1. Stricte séparation entre droit réel et droit personnel 307
2. *Numerus clausus* des droits réels 315
3. Concept de propriété absolue 321

CHAPITRE II: PRINCIPE DE L'UNITÉ DU PATRIMOINE 329

A. Origine dogmatique 329

B. Critique de la théorie classique du patrimoine 342

CHAPITRE III: SYNTHÈSE 353

QUATRIÈME PARTIE

POUR UNE FIDUCIE RENOUVELÉE 357

CHAPITRE I: TROIS EXEMPLES ÉTRANGERS DE FIDUCIE RENOUVELÉE 358

A. Le règlement grand-ducal luxembourgeois 360

B. Le projet de loi français instituant la fiducie 364

C. La fiducie québécoise 376

D. Synthèse 384

CHAPITRE II: PROPOSITIONS POUR UN NOUVEAU RÉGIME JURIDIQUE DE LA FIDUCIE-GESTION 393

A. Eléments caractéristiques de la fiducie 393
1. Propriété-exercice et propriété-valeur 394
2. Propriété temporaire 400
3. Propriété finalisée 401

B. Pour une fiducie-gestion améliorée de *lege lata* 405
1. La fiducie est un contrat innommé 406
a) Fiducie, simulation et fraude à la loi 409
b) Les dispositions régissant les rapports contractuels entre le fiduciant et le fiduciaire 414
aa) La création des rapports fiduciaires 414
bb) La gestion fiduciaire proprement dite 417

i) Etendue des devoirs du fiduciaire 417
ii) Obligation de diligence et de fidélité 418
iii) Obligation de rendre compte et de restituer 422
iv) Responsabilité du fiduciaire 423
v) Droit de suite en faveur du fiduciant 424
cc) La fin de la fiducie 428
2. Les biens fiduciaires constituent un patrimoine séparé qui doit être protégé 435
a) Principe 435
b) Subrogation patrimoniale 438
c) Exécution forcée 439
d) Régimes matrimonial et successoral 446
e) Compensation d'un tiers contre le fiduciaire 448
3. La reconnaissance d'une masse séparée ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers 453
4. Nature des droits accordés au fiduciant 458

C. La fiducie-gestion de *lege ferenda* 461
1. Personne morale et patrimoine d'affectation 463
2. Les principes généraux d'une législation sur la fiducie 466
3. Un nouveau contrat nommé 468
4. Un nouveau droit réel 470
a) Un droit réel limité attribué au fiduciaire 471
b) La «propriété fiduciaire», une propriété *sui generis* 473

CHAPITRE III: FIDUCIE, TRUST, CONVENTION DE LA HAYE ET *PRINCIPLES OF EUROPEAN TRUST LAW* 479

A. Caractéristiques et objectifs de la Convention de La Haye 480

B. Reconnaissance en Suisse de trusts constitués selon un droit étranger 482

C. Reconnaissance à l'étranger des effets d'une fiducie de droit suisse 489

D. La fiducie-gestion suisse et les *Principles of European Trust Law* ... 492

CONCLUSION 501

INDEX DES SOURCES ROMAINES 517

ANNEXE

Principles of European Trust Law 523

BIBLIOGRAPHIE

I. DROIT MODERNE 527

II. DROIT ROMAIN 555
A. SOURCES 555
B. DOCTRINE 556

TABLE DES MATIÈRES 567

COLLECTION GENEVOISE

Michel Hottelier

L'article 26 CEDH
et l'épuisement des voies de recours
en droit fédéral suisse

Silvia Tevini Du Pasquier

Le crédit documentaire
en droit suisse.
Droits et obligations
de la banque mandataire
et assignée

Henry Peter

L'action révocatoire
dans les groupes de sociétés

Xavier Oberson

Les taxes d'orientation.
Nature juridique et constitutionnalité

Pierre Garrone

L'élection populaire en Suisse.
Etudes des systèmes électoraux
et de leur mise en œuvre
sur le plan fédéral et dans les cantons

COLLECTION GENEVOISE

Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse
des juristes pour son Congrès 1991 à Genève

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Les instruments d'action de l'Etat

Christine Chappuis

La restitution des profits illégitimes.
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse

Gustavo Scartazzini

Les rapports de causalité dans le droit suisse
de la sécurité sociale.
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Sonja Gafner d'Aumeries

Le principe de la double incrimination.
En particulier dans les rapports d'entraide
judiciaire internationale
en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Charles-Albert Morand
(Editeur)

La légalité: un principe à géométrie variable

COLLECTION GENEVOISE

Marie-Claire Pont Veuthey

Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination

Daniele Cattaneo

Les mesures préventives et de réadaptation
de l'assurance-chômage

Marina Mandofia Berney

Vérités de la filiation et procréation assistée

Elias Kastanas

Les origines et le fondement du contrôle
de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce

