

L'ACTION PRECEDE LE DROIT OU L'INJUSTICE INSTITUTIONNALISEE ? - L'EXEMPLE DE L'USE ET DU TRUST EN DROIT ANGLAIS

Célia Berger-Tarare*

Abstract

Si aujourd'hui, en France comme dans une large partie du monde, toute personne qui a une prétention a le droit d'agir en justice pour être entendue sur le fond, il n'en fût pas toujours ainsi. Dans de nombreux systèmes juridiques, l'action précédait le droit et non l'inverse. Sans action pas de droit. Pas de droit sans action. Aussi était-il nécessaire au demandeur de trouver un formulaire correspondant à sa prétention pour espérer la faire valoir devant un juge, sous peine de voir sa demande rejetée sans même être entendue. L'un des exemples les plus percutants de cette injustice institutionnalisée est probablement celui des cousins historiques de la fiducie moderne et du *trust* : la *fiducia* du droit romain et l'*use* du droit anglais moyenâgeux. C'est du second que cet article se propose de discuter, dans une perspective historique soulignant l'évolution du régime juridique du *trust* et le rôle particulier du Chancelier et de l'équité, qui lui ont permis de devenir cette institution moderne et protéiforme qui rayonne aujourd'hui dans le monde entier.

Indice Contributo

Abstract.....	219
Keywords.....	220
Introduction	220

* Maître de conférences en Droit privé à l'Université de Bourgogne Franche-Comté, Membre du Centre de Recherches Juridiques de Franche-Comté (CRJFC). Directrice du Master en Droit des Affaires, Directrice des Diplômes d'Université en Droit anglais et en Droit américain. Docteur en Droit privé. celia.tarare@univ-fcomte.fr

1. L'inertie de la justice face au désarroi de la veuve et de l'orphelin : les insuffisances de la <i>common law</i>	223
1.1 Le développement de l' <i>use</i> , une légitimité entachée par des utilisations frauduleuses.....	224
1.2 L'absence d'action disponible contre le promettant défaillant	227
2. La création d'une justice parallèle palliant l'intolérable vide juridique : la naissance de l' <i>equity</i>	230
2.1 Le pouvoir inhérent du roi de rendre justice au secours de l'équité	230
2.2 La consolidation de l' <i>equity</i> et le développement exponentiel du <i>trust</i>	233

Keywords

Fiducie - *Fiducia*, *Trust*, *Use* – Droit substantiel - Droit d'action – Formulaire – *Writ* - Justice, *Common law* – Équité - Chancelier anglais

Introduction

Si aujourd'hui, en France comme dans une large partie du monde, toute personne qui a une prétention a le droit d'agir en justice pour « être entendue sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée »¹, il n'en fût pas toujours ainsi. Comme l'écrivait Motulsky, « tout incite à penser, en effet, que l'action a, historiquement, précédé le droit dit substantiel »². Dans de nombreux systèmes juridiques, l'action précédait le droit et non l'inverse. Sans action pas de droit. Pas de droit sans action. Aussi était-il nécessaire au demandeur de trouver un formulaire correspondant à sa prétention pour espérer la faire valoir devant un juge. Si la prétention n'entrait *a priori* dans aucune catégorie formelle, plusieurs suites pouvaient en découler. Dans le plus

¹ Code de procédure civile français, art. 30.

² Motulsky (1964), p. 215.

heureux des cas, une action voisine était déformée pour y faire entrer, par un tour de force aussi artificiel que discrétionnaire, la prétention orpheline. Néanmoins, il était fréquent qu'au contraire, la prétention du malheureux reste purement et simplement ignorée par la justice. Celle-ci n'entrant dans aucune catégorie d'action existante, l'accès au juge lui était refusé. À l'évidence, ce fonctionnement entraînait une iniquité flagrante pour celui qui, étant la cible d'un comportement marginal, n'avait pas la chance de trouver dans la justice d'écho formel à sa condition et se voyait subséquemment nier le droit de faire valoir sa cause devant les tribunaux.

L'un des exemples les plus percutants de cette injustice institutionnalisée est probablement celui des cousins historiques de la fiducie moderne et du *trust* : la *fiducia* du droit romain et l'*use* du droit anglais moyenâgeux. En effet, ces opérations complexes nécessitaient pour leur réalisation la réunion de deux éléments concomitants. D'une part, un transfert de propriété solennel, par lequel le titre de propriété d'un bien – le plus souvent un immeuble – était livré à un ami ou à un créancier. D'autre part, une promesse de la part du récipiendaire que le titre de propriété serait rendu en temps utile une fois la mission achevée. L'ami ou le créancier s'engageaient donc à rendre, à terme, la propriété ainsi confiée au bénéficiaire désigné, en principe le cédant ou ses héritiers. De la sorte, le droit de propriété était instrumentalisé pour les besoins d'une opération de transmission, de gestion ou de sûreté. Or en pratique, dans un nombre non négligeable de cas, alors que le cédant avait imaginé que la promesse serait exécutée et que la propriété serait restituée le moment venu, l'ami en lequel il avait placé toute sa confiance niait l'existence même d'une telle promesse, accaparant des biens qui n'étaient pas les siens... ou plutôt – et c'est bien là la complexité de la situation – accaparant des biens devenus légalement les siens mais qui, en vertu de la promesse donnée, devaient légitimement revenir à un autre. Les bénéficiaires se tournaient alors vers les tribunaux. Malheureusement, dans le cas de la *fiducia* comme dans celui de l'*use*, aucune forme d'action n'avait été anticipée, laissant les bénéficiaires de la promesse sans recours et incapables de faire valoir leurs prétentions au fond.

