

## Compte rendu

---

Ouvrage recensé :

Serge GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Bibliothèque de droit privé, Tome 145, L.G.D.J., Paris, 1976, 429 pages.

par Maurice Tancelin

*Les Cahiers de droit*, vol. 18, n° 4, 1977, p. 950-952.

Pour citer ce compte rendu, utiliser l'adresse suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042203ar>

DOI: 10.7202/042203ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

---

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

---

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : [info@erudit.org](mailto:info@erudit.org)

Sur la question de l'égalité devant le droit (chapitre VII), monsieur Smith livre des réflexions d'un intérêt tout particulier dans le débat sur la langue. Après avoir rappelé que le principe d'égalité devrait s'appliquer *avant* même d'envisager le contenu d'une obligation, d'une loi ou d'une règle, pour éviter la discrimination (p. 114), il examine les difficultés propres aux lois destinées à corriger les injustices du passé fondées sur des critères raciaux (p. 126).

Sur ces longues prémisses, monsieur Smith expose sa conception de l'obligation juridique. Dans le chapitre IX, écrit en collaboration avec le professeur S.C. Coval, il montre que le droit se compose uniquement de règles et non de règles et de principes, ces derniers n'étant, en réalité, ou ne devant être que des règles au second degré, générées par la mise en œuvre des règles au premier degré. Dans cette auto-construction du droit, les tribunaux, qui ont un rôle essentiel à jouer, sont amenés à introduire des considérations téléologiques qui font partie intégrante du droit. Ce que Gény appelait la finalité et qu'il opposait à la technique.

La dynamique de cette formation des règles au second degré fait l'objet du chapitre X, consacré au fonctionnement de la règle du précédent, où l'auteur démontre l'influence déterminante des facteurs de politique juridique sur le critère de pertinence (*relevancy*), qui sous-tend la technique des distinctions.

En lisant ces chapitres, on mesure l'inanité du refus de reconnaître le rôle créateur du juge dans l'interprétation.

En fin de compte, la règle juridique d'où dérive l'obligation juridique a une structure imposée par sa fonction. La connaissance de la règle passe par celle de sa fonction qui est double, fonction d'organisation (*planning*) et fonction de solution des litiges (*litigation*). L'auteur vérifie son assertion aussi bien dans le droit des contrats que dans celui des délits et des biens. Il entrevoit une théorie générale de l'obli-

gation, amorcée par les droits romano-germaniques en matière de « droits personnels », mais qui engloberait aussi les « droits réels » puisque les relations juridiques relatives aux biens pourraient, elles aussi, être conçues en termes d'obligations (p. 227). Si les conceptions anglaises du droit des biens sont démodées, à plus forte raison la conception romaine qui afflige toujours les droits écrits.

La démonstration n'aurait pas été complète si les droits fondamentaux n'avaient pas, eux surtout, été rapatriés dans le droit pour échapper au statut de « principes » que les jusnaturalistes leur octroyaient, avec les résultats que l'on sait . . .

L'ouvrage de J.C. Smith est une manifestation du besoin de dépasser les dangereuses simplifications du positivisme sans retomber dans les insuffisances du jusnaturalisme. Il fait honneur à la science juridique canadienne, en contribuant à faire sortir le droit de la fausse alternative dans laquelle il a été longtemps enfermé. Le genre d'ouvrage qui devrait être mis obligatoirement au programme des études de droit.

Maurice TANCELIN

Serge GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Bibliothèque de droit privé, Tome 145, L.G.D.J., Paris, 1976, 429 pages.

L'affectation est un procédé technique original d'utilisation des biens. Monsieur Guinchard arrive à cette conclusion au résultat d'une étude systématique qui fait passer cette notion du stade de fondement d'autres institutions, telles que le patrimoine et la subrogation réelle à celui d'une institution autonome. Pour y parvenir, il part d'une notion fonctionnelle de l'affectation : « affecter veut dire soumettre un bien à un usage déterminé » (p. 15). « Tout repose donc sur la notion d'usage ». Le domaine de l'institution est indiqué par la

dualité des buts possibles de l'affectation (1<sup>re</sup> partie), de même que son régime juridique est caractérisé par la dualité de ses techniques de réalisation (II<sup>e</sup> partie).