Sylvie Chavanne

Le retard dans l'exécution des travaux de construction

Nicolas Jeandin

Le chèque de voyage

Margareta Baddeley

L'association sportive face au droit

COLLECTION GENEVOISE

Sylvain Marchand

Les limites de l'uniformisation matérielle
du droit de la vente internationale

Jacques-André Schneider

Les régimes complémentaires de retraite en Europe:
Libre circulation et participation

La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands

François Chaix

Le contrat de sous-traitance en droit suisse: limites du principe
de la relativité des conventions

Michel Hottelier

Le Bill of Rights et son application aux Etats américains

Charles-Albert Morand

Aménagement du territoire et protection de l'environnement:
La simplification des procédures

Herbert Schönle

Droit des obligations et droit bancaire. Etudes

Problèmes actuels de droit fiscal. Mélanges en l'honneur
du Professeur Raoul Oberson

COLLECTION GENEVOISE

Rita Trigo Trindade

Le conseil d'administration de la société anonyme

Thierry Tanquerel

Les voies de droit des organisations écologistes
en Suisse et aux Etats-Unis

Charles-Albert Morand
(Editeur)

La pesée globale des intérêts.

Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire

Bénédict Foëx

Le contrat de gage mobilier

Arlette Stieger-Chopard

L'exclusion du droit préférentiel de souscription
dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme

Etude de droit allemand et de droit suisse

Blaise Knapp et Xavier Oberson
(Editeurs)

Problèmes actuels de droit économique.

Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod

COLLECTION GENEVOISE

Nicolas Wisard

Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Philippe Gerber

La nature cassatoire du recours de droit public
Mythe et réalité

Pierre Guibentif

La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
Etude de sociologie du droit de la coordination à l'exemple du Portugal

Alfred Dufour, Ivo Rens, Rudolf Meyer-Pritzl, Bénédict Winiger (Editeurs)

Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin

Jacques-André Reymond

De l'autre côté du miroir. Etudes récentes

Xavier Favre-Bulle

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

Jean-Paul Vulliéty

Le transfert des risques dans la vente internationale
Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

COLLECTION GENEVOISE

Vincent Martenet

L'autonomie constitutionnelle des cantons

Dominique Manaï

Les droits du patient face à la médecine contemporaine

Margareta Baddeley
(Editeur)

La forme sociale des organisations sportives
Questions de responsabilité

Niocolas de Gotterau
Le crédit documentaire et la fraude.
La fraude du bénéficiaire, ses conséquences
et les moyens de protection du donneur d'ordre

Jean-Philippe Dunand

Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»
Mancipio dare ut remancipetur
Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

Démocratie directe

Andreas Auer
(Editeur)

Les origines de la démocratie directe en Suisse
Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

COLLECTION GENEVOISE

Alexander Trechsel et Uwe Serdült

Kaleidoskop Volksrechte
Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970-1996

Jean-Daniel Delley
(Editeur)

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse
Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Alexander Trechsel

Feuerwerk Volksrechte
Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970-1996

Les grands jurisconsultes

Dominique Manaï

Eugen Huber jurisconsulte charismatique

Bruno Schmidlin et Alfred Dufour
(Editeurs)

Jacques Godefroy (1587–1652)

Alfred Dufour

Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848)
Genevois et Suisse à vocation européenne

COLLECTION GENEVOISE

Droit et Histoire

Alfred Dufour, Robert Roth et François Walter

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Bénédict Winiger

La responsabilité aquilienne romaine
Damnum Iniuria Datum

Christian M. Reiser

Autonomie et démocratie dans les communes genevoises

Droit de la propriété

Michel Hottelier et Bénédict Foëx
(Editeurs)

Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation forcée

Traduction juridique d'un phénomène singulier, celui de «donner pour reprendre», la fiducie est l'une des institutions qui tendent à dissocier le titulaire formel d'un bien, de son bénéficiaire économique. Confrontée à une vive concurrence internationale, la fiducie-gestion suisse pâtit d'un régime juridique disparate, lacunaire, et dogmatiquement incertain.

Par une étude historique approfondie (droit romain et doctrine du XIXe siècle) et une large référence aux droits étrangers (allemand, français, luxembourgeois et québécois), Jean-Philippe Dunand remet en cause la pertinence de la traditionnelle «théorie de l'acte fiduciaire». Il conçoit un modèle théorique novateur qui débouche sur des propositions concrètes de modernisation du régime de la fiducie-gestion helvétique, *de lege lata* et *de lege ferenda*. L'auteur suggère, en particulier, la consécration législative d'une nouvelle forme de propriété, la «propriété fiduciaire», laquelle prend en compte la «propriété-exercice» du fiduciaire et la «propriété-valeur» du fiduciant.

Helbing & Lichtenhahn

ISBN 3-7190-1884-9

9 783719 018849