Mais tandis qu'en droit romain, un millénaire plus tôt, la réponse trop tardive des prêteurs entraîna progressivement la disparition de la *fiducia* au profit d'autres

techniques jugées plus sûres³, en droit anglais une réponse initialement marginale devait permettre le développement d'une institution qui fait aujourd'hui la fierté des juristes de *common law* et qui constitue sans doute l'un de leurs plus grands succès : le *trust*. Clarifions immédiatement les choses : le *trust* est né de l'*use* et les deux outils sont quasiment identiques. La différence est principalement terminologique⁴. Le mot *use* a été délaissé au profit du mot *trust* après la *Statute of Uses* de 1535, celle-ci ayant tenté d'enrayer la pratique en déclarant exécutés tous les *uses* pour lesquels l'administrateur n'avait aucune mission à effectuer, mais devait simplement détenir la propriété des biens confiés⁵. Schématiquement, un *trust* est donc à l'origine un *use* dont le gérant est actif et accomplit une véritable mission, tandis que les *uses* passifs furent éteints par la loi⁶. Néanmoins, la loi de 1535 ne prohibant pas pour l'avenir la constitution de *trusts* passifs, dont l'unique objet serait de dissocier propriété et jouissance des biens, cette distinction entre *uses* et *trusts* fût rapidement dépassée pour ne laisser subsister que le second terme⁷.

Ainsi, dans l'Angleterre du XIII^e siècle, les conflits autour de l'*use se* multiplièrent. Avec le temps, la mémoire de celui qui avait reçu don des terres s'effaçait parfois jusqu'à oublier la promesse faite jadis. Or, son droit de propriété étant reconnu par la *common law*, l'ami infidèle était légalement considéré comme le propriétaire des terres confiées. En l'absence de formulaire correspondant à l'action du bénéficiaire de la promesse – *writ* – nul recours n'était possible en *common law*, dont les tribunaux n'avaient à ce dernier toute possibilité d'être entendu. À la merci de la seule conscience de son bourreau, la victime malheureuse ne retrouverait jamais la propriété des terres dont elle avait été spoliée. Situation de non-droit : revers et face cachée du droit.

³ Decoster (2022).

⁴ Sanders (1791), p. 9. Cet auteur reconnaît que les mots « *use* » et « *trust* » peuvent être utilisés pour synonymes. Dans le même sens, Smith (1966), p. 45 et s.; Holdsworth (1924), p. 450.

⁵ Smith (1966), p. 55. L'*use* passif peut être rapproché aujourd'hui du *bare trust*, c'est-à-dire du *trust* pour lequel le *trustee* n'a aucune obligation à l'exception de la conservation de la chose.

⁶ Sanders (1791), p. 9.

⁷ Suite au mécontentement de la noblesse, le *Wills Act* (1540) rétablit en outre l'essentiel du droit qui s'appliquait avant 1535 sous une terminologie modifiée.

Toutefois, malgré l'inertie de la justice de droit commun face au désarroi de la veuve et de l'orphelin, marque des insuffisances de la *common law* (1), l'intervention du Chancelier entraîna dès le XIV^e siècle des conséquences radicalement différentes de celles qui ont été évoquées pour le droit romain, une origine commune n'ayant d'ailleurs jamais pu être démontrée⁸. En effet, il en suivit la création d'une justice parallèle pour pallier l'intolérable vide juridique : celle-ci se trouve à l'origine de la naissance de l'*equity* (2).

1. L'inertie de la justice face au désarroi de la veuve et de l'orphelin : les insuffisances de la *common law*

En *common law*, si le formalisme est initialement conçu comme un moyen d'accroître la puissance royale, celui-ci entraîne des répercussions inattendues, dont celle de concourir à la limitation de la compétence des juridictions. Il en est ainsi en matière de *use*, pratique moyenâgeuse au cœur de la discorde, qu'il nous faudra présenter plus en avant (1.1). Ainsi, lorsque le chef de famille a transmis la propriété de tout ou partie de ses biens par ce biais, il n'existe aucune forme d'action contre le promettant défaillant, quelle que soit la bonne foi du demandeur, ce qui conduit à refuser à ses ayants-droits l'accès aux tribunaux de droit commun (1.2). Il en résulte dans certaines situations une profonde injustice.

⁸ Concernant une origine romaine du *trust*, cf. Blackstone (1766), p. 328. V. toutefois Holmes (1885), p. 162, qui s'est attaché à montrer que le *trust* viendrait plutôt du droit germanique (la *Treuhand*) ; Pollock et Maitland (1898), p. 241 qui défendent une origine hybride romano-germanique ; Ames (1930) qui refuse toute origine continentale et adopte un point de vue purement institutionnel (apparition due aux Chanceliers anglais) et Van Thomas Wynen (1949) qui plaide plutôt pour une imitation par les croisés de la technique islamique du *waqf*.

1.1 Le développement de l'*use*, une légitimité entachée par des utilisations frauduleuses

Aux alentours du XIII^e siècle naît la pratique de l'*use*⁹. Du latin *ad opus* qui signifie « pour mon compte » ou « au bénéfice de »¹⁰, la technique est essentiellement utilisée de deux manières¹¹.

D'abord, par les moines franciscains qui, guidés par leur vœu de pauvreté, ne peuvent détenir aucun bien¹². Les franciscains assurent le respect de ce vœu en transférant la propriété de leurs biens à des tiers, qui promettent toutefois de les détenir dans le seul intérêt des moines. De cette manière, les moines ne possèdent rien, mais profitent de leurs biens grâce à l'interposition d'un tiers. Ils peuvent notamment continuer d'habiter les terres et de jouir paisiblement de leurs fruits.