I — Le domaine de l'affectation est étudié selon un plan dicté par la caractéristique essentielle de l'institution qui est celle du but visé par la volonté de l'auteur de l'affectation. Monsieur Guinchard regroupe dans cette première partie les différentes hypothèses d'affectation autour du principe de finalité, pour en souligner l'importance dans l'élaboration du droit. Un point commun tout à fait remarquable avec la conception défendue par monsieur J.C. Smith dans son ouvrage *Legal Obligation*, analysé dans les mêmes colonnes\*.

L'affectation sert essentiellement à deux fins : l'exploitation des biens (affectations réelles) et la protection des personnes (affectations personnelles). La fonction d'exploitation des biens se réalise soit par l'affectation d'un bien à un autre bien : servitudes, copropriété des parties communes, immeubles par destination, soit par des affectations réalisant en elles-mêmes une fonction d'exploitation artisanale, commerciale, industrielle, rurale ou civile : on retrouve à ce propos des notions nouvelles, comme les concessions immobilières (p. 81) ou l'épargne-logement (p. 86), sans oublier la législation sur les baux d'habitation (p. 83), qui commence à avoir un équivalent sérieux au Québec.

La fonction de protection des personnes vise le titulaire d'un droit (créance alimentaire) comme celle des tiers, pour lesquels l'auteur distingue les affectations personnelles qui, d'une part, tiennent à l'existence d'un lien d'affectation soit pour le bénéficiaire individuel d'une libéralité, soit pour le groupe familial (droit civil des libéralités, des successions et des régimes matrimoniaux et droit social de la famille) et celles qui, d'autre part, existent en dehors de tout lien d'affectation, pour la protection de certains créanciers (sûretés réelles et

fonds de limitation en matière maritime, auquel on peut ajouter au Canada l'équivalent en matière nucléaire).

II — Le régime juridique de l'affectation se caractérise aussi par une dualité de techniques : celles qui sont propres aux affectations réelles ou aux affectations personnelles et celles qui sont communes aux deux. Les premières découlent logiquement de la définition de l'affectation. Le choix d'un but pour l'usage d'un bien emporte l'idée d'un maintien, d'une durée de réalisation, que l'auteur appelle permanence. Ces techniques de permanence varient selon que l'affectation est réelle ou personnelle (inaliénabilité, subrogation réelle, droit de suite, insaisissabilité, indivisibilité). Au-delà des divergences classiques entre ces techniques quant aux restrictions de pouvoirs qu'elles comportent (simple restriction au droit d'usage et de jouissance des biens affectés ou bien indisponibilité et insaisissabilité), l'auteur apporte une contribution originale à la connaissance de ces notions en recherchant leurs points de convergence.

Les techniques communes aux affectations réelles et personnelles ne sont pas une suite logique de la notion d'affectation mais des instruments de politique juridique utilisés par le législateur ou le juge pour promouvoir certaines fins, telles que la défense de l'intérêt collectif des individus, de la famille, de certains groupes de créanciers, des co-propriétaires, des salariés et des apporteurs de capitaux. Cela amène naturellement l'auteur à confronter la notion d'affectation à celle de patrimoine, dont l'unité théorique se trouve de plus en plus compromise. À ce premier groupe d'affectations de promotion, l'auteur ajoute celles jugées socialement ou économiquement utiles (techniques fiscales et financières de faveur, qui ont leur équivalent au Canada, et, techniques civiles, telles que l'indexation des créances alimentaires et, depuis peu, indemnitaires, par suite d'une évolution jurisprudentielle remarquable).

\* Voir notre compte rendu dans le même numéro, à la p. 000.