Ensuite, l'instrument est utilisé par les croisés qui ont besoin de l'intervention d'un tiers pour gérer leurs biens pendant leur absence. Ainsi, les croisés appelés *feoffors* – du vieux français « celui qui donne le fief » – confient jusqu'à leur retour à un ami désigné *feoffee to use* – « celui qui tient le fief pour l'usage d'un tiers » – la gestion de leurs biens au profit de leur épouse et de leurs enfants mineurs, nommés *cestuis que use* – du vieux français « *cestui a que use le feoffment fait fait* » – littéralement, « celui à l'usage duquel le fief a été fait »¹³. Le *feoffee* est donc gratifié de la propriété des terres du croisé en échange d'une double promesse : d'une part, les administrer dans le seul intérêt du *feoffor*, de son épouse et de sa descendance et, d'autre part, les restituer au *feoffor* s'il revient de croisade ou à ses héritiers s'il décède. Blackstone évoque un développement substantiel de la pratique durant les « longues guerres avec la France », probablement en référence à la guerre de cent ans, après laquelle, écrit-il, les *uses* deviennent presque

⁹ Pollock et Maitland (1898), p. 241. Pour une discussion sur l'origine de la pratique et une comparaison des différentes thèses en présence, cf. Smith (1966), p. 40 et ss.

¹⁰ Dérivé du latin "*ad opus*", v. Maitland (1909), p. 24.

¹¹ Pollock et Maitland (1898), p. 241.

¹² Maitland (1909), p. 25.

¹³ Sur l'utilisation du vieux français par les légistes anglais après la conquête normande et pendant plusieurs siècles, Caenegem (1988), p. 85, p. 97 et p. 141.

universels¹⁴. L'absence des chevaliers peut être particulièrement longue et beaucoup ne reviennent pas. Il arrive alors que le *feoffee* profite de la situation pour conserver indûment les terres confiées sans honorer sa promesse. La veuve et l'orphelin sont ainsi laissés sans le sou et réduits à une bien piètre condition, quand ils ne sont pas tout simplement bannis de leurs terres.

Si le comportement du *feoffee* est révoltant et l'injustice criante dans l'hypothèse précitée, il faut toutefois observer qu'avec le temps s'installe une ambiguïté quant au bien-fondé de la pratique. En effet, celle-ci est parfois également utilisée de manière opportuniste dans l'objectif de contourner les règles en place. En particulier, les seigneurs s'en servent pour échapper aux contraintes du système féodal – mis en place par les Normands – à travers la pratique de *mortmain*. Du français qui signifie « la main morte », cette pratique spécifique de *l'use* permet au vassal d'échapper aux impôts féodaux dus en cas de décès, en faisant don de leurs terres à l'Église. Cette dernière est une entité non vivante et représente la main morte¹⁵. Aussi, le vassal transmet la propriété de ses terres à l'Église, qui promet de les détenir au bénéfice du donateur et de ses descendants, ceux-ci conservant le droit d'user et de jouir desdites terres perpétuellement. L'Église étant légalement l'unique propriétaire des biens et ne pouvant elle-même mourir, aucun impôt n'est donc jamais dû. L'Église a tout à y gagner, puisqu'en cas de défaut d'héritier, elle demeure propriétaire des terres, la promesse devenant caduque.

La comparaison avec le droit musulman mérite ici d'être relevée. En effet, le droit coranique connaît depuis près de 1500 ans une forme de *trust* appelée *waqf*, liée à l'obligation de charité (*zakat*), troisième pilier de l'Islam. Il existe ainsi deux types de *waqfs* : le *waqf* à but charitable et le *waqf* destiné à la gestion du patrimoine familial. Cette dernière utilisation du *waqf* a initialement pour objectif de contourner les règles strictes existantes en matière successorale. Mais elle est tolérée dans la mesure où, en cas de défaut de descendance, les biens sont destinés à être recueillis par un organisme charitable, le plus souvent religieux. Le *waqf* revêt ici toutes les caractéristiques d'un *trust* patrimonial. Ainsi, à la fin des années 1940, certains auteurs ont émis l'idée que

¹⁴ Blackstone (1766), p. 329.

¹⁵ Il est parfois indiqué que la main morte est celle du défunt donateur de la terre, qui continue d'imposer sa volonté au-delà du décès, cf. Blackstone (1765), p. 467.

la pratique des *uses* aurait en réalité pour origine le *waqf* musulman. Cette pratique bien implantée en droit coranique depuis la première moitié du VIII^e siècle aurait été imitée et adaptée par les chevaliers anglais à leur retour de croisade des siècles plus tard, alors que la pratique des *waqfs* atteignait son paroxysme¹⁶.

Quoi qu'il en soit, dans l'Angleterre du XIII^e siècle, il faut observer que la pratique de *mortmain* met à mal le système féodal et que l'autorité du suzerain s'en trouve diminuée. Non seulement le suzerain ne perçoit pas l'impôt dû en cas de décès, mais encore son droit de recouvrer les terres en cas de déshérence est écarté. En outre, celles-ci ne peuvent pas être confisquées lorsque le vassal est reconnu coupable de trahison ou d'autres crimes qui l'autorisent habituellement¹⁷. Les terres frappées par un tel dispositif lui échappent donc indéfiniment. Pour y remédier, le Roi Jean (1166-1216) interdit les donations à l'Église en 1215 au sein de la *Magna Carta*, mais meurt peu de temps après sa signature. Son fils, Henry III, décide finalement sous la pression de ne pas appliquer la prohibition. C'est la loi *De Religiosis* qui proscribit définitivement, en 1279, les dons de terres aux organisations ecclésiastiques sans consentement du Roi. Mais le dispositif reste inefficace car une nouvelle méthode de contournement se développe. Il suffit pour cela que le *feoffor* transmette le titre de propriété à plusieurs *feoffees to uses* en même temps. Quand l'un des *feoffees* décède, le titre ne passe pas à ses héritiers, mais reste entre les mains des autres *feoffees (joint tenants)*. Ainsi, lorsque le nombre de *feoffees* diminue, ceux-ci sont progressivement remplacés par d'autres, ce qui entraîne l'externalisation du titre de propriété de manière perpétuelle¹⁸. En revanche, la loi *De Religiosis* a paradoxalement pour effet de renforcer la pratique de *l'use* dans l'ensemble des communautés chrétiennes. Elle devient ainsi parallèlement pour l'Église un moyen de contourner l'interdiction de recevoir des dons. Ici, le mécanisme est inverse : le « donateur » garde la propriété des terres, mais promet de les détenir dans l'unique intérêt des religieux, qui en usent et en jouissent pleinement.

¹⁶ Van Thomas Wynen (1949), p. 166. Cf. égal., sur l'utilisation de mécanismes similaires au *trust* en droit coranique, qui permettent notamment de respecter la *charia* - elle prohibe tant l'intérêt (*riba*) que le caractère aléatoire d'une convention (*gharar*) - en transmettant la propriété d'actifs frugifères à un tiers tout en restant bénéficiaire desdits fruits, Charlin, (2009), 1946 ; Barrière (2011), 1203 et G. Parleani, (2012).

¹⁷ Smith (1966), note 24, p. 45.

¹⁸ *Ibid.*, p. 45.

Ainsi, alors que la pratique de l'*use* a démontré son utilité, notamment pour l'administration des biens des chevaliers absents, son utilisation détournée par certains seigneurs pour échapper à leurs obligations féodales et à l'imposition correspondante, en dissociant le titre de propriété du droit d'usage et de jouissance, entraîne une perte financière durable et substantielle pour le pouvoir royal et affaiblit du même coup son autorité. C'est la raison pour laquelle Henry VIII fera adopter, non sans mal, la *Statute of Uses* destinée à éteindre les *uses* dits passifs¹⁹. Néanmoins, cette utilisation abusive de l'*use* marque durablement les esprits, ce qui explique aussi que, dans un premier temps, le droit du *cestui que use* n'ait été protégé ni par les cours de *common law*, ni par les juridictions ecclésiastiques (*ecclesiastical courts*).

1.2 L'absence d'action disponible contre le promettant défaillant

Après la conquête de l'Angleterre par Guillaume le Conquérant en 1066, les Normands ont installé durablement leur système pyramidal de juridiction. Bien que les tribunaux déjà en place aient été maintenus pour acheter la paix sociale, leurs compétences respectives font l'objet d'une réduction drastique au profit des juridictions royales, notamment grâce à l'introduction des *writs*, suite au travail de Glanvill, sous Henry II²⁰.

Face au refus du *feoffee to use* de restituer les biens, les héritiers légitimes du défunt croisé se tournent naturellement vers les tribunaux de droit commun : les tribunaux de *common law*. Cependant, la *common law* est à l'époque presque aussi rigide et formaliste que le droit romain et présente trois difficultés majeures. D'abord, elle ne reconnaît comme propriétaire légitime que le propriétaire de droit commun, c'est-à-dire le détenteur des titres, propriétaire légal. L'obstacle est immense puisque la propriété a été solennellement transmise au *feoffee* des années plus tôt, afin de lui permettre d'effectuer sa mission au bénéfice du *cestui que use*²¹. La mécanique même de la pratique se retourne donc contre les héritiers. Ensuite, il nous faut souligner que

¹⁹ Cf. *supra*, introduction.

²⁰ Glanvill (1900). Cf égal. Van Caenegem (1988) ; Plucknett (1936), p. 82 et s. ; Milsom (1981), p. 25 et s.

²¹ Sur le formalisme du transfert de propriété dans l'ancien droit anglais, cf. P. Vinogradoff (1907), p. 532 et s.

le seul remède disponible en *common law* est l'attribution de dommages et intérêts²². Les tribunaux de droit commun ne peuvent à l'époque octroyer à la victime qu'une compensation monétaire, inadaptée au vu de la nature du litige opposant *feoffor* et *cestui que use*. Percevoir un dédommagement pécunier n'est évidemment d'aucune utilité pour des héritiers qui n'aspirent qu'à la restitution de leurs terres. Enfin, et c'est probablement la principale source d'injustice, une action en justice n'est recevable en *common law* que s'il existe un *writ* particulier, c'est-à-dire un formulaire qui matérialise une forme d'action dans laquelle faire entrer un litige. Comme le droit romain, la *common law* est en effet fondée sur le principe selon lequel « l'action précède le droit ». Or comme le précise un auteur, « Au début la *common law* anglaise était de nature extrêmement rigide et, pour qu'un recours soit accordé, il était nécessaire qu'un formulaire corresponde précisément à la demande. »²³

Le terme *writ* est assez large puisqu'il désigne toute forme d'écrit, du livre (« Holy Writ ») à la Charte en passant par tout document officiel. En matière judiciaire, le *writ* est un document écrit qui permet de prétendre à l'accès aux juridictions. Le *writ* principal est l'*original writ*, ou « *breve royale* » selon le terme technique alors consacré, qui apparaît en 1203²⁴. Le *writ* est alors délivré par le Chancelier pour l'accès aux cours royales, auxquelles sont attribués la majorité des litiges depuis la fin du règne d'Henry II. L'objectif de l'introduction du *writ* est d'organiser l'accès aux cours, notamment en distinguant les motifs qui permettent l'accès aux cours royales de ce ceux qui permettent l'accès aux cours ecclésiastiques et seigneuriales, afin de réduire le nombre de litiges échappant aux premières, comme cela ressort implicitement de la lecture du *Traité de Granville*²⁵. Cependant, à l'évidence, la pratique du *writ* entraîne paradoxalement une restriction dans l'accès aux cours royales, tout litige devant trouver écho dans un *writ* pour pouvoir être jugé.

²² Marsh (1890), p. 46 et s.

²³ Smith (1966), p. 46 (traduction libre).