Au regard du droit civil, on se trouve devant une de ces grandes thèses qui jalonnent l'histoire de la doctrine française depuis la fin du siècle dernier. Le droit civil s'enrichit d'une nouvelle institution, dans un domaine où son arsenal technique est déjà très diversifié par rapport à la *common law*. À ce propos, on se permettra de formuler, non pas une critique (le titre de l'ouvrage est très explicite à cet égard), mais un regret : c'est que l'auteur n'ait pas utilisé la méthode comparative, à l'extérieur du système romano-germanique. Une seule mention du *trust* et de la fiducie québécoise (p. 128), c'est bien peu dans une thèse de cette envergure. On reconnaît qu'il s'agissait de construire une nouvelle théorie en droit civil et que les éléments de comparaison manquaient de ce côté-là. Maintenant qu'ils existent, il y a place pour une étude comparative de l'affectation et du *trust*, à laquelle on apportera une première pierre en signalant une infériorité de l'affectation par rapport au *trust*, du fait qu'elle ne constitue pas une obligation réelle, en matière de donation avec charge : « l'acquéreur du bien transmis, c'est-à-dire le sous-acquéreur, n'est pas tenu directement d'exécuter la charge » (p. 317), contrairement à « l'acquéreur devenu propriétaire légal (*at law*) des biens [en *trust*, qui] en est en même temps le *trustee* et [...] doit à son tour, comme son ayant cause, les exploiter dans l'intérêt des bénéficiaires du *trust* » (R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Précis Dalloz 16<sup>e</sup> édition, 1974, à la p. 362).

Contrairement à ce que pourrait laisser croire son titre, cet ouvrage n'est pas seulement destiné à ceux qui s'intéressent au droit des biens. Il traite de questions de droit des libéralités, des régimes matrimoniaux, des successions, des obligations et, au-delà du droit civil, de droit commercial, de droit social, de droit fiscal et même de droit maritime : en somme, de quoi faire réfléchir les inconditionnels de la spécialisation à outrance.

Maurice TANCELIN

Clayton C. RUBY, *Sentencing*, Toronto, Butterworths, 1976, 537 pages, \$55.00

Dans la troisième édition de son ouvrage intitulé « *The Machinery of Justice in England* », le professeur R. M. Jackson écrivait :

An English criminal trial properly conducted is one of the best products of our law, provided you walk out of the court before the sentence is given; if you stay to the end, you may find that it takes far less time and inquiry to settle a man's prospects in life than it has taken to find out whether he took a suitcase out of a parked motor-car<sup>1</sup>.

Si ces remarques, à la date de leur parution, étaient aussi applicables au Canada, il faut admettre que, depuis, notre système de justice criminelle a quelque peu évolué. Les pouvoirs des tribunaux en matière de fixation des sentences ont été modifiés. Les facteurs de rétribution et de dissuasion, sans qu'ils ne soient toutefois disparus, ont vu leur importance s'amoinrir au profit du facteur réhabilitation. Comme conséquence de cette évolution de la philosophie pénale, les règles et les principes qui gouvernent la détermination et l'attribution des peines se sont multipliés. L'existence d'un pouvoir discrétionnaire chez nos tribunaux quant au choix, à la forme et à la durée de la sentence, à l'instar d'ailleurs des tribunaux de la plupart des systèmes de droit<sup>2</sup>, rend encore plus impérative pour les membres de la profession légale l'obligation de bien connaître et maîtriser ces principes de la détermination de la peine.

Ceci est d'autant plus vrai que le fort pourcentage de plaidoyers de culpabilité (dans le

1. R. M. JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, Cambridge University Press, 3<sup>e</sup> éd. 1960, p. 211.

2. Voir aux États-Unis deux articles récents en rapport avec ce sujet : E. M. KENNEDY, « Criminal sentencing : a game of chance » et R. B. MCKAY, « It's time to rehabilitate the sentencing process », (1976) 60-5 *Judicature*, *The Journal of the American Judicature Society*, 208 et 223.