²⁴ Van Caenegem (1988), p. 29. Pour une thèse selon laquelle le *writ* serait apparu au IX^e siècle sous le Roi Alfred, cf. Harmer (1952). Néanmoins cette thèse a été réfutée à plusieurs reprises, cf. not. Bishop et P. Chaplais (1957) et Van Caenegem (1988), p. 31.

²⁵ Glanvill (1900), p. 3.

Ces formulaires comportent notamment le nom des parties, la nature et l'objet du litige et la demande de mise en œuvre d'un jury²⁶. Ils sont en nombre limité. Toutefois, comme le prêteur en droit romain, le Chancelier peut créer un nouveau *writ*. Ce dernier exerce pourtant ce pouvoir avec parcimonie car, contrairement au droit romain qui interdit aux juges de rejeter un formulaire octroyé par le prêteur, les cours anglaises exercent un contrôle strict sur la création de nouveaux *writs* et n'hésitent pas à déclarer nul un *writ* dont l'existence violerait une loi²⁷. Chacun des *writs* emporte l'application de règles procédurales qui lui sont propres (mode de preuve, assignation, modalités d'exécution du jugement etc). Un Registre des *writs* est créé, qui compile les centaines d'actions disponibles, et dont la plus ancienne version manuscrite qui nous est parvenue date des années 1220²⁸. Il existait probablement des dizaines voire des centaines de copies du *Register of Writs* – sans lesquelles la compréhension et la pratique de la *Common law* pouvait s'avérer éprouvante – aujourd'hui très souvent disparues²⁹.

Soulignons que, puisqu'une promesse accompagne le transfert de propriété, il eut semblé cohérent d'utiliser en matière de *uses* l'un des *writs* disponibles en droit des contrats. Toutefois, à l'époque le droit anglais des contrats n'est pas aussi développé qu'aujourd'hui et la qualification de contrat pose problème. Comme l'écrivait Maitland, « si [...] au XIV^e siècle, notre droit des contrats avait présenté sa forme moderne, je crois que les cours de justice auraient été obligées de dire 'Oui, ceci est une convention ; donc c'est un contrat qui peut légalement être exécuté' »³⁰. Ainsi les principaux *writs* en matière de contrats ne sont pas applicables au cas spécifique du *cestui que use*. En particulier, le *writ de covenant* (engagement) est inefficace car il requiert que le contrat soit scellé par écrit³¹. Or bien souvent, il n'existe qu'une promesse orale. Lorsque celle-ci a été mise par écrit, le support a souvent été perdu ou détruit avec le temps, car l'*use* perdure généralement sur plusieurs générations. Le *writ of debt* quant à

²⁶ À cette époque en Angleterre, le jury est omniprésent en matière pénale comme en matière civile.

²⁷ Van Caenegem (1988), p. 31.

²⁸ *Ibid.* La première version imprimée date quant à elle de 1531.

²⁹ Van Caenegem (1988), p. 30.

³⁰ Maitland (1909), p. 28 (traduction libre).

³¹ Langbein (1995), p. 634. Cf. égal, Pollock et Maitland (1898), p. 102 et p. 225 et s.

lui n'est pas adapté car il nécessite de se prévaloir de l'existence d'une dette de somme d'argent³². Dans notre hypothèse, l'enjeu est celui du retour des terres familiales dans le giron des héritiers³³.

Ainsi, ne possédant pas de *writ* adapté, les tribunaux de *common law* n'ont d'autre choix que de rejeter systématiquement l'action des *cestuis que use* sans prendre connaissance de l'affaire au fond. Du droit le plus strict résulte la plus grande injustice³⁴. Il faut remédier à cette situation éminemment préjudiciable à la société car, comme l'écrivait Montesquieu, « Une injustice faite à un seul est une menace faite à tous. »

2. La création d'une justice parallèle palliant l'intolérable vide juridique : la naissance de l'*equity*

L'injustice et le vide juridique résultant de l'impossibilité pour les demandeurs de porter leur action devant un tribunal réclament d'être corrigés. C'est une solution d'équité qui s'impose naturellement, grâce au pouvoir inhérent reconnu au roi de faire justice lui-même (2.1). Renforcée par l'intérêt financier que tire ce dernier à accueillir la demande de la veuve et de l'orphelin, la consolidation de ce système de justice parallèle permettra le développement exponentiel de l'héritier moderne du mécanisme de l'*use* : le *trust* (2.2).

2.1 Le pouvoir inhérent du roi de rendre justice au secours de l'équité

Bien qu'il n'existe aucun *writ* permettant au bénéficiaire de l'*use* d'accéder aux tribunaux de droit commun, le roi possède comme en France le pouvoir inhérent de faire justice lui-même. De nombreux *cestuis que use* désemparés se tournent alors vers lui pour l'implorer d'exercer son pouvoir souverain en leur faveur, « pour l'Amour de

³² Pollock et Maitland (1898), p. 180 et p. 214.

³³ Le *writ of detinet* (détention) aurait alors pu être utilisé mais présentait plusieurs défauts en la matière. Cf. Pollock et Maitland (1898), p. 181 et s.

³⁴ *Summum ius summa injuria*, Cicéron (1866), X.

Dieu et par voie de charité »³⁵. Les pétitions (*Petition* ou *Bill*) sont initialement adressées au roi lui-même. Cependant, celui-ci étant occupé à d'autres affaires et souvent lui-même absent, il délègue la compétence à son chancelier, ecclésiastique membre de la *Curia Regis*³⁶.

Ce dernier prend l'habitude de requérir la comparution devant lui du propriétaire officiel des terres – le promettant qui refuse de s'exécuter – pour qu'il soit confronté au plaignant³⁷. En cas de non-comparution, une amende dissuasive est infligée. Lorsque la confrontation a lieu, le chancelier décide, au nom du roi et en son âme et conscience, de la suite à donner à l'affaire. D'abord, il peut choisir d'en rester là, soit qu'il ne soit pas convaincu, soit qu'il découvre que l'*use* a été constitué dans un but frauduleux, par exemple dans l'objectif d'échapper aux impôts féodaux. Il est alors juste et cohérent que, devant la turpitude du demandeur, le chancelier en sa qualité de « Gardien de la conscience du Roi »³⁸ décline la demande qui lui est faite. Il en découlera la maxime « Celui qui invoque l'*equity* doit avoir les mains propres »³⁹, dont l'objet est notamment à l'origine de garantir l'intégrité du roi. Toutefois, comme le signalait Aristote, « La plus grande injustice est de traiter également des choses inégales. »⁴⁰ C'est pourquoi, refusant d'assimiler *use* et fraude, le chancelier prend une tout autre direction lorsque la veuve et l'orphelin sont injustement dépouillés de leurs terres par l'ami auxquelles elles avaient été confiées en vue de la longue absence du chevalier. Dans cette seconde hypothèse, le chancelier ordonne que justice soit faite en faveur du requérant. Ménageant les juridictions existantes, le chancelier raisonne en deux temps. D'une part, il reconnaît l'existence du droit de propriété en *common law* du défendeur. Il confirme ainsi la pleine efficacité des règles établies et ne s'immisce pas dans la compétence des tribunaux de droit commun. D'autre part, il juge qu'en

³⁵ « *For the love of God and in the way of Charity* », cf. Maitland (1909), p. 4 (traduction libre).

³⁶ La référence la plus ancienne d'une telle délégation date de 1280 sous Edouard I^{er}, cf. Parkes (1828), p. 29 et s. Le Chancelier sera un religieux au moins jusqu'à Thomas More, premier Chancelier laïc, de 1529 à 1532.

³⁷ Cf. Glister et Lee (2015), p. 3 et s. V. égal. Petit (2012), p. 2 et s.

³⁸ « *Keeper of the King's conscience* » (traduction libre).

³⁹ « *He who comes into equity must come with clean hands* » (traduction libre).

⁴⁰ Aristote (1979), V, 6, p.226.

équité, la promesse doit être exécutée. Il ordonne en conséquence le transfert de la propriété des terres au demandeur selon les formes solennelles habituellement exigées en droit commun⁴¹. En cas d'inexécution, la sanction est radicale : le chancelier statuant au nom du souverain, s'abstenir de faire ce qu'il ordonne est une offense punie d'emprisonnement. Suite au transfert de propriété, le bénéficiaire de la promesse devient propriétaire des terres dans le respect des règles ordinairement applicables. Son droit sera donc reconnu en *common law*. De la sorte, les deux systèmes coexistent parallèlement sans entrer en concurrence. Il n'existe en principe aucun conflit entre la *common law* et la décision du chancelier en *equity*⁴².

Le chancelier ajoute ainsi à l'ordre établi, sans pour autant le contredire. La décision du chancelier d'ordonner le transfert du bien est fondée sur la valeur donnée à la promesse, dont il exige le respect en équité. Si, comme l'affirmait Aristote, justice et équité ne sont pas absolument identiques, elles ne sont pas non plus d'un genre différent⁴³. En effet, « la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner »⁴⁴. L'équité prend alors la relève et, sans modifier la loi, la complète et la prolonge⁴⁵. Outre cet aspect philosophique fondé sur la morale, il faut souligner d'ailleurs que le chancelier a tout intérêt à accéder aux demandes de retour des terres dans le giron familial qui lui sont présentées par les *cestui que use*. De fait, l'exécution de la promesse, requise du défendeur par le chancelier, entraîne la cessation de l'*use*. Or, comme indiqué précédemment, l'*use* est à l'origine de difficultés rencontrées par le roi pour faire respecter les obligations féodales liées à la propriété, en ce compris le paiement des impôts liés à la transmission des terres. Pourtant, comme le souligne Blackstone, après les guerres avec la France, les *uses* sont si courants qu'ils deviennent « quasi universels », en raison du « désir des hommes (à une période où leurs vies sont

⁴¹ Sur ce thème, P. Vinogradoff (1907), p. 532 et s.

⁴² Les juges de *common law*, mais aussi le Parlement, se plaignent toutefois régulièrement de la concurrence apportée par l'*equity*, cf. not. Kerly (1890) p.107 et s. ; Carne (1927), p. 413. Par la suite, la jurisprudence a décidé que l'*equity* prévaudrait en cas de conflit : *Earl of Oxford Case* (1615) 21 ER 485.

⁴³ Aristote (1979), V, 14, p. 266.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 267.

⁴⁵ Rouvière (2012), p. 8. Dans le même sens, Zaki (1990), p. 87.

continuellement en danger) de subvenir aux besoins de leurs héritiers et de sécuriser leurs biens contre les confiscations »⁴⁶. Toute demande de cessation de *l'use* est donc opportune pour le roi. Cet élément non négligeable explique sans doute qu'avec *l'use*, *l'equity* – qui y met fin – se développe de manière exponentielle. Alors qu'avant le règne d'Edouard IV (1442-1483) on ne trouve trace que de six cas relatifs à *l'use*, à partir de cette période la tendance s'inverse avec une explosion des demandes⁴⁷. Il en résultera la création d'un véritable système de justice parallèle organisé.

2.2 La consolidation de *l'equity* et le développement exponentiel du *trust*

Si, dans *Hélène*, Euripide faisait dire au chœur que « Jamais en dehors de la justice nul ne trouva le bonheur ; mais sur l'équité l'homme peut fonder l'espoir d'éviter sa ruine »⁴⁸, le Chancelier est parvenu à allier les deux, pour faire de l'équité une source institutionnelle de justice⁴⁹.

Dès le début du XIV^e siècle, sous le règne d'Edouard II, le Chancelier et son personnel donnent des audiences régulièrement. Ils s'installent à Westminster Hall sous le règne d'Edouard III⁵⁰, mais la *Chancery* reste alors un organe administratif. C'est au XV^e siècle que, devant l'explosion des cas à traiter, la Cour de la Chancellerie (*Court of Chancery*) est organisée en juridiction, à côté des trois autres principales cours royales

⁴⁶ Blackstone (1766), p. 329 (traduction libre).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Euripide (1975), p. 255.

⁴⁹ Au contraire, les juristes romains ne réagirent que (trop) tardivement à l'absence d'action spéciale en créant une action délictuelle infamante, à laquelle ils ajoutèrent plus tard deux actions spéciales fondées sur la bonne foi. L'apparition de ces sanctions n'eut pas l'effet escompté. En particulier, les nouvelles actions étaient inadaptées lorsque la chose se trouvait entre les mains d'un tiers, puisque son recouvrement devenait impossible. Ainsi la *fiducia* commença à décliner au profit de nouveaux contrats, parfois mieux adaptés ou dont l'inexécution était plus sévèrement sanctionnée. De même, l'abrogation des modes solennels de transfert de propriété, qui seuls pouvaient être accompagnés d'un pacte fiduciaire, contribua fortement au déclin de l'outil au sein de ce système juridique formaliste. Enfin, l'institution fût volontairement exclue des Compilations par Justinien (533 environ après J.C.), ce qui mit clairement un terme à l'utilisation de la fiducie en droit romain. Notons que la dernière occurrence du mot *fiducia* se trouve dans l'impériale des empereurs Arcadius et Honorius en 395, mais pas dans le sens originel du terme, uniquement dans le sens de contrat de gage.

⁵⁰ Kerly (1890), p. 28.

déjà en place, toutes issues du Conseil du Roi. La multiplication des demandes faites à la Cour de la Chancellerie résulte de divers facteurs. Comme souligné précédemment, d'une grande flexibilité, elle peut non seulement passer outre l'absence de *writ* et juger en équité, mais aussi accorder au demandeur des remèdes de toutes natures – contrairement aux cours de *common law* qui ne peuvent attribuer que des dommages-intérêts – ce qui n'est pas anodin⁵¹. Outre le fait que certains préjudices ne peuvent pas être efficacement compensés en équivalent – rappelons que les conflits en matière de *uses* ne peuvent appeler d'autre réponse satisfaisante qu'une remise en propriété des terres – il faut souligner que la capacité de la *Court of Chancery* à délivrer des injonctions (*injunctions*) a participé au développement de la justice préventive en Angleterre, en interdisant en amont l'accomplissement de faits de nature à causer un préjudice à autrui⁵². Aussi est-elle sollicitée dans de nombreuses affaires, qui débordent largement le cadre de l'*use* et du *trust*. Observons enfin que si les *writs* de *common law* sont formulés et déposés en latin, les pétitions adressées au Chancelier le sont initialement en vieux français – langue des seigneurs normands et de leurs descendants – puis, dès le début du XV^e siècle, en anglais, ce qui fera de la *Court of Chancery* une référence en matière de terminologie juridique⁵³.

Au XVI^e siècle, Thomas More, juriste de *common law*, est le premier laïc à être nommé Chancelier. Dès lors, les deux types de juridiction se rapprochent. Le système du précédent en vigueur en *common law* est adopté en *equity*, les juges de la *Court of Chancery* entreprennent de motiver leurs décisions et des maximes d'*equity* sont établies. Au XIX^e siècle, la compétence spéciale de chacune est définie et la spécialité des *writs* est abolie⁵⁴. Enfin, bien que la distinction entre *common law* et *equity* continue d'exister, le *Supreme Court of Judicature Act*⁵⁵ fusionne les cours de *common law* et d'*equity* au Royaume-Uni et uniformise les règles applicables devant chacune d'elles. Comme l'écrivait

⁵¹ Marsh (1890) p. 46.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Carne (1927) p. 404.

⁵⁴ *Common Law Procedure Acts*, 1852 et 1854.

⁵⁵ *Supreme Court of Judicature Act*, 1873 et 1875.

Motulsky, « Voilà le point d'arrivée, aussi éloigné que possible des origines romaines... »⁵⁶

Aujourd'hui, le *trust* est omniprésent dans les pays de *common law*, au point que la majorité des États de droit civil tentent à présent de l'imiter. Comme l'écrivait Lepaulle il y a déjà près de cent ans : « Le *trust* est l'ange gardien de l'Anglo-Saxon, il l'accompagne partout, impassible, depuis son berceau jusqu'à sa tombe. Il est à son école comme à son association sportive, il le suit le matin à son bureau comme le soir à son club ; il est à ses côtés le dimanche à l'église ou au comité de son groupe politique ; il soutiendra sa vieillesse jusqu'à son dernier jour, puis il veillera au pied de son tombeau et étendra encore sur ses petits-enfants l'ombre légère de ses ailes »⁵⁷. Il y a quelques mois, le monde s'émouvait du divorce de Bill et Melinda Gates en raison des conséquences financières qui pourraient en découler quant à la gestion de leurs œuvres caritatives. À juste titre, puisqu'ils gèrent en qualité de *trustees* un *trust* comprenant 45 milliards de dollars d'actifs destinés à promouvoir la santé, l'éducation et l'accès au numérique ainsi qu'à combattre la pauvreté. Et ils ne sont pas les seuls à avoir fait du *trust* l'instrument privilégié de la gestion de leur patrimoine. On citera à titre d'exemple les *Kennedy Family Trusts*, qui défient le temps et permettent aujourd'hui à plusieurs dizaines de descendants de Joseph P. Kennedy de vivre confortablement⁵⁸, le *Princess Diana Testamentary Trust* en faveur des princes William et Harry, le *David Bowie Trust* qui a permis au chanteur de lever des liquidités alors qu'il était surendetté grâce à la cession en *trust* de ses droits futurs sur d'éventuels nouveaux albums, ou encore le célèbre *National Trust* anglais, qui gère les biens nationaux au Royaume-Uni.

Si, malgré des ressemblances troublantes, les historiens n'ont jamais pu démontrer une origine romaine du *trust*, il est certain néanmoins que, contrairement au prêteur romain au temps de la *fiducia*, le chancelier anglais a autorisé le *trust* à sortir de la face cachée du droit, lui permettant d'entrer dans la lumière et de devenir cette institution protéiforme moderne qui rayonne aujourd'hui dans le monde.

⁵⁶ Motulsky (1964), p. 215 et s., *in fine*.

⁵⁷ Lepaulle (1932), p. 114.

⁵⁸ O'Donnell (2014).

Bibliographie

Ouvrages et articles

- Ames J.B., *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays*, Cambridge Harvard Univ. Press, 1930
- Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, éd. Les échos du Maquis, 1979
- Barrière F., « Propriété, fiducie et sukuk », *JCP E* 2011, 1203
- Bishop T.A.M. et Chaplais P., *Facsimiles of English Royal Writs to A. D. 1100 presented to Vivian Hunter Galbraith*, Oxford, Clarendon Press, 1957
- Blackstone (W.), *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Oxford, 1765
- Blackstone (W.), *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, Oxford, 1766
- Cicéron, *Traité des Devoirs*, vol. I, trad. J.-L. Burnouf, Imprimerie et Librairie classiques de Jules Delalain et fils, Paris, 1866
- Charlin, J. « Fiducie, sukuk et autres murabaha ou ijara – A propos de la finance islamique », *JCP E* 2009, 1946
- Decoster C., « L'action précède le droit ou l'injustice institutionnalisée ? - L'exemple de la fiducia », dans cet ouvrage, 2022
- Euripide, *Hélène*, in Théâtre Complet 2, Classiques Garnier, trad. H. Berguin et G. Duclos, 1975
- Glanvill R. de, *Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England, 1187–1189*, in J. Beames, *A translation of Glanville*, John Byrne & Co. Law Publishers, 1900
- Glister J. et Lee J., *Hanbury & Martin Modern Equity*, Sweet and Maxwell, 20^e éd., 2015
- Harmer F.E., *Anglo-saxon writs*, Manchester University Press, 1952
- Holdsworth, *A history of English Law*, vol. 4, 1924
- Holmes O.W., "Early English Equity", 1885, 1 L.Q. Rev. 162
- Kerly D.M., *An historical sketch of the equitable jurisdiction of the Court of chancery*, Cambridge University Press, Yorke prize essay, 1890
- Langbein J.H., "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *The Yale Law Journal*, Vol. 105, 1995, p. 625.
- Lepaulle P., *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Rousseau, Paris, 1932
- Maitland F.W., *Equity: a Course of Lectures*, éd. Chaytor & Wittaker, 1909, 2^e éd. posthume revue par J. Brunyate, Cambridge Univ. Press, 1936
- Marsh A.H., *History of the Court of Chancery and of the Rise and Development of the Doctrines of Equity*, Carswell & Co. Publishers, 1890
- Milsom S.F.C., *Historical Foundations of the Common Law*, Butterworths, 2^e éd., 1981
- Motulsky H., « Le droit subjectif et l'action en justice », in H. Motulsky, *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Bibliothèque Dalloz, 2009, p. 85, initialement publié in *Archives de la Philosophie du Droit*, 1964, p. 215

O'Donnell C., "How The \$1 Billion Kennedy Family Fortune Defies Death and Taxes", *Forbes* magazine, 8 juill. 2014

Parkes J., *A history of the Court of chancery; with practical remarks on the recent commission, report, and evidence, and on the means of improving the administration of justice in the English courts of equity*, London : Longman, Rees, Orme, Brown and Green, 1828

Parleani G., « Regards pragmatiques sur la finance islamique », *RDBF*, mars 2012, n°2, dossier 12

Petit Ph.H., *Equity and the Law of Trusts*, Oxford University Press, 12^e éd., 2012

Plucknett T.F.T., *A Concise History of the Common Law*, The Lawyers Corporative Publishing Co., 2^e éd., 1936

Pollock F. et Maitland F.W., *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. 2, 2^e éd., 1898

Rouvière F., « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », HAL, 3 sept. 2013, halshs-00857530, initialement publié in *Jurisprudence, Revue Critique*, 2012, p. 89-100

Sanders F.W., *An essay on the nature and Laws of Uses and trusts, including a Treatise on Conveyances at Common Law; And those Deriving their Effect from the Statute of Uses*, London, éd. E.&R. Brooke, 1791

Smith D.T., "The Statute of Uses : A Look at its Historical Evolution and Demise", *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 18, Issue 1, 1966

Van Caenegem R.C., *The Birth of the English Common Law*, Cambridge Univ. Press, 2^e éd., 1988

Van Thomas Wynen A., "Note on the Origin of Uses and Truts – WAQFS", 3 Sw. L.J. 162, 1949

Vinogradoff P., "Transfer of Land in Old English Law", *Harvard Law Review*, May, 1907, Vol. 20, No. 7 (May, 1907), pp. 532-548

Zaki M. S., « Définir l'équité », *Archives de Philosophie du Droit*, 1990, p. 87

Législation

Code de procédure civile français

Common Law Procedure Acts, 1852 (15 et 16 Vict.), c. 76 et 1854 (17 et 18 Vict.), c. 125

Statute De Religiosis 7 Edw. 1 stat. 2 (1279), égal. connue sous le nom de *Statute of Mortmain*

Statute of Uses (1535) 1 Hen. 8, c. 10

Statute of Wills (1540) 32 Hen. 8, c. 1

Supreme Court of Judicature Act, 1873 (36 et 37 Vict.), c. 66 et 1875 (38 et 39 Vict.), c. 77